

Massima: *l'inizio della fase esecutiva dell'appalto ... non presuppone necessariamente la sottoscrizione del contratto, essendo a tal fine sufficiente che, a seguito dell'aggiudicazione, le parti abbiano comunque iniziato l'esecuzione del rapporto*

Sentenza TAR LAZIO n. 9215 del 10/09/2018



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 5690 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sabato Viaggi di Sabato Michele, in persona del titolare dell'impresa individuale Sabato Michele, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Pappalepore in Roma, via G. Calderini n. 68;

contro

Comune di Labico, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ivan Incardona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; C.U.C. Consorzio I Castelli della Sapienza non costituito in giudizio;

nei confronti

Cilia Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Lombardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Taro 56;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n.118 del 17.4.2018, avente ad oggetto “revoca in autotutela alla ditta Sabato Viaggi del servizio di trasporto degli alunni frequentanti le scuole di Labico, relativo al triennio scolastico 2017/2018-2019/2020, scorrimento graduatoria di gara e aggiudicazione al secondo classificato”;
- della nota prot. 1863 del 26.4.2018 di riscontro negativo alla richiesta di esercizio di autotutela e preannuncio di ricorso della Sabato Viaggi di Sabato Michele;
- della determinazione n. 141 del 27.4.2018 avente ad oggetto “aggiudicazione servizio trasporto alunni frequentanti le scuole di Labico, relativo al triennio scolastico 2017/2018-2019/2020. Scorrimento graduatoria di gara, presa d'atto rinuncia da parte del secondo e aggiudicazione al terzo classificato. Avvio dell'esecuzione in via d'urgenza sotto riserva di legge”;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale ancorché non conosciuto, ivi compreso:
- la nota comunale prot. n. 775/2018 del 16.2.2018;
- la determinazione del IV Dipartimento n. 84 del 21.3.2018 di avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione;
- della relazione del responsabile UTC prot. 1357/2018.

con condanna

dell'Amministrazione intimata al ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati:

- in forma specifica attraverso la (re)immissione nel servizio di trasporto scolastico della Sabato Viaggi di Michele Sabato, con eventuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la Cilia Italia Srl;
- e in ogni caso, per equivalente economico con ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti alla illegittimità dei provvedimenti gravati, anche per perdita di chance.

per quanto riguarda i motivi aggiunti

per l'annullamento

- della nota comunale prot. 2163 dell'11.5.2018;
- di tutti i verbali di causa, nella parte in cui hanno ammesso la Cilia Italia srl alle successive fasi della procedura di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Labico e di Cilia Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2018 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo l'impresa individuale esercitata sotto la ditta Sabato Viaggi di Sabato Michele ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, la determinazione n. 118 del 17.04.2018 del Comune di Labico avente ad oggetto "Revoca in autotutela alla ditta Sabato Viaggi del servizio di trasporto degli alunni frequentanti le scuole di Labico, relativo al triennio scolastico 2017/2018 – 2019/2020, scorrimento graduatoria di gara e aggiudicazione al secondo classificato", la nota prot. 1863 del 26.04.2018 di riscontro negativo alla sua richiesta di esercizio di autotutela e al preannuncio di ricorso, la determinazione n. 141 del 27.04.2018, avente ad oggetto "Aggiudicazione servizio trasporto alunni frequentanti le scuole di Labico, relativo al triennio scolastico 2017/2018- 2019/2020. Scorrimento graduatoria di gara, presa d'atto rinuncia da parte del secondo e aggiudicazione al terzo classificato. Avvio dell'esecuzione in via d'urgenza sotto riserva di legge", la nota comunale prot. n. 775/2018 del 16.02.2018, la determinazione del IV Dipartimento n. 84 del 21.03.2018 di avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione, la relazione del responsabile UTC prot.1357/2018 e tutti gli atti presupposti, connessi o consequenziali.

Con il medesimo atto la ricorrente ha anche domandato la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni cagionati, in forma specifica o per equivalente.

A sostegno delle sue domande, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, violazione del giusto procedimento anche in relazione alle diverse fasi di affidamento e di esecuzione della commessa, violazione del principio del legittimo affidamento, eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione, travisamento e sviamento, illegittimità diretta e derivata; 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 10 bis e 21 quinquies e nonies della l.n. 241/1990, dei principi generali in tema di esercizio del potere di autotutela e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, eccesso di potere per erronea formazione della volontà, erronea presupposizione ed illogicità manifesta, sviamento, erronea e carente motivazione, carente ed erronea istruttoria, illegittimità diretta e derivata; 3) violazione dell'art. 1337 c.c., dell'art.97 della Costituzione, del giusto procedimento, dei principi di correttezza, buona fede, leale collaborazione e legittimo affidamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione, irragionevolezza manifesta, sviamento, illegittimità diretta e derivata; 4) violazione e falsa applicazione sotto altro profilo, dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art.97 Cost. e del giusto procedimento, sviamento, illegittimità diretta del provvedimento di aggiudicazione al terzo in graduatoria.

