



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 Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 211 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Tundo Vincenzo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. G. Roberto Marra, con domicilio eletto presso Sig. Ermanno Bonetti in Fognano, via Avieri d'Italia 14;

contro

Il Comune di Parma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Caroppo, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Caroppo in Parma, Strada Repubblica 1-Avvocatura Municipale;

nei confronti di

L'Autoservizi Meridionali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Rutigliano, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Rutigliano in Parma, borgo S.Brigida 1; la Sailing Tour S.r.l., Andromeda'S S.r.l., Autolinee Vittorio Padovano;

per l'annullamento

della lex specialis di gara inerente l'appalto del servizio di trasporto scolastico di alunni disabili, dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, di tutti i verbali di gara, della nota prot. n. 158461/VII-12-3-8/18 in data 08.09.2010.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parma e della Autoservizi Meridionali S.r.l.;

Visto il decreto monocratico in data 10.09.2010;

Viste le ordinanze della Sezione, in data 12.10.2010 e 12.01.2011, reiettive delle istanze cautelari, l'ultima delle quali confermata dal Consiglio di Stato in grado d'appello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, d.lgs.104/2010;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo emanato all'esito della pubblica udienza ai sensi dell'art. 120, c. 9, d.lgs. 104/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 09.09.2010 e depositato in data 10.09.2010, la società Tundo Vincenzo (esecutrice nel precedente periodo dello stesso servizio), ha impugnato il bando di gara emanato dal Comune di Parma per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico di alunni disabili ed altri trasporti ad esso correlati, per gli anni scolastici 2010/2011, 2011/2012 e 2012/2013 (con facoltà di rinnovo per altri tre anni), di importo presunto per i tre anni pari a euro 759.000,00.

Il bando di gara prevedeva che il servizio di trasporto disabili oggetto dell'affidamento, si identificasse come CPV 60130000-8 ovvero “*servizi speciali di trasporto passeggeri su strada*”, ai sensi del Regolamento CE n. 213/2008.

A giudizio della società ricorrente il bando avrebbe violato il d.lgs. 163/2006 e la normativa in materia di pubblicità e trasparenza; inoltre, l'azione amministrativa sarebbe stata in violazione del bando di gara, contraddittoria e illogica, in quanto l'amministrazione avrebbe erroneamente inquadrato il servizio in parola nei “servizi sanitarie sociali”, facendo in modo che trovasse applicazione l'art. 20 d.lgs. 163/2006, in base al quale l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68, dall'art. 65 e dall'art. 225, ma sfugge alla restante disciplina in materia di contratti pubblici. Sussumendo l'oggetto del bando in questione nella sopra citata categoria, inoltre, il bando medesimo è stato, illegittimamente pubblicato solo sulla G.U.R.I. e non sulla G.U.C.E., e non sono stati rispettati i termini di presentazione delle offerte.

Un ulteriore vizio è rappresentato dalla violazione dell'art. 86 d.lgs. 163/2006, della legge 123 del 03.08.2007, oltre alla violazione dei principi in materia di sicurezza, alla carenza di istruttoria e alla illogicità dell'azione amministrativa. Il Comune, secondo tale prospettazione, non avrebbe elaborato anteriormente alla indizione dell'appalto, il Documento unico di valutazione dei rischi (d'ora innanzi DUVRI) e non avrebbe indicato i costi per la sicurezza ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006.

Con una ulteriore doglianza la società ricorrente censura la violazione della *par condicio* e la contraddittorietà e illogicità dell'azione amministrativa atteso che la formula per l'attribuzione del punteggio per l'offerta prezzo consente il verificarsi di un divario tra i punteggi di gran lunga sproporzionato rispetto alla differenza dei ribassi offerti, per cui l'offerta dell'aggiudicataria, che ha avuto un punteggio molto elevato per la parte economica, aveva ottenuto un punteggio per l'offerta tecnica molto più basso; ciò potrebbe avere comportato l'aggiudicazione del contratto a

un'offerta poco seria sotto il profilo qualitativo, in un servizio particolarmente delicato quale quello dell'aggiudicazione del servizio di trasporto di alunni disabili.

Infine, con un quarto motivo di ricorso, la ricorrente lamenta il fatto che, nelle more della sottoscrizione del contratto (inibita per trentacinque giorni dall'art. 11, comma 10 d.lgs. 163/2006), il servizio avrebbe dovuto essere prorogato a favore della ditta ricorrente, che è l'esecutrice dello stesso fino ad agosto 2010.

Con decreto monocratico del 10.09.2010 è stata respinta l'istanza di misure cautelari urgenti.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Parma e la controinteressata Autoservizi Meridionali s.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 12.10.2010 la Sezione ha rigettato l'istanza cautelare.

Con atto depositato in data 04.01.2011 sono stati depositati motivi aggiunti di ricorso a seguito di istanza di accesso agli atti del 14.09.2010 (a cui è stata data esecuzione il giorno 30.11.2010), all'esito della quale la ricorrente ha ritenuto che sia la concorrente aggiudicataria che la seconda in graduatoria avrebbero dovuto essere escluse.

Con il primo dei motivi aggiunti viene censurata la violazione della *lex specialis* e della *par condicio*, in quanto l'aggiudicataria ha presentato una certificazione di qualità difforme rispetto a quella richiesta dalla *lex specialis* e posseduta da tutte le altre concorrenti, cosicché la ditta avrebbe dovuto essere esclusa immediatamente per violazione delle clausole essenziali e violazione della *par condicio*. Inoltre, non avrebbe potuto fare uso del contratto di avvalimento in quanto il disciplinare prevedeva tale possibilità solo per i "requisiti tecnici e/o economici".

In secondo luogo, sarebbe stato violato l'art. 38 e l'art. 49 del d.lgs. 163/2006 in quanto il signor Giancarlo Panella, che risulta essere procuratore generale dell'impresa aggiudicataria, non ha presentato la dichiarazione ai sensi del citato articolo del "codice dei contratti pubblici"; analogamente anche l'altra A.T.I.

costituenda, Andromeda Sailing Tour (seconda classificata), non ha depositato la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 riguardante tutti i sette componenti del Consiglio di Amministrazione, in quanto, essendo in base alla visura storica rilasciata dalla Camera di Commercio, una società pluripersonale collegiale, sarebbe stato necessario che la dichiarazione fosse resa da tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione.

Sotto altro profilo vi è stata la violazione dell'art. 38 m ter) del d.lgs. 163/2006 in quanto nessuna delle due concorrenti classificatesi con priorità rispetto alla ricorrente hanno prodotto la ricordata dichiarazione.

Vi sarebbe stata, inoltre, la violazione del punto 2 lettera d) del disciplinare di gara e dell'art. 49 d.lgs. 163/2006 nonché della *par condicio*, in quanto la ditta ausiliaria dell'aggiudicataria non ha presentato la dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 445/2000, consistente nell'aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili un contratto per servizi di trasporto scolastico di alunni disabili di importo non inferiore a 500.000,00 euro, ma ha presentato una dichiarazione semplice. Analogamente la partecipante e seconda classificata "Andromeda", che si è avvalsa della società ANME, ha presentato una dichiarazione semplice.

Con l'ordinanza n. 5/2011 la Sezione respingeva l'istanza cautelare contenuta nei motivi aggiunti; il Consiglio di Stato confermava l'esito del giudizio cautelare di primo grado.

Alla pubblica udienza del 19.10.2011 il ricorso e i motivi aggiunti sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Il Collegio esamina, in primo luogo, i motivi dedotti con il ricorso principale.

1. Con la prima censura la ricorrente ritiene che vi stato un erroneo inquadramento del servizio oggetto dell'appalto, da che sarebbe derivata una più elastica

applicazione sia delle regole da seguire per la pubblicazione del bando di gara sia per il termine di presentazione delle offerte.

In particolare, l'amministrazione avrebbe erroneamente inquadrato il servizio in parola nei "servizi sanitarie sociali", in tal modo facendo in modo che trovasse applicazione l'art. 20 d.lgs. 163/2006, in base al quale l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68, dall'art. 65 e dall'art. 225, ma sfugge alla restante disciplina in materia di contratti pubblici. Sussumendo l'oggetto del bando in questione nella sopra citata categoria, inoltre, il bando medesimo è stato, illegittimamente pubblicato solo sulla G.U.R.I. e non sulla G.U.C.E., e non sono stati rispettati i termini di presentazione delle offerte.

Il vizio dedotto è inammissibile per carenza di interesse giacché la ricorrente ha partecipato al procedimento di gara, classificandosi terza in graduatoria, senza avere fatto rilevare in alcuna sede la illegittimità rilevata per la prima volta con l'atto di ricorso.

2. Con il secondo motivo viene fatta rilevare l'assenza nella *lex specialis* di gara del DUVRI e la mancanza dell'indicazione dei costi per la sicurezza ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006.

Il mezzo è infondato, in quanto dall'articolo 3, comma 1, lett. a) della L. n.123/2007, il quale modifica l'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 16 settembre 1994 n. 626, discende che il DUVRI deve essere redatto solo nei casi in cui esistano "interferenze". In esso, dunque, non devono essere riportati i rischi propri dell'attività delle singole imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, in quanto trattasi di rischi per i quali resta immutato l'obbligo dell'appaltatore di redigere un apposito documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per ridurre o eliminare al minimo tali rischi.

In assenza di interferenze non occorre redigere il DUVRI; in tal caso, tuttavia si ritiene opportuno che nella *lex specialis* di gara sia comunque indicato che l'importo degli oneri della sicurezza è pari a zero.

Nel caso di specie, è stato ritenuto che non vi siano "interferenze", valutazione questa che è stata esplicitata con la nota del R.U.P. in data 08.09.2010 prot. n. 158461/VVI- 12-3-8/18 e che avrebbe trovato più idonea specificazione nei documenti di gara; tuttavia si ritiene che la mancata specificazione della circostanza dell'assenza di interferenze da cui deriva la non doverosità della redazione del DUVRI, non travolga il procedimento di gara, ma costituisca una mera irregolarità sanata a posteriori dalla nota del responsabile del procedimento.

Si noti, inoltre, che la circolare interpretativa del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n. 24 del 14 novembre 2007 ha escluso dalla valutazione dei rischi da interferenza le attività che, pur essendo parte del ciclo produttivo aziendale, si svolgano in luoghi sottratti alla giuridica disponibilità del committente e, quindi, alla possibilità per la stazione appaltante di svolgere nei medesimi luoghi gli adempimenti di legge, per cui nel caso di specie, trattandosi di un servizio di trasporto scolastico in cui il luogo fisico dell'espletamento del servizio è costituito da mezzi di trasporto messi a disposizione dallo stesso appaltatore, la redazione del DUVRI da parte del committente è da escludersi.

Per quanto concerne la mancata indicazione dei costi della sicurezza, sono quantificabili come costi della sicurezza da interferenze le misure, in quanto compatibili, di cui all'art.7 comma 1 del d.P.R. n. 222/2003, previste nel DUVRI.

Il concetto di "costo della sicurezza" è quindi strettamente interconnesso con il DUVRI; per cui si ritiene che, ove non sia obbligatorio elaborare questo documento, si possa prescindere dalla indicazione dei costi della sicurezza in sede di documentazione di gara predisposta dalla stazione appaltante.

3. Con il terzo mezzo di ricorso la società ricorrente censura la violazione della *par condicio* e la contraddittorietà e illogicità dell'azione amministrativa giacché la formula per l'attribuzione del punteggio per l'offerta prezzo consente il verificarsi di un divario tra i punteggi di gran lunga sproporzionato rispetto alla differenza dei ribassi offerti, per cui l'offerta dell'aggiudicataria, che ha avuto un punteggio molto elevato per la parte economica, aveva ottenuto un punteggio per l'offerta tecnica molto più basso; ciò potrebbe avere comportato l'aggiudicazione del contratto a un'offerta poco seria sotto il profilo qualitativo, in un servizio particolarmente delicato quale quello dell'aggiudicazione del servizio di trasporto di alunni disabili. In disparte ogni considerazione in merito al superamento della c.d. "prova di resistenza", in quanto la ricorrente censura l'attribuzione del punteggio avvenuto con riferimento alla offerta della prima classificata, ma non della seconda, (che quindi in caso di accoglimento della presente censura, sarebbe risultata aggiudicataria, con deprivatione dell'interesse a proporre il mezzo di ricorso da parte della ditta Tundo s.r.l.), il motivo è infondato in quanto è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante stabilire i criteri di attribuzione dei punteggi alla parte tecnica dell'offerta e, sotto questo profilo, non vi è alcuna disposizione normativa che imponga una soglia minima per le offerte tecniche. Infatti, la formula da utilizzare per la valutazione della offerta economica, e scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità, deve consentire una ripartizione dei punteggi tra le singole offerte economiche che risulti connotata da non incongrui rapporti proporzionali, per cui, la formula deve consentire una distribuzione del punteggio per l'offerta economica proporzionale alla differenza tra i ribassi proposti.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha previsto l'attribuzione per il merito tecnico di punti 60, con una suddivisione "interna" del punteggio in relazione ai

vari elementi dell'offerta tecnica e per il prezzo di punti 40, il che appare ragionevole e non sproporzionato.

4. Con il quarto motivo la ricorrente lamenta il fatto che, nelle more della sottoscrizione del contratto (inibita per trentacinque giorni dall'art. 11, comma 10 d.lgs. 163/2006), il servizio avrebbe dovuto essere prorogato a favore della ditta ricorrente, che è l'esecutrice dello stesso fino ad agosto 2010.

Il motivo è infondato. Il contratto tra la stazione appaltante e la ricorrente è venuto a scadenza in data 31 agosto 2010 e non solo non vi è un obbligo di proroga dopo la scadenza, ma ciò non è consentito in quanto sarebbe contrario ad ogni principio di concorrenzialità consentire proroghe *ad libitum* di servizi, che, al contrario, devono essere posti nuovamente sul mercato.

Il ricorso è, pertanto, infondato.

5. Con i motivi aggiunti viene, in primo luogo, censurata la violazione della *lex specialis* e della *par condicio*, in quanto l'aggiudicataria ha presentato una certificazione di qualità difforme rispetto a quella richiesta dalla *lex specialis* e posseduta da tutte le altre concorrenti, cosicché la ditta avrebbe dovuto essere esclusa immediatamente per violazione delle clausole essenziali e violazione della *par condicio*. Inoltre, non avrebbe potuto fare uso del contratto di avvalimento in quanto il disciplinare prevedeva tale possibilità solo per i "requisiti tecnici e/o economici".

La censura è infondata in quanto il disciplinare di gara (pagina 5, ultima e penultima riga) consentiva di utilizzare il contratto di avvalimento anche per i requisiti tecnici ed economici per cui la aggiudicataria ha legittimamente utilizzato il certificato di qualità della ditta ausiliaria, considerato che il Certificato ISO riguarda i requisiti di capacità tecnica e poteva quindi essere utilizzato l'avvalimento per dimostrare il requisito.

6. Con il secondo dei motivi aggiunti è rilevata la violazione dell'art. 38 e dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006, in quanto il signor Giancarlo Panella, che risulta essere procuratore generale dell'impresa aggiudicataria, non avrebbe presentato la dichiarazione ai sensi del citato articolo del "codice dei contratti pubblici"; analogamente anche l'altra A.T.I. costituenda, Andromeda Sailing Tour (terza classificata), non ha depositato la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 riguardante tutti i sette componenti del Consiglio di Amministrazione, in quanto essendo, in base alla visura storica rilasciata dalla Camera di Commercio, una società pluripersonale collegiale, sarebbe stato necessario che la dichiarazione fosse resa da tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione.

Il motivo è infondato in quanto l'art. 38 d.lgs. cit. richiede che la dichiarazione debba essere resa dai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza (o, comunque, richiede la compresenza di poteri di amministrazione e di rappresentanza nella stessa persona) e il signor Giancarlo Panella non risulta essere amministratore dell'aggiudicataria, ma procuratore speciale, e per quanto munito di taluni poteri gestionali e rappresentativi, non ha tuttavia poteri decisionali.

7. Con il quarto dei mezzi d'impugnativa contenuto nei motivi aggiunti, la ricorrente lamenta la mancata esclusione della ditta aggiudicataria per non avere presentato la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 m ter) d.lgs. 163/2006.

Come è ammesso dalla stessa difesa dell'amministrazione comunale nella memoria in data 22 settembre 2011, i moduli predisposti non riportano la dichiarazione relativa alla lettera m ter) ma soltanto quella relativa alla lettera m) dell'articolo 38, per cui non può addebitarsi alle imprese partecipanti una mancanza che è dovuta esclusivamente all'amministrazione e che avrebbe dovuto comportare la richiesta d'integrazione della domanda ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 163/2006, nell'ottica di favorire la massima partecipazione.

8. Con la quinta censura la ditta Tundo rileva la violazione del punto 2 lettera d) del disciplinare di gara e dell'art. 49 d.lgs. 163/2006 nonché della *par condicio*, in quanto la ditta ausiliaria dell'aggiudicataria non avrebbe presentato la dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 445/2000, consistente nell'aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili un contratto per servizi di trasporto scolastico di alunni disabili di importo non inferiore a 500.000,00 euro, ma avrebbe presentato una dichiarazione semplice. Analogamente la partecipante e seconda classificata "Andromeda", che si è avvalsa della società ANME, ha presentato una dichiarazione semplice.

Il mezzo è infondato atteso che l'art. 49 d.lgs. 163/2006 non prevede che le dichiarazioni disciplinate dalla stessa disposizione siano redatte nella forma sostitutiva dell'atto di notorietà; peraltro, risulta che il contratto di avvalimento sia stato depositato così come risultano effettuate ai sensi del d.P.R. 445/2000 le dichiarazioni da parte dei soggetti titolari del contratto di avvalimento.

Con riferimento alla seconda classificata la censura è inammissibile poiché la infondatezza della stessa in relazione alla prima classificata rende privo di interesse per la ricorrente il motivo proposto.

Conclusivamente il Collegio ritiene doversi respingere anche i motivi aggiunti.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2011

IL SEGRETARIO

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