



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9503 del 2014, proposto dal
Comune di Cessalto, in persona del sindaco in carica, rappresentato
e difeso dall'avv. Enrico Merlo, con domicilio eletto presso l'avv.
Laura Cappello in Roma, Via Antonio Baiamonti 4;*

contro

*A.T.A. di Antoniazzi Giuseppe & C. S.n.c., A.P.A. Tours S.n.c. e
Armony Tours S.n.c. di Giacomini Giorgio & C., in persona dei
rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli
avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini e Giulia Milo, con domicilio
eletto presso il primo in Roma, Via Antonio Bosio 2;*

nei confronti di

Euro Tours S.n.c. di Bordignon Dino & C.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO, SEZIONE I, n. 1212/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di trasporto scolastico comunale per l'anno 2013/2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società A.T.A. di Antoniazzi Giuseppe & C S.n.c., A.P.A. Tours S.n.c. e Armony Tours S.n.c. di Giacomini Giorgio & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Enrico Merlo e Lorenzo Grisostomi Travaglini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 Le società A.T.A. di Antoniazzi Giuseppe & C. S.n.c., A.P.A. Tours S.n.c. ed Armony Tours S.n.c. di Giacomini Giorgio & C. proponevano ricorso al T.A.R. per il Veneto contro il Comune di Cessalto, impugnando il provvedimento (determina n. 235 del 2 settembre 2013) con il quale questo aveva affidato, con procedura negoziata senza pubblicazione di bando, l'appalto del servizio di trasporto scolastico per l'anno 2013/2014 alla Euro-Tours S.n.c. di Bordignon Dino & C..

Venivano contestualmente impugnati anche il bando della precedente gara pubblicato il 18.07.2013 e il relativo capitolato speciale.

Le ricorrenti si riservavano la proposizione di una successiva azione risarcitoria.

Le tre società esponevano che il servizio di trasporto interessato era stato oggetto, poco prima, di una gara a procedura aperta per gli anni scolastici 2013/2014 e 2014/2015, con facoltà di ulteriore aggiudicazione al medesimo aggiudicatario per ulteriori due anni, per un valore complessivo indicato per il primo biennio in euro 150.075,00.

Tale gara era andata deserta.

Le società deducenti avevano subito presentato all'Amministrazione altrettante istanze con le quali avevano domandato di essere invitate all'eventuale procedura negoziata che sarebbe stata indetta per l'assegnazione del servizio.

Le loro istanze erano però rimaste prive di riscontro. E le istanti poco dopo avevano appreso che il Comune, senza interpellarle, aveva assegnato la commessa a trattativa privata alla controinteressata (che aveva già svolto il servizio negli anni precedenti), aumentando tuttavia il corrispettivo dell'appalto, rispetto al bando finito deserto, ad euro 110.609,90 annue.

Da qui l'impugnativa delle società avverso il suddetto affidamento, che veniva contestato sia sotto il profilo del loro mancato coinvolgimento nella procedura negoziata, pur in presenza della loro apposita istanza, sia per la ragione che le condizioni economiche dell'affidamento erano più favorevoli di quelle definite dal bando di gara del 18.07.2013.

Nessuna delle parti intimate dalle ricorrenti si costituiva in giudizio.

2 All'esito il Tribunale adito, con la sentenza n. 1212/2014 in epigrafe, accoglieva il ricorso, annullando l'affidamento impugnato. La decisione si fondava sulla seguente motivazione.

“In sede teorica la mancata partecipazione di candidati all’originaria gara consente alla stazione appaltante di utilizzare il sistema di assegnazione del servizio nei termini indicati dagli artt. 56 e 57 d.lgs 163/2006.

Nel caso di specie è necessario osservare, però, che la stazione appaltante ha alterato significativamente il dato economico del contratto prevedendo un aumento del corrispettivo del servizio originariamente previsto di circa 35.000 euro annui.

Tale evenienza si pone in evidente contrasto con la lettera dell’art. 57 d.lgs cit. che, nel comma 2°, lettera a) testualmente statuisce : “ nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”. E’ evidente che l’alterazione essenziale e significativa del dato economico negoziale ha modificato radicalmente la natura della richiesta della stazione appaltante, così da impedire la legittima utilizzazione dell’istituto della procedura negoziata.

La significativa modifica della parte economica del contratto ha reso quest’ultimo remunerativo con conseguente interesse dei diversi imprenditori all’aggiudicazione.

Ciò è comprovato dal fatto che neppure il precedente aggiudicatario, attuale controinteressato, aveva manifestato, alle condizioni originariamente indicate da bando, interesse all’aggiudicazione del servizio, poi assegnato allo stesso a trattativa privata e senza pubblicazione del bando.

Pertanto la palese violazione normativa comporta l’accoglimento del ricorso ed il conseguente annullamento degli atti in questa sede censurata.”

3 Avverso tale sentenza il Comune di Cessalto proponeva il presente appello alla Sezione.

Con tale appello la decisione di primo grado veniva criticata per la mancata rilevazione, da parte del T.A.R., di due supposti profili di inammissibilità dell'originario ricorso. Le attuali appellate, deduceva il Comune, non avendo partecipato alla gara indetta il 18.07.2013, non avrebbero avuto legittimazione ad esperire il loro ricorso. Le medesime, inoltre, non avrebbero avuto interesse a rendersi appaltatrici alle condizioni del contratto concluso con la controinteressata, avendo già dimostrato di ritenerle antieconomiche proprio con il non partecipare alla precedente gara.

Il Comune addebitava alla sentenza di primo grado anche un'erronea valutazione dei documenti di causa e un travisamento dei fatti, assumendo in sintesi:

- che non vi sarebbe stato il tempo, data l'urgenza, di organizzare una procedura negoziata ristretta coinvolgendo anche le ricorrenti, ma solo la possibilità di contrattare con la ditta che già svolgeva il servizio;*
- che erroneamente il T.A.R., nel riportare le condizioni economiche dell'affidamento in contestazione, si era riferito (alla stregua di quanto rappresentato in giudizio dalle ricorrenti) all'importo di euro 110.609,90 annue oltre IVA, in quanto tale ammontare sarebbe stato in realtà comprensivo dell'IVA;*
- che lo stesso T.A.R. era incorso in errore anche quando aveva indicato la misura del corrispettivo precedentemente previsto in circa 35.000 euro annui, in quanto il bando pubblicato il 18.07.2013 recava per il primo biennio l'importo di euro*

150.075,00. Le originarie ricorrenti resistevano all'appello deducendone l'infondatezza e concludendo per la sua reiezione.

All'udienza pubblica del 3 febbraio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 L'appello è infondato.

5 Sono infondati, innanzitutto, i rilievi mossi dall'appellante nel senso dell'inammissibilità dell'originario ricorso introduttivo.

5a L'Adunanza Plenaria, con la decisione n. 4 del 7 aprile 2011, ha puntualizzato che la legittimazione al ricorso in tema di affidamento di contratti pubblici spetta, di regola, solo ai soggetti che abbiano (legittimamente) partecipato alla procedura selettiva che si tratterebbe di contestare, giacché solo tale qualità permette alla singola impresa di conseguire una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

Da questa premessa discende, allora, che le attuali appellate, per il fatto di non avere partecipato alla gara indetta il 18.07.2013, non sarebbero state legittimate a contestare il suo specifico esito.

Il fatto è, tuttavia, che il ricorso accolto dalla sentenza impugnata aveva un oggetto ben diverso, in quanto concerneva l'affidamento del servizio che era stato conferito non già all'esito della gara appena detta, finita appunto deserta, bensì a conclusione di una successiva procedura negoziata che era stata condotta nei soli confronti della controinteressata.

Né può dubitarsi della legittimazione delle appellate alla relativa impugnativa, sorretta dalla loro incontestata veste di operatori economici attivi nel settore e bacino territoriale interessati dalla commessa. La stessa decisione dell'Adunanza Plenaria citata poco sopra, difatti, nell'enunciare la regola generale che la legittimazione

al ricorso spetta ai soli soggetti partecipanti alla gara, ha ricordato che questa subisce alcune deroghe (cfr. il paragr. 39 della sentenza), tra le quali proprio quella che riconosce la legittimazione dell'operatore economico "di settore" che intenda contestare un affidamento diretto o senza gara: legittimazione più ampia che si spiega agevolmente, ha osservato l'Adunanza, "alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza."

5b Altrettanto infondato è il rilievo comunale di inammissibilità del ricorso basato sull'assunto che le appellate non avrebbero avuto interesse a rendersi appaltatrici alle condizioni del contratto concluso con la controinteressata, avendo già dimostrato di reputarle antieconomiche con la scelta di non partecipare alla precedente gara del 18.07.2013.

E' agevole osservare, infatti, che le condizioni che le società in epigrafe hanno realmente dimostrato di reputare insostenibili (con valutazione, peraltro, comune a tutti gli operatori del bacino, atteso che la gara è finita deserta) erano quelle poste a base del bando appena menzionato, e non anche le condizioni diverse, e più remunerative, che il Comune ha riconosciuto con l'atto di affidamento formante oggetto di contestazione.

6 Neppure le deduzioni di merito dell'Ente appellante sono suscettibili di adesione.

7 Questo è il caso, in primis, dell'assunto che le circostanze di urgenza del caso concreto non avrebbero consentito, una volta constatato che la gara indetta era andata deserta, se non una trattativa con l'impresa che aveva assicurato il servizio nella

stagione precedente, difettando il tempo necessario ad una procedura estesa ad altre aziende.

L'asserto così proposto dal Comune, del tutto apodittico ed astratto, è rimasto, infatti, privo del benché minimo principio di dimostrazione. Senza dire che, a mente dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, la dimostrazione che l'Ente avrebbe dovuto fornire, e che invece è mancata, avrebbe dovuto concernere anche – e, anzi, in primo luogo – l'imprevedibilità e la non imputabilità ad esso delle circostanze determinative dell'urgenza allegata.

E' poi appena il caso di rammentare che l'articolo appena citato, al suo comma 6, per tutti gli eccezionali casi in cui ammette la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ivi inclusa, quindi, anche la condizione dell'estrema urgenza evocata dalla difesa municipale, stabilisce che la Stazione appaltante debba comunque selezionare per la bisogna almeno tre operatori economici, invitandoli contemporaneamente a presentare le offerte oggetto della negoziazione.

Vale sottolineare, inoltre, che le istanze delle tre società di essere invitate alla procedura negoziata erano pervenute al Comune lo stesso giorno fissato dal bando del 19.07.2013 per la presentazione delle offerte.

Da quanto precede consegue l'inconsistenza della censura dell'appellante, in una con la conferma dell'illegittimità dell'affidamento diretto operato dall'Amministrazione sic et simpliciter in favore della controinteressata.

E poiché il Comune avrebbe dovuto estendere la propria trattativa ad almeno tre ditte, e le appellate avevano presentato un'apposita istanza a ciò rivolta, emerge con ciò anche la fondatezza del motivo

dell'originario ricorso, assorbito dal T.A.R. e qui riproposto, che era diretto proprio a far valere l'illegittimità della pretermissione dalla procedura negoziata delle tre società. Per quanto, infatti, le medesime non potessero vantare, a rigore, una pretesa assoluta ed incondizionata ad essere selezionate ai fini di un invito a presentare un'offerta in concorrenza con la controinteressata, le loro specifiche istanze, inviate all'uopo a tempo debito, avrebbero dovuto essere almeno prese in considerazione.

8 Il Comune con il proprio appello ha denunziato, altresì, gli errori in cui sarebbe incorso il primo Giudice quando :

- nel riportarsi alle condizioni economiche dell'affidamento in contestazione, si era riferito all'importo di euro 110.609,90 annui oltre IVA, laddove tale importo sarebbe stato, in realtà, comprensivo dell'imposta;*
- nell'indicare la misura del corrispettivo del servizio precedentemente previsto l'aveva specificata in circa 35.000 euro annui, laddove il bando pubblicato il 18.07.2013 recava per il primo biennio l'importo di euro 150.075,00 (IVA esclusa).*

Rileva il Collegio che gli errori anzidetti sono stati effettivamente commessi. Essi lasciano tuttavia impregiudicata l'esistenza della violazione che il T.A.R. ha comunque correttamente ascritto all'operato comunale.

Come è già emerso, il primo Giudice, pur riconoscendo che la circostanza che la precedente gara fosse andata deserta autorizzava potenzialmente ad utilizzare il sistema di assegnazione indicato dagli artt. 56 e 57 d.lgs. n. 163/2006, ha riscontrato, però, "che la stazione appaltante ha alterato significativamente il dato economico

del contratto prevedendo un aumento del corrispettivo del servizio originariamente previsto di circa 35.000 euro annui.

Tale evenienza si pone in evidente contrasto con la lettera dell'art. 57 d.lgs cit. che, nel comma 2°, lettera a) testualmente statuisce : “ nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”. E' evidente che l'alterazione essenziale e significativa del dato economico negoziale ha modificato radicalmente la natura della richiesta della stazione appaltante, così da impedire la legittima utilizzazione dell'istituto della procedura negoziata.

La significativa modifica della parte economica del contratto ha reso quest'ultimo remunerativo con conseguente interesse dei diversi imprenditori all'aggiudicazione.”

Orbene, anche a tenere nel debito conto gli errori denunciati con il presente appello, resta confermato il punto della sostanziale divergenza delle condizioni economiche assicurate all'affidatario con la determinazione impugnata rispetto a quelle che erano state poste a base della precedente gara.

Le condizioni della gara contemplavano, infatti, una remunerazione di circa 75mila euro annui oltre l'IVA (che le appellate hanno dedotto, senza ricevere smentita, ammontare nel settore al 10 %), per un totale di circa euro 82mila 500. Per contro, il provvedimento impugnato ha accordato un riconoscimento, IVA inclusa, di euro 110.609,90 annui.

La divergenza così riscontrata, benché ridimensionata rispetto a quella rilevata dal T.A.R., risulta nondimeno sufficiente a far sorgere condizioni di remuneratività prima assenti.

Tanto si desume già dall'entità oggettiva del differenziale in gioco, tenuto conto che la maggior remunerazione accordata al controinteressato superava di oltre il 30 % le condizioni economiche poste poco prima a gara. Ma emerge anche dalla considerazione della condotta tenuta dalle parti: in primo luogo dalla stessa controinteressata, la quale, dopo avere omesso di partecipare alla gara bandita il 18.07.2013, evidentemente per la non remuneratività delle relative condizioni, è pervenuta ad una valutazione opposta per quelle stabilite dalla determinazione di affidamento diretto formante oggetto di causa.

L'infondatezza del motivo in trattazione è confermata dalla lettura della determinazione n. 300 del 31 ottobre 2013, la quale denota con chiarezza che le condizioni stabilite per l'affidamento oggetto di gravame non avevano avuto quale parametro quelle del bando appena andato deserto (come sarebbe stato necessario), bensì le diverse condizioni in essere con la controinteressata per il servizio del precedente anno scolastico.

Né giova il richiamo fatto dal Comune alla revisione al ribasso del corrispettivo operata dall'Ente proprio con la detta determinazione n. 300. Questo sia perché quest'ultima è stata poco dopo rivista con la successiva n. 60 del 17 febbraio 2014, che ha ripristinato retroattivamente le condizioni definite dal provvedimento impugnato; sia perché anche il livello di remunerazione del servizio solo medio tempore ribassato non cessava di essere sensibilmente superiore a quello stabilito dal precedente bando, a dispetto dell'identità della base chilometrica rispettivamente considerata.

9 In conclusione, per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese processuali del presente grado sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna il Comune di Cessalto al rimborso alle appellate costituite delle spese processuali del presente grado, che liquida nella misura complessiva, da dividere tra le seconde in parti uguali, di euro tremilacinquecento oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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