

Publicato il 12/05/2020

N. 02968/2020REG.PROV.COLL.
N. 02280/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2280 del 2020, proposto da Centopercento Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Carratelli e Giuseppe Carratelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda di Servizi per la Mobilità di Cosenza S.r.l. - Asmc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Freni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Duo Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), 14 febbraio 2020, n. 250, resa tra le parti, concernente ricorso per l'annullamento:

- 1) della nota del 30.12.2019, con cui l'amministratore unico di ASMC s.r.l. comunicava che non avrebbe proceduto all'aggiudicazione dell'appalto relativo alla procedura (CIG): 8084986582 in favore della Centopercentoservizi (doc. 10), in virtù delle motivazioni espresse nella determinazione n.36/19 del 30.12.2019 (doc.11).
- 2) del verbale di determinazione n.36/19 del 30.12.2019 dell'amministratore unico dell'A.S.M.C. s.r.l.;
- 3) dell'avviso di proposta di aggiudicazione in favore della Duoservice;
- 4) della proposta di aggiudicazione formulata dal RUP in favore della Duo Service s.r.l. relativamente alla procedura (CIG): 8084986582;
- 5) di tutti gli atti predisposti dal RUP con cui si esclude la Centopercento servizi s.r.l. e si dispone l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Duo Service s.r.l. relativamente alla procedura (CIG): 8084986582;
- 6) dell'avviso di appalto aggiudicato in favore della Duo Service s.r.l. relativamente alla procedura (CIG): 8084986582;
- 7) della nota nr. 333 del 30/12/2019 con cui è stata comunicata la proposta di aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico - CIG 8084986582 – all'O.E. DUO SERVICE SRL con sede in Rende (CS), c.da Concistocchi 31, partita IVA 03087700781;
- 8) del verbale di determinazione dell'amministratore unico dell'ASMC s.r.l. n.1/2020 del 3.1.2020;

9) della determina di affidamento del servizio in via d'urgenza in favore della Duo Service s.r.l.;

10) di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, con riserva di integrare l'impugnativa all'esito deposito di atti da parte dell'amministrazione;

nonché, per la condanna della S.A., previa declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto in favore della controinteressata, ad aggiudicare la gara alla ricorrente Centopercentservizi srl, con subentro della stessa nel contratto d'appalto; e al risarcimento per equivalente pecuniario in relazione alla parte di appalto già eseguita dalla controinteressata;

in subordine,

per la condanna al risarcimento per equivalente pecuniario.

Visto l'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Duo Service S.r.l. e di Azienda di Servizi per la Mobilità di Cosenza S.r.l. – A.S.M.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, come da verbale; e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del citato decreto-legge n. 18 del 2020 e dell'art. 60 cod. proc. amm;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con l'appello in esame, la Centoperceto Servizi S.r.l. chiede la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la

Calabria, Sezione Prima, 14 febbraio 2020, n. 250, che ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento del provvedimento di mancata aggiudicazione, e conseguente esclusione della società, dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Cosenza, indetta dall'Azienda di Servizi per la Mobilità di Cosenza S.r.l. (in seguito anche AMSC).

1.1. - Come riferito nell'atto di appello, e come risulta anche dalla motivazione della sentenza impugnata, all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, l'offerta presentata dalla Centopercento Servizi S.r.l. si è classificata al primo posto ed è stata proposta per l'aggiudicazione definitiva. Con nota del 6 dicembre 2019, la stazione appaltante chiedeva alla società di produrre la documentazione attestante il possesso dei requisiti dichiarati in gara, oltre alle pertinenti spiegazioni sulla congruità dell'offerta economica, sospettata di essere anormalmente bassa.

1.2. - Ricevuta la documentazione richiesta, con successiva nota del 23 dicembre 2019 l'amministrazione sollecitava anche la presentazione dei libretti di circolazione dei mezzi previsti per l'esecuzione del servizio e delle patenti di guida del personale dichiarato in sede di gara.

