

N. 03105/2015REG.PROV.COLL.

N. 10764/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10764 del 2014, proposto dalla ditta Fara Antonio Gian Franco e dalla ditta Garau Mauro Autonoleggio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nella rispettive qualità di mandataria e mandante del R.T.I. tra di esse costituito, rappresentate e difese dagli avvocati Benedetto Ballero e Francesco Ballero, per legge domiciliati presso la Segreteria della Sezione, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Cooperativa Oristanese Bus 90 – COBUS 90, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Caterina Cabiddu e Luca Casula, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Maldari, in Roma, Via Filippo Corridoni, n. 4;
Comune di Oristano, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ditta Autonoleggio Mariano Tour di Le Donne Mariano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna – Cagliari, Sezione I, n. 00734/2014, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Oristanese Bus 90-COBUS 90;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Maria Stefania Masini, su delega dell'avvocato Benedetto Ballero, e Luca Casula;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Cooperativa Oristanese Bus 90- COBUS 90 ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico del Comune di Oristano, all'esito della quale è risultata classificata al terzo posto della graduatoria finale, preceduta dall'offerta della ditta Autonoleggio Mariano Tour di Le Donne Mariano (seconda classificata) e dall'offerta del R.T.I. tra la ditta Fara Antonio Gian Franco e la ditta Garau Mauro Autonoleggi, cui, con determinazione n. 199 del 22 gennaio 2014 del responsabile del settore amministrativo del Comune di Oristano, è stato aggiudicato definitivamente l'appalto del servizio.

2.- Con ricorso al T.A.R. Sardegna detta Cooperativa ha chiesto l'annullamento del bando di gara, del capitolato, del disciplinare e di tutti gli allegati per l'appalto di cui trattasi, nonché delle determinazioni del responsabile del settore amministrativo del Comune di Oristano, n. 2549 del 10 settembre 2013 (di indizione della gara di cui trattasi), n. 3233 dell'8 novembre 2013 (di nomina della commissione aggiudicatrice), n. 3462 del 29 novembre 2013 (di aggiudicazione provvisoria della gara) e n. 199 del 22 gennaio 2014 (di aggiudicazione definitiva della gara); inoltre, in via subordinata, ha chiesto l'annullamento di dette determinazioni n. 3462 del 2013 e n. 199 del 2014, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara del R.T.I. Fara-Garau ed è stata collocata in seconda posizione la ditta Autonoleggio Mariano Tour di Le Donne Mariano.

3.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha ritenuto fondati ed assorbenti il primo ed il secondo motivo di ricorso, accogliendolo, a seguito del riconoscimento della fondatezza delle censure di genericità dei criteri di valutazione contemplati nel disciplinare di gara per mancata attribuzione ai singoli sub criteri – o sub elementi- di adeguati sub punteggi.

Ha quindi annullato la determinazione di aggiudicazione del servizio in questione ed ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente e in forma specifica.

4.- Con il ricorso in appello in esame il R.T.I. Fara - Garau, ha chiesto la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

a) Erroneità della sentenza per mancato accertamento del non superamento della prova di resistenza. Inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse, in particolare alla riedizione della gara.

L'impugnata sentenza non ha affrontato la questione pregiudiziale posta in primo grado dall'attuale appellante, e cioè che la ricorrente COBUS 90, avendo ottenuto il massimo punteggio per l'offerta tecnica, non avrebbe avuto interesse, se non di mero fatto, ad ottenere una seconda possibilità di partecipazione ad una nuova gara; inoltre avrebbe accolto la domanda di ripristino della legalità, per mancata specificazione di sub elementi. in assenza di dimostrazione specifica da parte della ricorrente di una posizione qualificata e senza specificare quale di essi dovesse avere valore autonomo rispetto agli altri e per quale motivo.

Non sarebbe sussistito interesse strumentale della COBUS 90 alla riedizione della gara perché non avrebbe dimostrato il concreto pregiudizio ad essa derivante dall'applicazione dei criteri attributivi del punteggio per l'offerta tecnica, anche perché la sua sarebbe stata quella che aveva ottenuto il massimo punteggio.

b) In ordine al primo motivo accolto in sentenza, relativo alla affermata genericità dei criteri, è stato sostenuto che dal tenore dell'art. 9 del bando e dell'art. 12 del disciplinare si evincerebbe che la stazione appaltante avrebbe correttamente puntualizzato e specificato i criteri e dei sub criteri ed una corretta loro ponderazione, senza necessità di alcuna ulteriore sub ripartizione.

Comunque correttamente la commissione avrebbe valutato unitariamente, nel confronto a coppie, i fattori ponderali A1, A2, A3, A4, A5 e la sentenza, nell'affermare che la formulazione del criterio non permetteva al concorrente di comprendere quale fosse il peso da attribuirsi ai diversi sotto elementi considerati, sarebbe viziata da difetto di motivazione,

c) In ordine al secondo motivo accolto, relativo all'elemento valutativo della commissione espresso in punteggio numerico, è stato affermato che anche con riguardo alla sostenuta mancanza di motivazione nella valutazione da parte della commissione sussisterebbe difetto di interesse della ricorrente di primo grado e comunque non potrebbe essere effettuato alcun sindacato di merito del giudice amministrativo con riguardo ai punteggi attribuiti nel confronto a coppie.

d) Inammissibilità del ricorso della COBUS 90 ex art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Ulteriore motivo di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado sarebbe ravvisabile nella mancanza di interesse della ricorrente per impossibilità di partecipare agli affidamenti pubblici del Comune di Oristano ai sensi dell'epigrafata norma, essendo stato accertato che la Cooperativa, precedente affidataria, aveva svolto, quantomeno la fase conclusiva del precedente servizio, con almeno un veicolo non revisionato, con grave violazione sia contrattuale sia

del codice della strada (anche se l'accertamento non è stato poi formalizzato ed il procedimento relativo è stato concluso con provvedimento di archiviazione del 21 novembre 2014, assuntamente "illogico").

e) E' stata infine sostenuta l'infondatezza dei motivi posti a base del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti in sentenza.

5.- Con memoria depositata il 30 gennaio/12 febbraio 2015 si è costituita in giudizio la Società Cooperativa Oristanese BUS 90 - COBUS 90, che ha contestato la fondatezza della eccezione di carenza di interesse della stessa a contestare la genericità dei criteri per l'attribuzione dei punteggi e la mancanza di motivazione dei punteggi attribuiti (in ragione delle conseguenze delle formulate censure con riguardo all'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica agli altri concorrenti e per l'influenza della incerta definizione dei criteri nella scelta dell'offerta da proporre), che sarebbe stata implicitamente e correttamente ritenuta infondata dal T.A.R., sia perché sarebbe stata chiesta in via subordinata l'esclusione della appellante dalla gara, sia perché la seconda classificata avrebbe rinunciato alla gara e sia perché le clausole impugnate non sarebbero state escludenti e non avrebbero dovuto essere immediatamente impugnate. Ha quindi dedotto l'infondatezza dei motivi d'appello.

5.1.- Con la memoria sono stati anche riproposti i motivi di ricorso di primo grado, dedotti in via subordinata e dichiarati assorbiti dal primo giudice, volti ad ottenere la declaratoria di illegittima ammissione del R.T.I. Fara-Garau alla gara, al cui accoglimento è asserito che permane interesse a seguito della rinuncia alla gara della concorrente seconda classificata.

5.1.1.- Con il primo di tali motivi è stato dedotto: Violazione dell'articolo 38, comma 1, lett. c) e lettera f) del d.lgs. n.163 del 2006; violazione dell'art. 10, comma 1, numero 2, del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

La dichiarazione effettuata dal signor Fara, di non aver riportato alcuna condanna penale, sarebbe stata smentita dalla circostanza che era stato condannato alla pena di venti mesi di reclusione per fatti assuntamente relativi a grave inadempimento e negligenza nello svolgimento di un appalto relativo al trasporto pubblico locale nel Comune di Oristano; tanto avrebbe integrato una autonoma causa di esclusione dalla procedura di gara, non possedendo il suddetto legale rappresentante della omonima ditta i requisiti di partecipazione, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 38 comma 1, lett. c) e lettera f) del d.lgs. n. 163 del 2006, richiamato dall'art. 10 del disciplinare.

Sotto altro profilo il R.T.I. Fara-Garau avrebbe dovuto essere escluso perché detta circostanza sarebbe stata idonea a smentire la dichiarazione del legale rappresentante della ditta Fara che non erano state poste in essere grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, con difetto di istruttoria e di motivazione delle determinazioni al riguardo assunte dalla Commissione di gara.

5.1.2.- Con il secondo dei riproposti motivi è stato dedotto: Violazione dell'art. 86, comma 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere per errore di fatto e difetto di motivazione.

La Commissione avrebbe errato nell'ammettere l'offerta del R.T.I. Fara - Garau, stante la palese non congruità dell'offerta economica, nella quale è stato indicato un ribasso del 20,065%, che avrebbe anche condizionato in maniera determinate il punteggio finale.

5.1.3.- Con riferimento alla posizione assunta dalla seconda classificata è stata contestata la legittimità e attribuzione del punteggio ad essa assegnato per l'offerta migliorativa, la quale si paleserebbe, prima facie, incongrua ed economicamente insostenibile.

5.2.- Con la memoria la resistente ha anche eccepito l'inammissibilità, in quanto sostanziate un motivo nuovo, e dedotto l'infondatezza dell'eccezione di carenza di interesse della COBUS 90 per mancanza di interesse (formulata nell'assunto che avesse commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale nel corso di un pregresso rapporto contrattuale con il Comune de quo), avendo comunque il Comune ritenuto infondata la relativa segnalazione effettuata dalla attuale appellante.

6.- Con memoria depositata il 27 febbraio 2015 il R.T.I. appellante ha sostenuto che dovrebbero essere preliminarmente esaminati il primo e l'ultimo motivo del gravame, in quanto riguardanti la carenza di interesse ad agire della ricorrente di primo grado, ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste, contestando, in particolare, l'ammissibilità (per non poter spettare l'aggiudicazione alla attuale resistente senza la previa esclusione della seconda classificata, stante la irrilevanza della annunciata rinuncia) e la fondatezza dei motivi di ricorso di primo grado riproposti in appello.

7.- Con memoria depositata il 6 marzo 2015 la Cooperativa resistente ha replicato alle avverse deduzioni.

8.- Alla pubblica udienza del 17 marzo 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

9.- La Sezione ritiene fondati il secondo ed il terzo motivo d'appello, con i quali è stata contestata la fondatezza del primo e del secondo motivo di ricorso di primo grado accolti dal T.A.R., il che comporta l'assorbimento e l'inutilità della disamina della fondatezza del primo e del quarto motivo del gravame, nonché della prima parte del terzo motivo, con i quali sono state riproposte eccezioni di inammissibilità del ricorso introdotto dal giudizio. A tanto consegue, per ragioni di economia processuale, anche l'inutilità della disamina della fondatezza dell'eccezione, formulata dalla resistente COBUS 90, di inammissibilità, in quanto sostanziante un motivo nuovo, della eccezione di carenza di interesse della Cooperativa stessa per aver commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale nel corso di un pregresso rapporto contrattuale con il Comune *de quo*.

10.- Con il secondo motivo d'appello è stato dedotto che il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto che i criteri di valutazione contemplati nel disciplinare di gara erano generici, in quanto non descrivevano adeguatamente quali fossero gli aspetti dell'offerta tecnica che sarebbero stati oggetto di valutazione ed inoltre perché non attribuivano ai singoli sub criteri il sub punteggio che ne avrebbe dovuto identificare il peso nell'ambito della valutazione riservata ai criteri entro i quali i sub criteri erano compresi.

Il collegio ritiene condivisibili le considerazioni poste a base del motivo di gravame in esame, in quanto il tenore dell'art. 9 del bando e dell'art. 12 del disciplinare dimostra che la *lex specialis* aveva correttamente puntualizzato e specificato i criteri da ponderare, senza necessità di alcuna ulteriore sub ripartizione; ciò considerato che la scelta del peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta è rimessa alla stazione appaltante in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e rientra nella sua discrezionalità, che può essere sindacata solo se manifestamente illogica o irragionevole.

Con l'art. 9 del bando era stato stabilito che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, da determinare sulla base dei seguenti parametri di valutazione per l'offerta tecnica e con assegnabilità: a) per l'organizzazione complessiva del servizio, da 0 a 20 punti; b) per eventuali servizi migliorativi/aggiuntivi offerti, senza oneri aggiuntivi per l'amministrazione, da 0 a 12 punti; c) Per la capacità ed affidabilità gestionale del concorrente, da 0 a 8 punti; d) per il piano di manutenzione e pulizia degli automezzi, da 0 a 6 punti; e) per l'eventuale messa a disposizione di un'area destinata al deposito scuolabus, da 0 a 4 punti.

Con l'art. 12 del disciplinare di gara, ai fini della valutazione delle offerte e la conseguente attribuzione di punteggi, sono stati fissati i seguenti ulteriori criteri: Per l'elemento di cui al precedente punto a) è stato previsto che ai fini della valutazione da parte della commissione "Il concorrente dovrà esporre le modalità organizzative del servizio descrivendo: - tutte le fasi in cui intende articolarlo, in conformità al capitolato d'appalto; - il sistema di controllo utilizzato per la verifica della correttezza, regolarità, tempestività, efficienza, efficacia, sicurezza e qualità del servizio; - le procedure che adotterà per la gestione degli imprevisti: sistema organizzativo per la sostituzione di mezzi e/o di personale in caso di guasto o urgenze e tempi necessari per tali sostituzioni". Per l'elemento di cui al precedente punto b) è stato previsto, al fine della valutazione dello stesso, che "In particolare il concorrente dovrà dichiarare l'eventuale disponibilità: - all'impiego in uno o più percorsi dove non è prevista la presenza di un assistente (tipologia A.2-B.2), di personale con funzione di assistenza; con indicazione del numero di volte (in andata e/o ritorno) per le quali il concorrente si impegna, nell'arco di un anno scolastico, a effettuare tale servizio aggiuntivo; - ad effettuare percorrenze chilometriche, aggiuntive rispetto a quelle ordinarie, che la Ditta si impegna ad effettuare nell'arco di ogni anno scolastico per attività collaterali a quelle scolastiche, senza oneri per l'amministrazione, indicando il numero complessivo di Km. e giorni che il concorrente, eventualmente, è disponibile ad effettuare nell'arco di un anno scolastico". Con riguardo al precedente punto c) è stato precisato, ai fini della valutazione in questione, che "Sarà positivamente valutata l'eventuale pregressa esperienza del concorrente nell'espletamento dei servizi corrispondenti a quelli oggetto dell'appalto. Il concorrente dovrà elencare i servizi specifici di trasporto scolastico eventualmente gestiti nei 5 anni scolastici precedenti il presente appalto, indicando l'amministrazione committente, l'anno di riferimento e il relativo importo fatturato". Con riferimento al precedente punto d) è stato puntualizzato, ai fini della valutazione che: "Il concorrente dovrà descrivere: - il piano di manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli automezzi impiegati nel servizio, sia quelli di proprietà comunale che della ditta, compresi quelli eventuali destinati alle sostituzioni; - le attività e le tempistiche di pulizia e disinfestazione periodica che si impegna ad effettuare, per l'intera durata dell'appalto, su tutti gli automezzi impiegati nel servizio". Con riguardo al punto e) è stato previsto che: "Il concorrente dovrà descrivere l'area messa a disposizione fornendo le caratteristiche (spazio aperto o coperto), l'ubicazione, l'accessibilità, gli eventuali sistemi di sicurezza e sorveglianza di cui l'area è dotata (recinzione, sistemi allarme, sistemi antincendio, ecc.)".

Inoltre il disciplinare ha stabilito che la valutazione della proposta tecnica sarebbe avvenuta applicando la formula "Punti=Pmax*Mc", laddove "Pmax" corrispondeva al punteggio massimo attribuibile all'elemento di valutazione considerato e "Mc" corrispondeva alla media dei coefficienti (variabili da 0 ad 1) attribuiti ai commissari ai singoli elementi di valutazione, mediante autonomo giudizio discrezionale facendo riferimento ad una scala tassonomica variabile dal giudizio "Inaccettabile" con coefficiente "0" al giudizio "Ottimo" con coefficiente "da 0,81 a 1,00".

L'art. 83 commi 2 e 4, del d.lgs. n.163 del 2006 dispone che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione, precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi e, ove necessario, preveda i sub-criteri e sub-pesi, disaggregando il criterio nei suoi aspetti più essenziali, fermo restando il peso o punteggio massimo attribuito a quel dato criterio; quindi la previsione dei sub criteri e dei sub pesi può essere prevista solo se necessario e, come dedotto dall'appellante, nel caso che

occupa l'oggetto dell'appalto era una semplice attività di trasporto scolastico, non scomponibile in troppe attività, sicché non era necessaria una ulteriore sub ripartizione dei criteri oltre quelli previsti dalla *lex specialis*, tenuto conto che essi, in precedenza riportati per esteso, erano da valutare, secondo il collegio, sufficientemente analitici.

Nelle gare pubbliche indette con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la necessità di stabilire ulteriori sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi deve infatti essere valutata di volta in volta in relazione all'analiticità dei criteri principali, all'idoneità di questi ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza e ai poteri integrativi riconosciuti alla commissione giudicatrice.

Ritiene quindi la Sezione nel caso di specie che, tenuto conto del tipo di servizio posto a gara, i criteri indicati dal bando e dal disciplinare della gara di cui trattasi fossero adeguati e sufficienti alla espressione di adeguate domande di partecipazione da parte dei concorrenti e di ponderati giudizi sull'offerta tecnica da parte della commissione aggiudicatrice; ciò considerato anche che la stessa, come risulta dal verbale della seconda seduta del 21 novembre 2011, aveva deciso che per la valutazione e la determinazione dei punteggi riferiti agli elementi di tipo qualitativo/quantitativo/migliorativo, avrebbe proceduto confrontando di volta in volta l'offerta in esame con le altre proposte, in modo di attribuire attraverso l'esame comparativo il giusto punteggio a ciascuna offerta.

Del resto non esiste una regola tassativa e vincolante per la formulazione dei criteri in questione, atteso che l'art. 83, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 riporta solo un elenco esemplificativo delle voci tra le quali dovrà essere ripartito il punteggio complessivo, in modo che a ciascuna di esse corrisponda un punteggio massimo.

La scelta operata dall'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi e agli eventuali sub-criteri e sub-pesi, specificamente indicati nella *lex specialis*, è invero espressione dell'ampia discrezionalità che la legge le ha attribuito per meglio perseguire l'interesse pubblico, così che tale scelta sfugge al sindacato di legittimità allorché non sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri siano trasparenti ed intellegibili, consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta (Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668).

In base alle pregresse considerazioni, come dedotto dall'appellante, la sentenza (laddove afferma che la formulazione dei criteri non riusciva a descrivere in maniera oggettiva e connotata da un appropriato grado di precisione quali sarebbero stati gli aspetti dell'offerta tecnica che sarebbero stati oggetto di valutazione e non permetteva, nel non attribuire ai sub criteri il sub punteggio, di comprendere quale fosse il peso da attribuirsi ai diversi sotto elementi considerati) deve pertanto riconoscersi che sia assistita da motivazione non condivisibile, non avendo neppure indicato quale sottoelemento necessitasse di specifica valutazione e non avendo considerato che il peso dei fattori di ponderazione era stato previsto come decrescente in base all'interesse dell'Amministrazione (da punti 20 a punti 4) ed era stato correttamente indicato con riferimento all'unitaria attività.

Quindi deve ritenersi che i criteri di valutazione fissati dalla *lex specialis* fossero pienamente idonei a consentire il ponderato apprezzamento, in base a criteri sufficientemente specifici, delle offerte da esaminare, con infondatezza del primo motivo posto a base del ricorso introduttivo del giudizio.

11.- Con il terzo motivo d'appello è stato condivisibilmente sostenuto che comunque non sussiste alcun sindacato di merito del giudice amministrativo con riguardo ai punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta e la cui motivazione risiede nelle stesse graduazioni e ponderazioni dei punteggi attribuiti ai singoli elementi.

Se è vero, infatti, che l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia analitico e tale da delimitare il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati, tuttavia, una volta escluso l'uso distorto o irrazionale dell'applicazione del metodo del confronto a coppie, la motivazione aritmetica è sufficiente, e non richiede alcun supplemento motivazionale, in quanto emerge con chiarezza la preferenza accordata all'uno piuttosto che all'altro elemento.

Non vi è quindi spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1600).

Ciò esclude che possa condividersi l'asserzione contenuta nell'impugnata sentenza, con riguardo al secondo motivo posto a base del ricorso introduttivo del giudizio, che l'attribuzione del giudizio valutativo della commissione mediante il solo punteggio numerico aveva ampliato la genericità dei criteri indicati dal bando di gara (genericità da ritenersi peraltro insussistente per le ragioni indicate con riguardo al primo motivo d'appello).

12.- La fondatezza delle censure formulate con l'atto d'appello ai motivi posti a base dell'accoglimento del ricorso di primo grado comporta la necessità, in applicazione del principio devolutivo, della disamina degli motivi formulati con ricorso introduttivo del giudizio e dichiarati assorbiti dal primo giudice, che sono stati riproposti in appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, del c.p.a.

13.- Con il primo di detti motivi è stato dedotto che il signor Fara ha dichiarato di non aver riportato alcuna condanna penale, mentre risulta che, con sentenza n. 83/98 in data 5.6.1998, esso è stato condannato dal Tribunale di Oristano, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., alla pena di venti mesi di reclusione per aver commesso vari reati, per fatti che sarebbero relativi a grave inadempimento e negligenza nello svolgimento dell'appalto relativo al trasporto pubblico locale urbano del Comune di Oristano, costituitosi parte civile nel processo.

Tanto avrebbe integrato un'autonoma causa di esclusione del concorrente dalla procedura di gara, in quanto la valutazione circa la sussistenza del requisito di moralità professionale spetterebbe esclusivamente alla stazione appaltante e non al partecipante, che non potrebbe omettere, nella dichiarazione sostitutiva da produrre in sede di gara, dati penalmente rilevanti idonei ad incidere sulla sua stessa partecipazione alla gara.

Infatti, la *lex specialis* avrebbe univocamente previsto l'obbligo per i concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali (incluse quelle recanti il beneficio della non menzione della pena nel Casellario giudiziario) e di indicare, con una dichiarazione aggiuntiva, gli anni in cui sono state pronunciate, gli organi giudicanti, i numeri di ruolo dei provvedimenti, i capi di imputazione e le pene irrogate (con la precisazione se i reati fossero stati patteggiati, estinti o altro e con l'indicazione anche delle sentenze riportanti il beneficio della non menzione).

Quindi il R.T.I. Fara – Garau, per effetto della mancata dichiarazione del signor Fara, avrebbe meritato di essere escluso dalla gara, non possedendo quest'ultimo, nella sua qualità di legale rappresentante, i requisiti di partecipazione, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 38 comma 1, lett. c) e lettera f) del codice degli appalti, richiamato dall'art. 10 del disciplinare.

13.1.- La censura non è, secondo il collegio, suscettibile di assenso.

Risulta invero dal verbale della terza seduta della commissione giudicatrice del 26 novembre 2013, che *"dal certificato del Casellario Giudiziale risulta una sentenza del 1998 nei confronti del titolare della ditta"* Fara Antonio Gian Franco, *"estinta con decreto del 28.11.2003 emesso dal Tribunale di Oristano"* e che è stato escluso che tanto comportasse alcuna irregolarità.

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito prima dall'art. 4, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in l. 12 luglio 2011, n. 106, e poi modificato dall'art. 1, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in l. 26 aprile 2012, n. 44, sono escluse dalla relativa dichiarazione le condanne per reati dichiarati estinti dopo la condanna stessa (Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528) purché l'estinzione sia stata formalizzata, come nel caso che occupa, in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale intervenuta prima del termine di partecipazione alla gara.

Nella conclamata ricorrenza del fenomeno dell'estinzione del reato, l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per reati gravi non ricomprende quindi le condanne per reati estinti, non già per il fatto che i fenomeni estintivi siano *ex se* sintomatici della non gravità dei reati, quanto piuttosto in ragione dell'effetto privativo che il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4392).

Correttamente, quindi, la commissione giudicatrice, con verbale del 26 novembre 2013, ha ritenuto che la rilevata circostanza non fosse idonea a comportare l'esclusione del citato R.T.I. dalla gara.

14.- Con il motivo in esame è stato ulteriormente dedotto che, sotto altro profilo, il R.T.I. Fara-Garau avrebbe dovuto essere comunque escluso dalla gara per avere il legale rappresentante della Ditta Fara dichiarato (punto 14 della dichiarazione unica modello 2) *"che l'Impresa non ha commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante, né ha commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale"*.

La circostanza sarebbe palesemente smentita dai comportamenti tenuti in danno della stazione appaltante e che avrebbero determinato l'emanazione della sentenza penale sopra detta, sicché sussisterebbe difetto di istruttoria e di motivazione delle determinazioni assunte dalla commissione di gara, la quale avrebbe ritenuto non rilevanti le puntuali contestazioni mosse al riguardo dall'odierna ricorrente, senza operare alcuna valutazione in merito alla palese omessa dichiarazione della ditta concorrente e limitandosi ad un laconico ed improprio richiamo al fatto che il concorrente non poteva rendere dichiarazione sul punto.

14.1.- La Sezione non ritiene di poter valutare in senso positivo la sopra riportata censura.

Con riguardo alla valutazione dei fatti che dovrebbero denotare la commissione di grave negligenza o malafede nella esecuzione di prestazioni affidate dalla stazione appaltante, questa esercita un potere ampiamente discrezionale volto alla valutazione della concreta idoneità del fatto pregresso a rendere inaffidabile l'operatore economico, con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi; al riguardo il giudice amministrativo può solo accertare la sussistenza di una figura sintomatica dell'eccesso di potere idonea a comportare l'illegittimità degli atti amministrativi al riguardo adottati (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 marzo 2015, n. 1619).

L'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce in proposito che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti *“che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*.

Secondo detta norma è quindi la scelta di procedere alla esclusione che deve essere oggetto di motivata valutazione, sicché la decisione di ritenere irrilevanti i fatti oggetto della sentenza penale in questione può ritenersi sufficientemente motivata con il richiamo alle situazioni prese in considerazione.

Ciò posto, quanto alla valutazione della logicità o meno della decisione al riguardo assunta dalla commissione della gara *de qua*, che è rimessa a questo giudice, va innanzi tutto rilevato che i fatti che avrebbero potuto fondare un giudizio di grave inadempimento da parte dall'operatore economico in un pregresso rapporto contrattuale con la stessa stazione appaltante erano nel caso di specie parimenti noti all'operatore (che aveva dichiarato espressamente l'esistenza di detta sentenza) e alla stazione appaltante, quali parti del medesimo rapporto negoziale.

Nel caso di specie la commissione, che di quei fatti era già a conoscenza, al riguardo, su sollecitazione della Soc.

Cooperativa COBUS 90, si è riservata, come da verbale dell'8 novembre 2013, di procedere *“in merito, oltretutto prendendo in esame eventuali circostanze che dovessero essere rilevate agli atti dell'amministrazione, richiedendo alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Oristano il Certificato del Casellario giudiziale del titolare della Ditta, per aver cognizione di eventuali condanne definitive a suo carico, valutarne la gravità e incidenza sul giudizio di capacità tecnica professionale dell'impresa”*.

Successivamente, come da verbale del 26 novembre 2013, la commissione di gara ha evidenziato che *“dal certificato del Casellario Giudiziale risulta una sentenza del 1998 nei confronti del titolare della ditta, estinta con decreto del 28.11.2003 emesso dal Tribunale di Oristano”*.

In tal senso la Commissione ha espressamente preso in considerazione sia l'esistenza della sentenza che la sua asserita estinzione ed ha ritenuto di procedere non avendo riscontrato l'esistenza di motivi ostativi; con ciò rendendo palese che tale valutazione ampiamente discrezionale non appare possa considerarsi irragionevole a causa del lunghissimo tempo trascorso dalla commissione di detti fatti, nonché dell'intervenuta dichiarazione di estinzione della relativa condanna, che, all'epoca di valutazione dei fatti che ne erano stati oggetto, era ormai *tamquam non esset*.

15.- Con il secondo dei riproposti motivi è stato dedotto che la commissione giudicatrice avrebbe errato nell'ammettere l'offerta del R.T.I. Fara - Garau, stante la palese non congruità dell'offerta economica, nella quale è stato indicato un ribasso del 20,065%, che avrebbe, peraltro, condizionato in maniera determinate il punteggio finale.

I chiarimenti forniti dall'aggiudicataria rispetto alla richieste formulate dalla Commissione non sarebbero convincenti, atteso che:

- i costi per il personale sarebbero determinati sulla base di un *part time* di 18 ore settimanali, mentre il CCNL di riferimento stabilisce che per tali contratti, il monte orario settimanale minimo è di 20 ore, con costo complessivo del personale superiore a quello indicato;

- nel prospetto trasmesso al Comune, mancherebbe la previsione dello stipendio per gli autisti, che dovrebbero assicurare il servizio in occasione dei rientri pomeridiani (24 ore settimanali);

- nel calcolo economico del 6 dicembre 2013, mancherebbe l'imputazione dell'IRAP che inciderebbe, nel caso di specie, nella misura del 3,9% sui costi totale del servizio;

- nel calcolo dei costi annuali presunti sarebbero indicati in difetto i costi della manutenzione ordinaria e straordinaria dei mezzi, oltre che l'incidenza dei costi del carburante.

15.1- Osserva in proposito la Sezione che il giudizio di valutazione di anomalia dell'offerta è espressione di un potere ampiamente discrezionale connotato da elementi di tecnicismo non direttamente sindacabili dal g.a., salvo che non trasmodi nella manifesta abnormità, atteso che la discrezionalità tecnica, ossia quel tipo di attività valutativa che

comporta l'utilizzo di cognizioni tecniche specialistiche, è assimilabile al merito, vale a dire al concetto di opportunità dell'azione amministrativa, con conseguente preclusione al g.a. di qualsiasi sindacato di tipo intrinseco (Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552).

Nelle gare pubbliche per l'affidamento di un appalto di servizi, un'offerta non può ritenersi anomala, e comportare l'automatica esclusione dalla gara, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

Nel caso che occupa ritiene la Sezione che non sussista abnormità del giudizio della commissione aggiudicatrice che, con verbale del 17 gennaio 2014, ha ritenuto idonee le giustificazioni fornite dal R.T.I. aggiudicatario (come da note del 6 dicembre 2013, del 30 dicembre 2013 e del 14 gennaio 2014 delle ditte costituenti detto R.T.I.), considerato anche che, come dedotto dalla difesa del Raggruppamento, per la specialità del servizio di scuolabus a livello nazionale e locale sono stati siglati specifici accordi sindacali che nel caso di specie sarebbero stati rispettati, e che le altre circostanze che sono state indicate come indice di anomalia non sono sufficientemente specifiche e dotate di tale rilevanza da considerare abnorme il giudizio al riguardo espresso dal Comune di Oristano.

16.- Con i riproposti motivi è stato infine dedotto che con riguardo alla posizione assunta dalla seconda classificata è stata contestata la legittimità e attribuzione del punteggio ad essa assegnato per l'offerta migliorativa, la quale, si paleserebbe, *prima facie*, incongrua ed economicamente insostenibile.

16.1.- La Sezione, stante la conferma della legittimità della aggiudicazione della gara di cui trattasi all'A.T.I. Fara-Garau, ritiene inconferente la censura in esame.

17.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e per l'effetto, previa reiezione dei motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti in sentenza e riproposti in appello, in riforma della prima decisione va respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

18.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, previa reiezione dei motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti in sentenza e riproposti in appello, in riforma della sentenza di primo grado respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 18/06/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)