

N. 00327/2016 REG.PROV.COLL.

N. 10788/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10788 del 2015, proposto da:  
Consorzio Aniene Trasporti (C.A.T.) S.C.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Carlo Bartolini e Franco Coccoli, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

***contro***

Comune di Tivoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Enrico Iannucci, Martina Ramondo e Diana Scarpitti, con domicilio eletto presso Fabio Francario in Roma, piazza Paganica n. 13;

***nei confronti di***

Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. S.A.S. (T.F.C.S.A.S.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Ceci, con domicilio eletto presso Maria Rosa Suraci in Roma, via G. Ferrari n. 12;

*per l'annullamento,*

*previa sospensione,*

- della determinazione dirigenziale del Comune di Tivoli – Settore IV – Welfare del 6 agosto 2015, n. 1303, comunicata il successivo 8 agosto 2015, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado del Comune di Tivoli;

- di ogni atto annesso presupposto e/o consequenziale, ivi compreso il verbale della seduta di gara del 9 giugno 2015;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tivoli e della Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. Sas;

Visto il ricorso incidentale della Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. Sas;

Visto il controricorso incidentale della società ricorrente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2015 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che:

- con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 16 settembre 2015, la società ricorrente impugna il provvedimento con cui, in data 6 agosto 2015, il Comune di Tivoli ha disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado in favore della società Turismo Fratarcangeli

Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C., chiedendone l'annullamento;

- in particolare, la ricorrente – dopo aver evidenziato l'avvenuta assunzione da parte della predetta della veste di aggiudicataria originaria della gara in virtù della determinazione dirigenziale n. 789 del 14 maggio 2014 (in qualità di unica società rimasta in gara) e, dunque, rappresentato che la determinazione impugnata è stata adottata a seguito dell'accoglimento del ricorso n. 8445/2014, proposto dalla Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C., ulteriore concorrente iniziale della gara, avverso il provvedimento con cui quest'ultima era stata esclusa dalla procedura in esame, disposto da parte di questo Tribunale con sentenza n. 11863/2014, confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 2498/2015 – denuncia i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili, lamentando – in sintesi – l'incompetenza del Segretario Generale, dott.ssa Lucia Leto, dirigente ad interim del Settore IV, ad effettuare la verifica di anomalia, l'inadeguatezza del mero richiamo delle giustificazioni fornite dalla controinteressata a supportare il giudizio positivo reso in esito a tale verifica e, ancora, la palese incongruità dell'offerta formulata dalla controinteressata, precipuamente desunta dalla disamina del costo del carburante e del costo di ammortamento dei mezzi;

- con atto depositato in data 25 settembre 2015 si è costituito il Comune di Tivoli, il quale – nel contempo – ha sostenuto la legittimità del proprio operato, adducendo – in particolare - il trasferimento delle funzioni inerenti al trasporto scolastico al IV Settore in virtù della deliberazione di G.C. n. 10 del 12 novembre 2014 (con conseguente incompetenza del Dirigente del Settore V) e, dunque, la correttezza del subentro del Segretario Generale, quale dirigente ad interim di tale settore, “quale RUP della procedura di gara” ;

- in date 23 settembre 2015 e 9 ottobre 2015 la ricorrente ha prodotto documenti;

- in data 9 ottobre 2015 si è costituita la controinteressata Turismo Fratarcangeli

Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s, la quale – nel contempo – ha rappresentato che, in esito al contenzioso instaurato con il ricorso n. 8445/2014 dinanzi al giudice amministrativo, la S.A. ha dovuto necessariamente procedere alla riapertura della procedura di gara nonché alla verifica di anomalia nei confronti della predetta, “titolare della migliore offerta complessiva”, pervenendo ad un giudizio positivo, con conseguente adozione della Determinazione dirigenziale prot. n. 1303 del 6 agosto 2015 di aggiudicazione definitiva della gara in suo favore. Ciò detto, la controinteressata ha confutato le censure formulate dalla ricorrente, ponendo in evidenza il sopravvenuto collocamento a riposo a far data dall’1 agosto 2015 della dott.ssa Mazzetti, già individuata come RUP, nonché la piena sufficienza del richiamo delle giustificazioni rese dal concorrente a supportare un giudizio “positivo” di anomalia e, ancora, sostenendo l’inammissibilità e, comunque, l’infondatezza della doglianza riguardante le “voci del prezzo offerto”, tenuto conto che si tratta di rilievi attinenti al merito, in larga parte già analizzati e respinti da questa Sezione “mediante la richiamata sentenza n. 11863/2014”, precisando – in aggiunta – la circostanza, “altamente sintomatica e dirimente, che l’offerta economica del C.A.T. era più scontata” di quella dalla predetta presentata e, comunque, rilevando la correttezza dei dati e dei conteggi riportati;

- in medesima data la controinteressata ha depositato “ricorso incidentale”, previamente notificato in data 29 settembre 2015, proposto per l’impugnazione degli “atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dall’incanto del C.A.T.”, con conseguente richiesta di “declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo”;

- con tale atto, la controinteressata denuncia – in particolare - i vizi di violazione di legge e della lex specialis di gara (in particolare, art. 6, comma 1, lett. d, del Disciplinare di gara e punto VI.3 “Busta C” del bando) e di eccesso di potere sotto

svariati profili, rilevando che la C.A.T. non ha indicato gli oneri di sicurezza aziendali ed ha, altresì, omesso di “specificare il costo dei Km. aggiuntivi offerti”, indicati, tra l’altro, solo nella “offerta economica e non, come dovuto, in quella tecnica”;

- sempre in data 9 ottobre 2015 il Comune di Tivoli ha prodotto una memoria difensiva con cui ha nuovamente affermato la correttezza del proprio operato, prendendo in considerazione anche le censure riportate nel ricorso incidentale, inerenti ai c.d. “oneri per la sicurezza” aziendali;

- in data 9 ottobre 2015 anche la ricorrente ha prodotto una “memoria difensiva e contestuale controricorso incidentale” al fine di replicare alle censure formulate con il ricorso incidentale;

- più specificamente, la ricorrente ha affermato di aver tenuto conto degli oneri di sicurezza aziendali e del costo dei chilometri aggiuntivi, “avendoli considerati nelle spese generali”, e ha, comunque, evidenziato che, in relazione agli indicati aspetti, la *lex specialis* di gara non conteneva “alcuna espressa comminatoria di esclusione”, denunciando – in relazione alla “non creduta ipotesi in cui voglia accedersi alla interpretazione di controparte” – l’illegittimità dell’art. 6, comma 1, lett. d, del disciplinare di gara (afferente agli “oneri di sicurezza aziendali) e del punto VI.3) “Busta C” del bando (riguardante il “computo dettagliato del prezzo offerto”) e, dunque, richiedendo l’annullamento degli stessi;

- a seguito della produzione di ulteriori scritti difensivi e documenti ad opera della ricorrente e delle parti costituite, in relazione alla quale le parti interessate hanno, tra l’altro, espressamente manifestato il proprio consenso all’ammissione di “depositi tardivi” (in particolare, con riferimento alla memoria “di replica conclusionale” del Comune di Tivoli), all’udienza pubblica del 9 dicembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione;

Rilevato – in via preliminare – che:

- la questione prospettata risulta connotata dalla proposizione di un ricorso principale e, nel contempo, di un ricorso incidentale, essenzialmente preordinato a contestare la legittimazione del ricorrente principale e, dunque, a paralizzare l'azione da quest'ultimo proposta (a seguito del quale risulta, poi, anche proposto "controricorso incidentale");

- secondo l'ormai noto orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. – in particolare – sent. n. 4 del 2014), sarebbe, pertanto, doveroso procedere prioritariamente alla disamina del ricorso incidentale, tenuto anche conto che, seppure la gara risulti connotata dalla partecipazione di due sole concorrenti, i vizi da quest'ultime denunciati non attengono alla medesima fase procedimentale e/o non appartengono alla medesima categoria (atteso che la ricorrente principale si duole essenzialmente di vizi afferenti all'aggiudicazione sotto i profili della "competenza" ad adottare gli atti impugnati e della correttezza della verifica di anomalia effettuata in relazione all'offerta dell'aggiudicataria, mentre quest'ultima contesta – come già accennato - la stessa ammissione o, meglio, mancata esclusione della ricorrente principale dalla gara – cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5255; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 20 novembre 2015, n. 2473);

- preso, peraltro, atto che – nel caso di specie - il ricorso principale risulta manifestamente infondato, si ravvisano valide condizioni per procedere all'esame prioritario di quest'ultimo "per ragioni di economia processuale", la cui rilevanza – a tali fini - è già stata ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza in materia (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4089; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 novembre 2015, n. 1527);

Ritenuto, pertanto, che – in linea con quanto già riportato – le censure formulate dalla ricorrente principale non siano meritevoli di positivo riscontro, atteso che:

- per quanto attiene alla censura inerente al mancata espletamento del

subprocedimento di verifica dell'anomalia da parte del RUP inizialmente nominato, la dott.ssa Mezzetti, e, dunque, alla conduzione dello stesso procedimento da parte del "Segretario Generale", la dott.ssa Lucia Leto, indicato come un soggetto privo di qualsiasi "ruolo nella procedura de qua", preme ricordare che la figura del "responsabile unico del procedimento" (c.d. R.U.P.) risulta disciplinata dall'art. 10 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale ne dispone espressamente la nomina ad opera delle "amministrazioni aggiudicatrici", individuandone, tra l'altro, i compiti. Premesso che la previsione de qua può ben essere configurata come una disciplina che, seppure connotata da proprie peculiarità, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella, di carattere generale, introdotta con gli artt. 5 e 6 della legge n. 241 del 1990 (la quale, peraltro, è espressamente richiamata nel citato art. 10), è, pertanto, doveroso condividere quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata in ordine alla piena competenza della citata dott.ssa Lucia Leto a porre in essere l'attività dalla predetta espletata, specie ove si tenga conto delle specificità che connotano il caso in trattazione, così riassumibili: - la dott.ssa Mezzetti risulta essere stata collocata a riposo "per intervenuto pensionamento" con effetto dall'1 agosto 2015 (in accoglimento dell'istanza dalla predetta presentata già in data 26 marzo 2015), usufruendo, tra l'altro, prima di tale data di un "lungo periodo di ferie", come espressamente riferito dal Comune di Tivoli (cfr. memoria depositata in data 9 ottobre 2015, pag. 5) e genericamente confutato dalla ricorrente, a cui non può che riconnettersi l'impossibilità "giuridica e materiale" per la stessa dott.ssa Mezzetti di prestare attività al servizio dell'Amministrazione; - la richiesta di "giustificazioni" di cui alla nota del 7 luglio 2015 "ex art. 87 comma 2 e 88 del D.Lgs. nr. 163 del 2006" e, ancora, la determinazione n. 1303 del 6 agosto 2015 di aggiudicazione definitiva della procedura di gara alla Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. sono state sottoscritte dalla dott.ssa Leto,

“Segretario Generale” e dirigente, tra l’altro, “ad interim del IV Settore”, specificamente investito – a seguito della deliberazione di G.C. n. 100 del 12 novembre 2014 – della competenza in materia di “trasporto scolastico”, ossia da un soggetto che, per il ruolo rivestito, era comunque espressamente tenuto – ai sensi dell’art. 23, comma 2, del “Regolamento sull’ordinamento degli Uffici e dei Servizi” del Comune di Tivoli – a svolgere, in caso “di vacanza o di assenza” di un dirigente, le funzioni spettanti a quest’ultimo. Nel rispetto, dunque, anche del principio di continuità che necessariamente connota l’attività e l’operato delle Amministrazioni pubbliche, è doveroso riconoscere la piena competenza della dott.ssa Leto ad adottare gli atti e i provvedimenti impugnati, precisando, per mero spirito di completezza, che la questione finisce – in verità – con l’investire non la carenza di un “provvedimento di trasferimento delle funzioni” (cfr., in particolare, memoria della ricorrente prodotta in data 23 novembre 2015, pag. 1), per nulla necessario in quanto già insito o, meglio, desumibile dalla disciplina di regolamentazione dell’operato e delle funzioni del Comune, bensì la semplice mancata adozione da parte dell’Amministrazione di un formale atto di “nomina” della citata dott.ssa Leto a RUP, in ragione della già intervenuta oggettiva impossibilità della dott.ssa Mezzetti di adempiere alle proprie funzioni, ma, in relazione a tale specifico profilo, appare doveroso convenire con le parti resistenti circa la natura di mera “irregolarità” che connota la carenza in questione e, quindi, in ordine all’inidoneità di quest’ultima ad inficiare la legittimità della verifica di anomalia e del conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, n. 2728 del 2014);

- come già esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta, ancora, l’inadeguatezza del mero richiamo alle giustificazioni fornite dalla controinteressata a garantire “la possibilità” per i soggetti interessati di “ricostruire l’iter logico-giuridico seguito dalla stazione appaltante per l’adozione del provvedimento”,

tenuto anche conto di quanto riportato nelle giustificazioni di cui si discute. Anche tale censura è infondata sia sulla base dell'orientamento giurisprudenziale in materia, richiamato, tra l'altro, dalla stessa ricorrente, secondo cui, ove la verifica di congruità sia positiva, è pienamente ammissibile e sufficiente la c.d. "motivazione per relationem", (cfr., da ultimo, C.d.S., Sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935), sia del rilievo che le giustificazioni fornite dalla controinteressata, precipuamente afferenti – preme precisare – a profili di carattere tecnico che risultano soggetti, in quanto tali, essenzialmente alla valutazione della Stazione Appaltante, la quale – a sua volta - è sindacabile entro ristretti limiti (quali la macroscopica illogicità o l'evidente contraddittorietà), si palesano esaurienti o, comunque, ben si prestano a rappresentare le ragioni poste alla base delle voci di costo indicate, tenuto primariamente conto che si tratta di giustificazioni rese non sulla base di considerazioni astratte o, meglio, avulse dalle peculiarità dell'offerta resa, bensì di giustificazioni basate sulla specifica e dettagliata evidenza di elementi di carattere oggettivo (quali – ad esempio – la "scelta di autobus di nuova generazione" e l'incidenza di quest'ultima sia sui costi di "manutenzione ordinaria" che sui costi per il consumo del carburante), inequivocabilmente idonei a supportare il "sostenimento" dell'offerta presentata in ragione dell'evidenziazione di differenti ipotesi di "risparmio" in relazione al costo complessivo del servizio;

- in ordine al terzo motivo di diritto formulato, il quale risulta – al pari del precedente - inerente all'illegittimità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata ma sotto il differente profilo della specifica contestazione di precise e ben individuate voci di costo, ritenute atte a dimostrare l'inadeguatezza dell'offerta stessa (quali il costo del carburante in relazione ai chilometri da "effettuare", con connesso obbligo di tener conto anche di quelli necessari per il rientro nella "rimessa", e il costo di ammortamento dei mezzi), si ravvisano, poi, valide ragioni per soprassedere sulle eccezioni di inammissibilità

sollevate dalle parti resistenti, essenzialmente ricondotte alla violazione del principio del “ne bis in idem”, in quanto il motivo di diritto de quo è infondato. In esito ad una nuova e autonoma valutazione della censura de qua, ragionevolmente effettuata anche sulla base di quanto riportato nelle giustificazioni fornite dalla controinteressata, non sono, infatti, ravvisabili elementi e/o valide circostanze che possano indurre a discostarsi dalle conclusioni a cui era già pervenuto questo Tribunale in sede di decisione del ricorso n. 8445 del 2014, riportate nella sentenza n. 11863 del 2014 (precipuamente inerenti al ricorso incidentale proposto dalla C.A.T.). A seguito della precisazione che “la valutazione di anomalia presuppone l’esercizio del potere valutativo di merito tecnico discrezionale della Commissione di gara tramite un riscontro di congruità dell’offerta con analisi globale della stessa e non delle singole voci”, si ribadisce, dunque, che i profili di criticità elencati nell’atto introduttivo del presente giudizio, sostanzialmente riproduttivi di quelli già rappresentati nel ricorso incidentale proposto nel precedente giudizio, si fondano su “affermazioni meramente assertive, non oggettivamente valide e condivisibili nella loro absolutezza, prescindendo dalle caratteristiche dell’offerta complessiva”, come in precedenza già rilevato, e, ancora, si osserva che gli stessi profili risultano non pienamente aderenti alla situazione complessiva che connota l’attività aziendale della controinteressata (tenuto anche conto delle dimensioni imprenditoriali di quest’ultima) nonché del tutto avulsi dalla presa in considerazione degli ulteriori, eventuali vantaggi conseguibili dall’impresa aggiudicataria in virtù dell’espletamento del servizio (quale, ad esempio, l’impiego di fattori produttivi già nella disponibilità dell’operatore che, altrimenti, rimarrebbero inutilizzati o, ancora, l’incremento della valorizzazione della propria posizione nel mercato). In definitiva, si tratta di “profili” inidonei a comprovare l’incongruità dell’offerta, tanto più ove si consideri che l’offerta presentata dalla ricorrente risulta inferiore a quella della controinteressata, pur riportando

kilometraggi aggiuntivi superiori;

Ritenuto che, per le ragioni illustrate, il ricorso principale vada respinto;

Ritenuto che, ciò detto, il ricorso incidentale e il controricorso incidentale vadano dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse;

Ritenuto, peraltro, che le spese di giudizio seguano la soccombenza e debba essere liquidate in complessivi € 3.000,00, di cui € 1.500,00 a favore del Comune di Tivoli e € 1.500,00 a favore della controinteressata, oltre IVA e CPA nei termini di legge;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 10788/2015, come in epigrafe proposto,:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibili il ricorso incidentale e il controricorso incidentale;
- condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, così come liquidate in motivazione;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2015 con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Lundini, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2016

IL SEGRETARIO

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