

La previsione dell'articolo 48 (del codice dei contratti) relativamente all'escussione della garanzia provvisoria ha carattere tassativo e non può essere estesa ad altre ipotesi diverse

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Con un altro gruppo di motivi, l'appellante ripropone le censure formulate avverso la determinazione di incameramento della cauzione: il motivo è fondato, per la sola parte riguardante la contestazione dell'atto di incameramento della cauzione.

L'escussione della cauzione provvisoria è disciplinata dall'articolo 48 del codice dei contratti pubblici. Tale norma prevede, al comma 1, che "1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento."

La disposizione prevede l'incameramento della cauzione come misura sanzionatoria correlata all'accertata difformità tra le dichiarazioni e gli accertamenti effettuati, ma non specifico riguardo ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Nel caso di specie, invece, la riscontrata divergenza tra la dichiarazione contenuta nell'offerta e la successiva verifica riguarda determinati aspetti

dell'offerta, destinati ad essere valutati per l'attribuzione dei punteggi e non considerati quali "requisiti" di partecipazione.

Né la lex specialis di gara prevede l'estensione della misura sanzionatoria dell'incameramento della cauzione ad altre fattispecie diverse da quelle espressamente considerate dal citato articolo 48.

La Sezione, pertanto, ritiene di confermare il consolidato indirizzo interpretativo, secondo cui la previsione dell'articolo 48 ha carattere tassativo e non può essere estesa ad altre ipotesi diverse (T.A.R. per il Veneto, Sezione I[^], sentenza n. 3013 del 23 settembre 2008; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 21/12/2009 n. 3709).

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6519 dell' 8 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 06519/2010 REG.DEC.

N. 03670/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3670 del 2008, proposto da:

Ricorrente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.

***** e *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, *****

3;

contro

Comune di Legnano, in persona del legale rappresentante pro tempore , rappresentato e difeso dagli avv. ***** e ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria, 5/1;

nei confronti di

Controinteressata S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore , rappresentata e difesa dagli avv. ***** , ***** e ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria, 5;

per la riforma

della dispositivo di sentenza e della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I, rispettivamente n. 00034/2008 e n.1779/2008,, resi tra le parti, concernenti APPALTO SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO URBANO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, *****, su delega dell' avv. *****, *****, *****, e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando del 25 luglio 2007, il comune di Legnano indiceva una procedura ristretta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto del servizio di trasporto pubblico locale (TPL) nel centro urbano, per un periodo complessivo di 84 mesi, con decorrenza dal giorno 1 gennaio 2008 e termine al 31 dicembre 2014.

La gara veniva indetta, come precisato nel bando, a seguito dell'annullamento del precedente bando del 21 marzo 2007 disposto dal TAR Lombardia con sentenza del 18 giugno 2007, n. 5269, su ricorso proposto da Ricorrente S.p.a., che si doleva della circostanza che in occasione della prima gara per l'affidamento del servizio il comune avesse individuato quale requisito di partecipazione l'aver espletato servizi di trasporto pubblico urbano, con indebita discriminazione in danno di chi, come la ricorrente, pur essendo operatore specializzato nel settore della mobilità collettiva, non aveva potuto godere dei benefici derivanti da una concessione di trasporto pubblico locale ed in violazione dell'art. 20 della legge della regione Lombardia n. 22 del 1998.

All'esito della nuova selezione, l'appalto era aggiudicato alla società CONTROINTERESSATA s.p.a., classificatasi al primo posto della graduatoria.

La società Ricorrente S.p.a., classificatasi al secondo posto, con un punteggio inferiore di 0,284 punti rispetto a quello conseguito dalla prima classificata, impugnava i provvedimenti della procedura

concorsuale, articolando le due seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 20 L.R. 22/98 e art. 83 d.lgs. n. 163/06); eccesso di potere per illogicità e assurdità manifeste nonché per elusione del giudicato amministrativo; sviamento, atteso che l'amministrazione, nel considerare il "possesso attestazione servizi di trasporto urbano", quale elemento valutabile ai fini dell'attribuzione del punteggio alla voce "organizzazione e qualità del servizio offerto", avrebbe posto in essere una chiara violazione del principio della libera concorrenza, oltre a porsi in contrasto con il giudicato della precedente statuizione del Tribunale. Tale attestazione non contribuirebbe, infatti, in alcun modo ad accertare una possibile miglior qualità del servizio oggetto di offerta.

2. Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (art. 24 capitolato speciale; paragrafi 3 e 4.2.10 delle "modalità di valutazione dell'offerta"); eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti e inesistenza della motivazione, violazione del principio di pari applicazione delle regole, in quanto i due certificati prodotti dalla controinteressata, valutati dalla commissione per l'attribuzione alla CONTROINTERESSATA dei 3 punti sufficienti a superare la ricorrente di appena 0,284 punti, non sarebbero idonei ad attestare né la complessità, né la quantità dei servizi locali svolti in relazione ai chilometri annuali e alla popolazione servita in ambito urbano.

La CONTROINTERESSATA S.p.a. proponeva, a sua volta, un ricorso incidentale, contestando l'ammissione alla procedura dell'Ricorrente S.p.a. per i seguenti motivi.

1. Violazione, travisamento e omessa applicazione della prescrizione -contenuta al punto III.2.1. lettera B del bando di gara - che, a pena di esclusione, prevedeva a carico dei concorrenti lo svolgimento (diretto o tramite società controllate) nel triennio 2004/2005/2006 della gestione nell'ambito dello specifico servizio di trasporto pubblico su gomma per una percorrenza di almeno 500.000 Km/anno per ciascun triennio; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per aver comunque invitato/ammesso Ricorrente alla procedura ristretta e per aver successivamente valutato l'offerta presentata dalla medesima Ricorrente nonostante la stessa fosse palesemente inammissibile per carenza

dei necessari requisiti tecnico/professionali imposti ai concorrenti dal bando; eccesso di potere per violazione della par condicio, atteso che l'amministrazione avrebbe ammesso la ricorrente principale alla procedura concorsuale in questione nonostante la stessa non avesse mai operato nel settore del trasporto pubblico, ma solo in quello dei servizi della mobilità collettiva, di natura commerciale perché non caratterizzato da obblighi di esercizio, di trasporto e di tariffa e soggetto ad un regime di mera autorizzazione.

2. Disapplicazione per quanto occorra - per palese contrasto con le normative comunitarie (in particolare con le disposizioni contenute nel titolo V del Trattato CEE nonché nei successivi relativi regolamenti CEE attinenti il servizio pubblico di passeggeri su strada) - delle norme riportate nella legge regionale 29 ottobre 1998 n. 22 (in particolare dell'art. 2, commi 3, lett. b e 5, nonché nell'art. 25) qualora si dovesse ritenere che le stesse facciano rientrare i c.d. "servizi finalizzati" soggetti ad autorizzazione (indicati nei citati artt. 2, comma 3 lett. b e 5, e 25 della l.r. n.22/98) nell'ambito del c.d. "servizio di trasporto pubblico" propriamente inteso e definito dalla sopra richiamata disciplina comunitaria e nazionale.

3. Disapplicazione/sospensione per quanto occorra delle norme riportate nella legge regionale 29 ottobre 1998, n. 22 (in particolare dell'art. 2, comma 3 lett. b e 5, nonché dell'art. 25) qualora si dovesse ritenere che le stesse facciano rientrare i c.d. "servizi finalizzati" soggetti ad autorizzazione (indicati nei citati artt. 2, comma 3 lett. b e 5, e 25 della l.r. n.22/98) nell'ambito del c.d. "servizio di trasporto pubblico" propriamente inteso per violazione dei principi fondamentali sanciti dalla legislazione dello Stato nella legge n. 422/97 in materia di trasporto pubblico e, quindi, per illegittimità costituzionale a seguito di violazione degli artt. 3 e 117 della Costituzione.

Successivamente, la società CONTROINTERESSATA proponeva due successivi ricorsi per motivi aggiunti al ricorso incidentale, deducendo i seguenti motivi di diritto.

1. Violazione, travisamento e omessa applicazione della prescrizione - contenuta ai punti 4.3.1. e ss. dell'allegato 13 alla lettera d'invito - in base alla quale la Commissione avrebbe dovuto procedere alla valutazione (con conseguente attribuzione di punteggio) dei soli mezzi "in possesso dell'azienda

partecipante alla data di partecipazione”; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per non aver escluso dalla gara Ricorrente, non avendo la stessa dimostrato di possedere un adeguato parco mezzi; per non aver, in ogni caso, proceduto alla valutazione (con attribuzione del relativo corretto punteggio) dei soli mezzi in effettivo possesso di Ricorrente alla data di partecipazione; eccesso di potere per violazione della par condicio.

2. Violazione, travisamento e falsa applicazione dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione della par condicio, atteso che, dalla documentazione prodotta dalla ricorrente principale a seguito della richiesta di verifica effettuata dall’amministrazione, risulterebbe confermato che la ricorrente medesima, in sede di gara, avrebbe autodichiarato di possedere in maniera diretta autobus non esistenti nel proprio parco mezzi, essendo, di conseguenza, illegittimo il punteggio di ben 34,502 alla stessa attribuito per la voce “qualità del parco mezzi” rispetto a quello assegnato alla CONTROINTERESSATA, di 19,178, per la medesima voce. Né potrebbe rilevare tale possesso in capo a società dalla stessa controllata, sia perché dichiarato solo in sede di verifica e non in sede di offerta, sia perché non accompagnato dalla documentazione prevista dal succitato articolo 49, sia perché concernente autobus diversi da quelli citati nella precedente autodichiarazione, non omologati per il servizio pubblico di linea, ma “per il trasporto di persone-uso di terzi da noleggio con conducente A1 per noleggio” utilizzabili esclusivamente “per il trasporto di equipaggi e passeggeri anche in piedi esclusivamente all’interno degli aeroporti di Linate, di Malpensa e di Orio al Serio consentendo gli spostamenti di servizio al di fuori degli aeroporti esclusivamente a vuoto per pulizie e rifornimento”, sia perché tali mezzi, in base alle clausole contenute nei contratti di leasing stipulati dalla società controllata Ricorrente Noleggi S.r.l., non sono cedibili dall’utilizzatore e devono essere usati obbligatoriamente in conformità all’omologazione degli stessi.

Nelle more del giudizio di primo grado, con nota del 31 marzo 2008, il comune di Legnano comunicava ad Ricorrente la determinazione dirigenziale n. 7 del 25 marzo 2008, che, previa comunicazione di avvio del procedimento di verifica in data 28 gennaio 2008, aveva disposto la decadenza della società dal beneficio della valutazione dell’offerta presentata, con conseguente esclusione dalla gara medesima. per avere la società stessa presentato un’offerta invalida, per carenza di uno dei fondamentali elementi formali (elenco del parco mezzi da destinare al servizio in questione posseduto alla data di partecipazione), necessario per il completo e corretto esame dell’offerta stessa e per la definizione del punteggio da attribuire a

parametro della qualità del parco mezzi.

In ragione di ciò, l'amministrazione comunale disponeva, inoltre, l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dall'appellante.

Con ricorso per motivi aggiunti, integrati da successive deduzioni, Ricorrente impugnava anche tali determinazioni, deducendo i seguenti motivi di diritto.

1. Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 49 d.lgs. 163/06 anche in relazione al paragrafo 4 dell'allegato 13 alla lettera d'invito); eccesso di potere per travisamento, inesistenza e falsità dei presupposti della motivazione, illogicità, assurdità e sviamento, atteso che l'istituto dell'avvalimento riguarderebbe esclusivamente i requisiti di partecipazione e non potrebbe concernere in alcun modo elementi dell'offerta tecnica.

2. Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (par. 4.3 dell'allegato 13 alla lettera di invito) nonché di principi generali in tema di proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per travisamento, illogicità, difetto assoluto dei presupposti e della motivazione, assurdità manifesta; in via subordinata: illegittimità derivata per illegittimità in parte qua del paragrafo 4.3 dell'allegato 13, atteso che il requisito del possesso dei mezzi al momento della partecipazione dovrebbe legittimamente interpretarsi come possesso anche non in via diretta e, comunque, come mera possibilità di disporre degli stessi.

3. Violazione e falsa applicazione di norme di legge (artt. 71, 75 e 76 DPR 445/00); eccesso di potere per perplessità, travisamento, difetto assoluto dei presupposti, falsità della motivazione e sviamento, in quanto l'offerta tecnica non sarebbe qualificabile come autocertificazione.

4. Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (capitolato speciale, art. 11); eccesso di potere per travisamento, illogicità, difetto assoluto dei presupposti e falsità della motivazione, in quanto l'aver indicato nell'offerta tecnica una tipologia di autobus peggiore rispetto a quella successivamente individuata per lo svolgimento del servizio non potrebbe di certo costituire elemento per escludere l'offerta, ma semmai avrebbe comportato l'attribuzione di un punteggio diverso (peggiore) rispetto a quello meritato.

5. Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (par. 4.3 dell'allegato 13 alla lettera di invito; art. 11 del capitolato speciale d'appalto); eccesso di potere per travisamento dei fatti e falsità dei presupposti, atteso che l'unico elemento rilevante sarebbe l'impegno di destinare allo svolgimento del servizio la tipologia di veicoli richiesta dalla lex specialis di gara, non rilevando in alcun modo il titolo o le modalità di possesso degli stessi.

6. Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 82 e 93 d.lgs. 285/1992; art. 2.3. DM 20 giugno 2003; art. 22 L.R. 22/98); eccesso di potere per travisamento dei fatti e falsità dei presupposti; sviamento, in quanto l'omologazione dei veicoli, diversamente dalle caratteristiche tecniche degli stessi, potrebbe essere modificata in conformità all'utilizzazione dei medesimi.

La sentenza appellata ha accolto i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla controinteressata; ha respinto i motivi aggiunti e proposti dalla ricorrente contro il provvedimento di esclusione dalla gara; ha dichiarato improcedibile il ricorso principale e l'originario ricorso incidentale.

La società Ricorrente appella la sentenza e ripropone le censure disattese dal TAR.

Le parti intime resistono al gravame, anche mediante l'articolazione di impugnazioni incidentali.

Il comune di Legnano propone una serie di eccezioni preliminari di inammissibilità e di improcedibilità dell'appello, riferite tanto alle censure articolate contro l'aggiudicazione alla società CONTROINTERESSATA, quanto alle contestazioni avverso il provvedimento di incameramento della cauzione.

Anzitutto, il comune deduce l'improcedibilità del ricorso, affermando che l'appellante non potrebbe ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in contestazione, in virtù della sopravvenuta normativa statale e regionale. In particolare, in base all'articolo 23 -bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, come modificato dal decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, l'appellante non potrebbe ottenere l'aggiudicazione del servizio, perché risulta titolare, direttamente o indirettamente, di altri affidamenti diretti di servizi di trasporto pubblico locale (comune di Somma Lombardo, Provincia di Milano).

L'eccezione è priva di pregio. La nuova normativa invocata dal comune si riferisce, infatti, alle gare indette dopo la sua entrata in vigore e, pertanto, non incide sulla vicenda in contestazione, riguardante un bando di gara del 2007.

Il comune socontrointeressatane, poi, che l'appellante non avrebbe potuto partecipare alla gara in contestazione, perché il periodo transitorio previsto dalla legislazione regionale in materia risultava già terminato, a far data dal 31 dicembre 2005: pertanto avrebbe dovuto applicarsi il divieto di partecipazione alle gare sancito dall'articolo 18 del decreto legislativo n. 422/1997, nei confronti dei soggetti che gestiscono servizi in affidamento diretto.

L'eccezione è priva di pregio: nel contesto della previsione contenuta nell'articolo 18, il limite del periodo transitorio va riferito alla data del 31 dicembre 2007 (ossia al periodo massimo previsto dalla normativa statale) e non già alla data individuata dalla Regione.

Il comune afferma, poi, che l'appellante avrebbe contestato il provvedimento di incameramento della

cauzione solo in grado di appello. La tesi del comune non è condivisibile: infatti, dalla lettura dei motivi aggiunti proposti in primo grado emerge con chiarezza il puntuale riferimento alla impugnazione della determinazione riguardante l'escussione della cauzione, insieme al riferimento all'assenza dei presupposti giuridici dell'atto di incameramento. In secondo grado, l'appellante ha specificato le disposizioni normative su cui è basata la propria tesi difensiva, sviluppando l'asserzione interpretativa secondo cui l'incameramento della cauzione è consentito, tassativamente, nelle sole ipotesi contemplate dall'articolo 48 del codice dei contratti pubblici.

