

Pubblicato il 31/05/2018

N. 01132/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00620/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 620 del 2018, proposto da

Omnia Bus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Crescenzo Santuori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Santa Maria di Mezzogiorno, 17;

contro

Ferrovie della Calabria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Gentile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Amalia Garzaniti in Catanzaro, via G. Argento n. 14;

nei confronti

Irizar Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Gattamelata, Ugo Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Catanzaro, via Monfalcone, n. 14;

per l'annullamento, previa idonea misura cautelare

del provvedimento prot. n° 4492 del 18.4.2018 adottato dalle Ferrovie della Calabria Srl di aggiudicazione della procedura negoziata per la “Fornitura autobus a gasolio nuovi per il trasporto pubblico locale - Lotti 1 e 2” in favore della Irizar Italia srl, trasmesso tramite posta elettronica certificata datata 26.4.2018 unitamente alla nota prot. n° 4788 di pari data, e degli atti sottesi, ivi inclusi:

- a) la nota prot. n° 4505 del 18.4.2018 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;
- b) la successiva determinazione datata 4.5.2018, pubblicata sul sito delle Ferrovie della Calabria, di aggiudicazione, in favore della Irizar Italia srl, dell'appalto di fornitura autobus per entrambi i Lotti posti a base di gara, per un importo complessivo pari a euro 7.224.000,00 al netto d'IVA;
- c) il verbale dell'esame delle offerte redatto in data 13.4.2018, nel quale è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto di fornitura in favore della Irizar Italia srl poiché l'unica offerente a rispettare i termini e le condizioni previste dalla deliberazione di Giunta Regionale n° 392/2017 e dalla relativa allegata

convenzione, estranei alla lex specialis e mai resi noti alla ricorrente;

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 cpa, nonché per la condanna al risarcimento in forma specifica mediante il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto; ove non ritenuto possibile, al risarcimento per equivalente del danno subito, per la mancata aggiudicazione.

Ove occorra, in estremo subordine, per l'annullamento della procedura negoziata G18-06 per la “Fornitura autobus a gasolio nuovi per il trasporto pubblico locale - Lotti 1 e 2” bandita mediante lettera d'invito trasmessa mediante posta elettronica certificata del 30.3.2018 e annessi atti di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie della Calabria S.r.l. e di Irizar Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2018 il dott. Silvio Giancaspro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Omnia Bus s.r.l., in qualità di partecipante alla procedura negoziata indetta da Ferrovie della Calabria s.r.l., ai sensi dell'art. 125, co. 1 lett. a), d.lgs. 50/2016, ai fini dell'affidamento della "*fornitura di autobus a gasolio nuovi per il trasporto pubblico locale*" – lotti 1 e 2 (G18-06), già oggetto di gara pubblica andata deserta (G17-13), ha agito dinanzi a questo TAR per l'annullamento del verbale di gara del 13.04.2018, con cui l'amministrazione ha rilevato che il termine di consegna indicato dalla società non è conforme alle prescrizioni di cui alla DGR 392/2017 e non consente la conservazione del relativo finanziamento pubblico, nonché della successiva nota prot. AU/4492 del 18.04.2018, avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto in favore di Irizar Italia s.r.l. in qualità di unica ditta che aveva presentato un'offerta suscettibile di valutazione. La ricorrente ha altresì formulato apposita domanda per la declaratoria di inefficacia dei contratti relativi ad entrambi i lotti, ove stipulati tra le parti, e per il subentro nell'aggiudicazione e nei contratti, o in subordine per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno. In via gradata, la ricorrente ha chiesto l'annullamento della procedura negoziata.

Resistono l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Stante la palese infondatezza della domanda di annullamento, sussistono i presupposti per la decisione del ricorso con sentenza in forma semplificata, prescindendo dall'esame delle eccezioni preliminari formulate da Ferrovie della Calabria s.r.l. con memoria depositata in data 28.05.2018.