Nel corso del giudizio la ricorrente ha sviluppato tali censure e proposto motivi aggiunti con ulteriori quattro memorie notificate all'Amministrazione ed alla controinteressata.

Si sono costituiti il Comune di Labico e la Cilia Italia s.r.l. eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito di tutte le domande avversarie.

Alla camera di consiglio del 21.05.2018 la ricorrente ha rinunciato alla richiesta di sospensiva.

All'udienza pubblica del 13.07.2018 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

La ricorrente, risultata aggiudicataria del servizio di trasporto scolastico del Comune di Labico per il triennio 2017/2018- 2019/2020, ha lamentato l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione prima della stipula del contratto di appalto per il fatto che il servizio di trasporto, avviato in via d'urgenza a partire dall'8.01.2018, sarebbe stato da essa svolto in modo difforme da quanto indicato nell'offerta tecnica e, in particolare, tramite mezzi differenti da quelli promessi e con l'utilizzo di una autorimessa - sede operativa provvisoria, ma anche di quella definitiva, non idonee all'uso e, comunque, anch'esse non corrispondenti a quanto dichiarato nell'offerta.

La ricorrente ha, inoltre, censurato la determinazione di aggiudicazione dell'appalto alla terza classificata, Cilia Italia s.r.l. (disposta a seguito della rinuncia della seconda impresa in graduatoria) e di affidamento ad essa dell'esecuzione anticipata del servizio in via d'urgenza per il periodo dal 2.05.2018 al 30.05.2018.

La Sabato Viaggi ha dedotto che il Comune di Labico avrebbe "preteso che ... (essa) si dotasse di tutto quanto offerto in sede di gara, nonostante si fosse al cospetto di un servizio svolto in via precaria e provvisoria, in difetto di una obbligazione giuridicamente vincolante che si perfeziona ... solo a seguito della declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione e della stipula del contratto di appalto"; ha, poi, affermato di aver "indiscutibilmente dato prova della disponibilità di quanto offerto ai fini della successiva stipula del contratto", in relazione all'impegno di acquisto dei mezzi a metano di nuova immatricolazione originariamente offerti e di quelli diversi che sarebbero stati successivamente richiesti dal Comune ed alla locazione dell'immobile sul territorio comunale da adibire ad autorimessa e di aver svolto, in ogni caso, il servizio "a regola d'arte, seguendo puntualmente le prescrizioni del Capitolato, senza disservizi per l'utenza scolastica, né disfunzioni, sospensioni, inefficienze o ritardo alcuno".

Nel ricorso introduttivo la Sabato Viaggi ha, infine, censurato anche la scelta dell'Amministrazione di affidare d'urgenza alla terza classificata Cilia Italia s.r.l. (a seguito, come detto, della rinuncia della seconda concorrente in graduatoria) il servizio, senza previamente verificare il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti necessari alla partecipazione alla procedura.

Nelle memorie successive e nei motivi aggiunti la ricorrente ha sviluppato le censure già articolate nel ricorso introduttivo, contestando ulteriormente la inidoneità - ritenuta dall'Amministrazione - del fabbricato individuato sul territorio comunale all'utilizzo come autorimessa e sostenendo che "il sub-procedimento di verifica del possesso dei requisiti, cui è subordinata la declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione, prescinde dalla verifica delle modalità di espletamento del servizio", potendo "riguardare solo l'accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale dell'aggiudicatario provvisorio e non la corrispondenza del servizio alle modalità indicate nell'offerta tecnica", attinenti alla "fase post- stipula del contratto".

Attraverso tali atti, tutti notificati all'Amministrazione ed alla controinteressata, la ricorrente ha anche introdotto ulteriori doglianze circa l'affidamento del servizio alla Cilia Italia s.r.l., che avrebbe, a suo dire, dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto controllata dalla RATP (Régie Autonome de Transports Parisiens) - ente pubblico a carattere industriale e commerciale interamente controllato dallo Stato Francese, titolare di un affidamento diretto per lo svolgimento di servizi di trasporto passeggeri nella regione parigina, conferitole ex lege - e per avvenuta commistione dell'offerta tecnica con quella economica (per l'inserimento nella sua offerta tecnica,

nel paragrafo dedicato alle caratteristiche tecniche delle vetture ed alla qualità del parco offerto, di due proposte di acquisto dei mezzi da adibire al servizio, comprensive dei prezzi).

La Cilia Italia s.r.l., in quanto nuova affidataria del servizio, avrebbe dovuto essere sottoposta con la sua offerta alla “doverosa verifica dei costi della manodopera”, totalmente omessa dall’Amministrazione e sarebbe stata illegittimamente autorizzata a svolgere il trasporto scolastico “in modalità difforme rispetto a quanto offerto”, con evidente “disparità di trattamento... parzialità e... violazione dei principi dell’evidenza pubblica”.

Tali censure sono in parte infondate, in relazione al provvedimento di revoca dell’aggiudicazione alla ricorrente, e, per la restante parte, inammissibili, in rapporto al successivo affidamento del servizio alla Cilia Italia s.r.l., per le ragioni di seguito illustrate.

Prendendo parte alla gara bandita dalla Centrale Unica di Committenza Consorzio Castelli della Sapienza per l’affidamento del servizio di trasporto per gli alunni frequentanti le scuole di Labico per il triennio scolastico 2017/2018 – 2019/2020, da aggiudicarsi con il metodo dell’offerta più vantaggiosa, la Sabato Viaggi si era classificata al 1° posto nella graduatoria finale presentando un’offerta tecnica particolarmente competitiva con riferimento sia al numero e qualità (anno di immatricolazione, carburanti ecologici) degli scuolabus utilizzati per il servizio (dichiarando che avrebbe utilizzato 3 mezzi titolari, in proprietà, di nuova immatricolazione, tutti di categoria EURO 6 con alimentazione a metano conformi a quanto richiesto dagli atti di gara e 3 mezzi di scorta, già in proprietà, con anno di prima immatricolazione 2017, categoria EURO 6 ed alimentazione a gasolio) sia alla distanza della rimessa e della sede operativa dal luogo di esecuzione del servizio (che sarebbe stata sul territorio del Comune di Labico, in regola con la normativa urbanistica, conforme alle disposizioni di riferimento e perfettamente idonea per l’uso previsto), sia, infine, alle proposte migliorative (secondo le quali aveva offerto di installare su tutti i mezzi adibiti al servizio un sistema di videosorveglianza a bordo attraverso videocamere di sicurezza senza fili e di alta risoluzione e due schermi LCD di marca Samsung da 8 pollici).

La ricorrente aveva, così, proprio grazie a tali dichiarazioni, ottenuto l’aggiudicazione dell’appalto con determinazione n. 434 del 7.12.2017.

Con il medesimo provvedimento, in considerazione del fatto che l’anno scolastico era da tempo iniziato e che sussisteva un indifferibile interesse pubblico all’inizio delle prestazioni, l’Amministrazione Comunale aveva anche disposto l’avvio del servizio in via d’urgenza ai sensi dell’art. 32 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, con inizio fissato all’8.01.2018, cioè al primo giorno scolastico del nuovo anno solare dopo le vacanze natalizie.

Dando inizio, sia pure in via anticipata rispetto alla stipula del contratto, al servizio, la ricorrente, che per il trasporto scolastico avrebbe ricevuto il corrispettivo economico indicato in sede di gara, emettendo relativa fattura, avrebbe dovuto, però, attenersi alle medesime previsioni della sua offerta tecnica, poiché, come stabilito dal disciplinare (doc. n. 2 dell’Amministrazione) “le proposte contenute nelle dichiarazioni d’offerta sono vincolanti per l’offerente e, in caso di aggiudicazione dell’appalto,” entrano “a far parte delle prestazioni contrattuali obbligatorie ...” cosicché “la loro mancata attuazione” costituisce “comunque grave inadempimento”.

Non può, perciò, essere in alcun modo condivisa la tesi della ricorrente secondo la quale essa, pur essendo aggiudicataria dell’appalto e pure essendo stata incaricata dell’esecuzione d’urgenza, non sarebbe stata soggetta - in mancanza della formale sottoscrizione del documento contrattuale - all’obbligazione giuridicamente vincolante di porre in essere le prestazioni indicate nella sua offerta tecnica.

Dall'8.01.2018 la Sabato Viaggi avrebbe, dunque, dovuto munirsi di tutti gli automezzi, delle attrezzature e dei locali indicati nella sua offerta.

Come evidenziato, infatti, dalla giurisprudenza prevalente, "l'inizio della fase esecutiva dell'appalto ... non presuppone necessariamente la sottoscrizione del contratto, essendo a tal fine sufficiente che, a seguito dell'aggiudicazione, le parti abbiano comunque iniziato l'esecuzione del rapporto" (T.A.R. Toscana, Sez. I, 29 marzo 2018 n. 474) e per effetto della consegna anticipata del servizio per ragioni di urgenza, che interviene nella fase tra aggiudicazione definitiva e stipulazione del contratto, "l'aggiudicataria è tenuta ad eseguire le prestazioni in offerta" (Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018 n. 120).

Anche il richiamo della ricorrente alla necessità di applicare nel caso in questione la *lex specialis* della procedura, lungi dal condurre a conclusioni differenti, conferma il carattere pienamente vincolante fin dall'inizio dell'esecuzione, delle proposte contenute nell'offerta.

Dinanzi all'impiego da parte della ricorrente di mezzi alimentati a gasolio invece che a metano, come promesso, e di autobus "usati" invece degli automezzi di nuova immatricolazione dichiarati nell'offerta, peraltro privi dei sistemi di videosorveglianza e di comunicazione progettati, e di fronte alla mancata disponibilità, protrattasi per mesi, di una idonea autorimessa sul territorio comunale (essendo stata utilizzata dapprima una autorimessa in Valmontone, poi un'area scoperta a Labico e, successivamente, un immobile non in regola dal punto di vista urbanistico edilizio) il Comune risulta aver mosso – sulla scorta di diversi sopralluoghi ed accertamenti - numerose contestazioni alla ricorrente in relazione a tutti i profili predetti, arrivando, alla fine, ragionevolmente – a causa dell'omesso adeguamento della Sabato Viaggi alle condizioni offerte – alla revoca dell'aggiudicazione.

Da qui l'infondatezza anche del secondo motivo di ricorso, svolto in rapporto alla asserita insufficienza della comunicazione di avvio del procedimento di revoca a segnalare la inidoneità dell'immobile scelto come autorimessa sul territorio comunale, sito in via Casilina, circostanza, in realtà, più volte contestata alla ricorrente dall'Amministrazione come uno dei numerosi inadempimenti riscontrati.

Al riguardo occorre, del resto, sottolineare che affinché sia assicurata la funzione di garanzia del contraddittorio procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento e del preavviso di rigetto, non deve necessariamente esistere una perfetta identità tra tali atti e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra di essi, essendo sufficiente che sia stata concessa all'interessato la concreta possibilità di partecipare all'iter amministrativo e che il provvedimento finale del procedimento non sia fondato su "ragioni del tutto nuove" (cfr. TAR Liguria, Sez. I, 25 febbraio 2015 n. 232) rispetto a quelle segnalate dall'Amministrazione (come, in questo caso, la non corrispondenza degli automezzi utilizzati a quanto offerto e l'inidoneità dell'immobile individuato come autorimessa, segnalati dal Comune fin dall'inizio dell'esecuzione del servizio).

La accertata non corrispondenza del trasporto scolastico così come effettivamente svolto rispetto a quanto promesso in sede di gara smentisce, poi, anche quanto affermato dalla Sabato Viaggi circa l'effettuazione del servizio stesso in modo "esattamente conforme ... ai contenuti della propria offerta", determinando l'infondatezza di tutti i dedotti vizi di eccesso di potere per illogicità e per violazione dei principi di correttezza giusto processo e legittimo affidamento (quest'ultimo neppure configurabile, in realtà, nel caso in questione, stante la consapevolezza della ricorrente delle effettive condizioni di realizzazione del servizio e di quanto in origine offerto ai fini dell'attribuzione del miglior punteggio tecnico e dell'aggiudicazione della gara).

Inammissibili per difetto di interesse a causa della dichiarata infondatezza delle censure mosse contro la revoca dell'aggiudicazione risultano, infine, come anticipato, le doglianze volte all'annullamento dell'affidamento del servizio alla Cilia Italia s.r.l., del quale la Sabato Viaggi, avendo perso a motivo della revoca dell'aggiudicazione ogni possibilità di svolgere il servizio, non potrebbe, comunque, mai in concreto giovare.

In definitiva, il ricorso ed i motivi aggiunto devono dichiararsi in parte infondati e, per la restante parte, inammissibili, con conseguente rigetto anche della domanda di risarcimento dei danni.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis),

definitivamente pronunciando,

- rigetta il ricorso ed i motivi aggiunti nella parte relativa all'impugnazione della revoca dell'aggiudicazione del servizio alla Sabato Viaggi di Sabato Michele;
- dichiara inammissibili, per la restante parte, il ricorso stesso ed i motivi aggiunti;
- rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- condanna la ricorrente alla rifusione in favore del Comune di Labico e della Cilia Italia s.r.l. delle spese di lite, liquidate in complessivi €3.000,00 per ciascuno, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Brunella Bruno, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi