

N. 05656/2015REG.PROV.COLL.

N. 04614/2015 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 4614 del 2015, proposto dal Comune di Arbus, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Autoservizi Vacca s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Casula, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gabrielli in Roma, piazzale delle Belle Arti, 3;

nei confronti di

Ditta Garau Mauro Autonoleggio, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Sardegna - Sezione I - n. 382 del 27 febbraio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Autoservizi Vacca s.n.c.;

Viste le memorie difensive depositate dal comune di Arbus in data 13 ottobre e 3 novembre 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il consigliere

Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Mauro Barberio e Luca Casula;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara - indetta nel luglio del 2014 dal comune di Arbus per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli anni 2014 - 2018 - aggiudicata in via definitiva alla Ditta Garau Mauro Autonoleggio (cfr. determinazione n. 545 del 22 ottobre 2014).

2. La società Autoservizi Vacca s.n.c. (in prosieguo ditta Autoservizi), classificatasi al 2° posto, ha impugnato davanti al T.a.r. per la Sardegna gli atti della procedura articolando quattro autonomi motivi (pagine 3 - 11 del ricorso di primo grado), ed ha chiesto la caducazione, in via principale, dell'aggiudicazione disposta in favore della ditta contro interessata, in via subordinata, dell'intera procedura di gara.

3. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Sardegna - Sezione I - n. 382 del 27 febbraio 2015 -:

a) in considerazione della natura del vizio riscontrabile nell'operato della Commissione di gara, ha ritenuto di non poter esaminare le censure articolate in via principale finalizzate a far conseguire alla ricorrente l'aggiudicazione del servizio (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) ha accolto la censura imperniata sull'erroneità dell'operato della Commissione di gara sotto il profilo che non ha applicato il criterio di attribuzione del punteggio diviso dalla *lex specialis* per la parte economica dell'offerta, ma, una volta resasi conto del contenuto impossibile e degli effetti paradossali che ne sarebbero discesi, ha fatto ricorso al diverso criterio stabilito dall'Allegato A sub art. 4, co. 3, d.P.C.M. n. 117 del 13 marzo 1999;

c) ha condannato il comune a rifondere le spese di lite (comprehensive del contributo unificato) in favore della ditta Autoservizi, compensando quelle relative al rapporto processuale intercorrente fra quest'ultima e la ditta contro interessata.

4. Con atto ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 27 e 29 maggio 2015 – il comune di Arbus ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contestandone tutti i capi sfavorevoli.

5. In data 17 luglio 2015 si è costituita in giudizio la ditta Autoservizi, da un lato, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, dall'altro, riproponendo i motivi assorbiti.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 novembre 2015.

7. L'appello del comune di Arbus è infondato e deve essere respinto. Preliminarmente, il Collegio osserva che:

a) in considerazione dell'infondatezza del gravame nel merito, si prescinde dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dello stesso sollevata dalla difesa della parte intimata;

b) risulta inammissibile il deposito della memoria di replica effettuato dalla difesa del comune in data 3 novembre 2015, per carenza del presupposto sancito dall'art. 73, co. 1, c.p.a., ovvero il deposito, a cura di controparte, di una memoria difensiva in vista dell'udienza di discussione (cfr., fra le tante e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, n. 6450 del 2014 e Sez. V, n. 5757 del 2014);

c) in base al combinato disposto degli artt. 46, co.1, 104, co. 2, e 119, co. 2, c.p.a., è imposto alle parti diverse dall'appellante di riproporre le domande, i motivi e le eccezioni non esaminate in prime cure entro il termine decadenziale dimidiato di costituzione in giudizio pari a 30 giorni e decorrente dal perfezionamento della notificazione nei propri confronti (cfr. fra le tante Cons. Stato, Sez. V, n. 1379 del 2015; Sez. V, n. 6450 del 2014; Ad. plen., n. 5 del 2013); evenienza questa che non si è verificata nel caso di specie in quanto la costituzione in giudizio è avvenuta tardivamente, sicché è inammissibile la riproposizione, in sede di appello, dei motivi assorbiti dal giudice di primo grado.

7.1. Con un unico complesso motivo di gravame (pagine 9 – 15 del ricorso in appello), il Comune di Arbus ha dedotto che:

a) la Commissione di gara, giunta alla seconda seduta, accertasi che l'applicazione della formula matematica prescelta dalla *lex specialis*

avrebbe portato a risultati numerici impossibili (perché una delle due offerte avrebbe superato il punteggio massimo attribuibile alla parte economica dell'offerta ovvero 40 punti), si è limitata a rettificare l'errore materiale in cui era incorsa la stazione appaltante facendo ricorso alla diversa formula di cui all'Allegato A al d.P.C.M. n. 117 cit.;

b) l'utilizzo dell'Allegato A doveva considerarsi ammissibile perché il regolamento n. 117 cit., era espressamente richiamato, per gli appalti di servizi, dall'art. 83, co. 5, d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) e dunque la Commissione non aveva individuato sua sponte la formula matematica essendosi limitata ad applicarne una sancita da specifica fonte legale.

7.2. Tutti i mezzi di gravame sono inaccoglibili alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e dei principi di diritto elaborati dalla costante giurisprudenza (cfr., ex plurimis e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, n. 392 del 2015, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.):

a) la *lex specialis* ha stabilito univocamente che:

I) il servizio di trasporto messo a gara rientrasse fra quelli di cui all'Allegato II B al codice dei contratti pubblici e che il criterio di aggiudicazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (punto IV.2.1. del bando, e punto 2 del disciplinare);

II) la procedura di selezione fosse disciplinata esclusivamente dalle disposizione del codice dei contratti pubblici espressamente richiamate, fra le quali non era contemplata quella di cui all'art. 83 del medesimo codice (punto 3 del disciplinare);

III) il punteggio complessivo per l'offerta economica fosse pari nel massimo a 40 punti e la formula matematica per l'attribuzione del punteggio fosse la seguente: $X = P.O. \times C / P.M.$, dove X è il punteggio attribuito, P.M. è il prezzo offerto di maggior ribasso, C è il punteggio massimo attribuibile, P.O. è il prezzo offerto (punto 10, lett. e) del disciplinare e art. 8 del capitolato speciale);

b) nella seconda seduta di gara la Commissione ha dichiarato di procedere <<...al calcolo dei punti da attribuire alle offerte economiche (per un massimo di 40 sui 100 disponibili), assegnati al miglior prezzo attraverso l'applicazione della formula matematica indicata nei documenti di gara, calcoli che danno i seguenti risultati...>> (cfr. verbale n. 2 del 2 settembre 2014);

c) dall'esame della su indicata documentazione, contrariamente a quanto asserito dalla difesa dell'ente (per altro nel corso del giudizio):

I) non risulta in alcun modo che la Commissione abbia proceduto alla correzione di un errore materiale;

II) al contrario emerge che l'organismo tecnico (almeno in apparenza) ha dichiarato di voler fare applicazione della formula matematica prescelta dalla *lex specialis*, mentre in realtà l'ha disapplicata e, invece di restituire gli atti all'Amministrazione per le doverose determinazioni da assumersi in sede di autotutela, ha proceduto direttamente ad individuare un diverso criterio matematico contenuto, per giunta, in una norma espressamente dichiarata non applicabile alla procedura di gara dalla medesima stazione appaltante;

d) è assodato che – in base alla disciplina di settore (nazionale ed europea) e conformemente ai principi sul punto elaborati dalla Corte di giustizia UE - i criteri, i metodi e le formule matematiche che presiedono

alle attività valutative rimesse agli organi tecnici incaricati di vagliare le offerte, devono essere preventivamente indicati nella legge di gara e la loro scelta non può essere rimessa al seggio di gara, meno che mai dopo l'apertura delle buste (come verificatosi nel caso di specie).

8. In conclusione l'appello deve essere respinto.

9. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;.

b) condanna il Comune di Arbus a rifondere in favore della società Autoservizi Vacca s.n.c. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2015