2. Nella seduta di gara del 13.04.2018 l'amministrazione ha provveduto alle seguenti operazioni: - ha aperto le buste contenenti le offerte di Omnia Bus s.r.l. e Irizar Italia s.r.l.; - ha quindi preso atto dei rispettivi prezzi e dei tempi di consegna ("28 febbraio 2019" per la ricorrente e "120 giorni escluso il mese di agosto" per la controinteressata); - ha chiesto ad entrambe le ditte di formulare un'offerta migliorativa; - ha preso atto delle nuove offerte, ed in particolare ha rilevato che la controinteressata non aveva modificato il termine di consegna, mentre la ricorrente lo aveva ridotto, fissandolo al 20 gennaio 2019; - ha quindi ritenuto che *"l'acquisto degli autobus è oggetto di Cofinanziamento di cui alla deliberazione della Giunta Regione Calabria n. 392/2017 che prevede, all'articolo 7 della Convenzione allegata, il completamento dell'investimento entro il 12 novembre 2018 e la successiva trasmissione della rendicontazione finale, art. 10 della citata Convenzione, entro il 15 novembre 2018; pertanto, la sola Irizar Italia srl rispetta i termini di consegna previsti dalla citata deliberazione e la stessa ha comunque prodotto un'offerta economica al di sotto dell'importo posto a base dell'invito, gli automezzi sono conformi ai capitolati tecnici, e di conseguenza si decide di affidare l'incarico della fornitura prevista per i lotti 1 e 2 alla medesima Irizar Italia"*.

Con il motivo sub A) la ricorrente lamenta che la predetta decisione sarebbe violativa della disciplina della lettera di invito alla procedura negoziata, che non prevede l'obbligo dei concorrenti di vincolarsi al rispetto di un dato termine di consegna, né tantomeno richiama le prescrizioni di cui alla DGR 392/2017, tant'è che la detta prescrizione non sarebbe

stata segnalata alle ditte concorrenti nel corso della negoziazione.

La società controinteressata eccepisce che, trattandosi di procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 125, co. 1 lett. a), d.lgs. 50/2016, i concorrenti, a prescindere dalle specifiche statuizioni di cui alla lettera di invito alla procedura negoziata, erano comunque vincolati al necessario rispetto delle prescrizioni della *lex specialis* della originaria gara pubblica andata deserta ed in particolare al termine di consegna risultante dal bando, che costituiva condizione essenziale ed imprescindibile, essendo stato previsto allo scopo di consentire il rispetto dei vincoli posti dalla DGR 392/2017 ai fini del conseguimento del necessario finanziamento.

Inoltre, la controinteressata precisa che, come si evince dalla dichiarazione del sig. Eugenio Calomino, pure allegata in atti, nel corso della seduta di gara del 13 aprile 2018 l'Amministratore Unico di Ferrovie della Calabria s.r.l. avrebbe inutilmente invitato la ricorrente a “*rispettare il termine di consegna ... in quanto il mancato rispetto dello stesso avrebbe comportato la perdita del Contributi regionali?*”.

3. Ciò premesso, si osserva che, pur costituendo la procedura negoziata un segmento procedimentale autonomo rispetto alla originaria gara pubblica, nel concreto caso di specie la lettera di invito alla stessa procedura non contiene una disciplina compiuta ed autosufficiente avente ad oggetto la puntuale regolamentazione dei relativi adempimenti concorsuali, ma è strutturata quale appendice della gara pubblica che è

richiamata nelle premesse e di cui sostanzialmente viene rinnovata la disciplina.

Vero è che nella lettera di invito alla procedura negoziata è esplicitamente richiamato soltanto il capitolato speciale della gara pubblica, ma è anche vero che la stessa lettera di invito è chiaramente concepita quale rinnovazione integrale della disciplina della gara pubblica, dal momento che, diversamente opinando, la stessa lettera di invito costituirebbe una sorta di “guscio vuoto” e non consentirebbe la presentazione di una offerta consapevole, né tanto meno lo svolgimento delle operazioni concorsuali.

In particolare, la lettera di invito sollecita i concorrenti a presentare un'offerta tecnica ed un'offerta prezzo, ma non precisa esplicitamente quali siano i relativi criteri di valutazione, di talché sul punto è evidente l'implicito richiamo alla disciplina di cui alla presupposta gara pubblica.

Lo stesso dicasi con riferimento al tempo di consegna, la cui indicazione è richiesta dalla lettera di invito, in mancanza di ulteriori precisazioni in ordine alla relativa rilevanza, ciò che inevitabilmente vale a richiamare la statuizione del disciplinare della gara pubblica in ordine all'obbligo di provvedere alla consegna dei mezzi entro cento venti giorni dalla stipulazione del contratto (art. 7, norma a sua volta coerente con la prescrizione del bando che prevedeva il completamento dell'appalto al 30 ottobre 2018, e con i vincoli imposti dalla DGR 392/2017 per la concessione del finanziamento).

In buona sostanza, l'unico modo per attribuire un senso compiuto alla disciplina di cui alla lettera di invito, secondo un criterio di buona fede volto alla individuazione di una soluzione interpretativa logicamente sostenibile e del significato che il destinatario può ragionevolmente intendere (art. 1366 c.c.), è di ritenere che essa, in ossequio al criterio di cui all'art. 125, co. 1 lett. a), d.lgs. 50/2016, sia pedissequamente reiterativa delle condizioni essenziali delle *lex specialis* della gara pubblica indicata nelle premesse della stessa lettera di invito, prima fra tutte quella volta alla conservazione del finanziamento, mediante la fissazione di un termine essenziale per il completamento della fornitura, che pur non essendo precisato nel capitolato speciale, era puntualmente indicato nel bando di gara e nel disciplinare della gara pubblica, che com'è noto, per costante giurisprudenza, prevalgono sulle norme del capitolato, essendo questo chiamato ad integrare, e non a modificare, il bando (TAR Lazio, Sez. III, 27.11.2017 n. 11746).

Di qui l'infondatezza della censura in esame.

4. Per vero la stessa ricorrente è consapevole del fatto che la lettera di invito non contiene un sistema di regole compiuto ed autosufficiente che possa risultare autonomo rispetto alla (e sostitutivo della) disciplina di cui alla gara pubblica, tant'è che, senza considerare la possibilità di coordinarne i contenuti con quelli della originaria *lex specialis*, ne censura in via graduata l'illegittimità sotto il profilo della carenza regolamentare in merito ai criteri di valutazione delle offerte ed alle ulteriori

condizioni di partecipazione (cfr motivo sub A, punto.3, pag. 9 del ricorso).

La censura, essendo volta a contestare la carenza dei presupposti per la formulazione di un'offerta consapevole e puntuale, avrebbe dovuto essere proposta immediatamente avverso la lettera di invito, senza attendere l'esito della procedura negoziata, ed è quindi tardiva per violazione del termine di cui all'art. 120, co. 5, c.p.a., dal momento che il ricorso è stato notificato in data 12 maggio 2018, nel mentre la lettera di invito era stata inviata a mezzo pec sin dal 30 marzo 2018.

5. Con il motivo sub B) la ricorrente denuncia la violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto di cui all'art. 32, commi 8 e 9, d.lgs. 50/2016.

La censura è inammissibile per carenza di interesse, stante la manifesta infondatezza della censura formulata avverso le risultanze del verbale della procedura negoziata.

6. Stante, la legittimità degli atti impugnati non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda risarcitoria.

7. Per la medesima ragione devono essere respinte le domande volte ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto, ed il subentro nel rapporto con l'amministrazione resistente.

Stante la complessità della vicenda, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo rigetta quanto alla domanda di annullamento del verbale di gara in data 13.04.2018, alla domanda di risarcimento del danno ingiusto, ed alle domande aventi ad oggetto la declaratoria di inefficacia dei contratti ed il subentro nell'aggiudicazione e nei contratti;

- lo dichiara irricevibile per tardività quanto alla domanda di annullamento della lettera di invito;

- lo dichiara inammissibile per carenza di interesse quanto alle domande volte a censurare la violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto di cui all'art. 32, commi 8 e 9, d.lgs. 50/2016;

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Arturo Levato, Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvio Giancaspro

IL PRESIDENTE
Nicola Durante