

N. 01861/2015REG.PROV.COLL.

N. 06187/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6187 del 2013, proposto da:
Autoservizi Meridionali S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Federico Tedeschini,
Massimo Rutigliano e Michele Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Federico
Tedeschini in Roma, Largo Messico, 7;

contro

Roma Capitale, rappresentata e difesa per legge dall'avv. Luigi D'Ottavi,
domiciliata in Roma, Via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Miccolis Spa e Metauro Bus di Metauro A. & C. Snc, rappresentati e difesi dagli
avv. Maria Cristina Lenoci e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto
presso l'avv. Maria Cristina Lenoci in Roma, Via E. Gianturco, 1;
Società Roma TPL s.c. a r.l., Mandataria RTI con Cotri-Ronabus Srl e Sata Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 04747/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di trasporto riservato scolastico e trasporto disabili a chiamata per la durata di 8 anni - Risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, di Miccolis Spa e di Metauro Bus di Metauro A. & C. Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Michele Damiani, Federico Tedeschini, Luigi D'Ottavi, Maria Cristina Lenoci e Salvatore Alberto Romano;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. II, con la sentenza 13 maggio 2013, n. 4747 ha respinto i ricorsi riuniti n. 1953 e n. 2065 del 2013, proposti dall'attuale appellante, per l'annullamento, quanto al ricorso n. 1953 del 2013: del provvedimento con il quale l'appaltante ha riammesso il costituendo RTI Miccolis-Metauro alla gara d'appalto annullando la precedente esclusione, dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore del costituendo RTI e di tutti gli atti presupposti, ivi inclusi i verbali di gara e gli approvativi dei lavori della Commissione; quanto al ricorso n. 2065 del 2013: della determinazione dirigenziale della Direzione Coordinamento e Controllo del Dipartimento per la razionalizzazione delle spese per l'acquisto di beni e servizi di Roma Capitale n. 87 del 7.2.2013, con la quale la stazione appaltante ha annullato la precedente esclusione dalla gara d'appalto per l'affidamento dei servizi di trasporto riservato scolastico e trasporto disabili a chiamata per la durata di 8 anni, relativamente al

lotto B, disposta nei confronti del costituendo R.T.I. Miccolis-Metauro ed ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del detto costituendo R.T.I. sempre relativamente al lotto B.

Il TAR, sinteticamente, ha ritenuto che:

- La circostanza che sia stato comprovato in atti che nessuna delle due socie della società in nome collettivo di cui trattasi avesse in realtà subito alcuna condanna penale di nessun tipo, come accertato nel certificato del casellario giudiziale acquisito in forma integrale da parte della stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti di ordine generale a seguito del sorteggio ai sensi dell'articolo 48, dopo avere avuto contezza del tenore del certificato della CCIA, dalla quale è emersa l'effettiva compagine societaria, non assume alcuna rilevanza ai fini che interessano; la contestazione di cui al ricorso introduttivo concerne, infatti, non la mancanza in sé del requisito di ordine sostanziale ma la mancanza, da un punto di vista formale, della relativa dichiarazione che sarebbe asseritamente richiesta ai fini della regolare partecipazione alla procedura di gara tanto dall'articolo 38 quanto dalla lex specialis di gara;

- Tuttavia, il richiamo, in via esclusiva nella lex specialis, al solo "titolare o ... legale rappresentante dell'impresa", senza la specificazione ulteriore dell'obbligo ricadente in capo, per quanto di specifico interesse in questa sede, al socio della società in nome collettivo, ha potuto, essendo la formulazione potenzialmente idonea al fine, indurre il concorrente nell'errore di ritenere che fosse sufficiente, anche nel caso di società in nome collettivo, la dichiarazione del titolare e del legale rappresentante.

- La d.d. n. 861 dell'11.12.2012 aveva disposto l'esclusione della Metauro Bus s.n.c. non, in particolare, in quanto risulterebbe avere reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso del requisito della regolarità fiscale ai sensi del comma 2 dell'articolo 38 ma, nello specifico, per la sostanziale insussistenza del

predetto requisito; la successiva d.d. n. 87 del 7.2.2013 di annullamento in autotutela della precedente d.d. di esclusione riconosce che il detto requisito è, invece, da ritenersi sussistente, nel caso di specie, alla luce della documentazione integrativa acquisita in atti nel corso della relativa istruttoria.

