

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE - PER L'ABRUZZO - Sezione Staccata di
Pescara

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 673/03, proposto da **** Carmine, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sandro Pelillo e Angelo Raffaele Pelillo, elettivamente domiciliato con i propri difensori in Pescara, via Firenze, 303, presso lo studio dell'avv. Franco Oliviero Zuccaro;

contro

il Comune di Collecervino, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Cerceo, elettivamente domiciliato presso il proprio difensore in Pescara, viale G. D'Annunzio, 142;

e nei confronti

della Soc. **** s.r.l., in persona dell'amministratore unico pro-tempore sig. Nestore Di Cesare, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cutilli, domiciliato con il proprio difensore in Pescara, presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile del Settore amministrativo del Comune di Collecervino 28 agosto 2003, n. 198, con la quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore della parte ricorrente del servizio di trasporto scolastico e l'aggiudicazione di tale servizio a favore della Soc. **** s.r.l.; nonché degli atti presupposti e connessi, tra cui la determinazione dello stesso Responsabile 9 gennaio 2004, n. 4, di incameramento della cauzione provvisoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Collecervino e della società. **** controinteressata;

Vista l'ordinanza collegiale 11 marzo 2004, n. 74, con la quale è stata respinta domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie ragioni;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Udito alla pubblica udienza del 20 ottobre 2005 il relatore consigliere Michele Eliantonio e uditi, altresì, l'avv. Diego De Carolis - su delega dell'avv. Sandro Pelillo - per la parte ricorrente, l'avv. Giulio Cerceo per l'Amministrazione resistente e l'avv. Giuseppe Cutilli per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando pubblicato il 5 luglio 2003 il Comune di Collecervino ha indetto una gara mediante pubblico incanto per l'espletamento del servizio di trasporto scolastico a decorrere dall'anno scolastico 2003/2004 e fino al 2006/2007. Con determinazione del Responsabile del Settore amministrativo del Comune 21 agosto 2003, n. 198, l'aggiudicazione della gara è stata disposta a favore della ditta **** e con successiva nota di pari data è stato chiesto, tra l'altro, a tale ditta di produrre copia delle carte di circolazione degli autoveicoli da adibire al trasporto scolastico.

Avendo, però, rilevato dall'esame della documentazione prodotta che uno dei veicoli offerti (quello indicato con il n. 12) non risultava immatricolato, mentre i veicoli di cui ai nn. 12, 16, 20 e 24 non risultavano immatricolati a nome dell'aggiudicatario, con determinazione 28 agosto 2003, n. 198, lo

stesso Responsabile del Settore amministrativo ha annullato tale aggiudicazione della gara ed ha aggiudicato il servizio a favore della Soc. **** s.r.l., che seguiva in graduatoria.

Con il ricorso in esame il **** è insorto dinanzi questo Tribunale avverso tale atto, deducendo le seguenti censure:

1) Violazione degli artt. 82, 85, 87 e 88 del nuovo codice della strada, approvato con D.M. 31 gennaio 1997. Eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti, per sviamento e per difetto di motivazione.

Non poteva giustificare l'adozione dell'atto impugnato il fatto che uno dei veicoli da utilizzare era privo di carta di circolazione, in quanto l'immatricolazione degli autobus può essere effettuata solo in presenza del prescritto titolo (licenza di noleggio con conducente, autorizzazione per uso proprio). Il ricorrente aveva, inoltre, puntualmente segnalato la disponibilità degli automezzi offerti.

2) Illegittimità dell'art. 4, III comma, del Capitolato speciale. Violazione dei principi in materia di autotutela, violazione dei principi in tema di par condicio concorsuale e dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per travisamento, per sviamento, per illogicità, per perplessità e per ingiustizia manifesta.

La norma del capitolato che imponeva l'utilizzazione di autobus "immatricolati in uso di terzi per il servizio di linea o per il servizio di noleggio con conducente" non poteva precludere la partecipazione alla gara ai soggetti privi di tale immatricolazione; ove, invero, venga interpretata nel senso contrario tale clausola sarebbe illegittima in quanto avrebbe potuto partecipare alla gara solo il precedente aggiudicatario della gara. L'annullamento dell'aggiudicazione è privo di idonea motivazione in ordine all'interesse pubblico perseguito ed è stato assunto senza un'idonea istruttoria. Il secondo classificato, precedente concessionario del servizio, aveva previsto l'utilizzazione di mezzi, anch'essi privi dell'immatricolazione predetta, dal momento che, essendo cessato il precedente servizio, tale mezzi avrebbero dovuto essere reimmatricolati.

3) Violazione delle norme in materia di accesso agli atti amministrativi ed, in particolare, dell'art. 22 della L. 7 agosto 1990, n. 241.

