

Pubblicato il 11/07/2019

N. 09168/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02621/2019 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

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 2621 del 2019, proposto dalla Autolinee S.A.T.I. - Società Autoservizi Turistici Italiani di Brencio Bruno e C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Basile, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via Carlo Conti Rossini, n. 26 e domicilio digitale all'indirizzo PEC come da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Velletri, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandra Capozzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato studio avv. Maggisano in Roma, Via G. Bettolo n. 9 e domicilio digitale all'indirizzo PEC come da Registri di Giustizia; la Centrale Unica di Committenza tra i comuni di Velletri e Lariano, la Velletri Servizi S.p.a. e Volsca Ambiente e Servizi S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

nei confronti

Schiaffini Travel S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Malena, Bruno Bitetti, Sarah Fionchetti, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Roma, via Ovidio, n. 32 e domicilio digitale all'indirizzo PEC come da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 20190003542 del 21/01/2019 del Comune di Velletri di aggiudicazione definitiva del servizio di trasporto pubblico locale TPL del Comune di Velletri in favore della Schiaffini Travel S.p.a.;

del verbale del RUP n. 6 del 09/01/2019 di proposta di aggiudicazione definitiva della gara per il servizio di TPL del Comune di Velletri;

dei verbali del RUP nn. 1, 2,3,4,5, 6, 7 di apertura della gara, di ammissione alla gara e di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Schiaffini Travel S.p.a.;

dei verbali della Commissione giudicatrice nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 di attribuzione dei punteggi tecnici ed economici e di approvazione della graduatoria finale di gara e atti tutti della stessa Commissione di gara;

della determinazione n. 628 del 28/07/2018 di approvazione atti di gara, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato di gara, dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, del provvedimento di proroga di presentazione delle offerte;

delle note nota prot.n.20180059023 del 19/11/2018 il RUP di richiesta alla SCHIAFFINI TRAVEL SPA di giustificazione anomalia offerta, della successiva nota del RUP del 12/12/2018 prot. 20180063566, della successiva 20180064913 del 19/12/2018 del RUP relative ai richiesta giustificativi offerta anomala;

nonché per la esclusione della ditta Schiaffini Travel S.p.a., con dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto di appalto che dovesse essere sottoscritto nelle more della definizione del presente giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Velletri e della società Schiaffini Travel S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2019 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la Autolinee S.A.T.I. - Società Autoservizi Turistici Italiani di Brencio Bruno e C. s.n.c. ha agito per l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, riferiti alla procedura indetta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale TPL del Comune di Velletri, contestando l'omessa esclusione della società Schiaffini Travel S.p.a., dichiarata aggiudicataria in esito all'espletamento della gara.

Premessa una illustrazione delle previsioni della *lex specialis* e degli sviluppi della procedura, la ricorrente, risultata seconda classificata nella graduatoria definitiva, ha dedotto avverso gli atti impugnati vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, censurando, in primo luogo, l'ammissione della controinteressata, la quale avrebbe dovuto essere esclusa per carenza insanabile della relativa offerta tecnica, nella quale vengono indicati un numero minimo di 37 autobus e non di 38, come richiesto dal capitolato di gara e dal disciplinare, tenuto conto dell'assenza di una disponibilità immediata di 9 mezzi il cui acquisto è stato condizionato alla sottoscrizione del contratto di appalto, come da contratto preliminare sottoscritto in data 25 ottobre 2018 con la ditta Car. Ind. International S.r.l. con sede in Spoleto. In via di subordinate, parte ricorrente ha contestato l'attribuzione dei punteggi alla controinteressata, anche relativamente a quello riferito alla disponibilità della rimessa, nonché censurato l'anomalia dell'offerta della società Schiaffini e, in via ulteriormente gradata, la violazione della c.d. clausola sociale, in quanto dall'offerta di detta società e dalla corrispondenza intercorsa con il responsabile unico del procedimento sembra emergere che in caso di affidamento del servizio la medesima sia intenzionata ad assorbire il solo personale conducente e non anche il personale amministrativo attualmente addetto al servizio.

Il Comune di Velletri si è costituito in giudizio per resistere al gravame, sollevando eccezione di tardività relativamente all'impugnazione del bando del capitolato e del disciplinare di gara e concludendo per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Schiaffini Travel S.p.a., la quale pure ha sollevato eccezioni di inammissibilità sotto vari profili ed in relazione anche alle diverse censure dedotte, concludendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 29 maggio 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il Collegio deve preliminarmente esaminare l'eccezione di irricevibilità per tardività sollevata dalla difesa dell'amministrazione comunale con riferimento all'impugnazione della *lex specialis*.

L'eccezione non merita accoglimento, dovendosi evidenziare che, come ribadito dalla stessa Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4 del 2018, in conformità ad un consolidato orientamento (A.P. n. 1 del 2013), anche con riferimento al vigente quadro normativo l'onere di immediata impugnazione riguarda solo le clausole escludenti (dovendosi intendere per tali quelle clausole che con assoluta certezza precludano all'operatore l'utile partecipazione alla gara), mentre le clausole del bando di gara che non rivestono portata immediatamente escludente devono essere impuginate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione. Nella fattispecie la ricorrente non ha contestato previsioni della *lex specialis* in relazione alle quali, alla stregua delle sopra indicate coordinate, avrebbe dovuto essere proposta impugnazione immediata, con conseguente insussistenza della eccezione preclusione.

