



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli
Tribunali**

[Indietro](#)

Publicato il 27/07/2017

**N. 03699/2017REG.PROV.COLL.
N. 07644/2015 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 7644 del 2015, proposto
da:

Egepu s.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato
Antonello Bruno, con domicilio
eletto presso lo studio Maria
Antonietta Tortora in Roma, viale
Mazzini 113;

contro

Comune di Codogno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova 96;

Foletti Giuseppe, titolare dell'omonima Ditta individuale, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZIONE III, n. 1278/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di trasporto di persone diversamente abili presso strutture diurne e scolastiche del territorio dal 12/09/2013 al 31/08/2016 – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Codogno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Perrone per delega di Bruno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Egepu s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 29 maggio 2015, n. 1278 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso esperito da Egepu nei confronti dell'affidamento in favore della ditta Foletti del “servizio di trasporto disabili a strutture diurne e scolastiche del territorio”, ed accolto il ricorso della stessa ditta Foletti avverso la propria esclusione, disposta in data 18 settembre 2013.

Si tratta, in particolare, della procedura aperta, bandita dal Comune di Codogno nel luglio 2013, per l'affidamento del servizio

di trasporto disabili per il periodo 2013/2016, per un importo a base d'asta di euro 186.563,00 comprensivo degli oneri per la sicurezza, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'esclusione della ditta Foletti è stata disposta in quanto l'offerta economica non indicava il costo relativo agli oneri per la sicurezza.

Con il ricorso in primo grado la ditta Foletti ha allegato che non doveva essere esclusa dalla gara, ma che la propria offerta economica doveva essere considerata anomala e valutata come tale. A seguito dell'accoglimento della domanda cautelare, da parte del Tribunale amministrativo regionale, recante sospensione del provvedimento di esclusione, la Commissione giudicatrice ha aggiudicato, in data 12 dicembre 2013, l'appalto alla ditta Foletti. La Egepu s.r.l., a sua volta, ha impugnato l'aggiudicazione in favore della ditta Foletti.

2. - La sentenza qui appellata, come esposto, previa riunione dei ricorsi, ha dichiarato inammissibile il ricorso della Egepu (iscritto *sub* n. 308/2014 del R.G.) avverso l'aggiudicazione in favore della ditta Foletti, ed ha accolto il ricorso (iscritto *sub* n. 2401/2013 del R.G.) della ditta Foletti avverso la sua esclusione.

In particolare, la sentenza ha ritenuto inammissibile il ricorso di Egepu avverso gli atti di gara, nell'assunto che avrebbe dovuto esperire un ricorso incidentale nell'ambito del giudizio principale già promosso dalla ditta Foletti, *«non potendosi invece dare avvio ad un autonomo processo, subordinatamente all'esito dell'eventuale accoglimento dell'originario gravame, al fine di mettere sostanzialmente in discussione la decisione giurisdizionale»*; ha poi accolto il ricorso della ditta Foletti, annullandone l'esclusione nell'assorbente considerazione che la *lex specialis* di gara non prevede una clausola di esclusione espressa

con riguardo alla mancata indicazione degli oneri per la sicurezza.

3. - L'appello censura la sentenza deducendo, in sintesi, che la proposizione, da parte di Egepu, di un autonomo ricorso è ammissibile, in quanto, nel momento della proposizione del gravame da parte della ditta Foletti avverso l'esclusione, essa era aggiudicataria dell'appalto, e si imponeva dunque solamente la riunione dei due ricorsi per connessione. Egepu ha dunque riproposto le censure svolte in primo grado, anzitutto deducendo che la ditta Foletti Giuseppe non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara, omissione non suscettibile di essere sanata con il ricorso al soccorso istruttorio, limitandosi alla produzione della dichiarazione con cui ha attestato la sussistenza dei requisiti di carattere generale, nonché delle offerte economica e migliorativa, aggiungendo inoltre che l'indicazione degli oneri

aziendali è obbligatoria anche in assenza di specifica previsione della *lex specialis* di gara.

4. - Si è costituito in resistenza il Comune di Codogno concludendo per la reiezione del ricorso.

5. - All'udienza pubblica del 24 novembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Il primo motivo di diritto, con cui Egepu s.r.l. contesta la pronuncia di inammissibilità del ricorso dalla stessa esperito avverso l'aggiudicazione in favore della ditta Foletti, è fondato.

La pronuncia di inammissibilità è motivata nell'assunto che, già pendendo il processo introdotto con il ricorso della Foletti nei confronti della propria esclusione, sarebbe stato necessario mantenere la concentrazione del giudizio, e gravare l'aggiudicazione, anche attraverso un ricorso incidentale, nell'ambito dello stesso processo, anziché con ricorso autonomo, situazione comportante la

permanenza di una situazione di incertezza e di rischio di contrasto tra giudicati.

Ad avviso dell'appellante, l'interesse al ricorso è sorto in capo ad Egepu solamente a seguito dell'ordinanza cautelare con cui il Tribunale amministrativo regionale ha sospeso il provvedimento di esclusione della ditta Foletti, ed alla successiva determina dirigenziale n. 831 del 20 dicembre 2013 di aggiudicazione in favore della stessa impresa; in ogni caso lo strumento processuale che garantisce la concentrazione del giudizio è la riunione dei due procedimenti ai sensi degli artt. 70 e 43, comma 3, Cod. proc. amm.

La tesi di Egepu appare più coerente con il sistema processuale, mancando una norma che preclude la proposizione di un ricorso autonomo in luogo di un ricorso incidentale.

In particolare, l'art. 120 Cod. proc. amm. impone al ricorrente principale di impugnare gli atti

sopravvenuti con motivi aggiunti, ma non contiene un'analogha disposizione relativamente al ricorso incidentale.

La disposizione di carattere generale di cui all'art. 43, comma 3, Cod. proc. amm., prevede poi che le domande nuove (rispetto a quelle svolte con il ricorso introduttivo o con quello incidentale) possono essere esperite con motivi aggiunti, ovvero con ricorso separato allo stesso Tribunale, ed il giudice provvede poi alla riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 70 dello stesso Cod. proc. amm.

Più garantistica appare dunque la soluzione che consente, anche nella fattispecie controversa, la proposizione di un ricorso autonomo da parte di soggetto intimato in altro giudizio connesso, sia oggettivamente che soggettivamente.

La concentrazione del giudizio, funzionale rispetto ai valori posti in evidenza dalla sentenza appellata, avviene attraverso la riunione dei

ricorsi di cui all'art. 70 Cod. proc. amm., puntualmente disposta con la sentenza appellata.

In accoglimento del primo motivo di appello, la sentenza gravata deve dunque essere riformata, nella parte in cui ha ritenuto inammissibile il ricorso di Egepu avverso l'aggiudicazione in favore della ditta Foletti.

2. - Con il secondo motivo Egepu lamenta poi che la ditta Foletti doveva essere esclusa dalla gara per non avere presentato la domanda di partecipazione, in violazione di quanto prescritto dall'art. 73 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

Ed invero il bando di gara, come si evince dalla pagina 4, indica il contenuto delle buste "A" e "B"; in particolare la busta "A" doveva contenere il modulo di autocertificazione, la copia dell'avvenuto versamento dell'importo dovuto all'allora A.V.C.P., l'offerta delle proposte

migliorative, nonché la cauzione provvisoria, mentre la busta “B” (conteneva) l’offerta economica. Dal bando di gara non si evince dunque la necessità della domanda di partecipazione; analogamente tale adempimento non è richiesto nel “foglio patti e condizioni per l’affidamento del servizio di trasporto diversamente abili” (disciplinare di gara).

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l’enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2016, n. 4553). Ciò a maggior ragione, considerando che

in tale caso si tratterebbe di una esclusione dalla gara per una lacuna formale indotta dalla stessa Amministrazione nella predisposizione degli atti di gara, con conseguente restringimento della concorrenza, in assenza di una lesione di rilievo sostanziale (Cons. Stato, V, 17 giugno 2014, n. 3093).

3. - Con il terzo mezzo di gravame si deduce che sia stata consentita alla ditta Foletti un'integrazione dell'offerta migliorativa, avvenuta con nota del 10 settembre 2013, in relazione ai profili indicati all'art. 10 del disciplinare di gara.

Il motivo non appare persuasivo, in quanto dall'esame della documentazione in atti, emerge che la nota della ditta Foletti in data 10 settembre 2013 abbia recato solo un chiarimento (essenzialmente in ordine al mezzo di trasporto tra quelli indicati nell'offerta) rispetto alla precedente formulazione della proposta migliorativa, in relazione al quale, a termini della disciplina

allora vigente, era consentito il ricorso al soccorso istruttorio.

4. - Con il quarto motivo Egepu lamenta poi di avere proposto un automezzo di trasporto che presentava proposte migliorative sotto tutti i profili indicati dal disciplinare all'art. 10, ragione per cui avrebbero dovuto ricevere quindici punti a tale titolo (e non solo dieci), ed altri dieci punti (anziché dodici) in riferimento al personale di accompagnamento, avendo offerto una figura con qualifica di educatore ed una con qualifica di ASA.

Anche tale motivo deve essere disatteso, in quanto la prospettazione di parte appellante impinge nel merito di valutazioni tecniche rimesse all'Amministrazione e non manifestamente irragionevoli, tenendo conto che il disciplinare di gara per le "proposte migliorative del servizio" consentiva l'attribuzione di massimo venticinque punti.

5. - Il quinto ed il sesto (rubricati rispettivamente come secondo e terzo nell'atto di appello) motivo censurano la statuizione di accoglimento del ricorso della ditta Foletti motivata nella considerazione che la *lex specialis* di gara sia priva di una clausola di esclusione per l'ipotesi dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza, assumendo l'appellante che non poteva ritenersi consentita l'integrazione del dato mancante (e cioè lo scorporo nel *quantum* fin dalla presentazione dell'offerta) nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, seppure in assenza di una specifica previsione del bando.

I motivi, che possono essere trattati congiuntamente in quanto tra loro complementari, sono infondati secondo quanto chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19, alla cui stregua per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n.

50 del 2016), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

6. -Discende da quanto esposto che l'appello deve essere in parte accolto ed in parte respinto, unitamente alla domanda risarcitoria, e, per l'effetto, la sentenza di primo grado deve essere parzialmente confermata, seppure con diversa motivazione.

Si ravvisano peraltro, in relazione alla situazione di parziale soccombenza reciproca, i motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie, ed in parte lo respinge, e, per l'effetto, conferma in parte, con diversa motivazione, la sentenza di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella,

Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Stefano Fantini

**Francesco
Caringella**

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)