Non è stato consentito l'accesso del ricorrente ai documenti presentati dalla controinteressata.

Nelle more di tale giudizio con determinazione 9 gennaio 2004, n. 4, lo stesso Responsabile del Comune ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria.

Tale atto è stato tempestivamente impugnato dall'interessato con motivi aggiunti, con i quali ha dedotto i vizi di violazione dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e dell'art. 12 del bando di gara, e di eccesso di potere per sviamento, per illogicità, per irrazionalità e per perplessità.

Ha, in merito, rilevato che l'incameramento della cauzione può essere disposta nelle sole ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario della gara e si riferisce ai soli casi in cui il vincitore della gara rifiuti o ritardi la stipulazione del contratto; nella specie, il ricorrente non è più aggiudicatario della gara, in quanto la determina di aggiudicazione della gara era stata annullata, per cui non avrebbe potuto disporsi l'incameramento della cauzione.

Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memoria depositata il 18 marzo 2005.

Il Comune di Collecervino si è costituito in giudizio e con memorie depositate il 31 ottobre 2003, il 10 marzo 2004 ed 9 marzo ed il 7 ottobre 2005 ha pregiudizialmente eccepito la tardività della censura

dedotta nei confronti del capitolato speciale e l'inammissibilità dei motivi aggiunti perché non notificati presso il domicilio eletto. Nel merito ha diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Si è anche costituita il giudizio la società **** controinteressata, che, oltre a difendere la legittimità degli atti impugnati, con atto ritualmente notificato e depositato il 7 novembre 2003 ha proposto ricorso incidentale con il quale ha dedotto che la parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto aveva previsto l'utilizzazione di un mezzo non idoneo (un autobus con più di 42 posti).

Con memoria depositata il 10 marzo 2003 tale controinteressata ha ulteriormente illustrato le proprie ragioni.

Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2005 la causa è stata introitata a decisione.

DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame, come sopra esposto in narrativa, la parte ricorrente ha impugnato dinanzi questo Tribunale i seguenti atti:

a) la determinazione del Responsabile del Settore amministrativo del Comune di Collecervino 28 agosto 2003, n. 198, con la quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente del servizio di trasporto scolastico e l'aggiudicazione di tale servizio a favore della Soc. **** s.r.l.;

b) tutti gli atti presupposti e connessi, tra cui la determinazione dello stesso Responsabile 9 gennaio 2004, n. 4, di incameramento della cauzione provvisoria.

Con il gravame nella sostanza l'istante per un verso, ed in via principale, sostiene che l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico doveva essere disposta a suo favore e per altro verso contesta la legittimità del disposto incameramento della cauzione.

La parte ricorrente si è, inoltre, lamentata del mancato accesso ai documenti presentati dalla controinteressata.

Su tale ultima richiesta contenuta nel ricorso deve subito rilevarsi che è certamente cessata la materia del contendere, in quanto dall'esame degli atti di causa si rileva che la richiesta di accesso è stata puntualmente soddisfatta dall'Amministrazione intimata (sia pur dopo la notifica del gravame) con nota 28 ottobre 2003, n. 10404.

2. - Ciò posto e per passare all'esame della pretesa principale agitata con il gravame e con la quale l'istante ha sostenuto che l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico avrebbe dovuto essere disposta a suo favore, deve rilevarsi che, prescindendo dalla fondatezza o meno dei motivi dedotti, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata è certamente fondato, per cui l'istante avrebbe dovuto, in ogni caso, essere escluso dalla gara.

Con tale ricorso incidentale, invero, la Soc. **** s.r.l. ha dedotto che la parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto aveva previsto l'utilizzazione di un mezzo non idoneo (un autobus con più di 42 posti).

Ora deve sul punto rilevarsi che il bando della gara in questione al punto 7, lettera m), aveva espressamente richiesto la presentazione, a pena di esclusione, tra l'altro di un'attestazione circa la

disponibilità degli autoveicoli di cui all'art. 4 del capitolato speciale; tale articolo, a sua volta, aveva testualmente previsto al n. 4, che il servizio avrebbe dovuto essere effettuato con l'impiego di almeno cinque autoveicoli, cioè di "n. 1 autobus-scuolabus con massimo nn. 42 posti e n. 4 minibus-miniscuolabus con minimo nn. 16 o più posti". In altri termini, la normativa di gara imponeva, innanzi tutto, di dichiarare ed di elencare compiutamente con quali mezzi sarebbe stato espletato il servizio; inoltre, erano anche analiticamente elencate le specifiche caratteristiche dei mezzi da utilizzare:

- un autobus-scuolabus con massimo nn. 42 posti;
- quattro minibus-miniscuolabus.

Dall'esame dell'offerta della parte ricorrente si rileva, però, agevolmente che i mezzi offerti non avevano le predette caratteristiche in quanto l'autobus offerto aveva 56 posti, cioè una disponibilità di posti maggiore di quella consentita; inoltre, solo uno degli altri quattro mezzi offerti aveva la dicitura "miniscuolabus", mentre gli altri non erano qualificati come "minibus-miniscuolabus", così come richiesto dal bando.

Sembra, pertanto, evidente che non avrebbe mai potuto essere disposta l'aggiudicazione della gara in questione a favore della ricorrente.

Con riferimento a tale assorbente rilievo, la pretesa principale agitata con il gravame non può certamente trovare soddisfazione in ragione della fondatezza del ricorso incidentale, per cui non può in ogni essere accolto il ricorso principale, quand'anche fossero fondate le doglianze dedotte.

3. Con i motivi aggiunti il ricorrente ha impugnato la successiva determinazione dello stesso Responsabile di incameramento della cauzione provvisoria.

Sostiene al riguardo che l'incameramento della cauzione può essere disposta nelle sole ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario della gara e si riferisce ai soli casi in cui il vincitore della gara rifiuti o ritardi la stipulazione del contratto; mentre nella specie, non avrebbe potuto disporsi l'incameramento della cauzione in quanto il ricorrente non era più aggiudicatario della gara, dal momento che la determina di aggiudicazione della gara era stata annullata.

Deve al riguardo premettersi che in relazione a tale aspetto delle controversia sussiste di certo la giurisdizione del giudice amministrativo; invero, è già stato ripetutamente precisato in giurisprudenza che rientra nell'area della giurisdizione amministrativa anche l'impugnazione dell'atto di incameramento della cauzione definitiva prestata dal privato appaltatore a garanzia del proprio esatto adempimento quando a monte della pretesa amministrativa di incameramento si ponga una causa di invalidità dell'aggiudicazione precedentemente disposta a suo favore dalla stazione appaltante, e non già una mera causa di risoluzione del loro rapporto contrattuale (Cons. St., VI, 3 marzo 2004 n. 1058, e T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 13 novembre 2003 n. 1382); mentre tale giurisdizione non sussiste, come sembra evidente, nelle diverse ipotesi in cui tale incameramento è connesso ad un inadempimento contrattuale (Cass. SS.UU., 3 maggio 2005, n. 9100, e T.A.R. Campania, sede Napoli, I, 23 maggio 2005, n. 6845).

Chiarito tale aspetto, deve anche ricordarsi che la stessa giurisprudenza ha anche chiarito che l'istituto della cauzione provvisoria deve ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza di non vulnerare l'interesse dell'Amministrazione a pretendere il maggior danno. La ratio dell'istituto è, in definitiva, quella di garantire la serietà dell'offerta (Cons. St., VI, 3 marzo 2004, n. 1058). Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10, comma 1-quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, aggiunto dall'art. 3 della L. 18 novembre 1998 n. 415, la previsione dell'incameramento della

cauzione provvisoria, è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia riferita non più soltanto alla stipula del contratto bensì alla serietà e affidabilità dell'offerta (T.A.R. Lazio, sez. II, 17 maggio 2004, n. 4558)

In altri termini, la cauzione rappresenta una garanzia legata alla serietà e all'affidabilità dell'offerta, per cui l'incameramento della stessa risulta esclusivamente teso a sanzionare il comportamento dell'impresa che non ha documentato l'offerta nei modi ed entro il termine indicati dalla legge. Per cui, in definitiva, qualora l'impresa partecipante non soddisfi la richiesta da parte della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti richiesti, detto incameramento costituisce un obbligo per la p.a. (Cons. St., V, 4 maggio 2004, n. 2721), che prescinde anche dall'accertamento della falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, restando esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente, ovvero con colpa, dichiarato il possesso dei requisiti, di cui invece difetta o di cui abbia comunque omesso di dimostrare l'effettivo possesso, nei modi previsti dalla lex specialis e dalla normativa regolamentare di riferimento (Cons. St., IV, 12 gennaio 2005, n. 42).

Ciò posto, poichè la ricorrente aveva in sede di gara espressamente dichiarato di possedere i requisiti richiesti e poichè, come già detto, di tali requisiti non era in realtà in possesso, sembra evidente che l'Amministrazione comunale non avrebbe potuto non incamerare la cauzione provvisoria da questa depositata.

4. - Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso in esame deve, conseguentemente, essere respinto.

Sussistono, per concludere, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, respinge il ricorso specificato in epigrafe.

Pubblicata mediante deposito il 28.11.2005