1.3. - Esaminata la documentazione prodotta dalla Centopercento Servizi, con determinazione del 30 dicembre 2019, n. 36/2019, l'amministratore unico di ASMC disponeva l'esclusione della società dalla procedura di gara, per la mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti, a pena di esclusione, dal punto 3.4. del disciplinare di gara, in quanto – con riferimento agli autisti destinati allo svolgimento del servizio – era stato accertato che quattro patenti di guida (sulle 12 consegnate) erano scadute; e che

«per 10 dei 14 scuolabus, di cui sono state consegnate copie dei libretti di circolazione, sono trascorsi i 60 giorni previsti dalla normativa vigente per presentare la richiesta di iscrizione al PRA in favore della ditta che risulta essere intestataria dallo stesso libretto».

2. - Con il ricorso in primo grado, la società Centopercento Servizi ha impugnato il menzionato provvedimento di esclusione, deducendo:

- la violazione dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, per aver disposto l'esclusione senza procedere al previo soccorso istruttorio, attraverso il quale avrebbe potuto documentare l'avvenuto rinnovo delle patenti scadute e l'irrilevanza della tempestiva iscrizione al P.R.A. quale requisito previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara;

- violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti, per avere proceduto, dopo l'esclusione della ricorrente, all'affidamento del servizio in favore di impresa nei confronti della quale ricorre una delle cause di esclusione previste dalla disposizione richiamata.

3. - Con la sentenza appellata, resa in forma semplificata all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, il T.A.R. Calabria, Catanzaro, ha respinto il ricorso della Centopercento Servizi richiamando, in primo luogo, il contenuto della clausola del disciplinare di gara in punto di requisiti di capacità tecnica e professionale (punto 3.4. del disciplinare di gara) secondo il quale l'operatore economico doveva dimostrare la *«piena disponibilità alla data di scadenza del bando e per tutta la durata del contratto di appalto - pena esclusione - di un numero non inferiore a 12 autisti in possesso dei requisiti tecnico-professionali idonei alla conduzione dei mezzi»*, come specificato

anche dall'art. 7 del capitolato speciale d'appalto [il quale stabilisce che i conducenti addetti al servizio di trasporto scolastico devono essere muniti «*di patente di guida e della CDC (Carta Qualificazione Conducente) valide per la conduzione del mezzo assegnato*»]; e sottolineando come la ricorrente, per uno degli autisti indicati, non ha dimostrato la persistente possidenza di patente valida [la patente, infatti, risultava scaduta il 2 dicembre 2019 e rinnovata solo a decorrere dal 17 dicembre 2019].

4. – Ha interposto appello la Centopercento Servizi, riproponendo le censure sollevate in primo grado e contestando specificamente la sentenza del primo giudice per aver posto alla base della decisione di rigetto un profilo «*neppure prospettato negli atti impugnati, ossia la “carenza di persistente possidenza di patente valida dell'autista [...]”, per l'asserito intervallo tra il 2.12.2019 ed il 17.12.2019*»; rilievo che avrebbe dovuto indurre il primo giudice a esercitare i poteri istruttori al fine di acquisire il dato asseritamente mancante, che la ricorrente avrebbe potuto dimostrare producendo in giudizio il permesso provvisorio di guida, ottenuto dall'autista in questione ai sensi dell'art. 59, comma 1, della legge n. 120 del 2010, e relativo all'intervallo temporale sopra indicato (ossia il periodo tra il 2 dicembre e il 17 dicembre 2019).

L'appellante, pertanto, produce in appello il documento attestante il permesso provvisorio di guida, idoneo a dimostrare la continuità del possesso del requisito richiesto dal disciplinare di gara, quale prova indispensabile ai sensi dell'art. 104, comma 2, del codice del processo amministrativo (cfr. doc. 2 di parte appellante).

5. - Si sono costituite in giudizio la A.S.M.C., stazione appaltante, e la Duo Service S.r.l., controinteressata, entrambe controdeducendo alle

argomentazioni avversarie e chiedendo la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

6. – Fissata la camera di consiglio del 2 aprile 2020, la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza proposta dall'appellante è stata decisa con il rito speciale monocratico previsto dall'art. 84, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

Con decreto del 3 aprile 2020, n. 1684, l'istanza cautelare è stata respinta.

7. - Alla camera di consiglio del 21 aprile 2020, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione per essere definita, nel merito, con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del codice processo amministrativo e dell'art. 84, comma 5 e 6, del decreto-legge n. 18 del 2020.

7.1. - Sul punto, va precisato che l'art. 84, comma 5, cit., prima parte, prevede che *«Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. [...]»*.

Si evince che, per quanto concerne la possibile definizione della controversia in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, il richiamo all'art. 60 del c.p.a. non è integrale, essendosi espressamente stabilito che la scelta del giudizio immediato può essere operata dal giudice senza alcun previo avviso alle parti (*«omissis*

ogni avviso»), in deroga alla norma processuale ordinaria che impone di sentire le parti sul punto.

7.2. - Peraltro, la stessa norma di cui all'art. 84, comma 5, del decreto-legge n. 18 del 2020, prevede la facoltà delle parti di depositare *«brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione»*.

Il che implica, per un verso, che il giudizio in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata è consentito in presenza dei presupposti fissati dall'art. 60 del codice del processo amministrativo, in punto di decorso di almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso [dieci, nel rito disciplinato dagli articoli 119 e 120 del c.p.a.] e della accertata completezza del contraddittorio e dell'istruttoria; per altro verso, il contraddittorio sulla definizione del giudizio, imposto dall'art. 60 del c.p.a., è sostituito dal preventivo scambio di note, strumento processuale attraverso il quale le parti possono interloquire con il giudice anche per manifestare il loro avviso circa la sussistenza, o non, dei presupposti per il giudizio immediato nel merito o la loro intenzione di *«proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione»* (art. 60, comma 1, primo periodo, del c.p.a.); richieste che il giudice dovrà valutare al fine di disporre il rinvio della trattazione, concedendo alla parte adeguati termini a difesa per la proposizione dell'atto processuale oggetto dell'istanza.

7.3. - Nel caso di specie, solo la resistente A.S.M.C. ha depositato memoria in vista della camera di consiglio del 21 aprile 2020, senza, peraltro, esaminare il punto della possibile definizione del giudizio, in sede cautelare, con sentenza in forma semplificata.

7.4. - Pertanto, devono ritenersi integrati i presupposti per decidere nel merito la controversia in esame, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo e dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge n. 18 del 2020.

8. - Nel merito, l'appello è infondato.

8.1. - Preliminarmente, va precisato che l'impugnato provvedimento si basa su due autonome ragioni, ciascuna da sola sufficiente a motivare l'esclusione della società appellante dalla procedura di gara.

Pertanto, anche in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", la causa può essere decisa sulla base della questione di più agevole soluzione, che nel caso di specie deve essere individuata nella mancata prova del possesso del requisito professionale richiesto dal punto 3.4. del disciplinare di gara, secondo il quale l'operatore economico doveva dimostrare la *«piena disponibilità alla data di scadenza del bando e per tutta la durata del contratto di appalto - pena esclusione - di un numero non inferiore a 12 autisti in possesso dei requisiti tecnico-professionali idonei alla conduzione dei mezzi»*.

8.2. - In linea di fatto, è pacifico tra le parti che, per uno degli autisti indicati dalla società Centopercento Servizi, la patente di guida presentata ai fini della comprova dei requisiti dichiarati scadesse il 2 dicembre 2019 e fosse stata rinnovata solo a partire dal 17 dicembre 2019 (il fatto non è contestato dall'appellante, ricorrente in primo grado; si veda, comunque, la documentazione versata nel fascicolo di primo grado, doc. 16 di parte ricorrente, dalla quale emerge che la patente di guida di uno degli autisti risultava scaduta dal 2 al 17 dicembre 2019, data in cui la patente è stata rinnovata).

Considerato che il disciplinare imponeva il possesso del titolo idoneo per la guida da parte di tutti gli autisti proposti per l'esecuzione del

servizio, a pena di esclusione dalla gara, il provvedimento adottato dalla stazione appaltante è sufficientemente motivato sul punto.

8.3. - Né rileva il fatto che il requisito sia venuto meno dopo la proposta di aggiudicazione e sia stato ripristinato prima della aggiudicazione definitiva. Come esattamente affermato dal primo giudice, nella fattispecie opera il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici *«i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità»* (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8). Per cui, la carenza del requisito, anche se verificatasi dopo la presentazione dell'offerta, imponeva l'esclusione dell'offerente dalla procedura.

9. - L'appellante, inoltre, ripropone, con i motivi di appello, la censura secondo cui la stazione appaltante non avrebbe avviato il soccorso istruttorio, che avrebbe consentito alla Centopercento Servizi di produrre nel procedimento l'avvenuto rinnovo della patente di guida.

9.1. - Il rilievo, tuttavia, è infondato in fatto.

9.2. - In disparte la questione se il soccorso istruttorio sia applicabile nella fase del procedimento di gara che ha per oggetto la dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, nella fattispecie la stazione appaltante ha comunque sollecitato in diverse occasioni la produzione dei documenti di cui trattasi. Come già riferito in fatto, con una prima comunicazione del 6 dicembre 2019,

la stazione appaltante chiedeva alla società di produrre la documentazione attestante il possesso dei requisiti dichiarati in gara. Successivamente, con nota del 20 dicembre 2019 (cfr. doc. 6 del fascicolo di primo grado, di parte ricorrente), la stazione appaltante ha (nuovamente) richiesto la produzione della documentazione relativa alle *«patenti di guida e C.Q.C. dei n. 12 conducenti»*. Infine, con ulteriore nota del 23 dicembre 2019 (cfr. doc. 8 fascicolo di primo grado, di parte ricorrente), la stazione appaltante reiterava la richiesta *«delle nr. 12 patenti [...] dei vs. conducenti»*.

9.3. - La società, dunque, ha avuto diverse occasioni per introdurre nel procedimento tutta la documentazione relativa al possesso del requisito in questione; e, in particolare, il certificato provvisorio di guida, che risulta rilasciato all'autista interessato fin dal 23 ottobre 2019 (cfr. doc. 2 di parte appellante).

10. - Ne deriva come conseguenza che la produzione in appello di quest'ultimo documento è inammissibile, ai sensi dell'art. 104, comma 2, del codice del processo amministrativo.

10.1. - Secondo l'appellante, l'esigenza di una nuova prova in appello nasce dalla necessità di contestare una delle ragioni in base alle quali la sentenza appellata ha respinto il ricorso in primo grado.

10.2. - Tuttavia, l'argomentazione è smentita – in primo luogo - dalla piana lettura della motivazione dell'esclusione, basata (come già si è veduto) sul difetto di uno dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara; la sentenza del primo giudice si è limitata ad accertare l'infondatezza delle censure rivolte a inficiare il motivo di esclusione. Inoltre, la tesi è errata anche in diritto, perché l'indispensabilità *«non va intesa come mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte*

avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale» (Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2020, n. 1962).

Impossibilità che non ricorre nel caso di specie, visto che sia nel corso del procedimento di gara, sia nel giudizio di primo grado, l'odierna appellante avrebbe potuto e dovuto produrre il documento in questione (come visto, rilasciato fin dal 23 ottobre 2019).

11. - Infine, per completezza d'analisi, deve essere sottolineato che le censure sollevate nei confronti dell'impugnato provvedimento di esclusione non assumono rilievo nemmeno sotto il profilo della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, cui conseguirebbe l'applicazione del regime processuale della rilevanza d'ufficio della nullità posta dall'art. 83, comma 8, ultimo periodo, del codice dei contratti; soluzione cui potrebbe giungersi qualora il requisito del possesso del titolo professionale fosse qualificabile non come requisito di partecipazione ma come requisito di esecuzione del servizio.

11.1. - Tuttavia, in senso contrario depono il quadro normativo in tema di requisiti di capacità tecnica e professionale (art. 83, comma 1, lett. c), del codice dei contratti), ove si tenga conto che il comma 6 dell'art. 83 cit. consente alle stazioni appaltanti, negli appalti di servizi e forniture, di indicare nel bando i *«requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità»*; il comma 7 della medesima disposizione prevede che la dimostrazione dei predetti requisiti sia fornita *«utilizzando i mezzi di prova di cui all'articolo 86, commi 4 e 5»*; disposizione la quale, a sua volta, stabilisce che *«Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della*

quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi»; allegato XVII, parte II, che alla lett. f), individua quali mezzi di prova, «[i] titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa, a condizione che non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione»; e, alla lett. i), la «dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto».

11.2. - La clausola del disciplinare sopra richiamata, pertanto, è pienamente conforme alla disciplina normativa in materia di requisiti di partecipazione e di selezione degli operatori economici sulla base della loro capacità tecnica e professionale e rappresenta una idonea base giuridica per il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante.

12. - L'appello, in conclusione, deve essere integralmente respinto.

13. - Le spese relative al presente grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, in ragione della peculiarità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate tra le parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO