

Pubblicato il 20/07/2019

N. 01457/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00016/2019 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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2019, proposto da Consorzio di Cooperative Apa - Multiservizi Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Albino Domanico, Roberta Perna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Albino Domanico in Catanzaro, via Lidonnici, 7;

contro

Comune di Cleto non costituito in giudizio;

nei confronti

One Aker - Società Cooperativa Sociale A R.L. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) dell'avviso pubblico del Comune di Cleto, prot. 0001374 del 31/10/2018, avente ad oggetto “manifestazione di interesse per l'espletamento di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di importo inferiore alla

soglia comunitaria per l'affidamento dell'appalto del servizio di “Trasporto scolastico A.S. 2018/2019”, nella parte in cui non richiede, tra i requisiti di partecipazione al procedimento, l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; b) della Determinazione del Responsabile dell'Area amministrativa del Comune di Cleto n. 43 del 31/10/2018 nella parte in cui approva l'avviso pubblico di manifestazione di interesse di cui sopra nonostante questi non prevedesse, tra i requisiti di partecipazione alla relativa procedura, l'iscrizione nel REN ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; c) dell'elenco di operatori economici formatosi all'esito della suddetta procedura; d) della comunicazione d'ufficio di esclusione dalla predetta procedura comminata al consorzio odierno ricorrente e comunicata con nota prot. 1572 del 05/12/2018; e) della lettera di invito, del Disciplinare di gara e del C.S.A. relativi alla procedura negoziata del 03/12/2018, sotto soglia comunitaria, bandita dal Comune di Cleto con Richiesta di Offerta (R.D.O. n. 2084265) su piattaforma MEPA per l'affidamento dell'appalto del “servizio di trasporto scolastico a.s. 2018/2019”, nella parte in cui non richiede, tra i requisiti di partecipazione alla gara, l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; f) della Determinazione del Responsabile dell'Area Amministrativa del Comune di Cleto n. 53 del 03/12/2018 nella parte in cui approva la procedura negoziata di cui sopra nonostante questa non prevedesse, tra i requisiti di partecipazione alla relativa gara, l'iscrizione nel R.E.N. ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; g) della determina dell'area amministrativa n. 58 del 19/12/2018, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico periodo A.S. 2018/2019 – CIG

Z0E2593103, disposta dal Comune di Cleto in favore della ONE AKER - società cooperativa sociale; h) di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale, ivi inclusi gli inviti e/o la selezione dei concorrenti così come avvenuti/a sulla piattaforma MEPA in assenza di verifica dei requisiti professionali necessari allo svolgimento del servizio di che trattasi; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2019 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Di Cooperative Apa - Multiservizi Cooperativa Sociale, premesso di avere presentato manifestazione di interesse, all'esito di apposito avviso, per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria del Comune di Cleto per l'affidamento dell'appalto del servizio di Trasporto scolastico a.s. 2018/2019, ha impugnato, con richiesta cautelare, l'avviso pubblico e gli atti di gara nella parte in cui non prescrivevano tra i requisiti di partecipazione al procedimento l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada, il provvedimento con cui era stata comminata la propria esclusione in quanto gestore uscente e l'aggiudicazione disposta nei confronti della controinteressata ONE AKER – Società Cooperativa Sociale. Ha chiesto, inoltre e conseguentemente,

l'aggiudicazione in suo favore, in difetto di altri offerenti e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

A fondamento del ricorso assume vizi di violazione dell'art. 36, commi 1 e 2 lett. b.) del d.lgs. n. 50/2016, delle Linee Guida ANAC n. 4 e di diversi profili di eccesso di potere, atteso che la rotazione non era invocabile nella specie in quanto nell'avviso pubblicato l'amministrazione non aveva operato alcuna limitazione delle ditte da invitare e solo una delle imprese interessate aveva presentato offerta. Si duole inoltre dell'illegittimità dell'aggiudicazione e degli atti di gara ad essa prodromici per violazione del Regolamento (CE) n. 1071/2009, del Decreto Ministeriale 25 novembre 2011 e Decreto Ministeriale 31 gennaio 1997, non avendo la controinteressata l'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale - R.E.N., requisito normativo di ordine speciale erroneamente non richiesto dall'Amministrazione nella *lex specialis*.

Comune di Cleto e controinteressata, cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituiti.

La tutela cautelare è stata denegata con provvedimento confermato dal Consiglio di Stato il quale ha precisato "*la posizione della appellante potrà eventualmente sempre essere ristorata in forma specifica con l'affidamento, in caso di favorevole esito del ricorso, di un periodo contrattuale di uguale durata*".

Con la memoria ex art. 73 c.p.a. la ricorrente ha specificato in tale senso il ristoro in forma specifica e chiesto l'applicazione delle sanzioni ex art 123 c.p.a.

All'udienza pubblica del 3.7.2019, all'esito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Le domande di annullamento dei diversi atti di gara, di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro, stante l'ultimazione da parte del servizio da parte

dell'aggiudicataria con la conclusione dell'anno scolastico 2018/2019, risultano improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

L'illegittimità degli atti impugnati deve essere, tuttavia, accertata ai sensi dell'art. 34 co. 3 c.p.a. per l'invocato ristoro del danno in forma specifica, domanda che risulta specificazione della domanda di subentro a contratto in corso e che, pertanto, risulta ammissibile senza necessità di precipua notifica.

In ragione della successione degli accadimenti procedurali/contrattuali e delle domande spiegate dal ricorrente a tutela del proprio interesse pretensivo devono essere disaminati entrambi i motivi di censura.

La doglianza di mancata richiesta tra i requisiti dell'iscrizione al R.E.N. coglie nel segno ma, essa, tuttavia, non determina, come ritenuto dalla ricorrente, l'illegittimità dell'avviso pubblico in quanto la normativa che lo impone integra, ex art. 1339 c.c., la *lex specialis* di gara.

Posto, infatti, che l'attività oggetto dell'appalto è il trasporto (verso corrispettivo) di persone su strada, essa risulta disciplinato dalla generale previsione di cui all'art. 1, comma 2 del Regolamento C.E. n. 1071/2009, che prescrive per l'esercizio della attività una serie di requisiti (*stabilimento, onorabilità, idoneità finanziaria ed idoneità professionale*) comprovati dall'iscrizione presso il "Registro elettronico nazionale" (cd. "REN"), istituito presso il Dipartimento per i trasporti, la navigazione ed i sistemi informativi e statistici del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, per come nel dettaglio disciplinato dal decreto ministeriale (291/2011) (cfr. per una ricostruzione del requisito Tar Puglia – Lecce, 712/2016 e Tar Campania N. 2359/2019).

Orbene, nella specie dalla documentazione depositata dalla ricorrente (v. visura camerale e estratto REN) l'aggiudicataria - che non costituendosi non ha superato tali elementi probatori - non risulta dotata del requisito in parola, sicchè l'aggiudicazione si rivela illegittima.

2. Non avendo le altre imprese invitate all'esito della manifestazione di interesse presentato offerta diviene certamente rilevante la contestazione dell'esclusione dell'impresa ricorrente, che ambisce al contratto.

L'espulsione della Consorzio è avvenuta per applicazione del principio di rotazione.

È noto che, secondo l'art. 36 co. 2 lett. B, nel testo applicabile *ratione temporis*, per appalti di servizi inferiori alla soglia comunitaria come nella specie, essa avvenga mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, teso a ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei.

L'amministrazione nella specie ha emanato l'avviso pubblico per ottenere manifestazioni di interesse da imprese del settore, così indagando l'interesse del mercato per il servizio da espletare ed ha escluso la cooperativa ricorrente facendo rigorosa applicazione del principio di rotazione degli incarichi, in quanto gestore uscente.

Ha, tuttavia, ragione il consorzio di cooperative Apa - multiservizi cooperativa sociale ad affermare l'illegittima applicazione del criterio alla luce di quanto precisato dalle Linee guida Anac (n. 4) nell'escludere dall'ambito di applicazione del principio talune fattispecie.

In particolare le linee Guida individuano, tra gli altri, i casi di -) l'affidamento tramite procedura ordinaria, -) quando l'affidamento avvenga con procedura aperta al mercato nella quale la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (questa selezione può avvenire in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti

pubblici ovvero stabilite dalla stessa SA in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi), -) quando la SA motiva la scelta ricadente sull'affidatario precedente in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Ebbene, nella specie se va escluso, per come erroneamente sostenuto in ricorso, che ricorra la prima delle previste fattispecie, non ravvisandosi una gara con procedura ordinaria, ricorre certamente la seconda di esse: l'avviso, infatti, prevedeva in ordine alla "fase successiva alle candidature" che *"Nel caso di presentazione di un numero di manifestazioni di interesse superiori a 5 la Stazione Appaltante inviterà alla successiva manifestazione di interesse TUTTI coloro i quali avranno presentato regolare istanza di interesse"*, dunque senza limitazione alcuna numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

3. Deriva da quanto esposto che l'esclusione era illegittima al pari dell'aggiudicazione.

In quanto unica ditta interessata al contratto oltre l'illegittima aggiudicataria e, stante l'apposita domanda, dovrebbe dichiararsi l'inefficacia del contratto e disporsi il subentro della ricorrente ex art. 122 c.p.a.

Tale conclusione è, tuttavia e come premesso, impedita in fatto dalla circostanza che il rapporto contrattuale tra amministrazione ed aggiudicataria (illegittima) ha avuto definizione, essendo trascorso l'anno scolastico nell'ambito del quale il servizio di trasporto doveva essere reso.

L'effetto conformativo della sentenza non potrebbe, quindi, soddisfare l'interesse pretensivo della ricorrente e dovrebbe, allora, residuare la tutela per equivalente.

Il Consiglio di Stato in sede di appello cautelare ha, tuttavia, previsto, proprio in previsione della definizione temporale del rapporto contrattuale, che *“la posizione della appellante potrà eventualmente sempre essere ristorata in forma specifica con l'affidamento, in caso di favorevole esito del ricorso, di un periodo contrattuale di uguale durata”*, soluzione questa che dai provvedimenti editi risulta essere stata praticata in un unico lontano precedente (Tar Venezia, n. 5800/2003), anteriore, addirittura, al d.lgs. 163/2006 ed alla direttiva ricorsi Ue n. 66 del 2007.

Ritiene il Collegio di praticare proprio tale soluzione per essere, anzi, una ipotesi di ristoro in forma specifica “in senso stretto” con erogazione al ricorrente di bene succedaneo (rapporto contrattuale per diverso periodo temporale) tale da eliminare le conseguenze dannose dell'illecito come previsto dall'art. 2058 c.c. e non una ipotesi ordinariamente denominata nel diritto processuale amministrativo di risarcimento in forma specifica in cui, in verità, erogandosi il medesimo bene della vita cui si ambisce (medesimo rapporto contrattuale), vi è solo operatività dell'effetto ripristinatorio-conformativo della sentenza.

3. Alla luce della tutela accordata alla ricorrente, non sussistono le condizioni per l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. di cui è stata sollecitata l'applicazione.

4. La regolazione delle spese segue il principio della soccombenza sostanziale con liquidazione di ufficio in difetto della relativa nota.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

- 1) Dichiarare improcedibili le domande di annullamento dei diversi atti di gara, di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro;
- 2) In parziale accoglimento del ricorso:

- dichiara illegittima l'aggiudicazione disposta in favore della ONE AKER – Società Cooperativa Sociale dell'appalto del servizio di Trasporto scolastico a.s. 2018/2019;

- dichiara illegittima l'esclusione dalla medesima procedura della ricorrente;

- dispone l'affidamento in favore della ricorrente del medesimo servizio per l'anno scolastico 2019/2020;

3) Respinge il ricorso per la restante parte;

4) Condanna amministrazione e controinteressata, in solido tra loro, alla refusione in favore della ricorrente delle spese di lite che liquida in complessive €. 4016 (di cui 2016 di spese vive) oltre spese generali, iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Tallaro, Presidente FF

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

Pierangelo Sorrentino, Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE
Francesco Tallaro

IL SEGRETARIO