Il comune deduce, poi, che l'esclusione dell'appellante si baserebbe su un nuovo provvedimento, successivo a quello impugnato in primo grado (determina n. 40/2008).

L'eccezione è priva di pregio, perché il nuovo provvedimento ha carattere meramente confermativo della precedente determinazione di esclusione. Il nuovo procedimento, infatti, non contiene alcun significativo supplemento istruttorio, né prevede un arricchimento motivazionale diretto a modificare il concreto assetto del rapporto amministrativo in contestazione.

Nel merito, l'appellante contesta la decisione del TAR, nella parte in cui, esaminando preliminarmente i motivi aggiunti al ricorso incidentale e i motivi aggiunti al ricorso principale, ha ritenuto illegittima la sua ammissione alla gara, respingendo le censure avverso il successivo provvedimento di esclusione adottato dal comune.

Con la pronuncia impugnata, il TAR ha ritenuto, preliminarmente, "di confermare il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa per il quale, premesso che l'esame del ricorso incidentale postula di regola la previa delibazione di fondatezza del ricorso principale, è doverosa l'inversione logica e cronologica della disamina da parte del giudice dei due rimedi impugnatori allorché un eventuale accoglimento del ricorso incidentale risulti pregiudizialmente ostativa (per profili di rito o di merito) ad un eventuale accoglimento del ricorso principale."

“Tale situazione si verifica incontestabilmente allorché, come nella fattispecie in questione, il ricorrente principale contesta l'aggiudicazione in favore del controinteressato e quest'ultimo faccia valere in via incidentale una causa di esclusione dalla gara a carico dello stesso ricorrente principale. In tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità per l'impresa ricorrente di vedere valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti e quindi, in definitiva, di conseguire il bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto, sì da legittimare una pregiudiziale declaratoria in rito di improcedibilità sopravvenuta (e non già di inammissibilità originaria) del ricorso per carenza di interesse (cfr: Cons. Stato, sez.V, 25 marzo 2002, n. 1695).”

A dire del TAR, “in relazione a quanto sopra occorre dunque verificare, in via preliminare, la fondatezza delle argomentazioni contenute nel ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, con particolare riferimento ai motivi aggiunti concernenti la veridicità della dichiarazione sul possesso del parco mezzi in capo ad Ricorrente. Tali motivi hanno, infatti, indotto l'amministrazione a porre in essere il procedimento di verifica che ha portato, infine, all'esclusione della società dalla procedura concorsuale, a sua volta impugnata dalla ricorrente principale con ulteriori motivi aggiunti.”

L'appellante non contesta l'impostazione generale seguita dalla sentenza impugnata, riguardante il rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale, ma deduce che il TAR abbia ommesso di considerare le censure tempestivamente proposte in primo grado, mediante i motivi aggiunti al ricorso principale, contro le clausole della *lex specialis* di gara.

Dette censure, seppure articolate “in via subordinata” (“illegittimità derivata per illegittimità in parte qua del paragrafo 4.3 dell'allegato 13, atteso che il requisito del possesso dei mezzi al momento della partecipazione dovrebbe legittimamente interpretarsi come possesso anche non in via diretta e, comunque, come mera possibilità di disporre degli stessi”), erano idonee, se giudicate fondate, a contrastare il ricorso incidentale e a determinare l'accoglimento dei motivi aggiunti al ricorso principale.

In sostanza, secondo l'appellante, il TAR ha valutato la legittimità della sua ammissione alla gara solo in

relazione alla *lex specialis* di gara, senza considerare che anche tali prescrizioni avessero formato oggetto di rituale e tempestiva impugnazione.

La censura è infondata nel merito, ancorché sia esatto il rilievo che il TAR non abbia compiutamente esaminato i profili di illegittimità delle disposizioni regolanti la gara, ritualmente dedotti in primo grado.

L'appellante lamenta che la gara avrebbe attribuito rilievo, ai fini dell'attribuzione del punteggio per la dotazione dei mezzi destinati allo svolgimento del servizio, soltanto ai beni posti nella diretta e attuale disponibilità del concorrente, senza considerare anche quelli utilizzabili sulla base di altro titolo giuridico idoneo a dimostrare la sussistenza di un adeguato collegamento tra i beni e l'impresa.

Anche prescindendo dalla considerazione che le clausole impuginate riguardano solo una delle molteplici ragioni poste dall'amministrazione a giustificazione dell'esclusione, va rilevato che il criterio di attribuzione dei punteggi prescelto dalla stazione appaltante non appare privo di logica e di ragionevolezza.

La contestata clausola di cui al paragrafo 4.3 riguarda non già un requisito soggettivo di partecipazione, bensì un elemento di valutazione dell'offerta proposta da ciascun candidato, in funzione della verifica della concreta affidabilità del servizio proposto, secondo parametri oggettivi, riconducibili alla dichiarata esigenza di avviare rapidamente l'esecuzione del servizio.

In questa prospettiva, allora, non risulta affatto illogica la previsione di un punteggio, anche molto elevato, correlato all'effettivo ed attuale possesso diretto dei mezzi richiesti, corrispondenti a determinate caratteristiche oggettive. La ragionevolezza della prescrizione, poi, risulta confermata dalla circostanza che l'amministrazione intendesse accelerare l'effettiva attivazione del servizio e, pertanto, aveva manifestato l'esigenza di verificare il preciso collegamento tra l'impresa e il parco mezzi concretamente disponibile al momento della presentazione dell'offerta.

Resta fermo il principio secondo cui occorre verificare, in concreto, se la disposizione non risulti discriminatoria, favorendo il concessionario uscente (come afferma l'appellante), attraverso l'eccessiva valorizzazione di mezzi identici o simili a quelli adoperati nell'ambito del servizio cessato.

In concreto, però, non risulta affatto che la clausola in questione abbia determinato vantaggi significativi in favore del precedente titolare del servizio o di determinati partecipanti alla selezione.

È appena il caso di osservare, poi, che, come eccepito dal comune di Legnano, risulta quanto meno dubbio l'interesse dell'attuale appellante a contestare, in questa parte, la *lex specialis* di gara.

Infatti, trattandosi di una previsione riguardante uno dei criteri di attribuzione dei punteggi assegnati alle offerte, l'eventuale annullamento della clausola non determinerebbe affatto l'automatica "conservazione" del punteggio attribuito dalla stazione appaltante ad Ricorrente per questa voce, ma obbligherebbe l'amministrazione a rivalutare tutti i punteggi assegnati ai concorrenti, oppure ad effettuare una nuova gara, sulla base di una rinnovata determinazione dei punteggi da assegnare ai concorrenti e dei criteri di valutazione delle offerte.

Infatti, tutti i partecipanti dovrebbero essere messi in condizione di rideterminare le proprie offerte anche mediante la dimostrazione della indiretta e non attuale disponibilità dei mezzi di trasporto indicati dall'amministrazione.

Senza dire che, in tale nuova prospettiva, in seguito all'annullamento della clausola, l'amministrazione ben potrebbe ritenere di non valorizzare in modo significativo il possesso "indiretto" dei mezzi di trasporto, dal momento che tale situazione non corrisponderebbe più all'intento originario della stazione appaltante.

Non va trascurato, poi, che, in sede di riedizione della gara, poi, l'amministrazione avrebbe anche la

facoltà di rivedere, in radice, la stessa opportunità di assegnare un punteggio, ancorché ridimensionato, ad un aspetto (quello della attuale disponibilità di mezzi), che risulta riconducibile, per rilevanti aspetti, ad un requisito soggettivo di partecipazione, piuttosto che ad un elemento oggettivo dell'offerta.

In ultima analisi, quindi, i parametri di valutazione delle offerte definiti dalla stazione appaltante resistono alle censure articolate dall'attuale appellante.

Ne deriva, allora, che la legittimità dell'operato della stazione appaltante, riguardanti l'ammissione dell'appellante alla procedura selettiva, deve essere verificata solo in relazione alle disposizioni della lex specialis di gara.

A tale riguardo, l'appellante, riprendendo le difese articolate in primo grado, contesta l'accoglimento del ricorso incidentale, con il quale la CONTROINTERESSATA aveva lamentato la violazione della par condicio per l'omessa applicazione della prescrizione - contenuta ai punti 4.3.1. e ss. dell'allegato 13 alla lettera d'invito - in base alla quale la Commissione avrebbe dovuto procedere alla valutazione ed alla conseguente attribuzione del punteggio dei soli mezzi "in possesso dell'azienda partecipante alla data di partecipazione", nonché la mancata esclusione dalla gara di Ricorrente, atteso che la stessa non avrebbe dimostrato di possedere un adeguato parco mezzi. Dalla documentazione prodotta dalla ricorrente principale a seguito della richiesta di verifica effettuata dall'amministrazione, sarebbe, infatti, risultato che la ricorrente medesima, in sede di gara, avrebbe autodichiarato di possedere in maniera diretta autobus non esistenti nel proprio parco mezzi; di conseguenza, palese risulterebbe l'illegittimità del punteggio di ben 34,502 alla stessa attribuito per la voce "qualità del parco mezzi" rispetto a quello assegnato alla CONTROINTERESSATA di 19,178 per la medesima voce.

A dire del TAR è fondato il rilievo secondo cui non potrebbe rilevare il possesso di autobus rispondenti alle prescrizioni della lex specialis in capo alla Ricorrente Noleggi S.r.l., società controllata da Ricorrente S.p.a., sia perché tale circostanza sarebbe stata dichiarata solo a seguito dell'istanza di verifica della stazione appaltante e non al momento della presentazione dell'offerta, sia perché tale dichiarazione non risulterebbe accompagnata dalla documentazione prevista dall'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006

sull'avvalimento, sia perché, in ogni caso, gli autobus in possesso della controllata sarebbero diversi da quelli citati nella precedente autodichiarazione prodotta a corredo dell'offerta e non omologati per il servizio pubblico di linea; inoltre, tali mezzi, in base alle clausole contenute nei contratti di leasing stipulati dalla società controllata Ricorrente Noleggi S.r.l., non sarebbero cedibili dall'utilizzatore e dovrebbero essere usati obbligatoriamente in conformità all'omologazione degli stessi.

È pienamente condivisibile l'assunto del TAR, secondo il quale, Ricorrente ha prodotto, in sede di offerta, una dichiarazione in relazione al parametro della qualità del parco mezzi con la quale ha confermato la dotazione di 14 veicoli da impiegare per lo svolgimento del servizio, dei quali 9 del tipo lungo m. 12 con data di prima immatricolazione anno 2007 e i restanti 5 di lunghezza media, con età a scalare, a partire dal 1997 e fino al 2001.

A seguito della richiesta di verifica di tale dichiarazione, Ricorrente ha prodotto una nota, accompagnata da certificati di immatricolazione dei veicoli, dalla quale risulta che gli automezzi "sono posseduti da Ricorrente spa per il tramite di Ricorrente Noleggi srl di cui Ricorrente spa possiede il controllo e sono pertanto nella disponibilità ai fini dell'espletamento del servizio" e che "Ricorrente spa intende utilizzare i mezzi quale proprietaria e non quale semplice soggetto avente la disponibilità ad altro titolo per il che all'occorrenza essa subentrerà nella titolarità dei contratti di leasing attualmente in capo alla controllata Ricorrente Noleggi srl come da atto di impegno di quest'ultima del quale parimenti si unisce copia".

Dall'esame dei 14 libretti di circolazione emerge, poi, che si tratta di autobus tutti immatricolati nel 2007, omologati per il trasporto di persone-uso di terzi da noleggio con conducente A1 per noleggio", utilizzabili esclusivamente "per il trasporto di equipaggi e passeggeri anche in piedi esclusivamente all'interno degli aeroporti di Linate, di Malpensa e di Orio al Serio consentendo gli spostamenti di servizio al di fuori degli aeroporti esclusivamente a vuoto per pulizie e rifornimento".

Detti mezzi non sono cedibili dall'utilizzatore e devono essere usati obbligatoriamente in conformità all'omologazione dei medesimi (come emerge dall'esame delle clausole contenute nei contratti di leasing stipulati dalla società controllata Ricorrente Noleggi S.r.l.).

Pertanto, sulla base dell'articolo 11 del capitolato speciale di appalto, della lettera di invito e dell'allegato 13 contenente i criteri di aggiudicazione e le modalità di attribuzione di punteggi, la commissione avrebbe dovuto esprimere la propria valutazione concernente il parametro della qualità del parco mezzi in base a quanto dichiarato nelle offerte con riferimento ai veicoli in possesso della concorrente al momento della partecipazione alla procedura.

Ma poiché la dichiarazione espressa da Ricorrente in sede di offerta non risulta confermata dalla successiva nota, che fa riferimento ad automezzi in parte diversi da quelli dichiarati in precedenza, omologati per scopi diversi dal servizio di linea, in possesso di una società controllata e dalla stessa non trasferibili alla Ricorrente per vincoli contenuti nei contratti di leasing dei veicoli, né utilizzabili, in base agli stessi vincoli, per scopi diversi da quelli indicati nei rispettivi libretti di circolazione, l'attribuzione del punteggio per tale voce alla ricorrente principale deve ritenersi illegittima

L'accertamento della inesistenza degli automezzi dichiarati in sede di offerta come in possesso al momento della partecipazione legittima, quindi, la determinazione di esclusione di Ricorrente S.p.a. dalla gara.

Al riguardo, assume rilievo determinante l'espressa clausola contenuta nella lettera d'invito, in base alla quale: "la commissione giudicherà sulla validità dei documenti presentati dai concorrenti e potrà, pertanto, nel caso di riscontrata mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziali dei medesimi, escludere dalla gara qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta".

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, quindi, la decisione del giudice di primo grado è pienamente condivisibile, a nulla rilevando il mancato esame del motivo di ricorso, prospettato in primo grado, concernente l'inapplicabilità delle regole in materia di avvilimento alla valutazione delle offerte tecniche.

Infatti, le ragioni che conducono alla non valutabilità degli elementi dell'offerta presentata dall'appellante derivano dalle riscontrate carenze oggettive delle dichiarazioni effettuate e dalle caratteristiche inadeguate dei mezzi indicati, senza alcuna incidenza della normativa in materia di avvalimento.

Con un altro gruppo di motivi, l'appellante ripropone le censure formulate avverso la determinazione di incameramento della cauzione.

Il motivo è fondato, per la sola parte riguardante la contestazione dell'atto di incameramento della cauzione.

L'escussione della cauzione provvisoria è disciplinata dall'articolo 48 del codice dei contratti pubblici. Tale norma prevede, al comma 1, che "1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento."

La disposizione prevede l'incameramento della cauzione come misura sanzionatoria correlata all'accertata difformità tra le dichiarazioni e gli accertamenti effettuati, ma non specifico riguardo ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Nel caso di specie, invece, la riscontrata divergenza tra la dichiarazione contenuta nell'offerta e la successiva verifica riguarda determinati aspetti dell'offerta, destinati ad essere valutati per l'attribuzione dei punteggi e non considerati quali "requisiti" di partecipazione.

Né la lex specialis di gara prevede l'estensione della misura sanzionatoria dell'incameramento della cauzione ad altre fattispecie diverse da quelle espressamente considerate dal citato articolo 48.

La Sezione, pertanto, ritiene di confermare il consolidato indirizzo interpretativo, secondo cui la previsione dell'articolo 48 ha carattere tassativo e non può essere estesa ad altre ipotesi diverse (T.A.R. per il Veneto, Sezione I[^], sentenza n. 3013 del 23 settembre 2008; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 21/12/2009 n. 3709).

In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto nei soli limiti indicati in motivazione.

Le spese possono essere compensate, in ragione della soccombenza parziale dell'appellante.

P.Q.M.

Accoglie l'appello nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie, in parte, i motivi aggiunti al ricorso principale, proposti in primo grado.

Per il resto, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

***** , Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/la-previsione-dell-articolo-48-del-codice-dei-contratti-relativamente-all-escussione-della-garanzia-provvisoria-ha-carattere-tassativo-e-non-puo-essere-estesa-ad-altre-ipotesi-diverse/>