- Essendo stato il bando di gara di cui trattasi pubblicato nella GUUE nel mese di novembre 2011, ne consegue che, al caso di specie, trovano applicazione le innovative disposizioni in materia di cui al D.L. n. 70-2011; ciò consente di ritenere la gravità delle violazioni fiscali nel solo caso in cui sia superato il limite puntualmente individuato, senza alcun margine per una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante nel caso in cui l'importo ancora dovuto a titolo di imposte e tasse sia inferiore alla predetta soglia.

- Ne consegue che, effettivamente, l'unica cartella esattoriale rimasta da valutare ai fini che interessano è quella di cui al n. 043201100021446707 per un importo complessivo di euro 2.910,59, il quale, tuttavia, è decisamente inferiore al limite massimo di cui al richiamato articolo 48-bis del d.P.R. n. 602 del 1973. Ed è esattamente la somma indicata nel certificato dell'Agenzia delle entrate di cui al prot. n. AGE-AGEDP-FG 0128506 del 20.12.2012, prodotto dalla ricorrente nel corso dell'istruttoria, sebbene il successivo certificato di cui al prot. n. AGE-AGEDP-FG 0004018 del 14.1.2013, rilasciato su richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, riporti la minore somma di euro 2.180,33.

- In ordine all'effettivo significato della dichiarazione di regolarità contributiva alla data dell'1.3.2012, non pare assolutamente che possano sussistere i dubbi interpretativi, alla luce dell'inciso di cui da ultimo contenuto nel predetto certificato, laddove riporta testualmente che "il presente certificato, riemesso in sede di autotutela in data 21.12.2012, a seguito di nuova verifica da parte dell'INPS, annulla e sostituisce il precedente".

- Dal tenore dei chiarimenti effettuati nel corso del procedimento è emerso che i concorrenti potevano legittimamente offrire veicoli nuovi fin dal primo anno di esercizio del servizio, solo in parte o anche in totale; i concorrenti potevano legittimamente indicare nel modello 2.1B i veicoli che in quel momento erano ancora in corso di acquisto; in tale ultimo caso, i concorrenti potevano legittimamente omettere di compilare tutti i campi indicati nel modello 2.1B riportato nell'allegato 2 al CSA, e, in particolare, sicuramente i campi indicati nella domanda a cui si dà risposta con il chiarimento n. 45, in precedenza testualmente riportato, ossia i seguenti campi “ Proprietario - Targa del veicolo - Data 1° immatricolazione - Data limite utilizzo del veicolo per l'esercizio dei servizi”; la compilazione del campo di cui al predetto modello 2.1B “Titolo di disponibilità del veicolo” prevedeva l'alternativa indicazione di una delle seguenti voci “proprietà, patto di riservato dominio, leasing, locazione o comodato d'uso”.

- Inoltre, l'indicazione della consegna dei veicoli nuovi a sette mesi dall'ordinativo non avrebbe potuto, nel caso di specie e con riferimento alle peculiarità temporali della procedura di gara di cui trattasi, costituire legittimo motivo di esclusione dalla gara del costituendo RTI Miccolis - Metauro.

- La circostanza che la società Metauro s.n.c. partecipa al costituendo RTI nella misura del 49% non può indurre l'illegittimità dell'offerta per il solo fatto che tutti i n. 86 veicoli nuovi acquistati per lo svolgimento del servizio sono nella titolarità della società Miccolis s.p.a. e non è stato indicato nel modello 2.1B esattamente quanti e quali veicoli si trovino nella disponibilità della Metauro e a quale titolo.

L'attuale appellante contestava la sentenza del TAR deducendo:

- Illegittimità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art.38 d.lgs. n. 163-2006; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1374 e dell'art. 1339 c.c.; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis del procedimento; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza dei presupposti di

fatto, travisamento dei fatti, nonché per illogicità e contraddittorietà della motivazione;

- Illegittimità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art.38 d.lgs. n. 163-2006; violazione e/o falsa applicazione del principio di solidarietà; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis del procedimento sotto altro profilo; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, assenza e/o erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, nonché per difetto di motivazione;

- Illegittimità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art.38 d.lgs. n. 163-2006; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis del procedimento sotto diverso ed ulteriore profilo; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza dei presupposti di fatto, travisamento dei fatti, nonché per illogicità e contraddittorietà della motivazione sotto diverso ed ulteriore profilo;

- Illegittimità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art.38 d.lgs. n. 163-2006; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis del procedimento sotto un diverso profilo; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza dei presupposti di fatto, travisamento dei fatti, nonché per illogicità e contraddittorietà della motivazione sotto un diverso profilo (identica rubrica dei motivi d'appello sub 4, 5 e 6).

Con l'appello in esame, si chiedeva pertanto l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano il Comune appellato e il controinteressato chiedendo la reiezione dell'appello; quest'ultimo riproponeva i motivi del ricorso incidentale di primo grado ex art. 101, comma 2, c.p.a.

All'udienza pubblica del 10 febbraio 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio osserva, in via di fatto, che con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. in data 25 novembre 2011, Roma Capitale aveva indetto una procedura aperta per

L'affidamento dei servizi di trasporto riservato scolastico e per l'affidamento del servizio di trasporto disabili a chiamata, per la durata di 8 anni.

Detto appalto, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era stato suddiviso in quattro autonomi lotti, contraddistinti dalle lettere A, B, C e D.

L'odierno giudizio verte esclusivamente sul lotto B; nella graduatoria provvisoria relativa al lotto B, i concorrenti si erano così collocati: al primo posto, il costituendo R.T.I. Roma TPL; al secondo posto, il costituendo RTI Miccolis SpA Metauro Bus S.n.c., odierna controinteressata; al terzo posto, la Società Autoservizi Meridionali, odierna appellante.

In seguito all'espletamento della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, la Stazione appaltante aveva disposto l'esclusione dalla procedura di gara sia del costituendo R.T.I. Roma TPL, sia del costituendo RTI Miccolis SpA-Metauro Bus S.n.c.

Roma Capitale, con la determinazione dirigenziale 7 febbraio 2013, n. 87, ha annullato in via di autotutela il precedente provvedimento di esclusione dalla gara del costituendo RTI Miccolis SpA-Metauro Bus S.n.c. (originaria seconda classificata) e, per l'effetto, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria a favore della Autoservizi Meridionali srl, con contestuale dichiarazione di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata.

Passando all'esame dei motivi d'appello, si deve evidenziare l'infondatezza dei primi tre motivi, incentrati sull'omessa allegazione al momento della partecipazione alla gara delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici relativamente alle sigg.re D'Alessio Sebastiana e Metauro Lucia, socie della Metauro Bus che, ad avviso dell'appellante, avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla procedura del Raggruppamento Miccolis SpA-Metauro Bus S.n.c.

Si deve innanzitutto sottolineare che, come correttamente rilevato dal TAR, la censura attiene non già al difetto sostanziale del requisito di carattere generale di cui al citato art. 38, quanto piuttosto alla mera mancanza formale della relativa dichiarazione da parte delle due socie della Metauro.

Al riguardo, il Collegio osserva che, sulla scia dell'impostazione "sostanzialistica" relativa ai requisiti di partecipazione alla gara, autorevolmente adottata dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 16-2014, e in linea con la ratio di cui all'art. 39 del D.L. n. 90-2014 (benché tale disposizione non sia *ratione temporis* applicabile alle fattispecie antecedenti alla sua entrata in vigore), si deve ritenere che vi sia una chiara volontà del legislatore di evitare nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla procedura per mere carenze formali (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

In particolare, ed in chiara analogia con quanto ha stabilito il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, poiché la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere appunto agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, la stessa regola deve valere per i soci, dovendosi in caso contrario evidenziare un'inammissibile disparità di trattamento nella disciplina dell'accesso alle procedure di gara.

Pertanto, in relazione ai soggetti diversi dal titolare e/o dal legale rappresentante dell'impresa, si può procedere all'esclusione unicamente nel caso di riscontro dell'effettiva assenza del requisito di moralità richiesto, situazione questa che è stata invece contraddetta nel corso del medesimo procedimento di gara, atteso che, come detto, in seguito all'espletamento della verifica del possesso dei requisiti di

partecipazione, da cui all'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, è stata dimostrata l'incensuratezza delle socie Metauro Bus S.n.c., sigg.re D'Alessio Sebastiana e Metauro Lucia.

Anche i motivi d'appello sub 4 e 5 sono da ritenersi infondati.

Infatti, la controinteressata ha indicato puntualmente tutti gli 86 scuolabus richiesti per l'espletamento del servizio, in riferimento ai quali, trattandosi di veicoli nuovi da immatricolare, erano stati compilati tutti i campi per questi obbligatoriamente previsti, eccezion fatta, dunque, per quelli relativi a Proprietario, Targa e Dati 1° immatricolazione, rimasti vuoti perché i veicoli erano in corso di fornitura, situazione questa non esclusa dalla *lex specialis*, trattandosi di fornitura avente requisiti di certezza in ordine al numero e alla tipologia degli autoveicoli.

Peraltro, i preventivi di spesa contenuti nell'Allegato D dell'offerta tecnica della controinteressata dimostravano ulteriormente l'acquisibilità di detti mezzi nel pieno rispetto della tempistica prevista dalla *lex specialis* per l'avvio del servizio

Né può ritenersi condivisibile l'ipotizzata violazione dell'art. 10, comma 9, del capitolato speciale d'appalto, in quanto difetterebbe dell'indicazione del *titulus* in forza del quale i veicoli messi a disposizione dalla mandataria Miccolis entrerebbero nella disponibilità della mandante Metauro; tale indicazione, infatti, sarebbe in contrasto con la finalità sottesa alla costituzione di un Raggruppamento di imprese che, com'è noto, è volta a garantire alle sue componenti un reciproco "supporto" tecnico per permettere, in funzione concorrenziale, la partecipazione di imprese che da sole, non sarebbero in grado di partecipare ad una determinata gara d'appalto.

Infine, è da ritenersi infondato anche l'ultimo motivo d'appello, relativo all'ipotizzata irregolarità fiscale e contributiva della Metauro Bus alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Infatti, in relazione alla questione fiscale, si deve evidenziare che dal certificato rilasciato in via di autotutela dall'Agenzia delle Entrate in data 31 gennaio 2013 risulta inequivocabilmente che, alla scadenza del termine per la presentazione della domanda, nulla risultava a carico della suddetta impresa.

L'annullamento in via di autotutela, come è noto, ha portata retroattiva, atteso che rimuove, con effetti *ex tunc*, un precedente atto illegittimo e, dunque, la sua efficacia non deve essere messa in relazione alla sua data di adozione (31 gennaio 2013), bensì è idonea a proiettarsi alla data di scadenza della partecipazione alla gara per cui è causa, avendo accertato l'insussistenza di debenze fiscali idonee a giustificare un provvedimento di esclusione dalla gara d'appalto.

In relazione all'asserita violazione degli obblighi contributivi in capo alla Metauro Bus è sufficiente evidenziare l'attestato dal DURC emesso in autotutela dall'INPS, la cui valenza certificatoria non può essere in questa sede oggetto di alcuna contestazione, peraltro, essendo indubbia la sua effettiva portata correttiva di un mero errore materiale commesso dal medesimo Ente previdenziale con il rilascio del precedente certificato negativo del 26.10.2012 (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468).

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato e i motivi del ricorso incidentale di primo grado, riproposti ex art. 101, comma 2, c.p.a., restano evidentemente assorbiti.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio a favore del Comune appellato e della società controinteressata, spese che liquida in euro 6000,00, oltre accessori di legge, per ciascuno.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2015

IL SEGRETARIO

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