Del pari, con riferimento alle questioni preliminari sollevate dalla controinteressata, il Collegio rileva che gli eccezionali profili di inammissibilità per carenza di interesse e genericità possono assumere rilievo, come di seguito si andrà ad esporre, solo successivamente all'esame delle deduzioni di parte ricorrente con le quali è stata censurata l'omessa esclusione della Schiaffini Travel S.p.a., le quali rivestono carattere prioritario tenuto conto della autonoma rilevanza dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, tale da rendere non conferenti, in relazione alle stesse, i riferimenti alla c.d. prova di resistenza.

La censura diretta a contestare l'omessa esclusione della controinteressata per i profili rappresentati nella narrativa in fatto, concernenti il numero degli autobus indicati nell'offerta tecnica non merita accoglimento.

L'art. 8.3, lett. d) 4 del disciplinare di gara ha previsto per la partecipazione alla procedura, "la dichiarazione ad avere la disponibilità di almeno 38 autobus", con la specificazione, nell'art. 10 del capitolato, che "i mezzi offerti dall'impresa affidataria in sede di gara dovranno essere disponibili all'avvio del servizio".

Tali previsioni, dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non richiedevano, del tutto ragionevolmente, la disponibilità immediata degli autobus alla data di presentazione dell'offerta, rilevando solo successivamente alla aggiudicazione del servizio.

Non è in contestazione che la controinteressata abbia prodotto il contratto avente ad oggetto l'acquisto di nove autobus, aventi caratteristiche conformi agli atti di gara, sospensivamente condizionato positivo esito della procedura di affidamento, non sussistendo, pertanto, alcuna carenza dell'offerta tecnica.

Neppure meritano positivo apprezzamento le contestazioni riferite alla attribuzione dei punteggi concernenti la presenza di mezzi con sistemi di accessibilità ad utenti diversamente abili e la presenza di mezzi con sistema GPS – AVM, dovendosi sottolineare, per un verso, la genericità delle deduzioni, non avendo la ricorrente dettagliato i profili di illogicità della valutazione e, sotto altro profilo, l'insussistenza, alla luce della documentazione in atti, di aspetti suscettibili di integrare una arbitrarietà ovvero irragionevolezza della valutazione espressa dalla commissione.

Da quanto sopra esposto consegue l'inammissibilità della censura incentrata sulla attribuzione alla controinteressata di otto punti per la rimessa indicata nell'offerta per mancato superamento della c.d. prova di resistenza; e, invero, alla Schiaffini è stato attribuito un punteggio totale di 90.75 punti, ove, invece, la ricorrente è risultata seconda classificata, con un punteggio totale di 78,023, sicché anche decurtando i sopra indicati otto punti permarrrebbe, comunque, la posizione di preminenza della controinteressata.

Giova precisare, peraltro, per completezza di analisi, che relativamente a tale criterio alla Schiaffini non è stato attribuito il punteggio massimo bensì quello previsto dalla *lex specialis* in ragione della distanza chilometrica dalle coordinate individuate quale baricentro geometrico del Comune.

In conformità all'univoco orientamento della giurisprudenza, inoltre, il Collegio ribadisce che nelle gare pubbliche l'esame delle giustificazioni ed il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'amministrazione ed esulano dalla competenza del giudice amministrativo, che può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione abnormi o inficiati da errori di fatto; in tal caso il giudice di legittimità esercita il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera della pubblica amministrazione (Cons. St., sez. V, 29 aprile 2015, n. 2175).

La stessa giurisprudenza ha anche chiarito che ove la stazione appaltante abbia ritenuto congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dall'impresa concorrente in sede di verifica dell'anomalia, la sua valutazione deve ritenersi sufficientemente motivata con richiamo per *relationem* ai chiarimenti ricevuti, giacché la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la

ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o non serio affidamento circa la corretta esecuzione (cfr. ex multis, Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186 ).

Nella fattispecie dalla documentazione prodotta in atti non emergono profili di abnormità ovvero erroneità di fatto nella valutazione espressa dalla commissione, tenuto conto della circostanza che la controinteressata non ha trascurato di considerare il chilometraggio aggiuntivo di cui punto 11.1.4 dell'offerta tecnica, nonché alla luce delle modalità di determinazione degli ulteriori costi e del complesso degli elementi forniti dalla Schiaffini nelle giustificazioni presentate.

Con precipuo riferimento alla c.d. clausola sociale, il Collegio sottolinea che anche sotto la vigenza del precedente codice la giurisprudenza aveva chiarito che la «stabilità occupazionale», che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale, deve essere «promossa» e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità, pur in presenza di variato ambito oggettivo del servizio a gara” (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 13 febbraio 2017 n. 231). Peraltro, anche ove prevista, tale “clausola sociale di «riassorbimento» deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti la clausola in questione lesiva della concorrenza, dal momento che verrebbe a scoraggiare la partecipazione alla gara ed a limitare la platea dei partecipanti, nonché a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione. Detta clausola, dunque, riveste portata cogente solo nel senso che l'offerente non può ridurre ad libitum il numero di unità da impiegare nell'appalto, senza che tale clausola comporti anche l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I 21 marzo 2016 n. 98; Cons. di St., sez. III, 5 maggio 2017 n. 2078).

A ciò aggiungasi che parte ricorrente ha formulato, inammissibilmente, la deduzione in termini essenzialmente ipotetici, contestando che l'amministrazione “non sembra intenzionata a far(la) rispettare” la c.d. clausola sociale e che, comunque, in applicazione dell'art. 9 del capitolato di gara, l'obbligo è destinato ad operare solo successivamente all'aggiudicazione, in fase di esecuzione del servizio.

In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e per la restante parte rigettato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate in favore dell'amministrazione comunale e della società controinteressata costituite in giudizio nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato lo dichiara in parte inammissibile e per la restante parte lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Velletri e della Schiaffini Travel S.p.a., liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna di dette parti, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Brunella Bruno

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO