

Pubblicato il 07/06/2023

N. 03509/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01898/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1898 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Angelino S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Torre del Greco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Liuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a – del provvedimento della Centrale di Committenza dei Comuni di Torre del Greco e Trecase prot. n. PI000179- 23 del 6.4.2023, con il quale si è comunicata la esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per anni 6 del Comune di Torre del Greco;

b – del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per anni 6 del Comune di Torre del Greco, comunicato con l'atto sub a);

c – ove occorra, della comunicazione di soccorso istruttorio del 14.3.2023;

d – ove occorra, del punto 8.3 del Disciplinare di gara, se inteso in senso ostativo alla partecipazione della ricorrente alla presente procedura;

e – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

e per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a., alla ammissione alla procedura di appalto controversa,

nonché per la declaratoria di nullità, ai sensi dell'art. 83.8 D.Lgs. 50/2016, del punto 8.3 del Disciplinare per contrasto con le norme di accesso del Codice dei Contratti Pubblici.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Angelino S.p.A. il 9/5/2023:

f – della determinazione dell'U.O. Centro Unico di Committenza del Comune di Torre del Greco n. 653 del 06.04.2023 mai comunicata, di approvazione dei verbali di gara e di dichiarazione di gara deserta;

g – della Relazione Istruttoria richiamata nella determina sub f), in uno ai verbali di gara delle sedute pubbliche nn. 1 e 2/2023 e delle sedute riservate nn. 1 e 2/2023;

h – della determinazione dell'U.O. Servizio Pubblica Istruzione del Comune di Torre del Greco n. 738 del 17.04.2023 di presa d'atto della determina sub f) e di conferma dell'impegno alla indizione di nuova procedura di gara;

i – della determinazione dell'U.O. Servizio Pubblica Istruzione del Comune di Torre del Greco n. 911 del 28.04.2023 di indizione di nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico di durata sessennale;

l – ove occorra, di tutti gli atti di gara approvati con la determina sub i);

m – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

C) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Angelino S.p.A. il 30/5/2023:

n – della determinazione dell'U.O. Centro Unico di Committenza del Comune di Torre del Greco n. 1055 del 17.05.2023 di indizione di procedura telematica aperta, ai sensi degli artt. 59 e 60 del D.lgs. 50/2016, per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di Trasporto Scolastico per anni 6 e approvazione degli atti di gara;

o – della determinazione dell'U.O. Centro Unico di Committenza del Comune di Torre del Greco n. 1073 del 19.05.2023 con la quale il termine di presentazione delle offerte per la procedura sub. n) è stato differito al 13.06.2023;

p - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e conseguenziali.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 17.4.2023, Angelino S.p.a. ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe tra cui, nello specifico, il provvedimento della Centrale di Committenza dei Comuni di Torre del Greco e Trecase prot. n. PI000179- 23 del 6.4.2023, con il quale si è comunicata la esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per anni 6 del Comune di Torre del Greco.

La procedura di gara *de quo* è stata indetta dal Comune di Torre del Greco con determina a contrarre n. 3160/2022 del 27.12.2022, avvalendosi della Centrale di Committenza.

L'esclusione si basa sull'assenza del requisito di capacità tecnica e professionale, richiesto all'art. 8.3 del Disciplinare di gara: “ *Esecuzione negli*

ultimi tre anni dei seguenti servizi analoghi : Il concorrente deve aver svolto nel triennio antecedente l'annualità di indizione gara (1 Gennaio 2020 - 31 Dicembre 2022) servizi analoghi a quelli oggetto di gara per Pubbliche Amministrazioni, per un importo complessivo minimo non inferiore ad € 3.030.531,15, con almeno un servizio di importo minimo non inferiore ad € 1.515.265,58. Si precisa che gli importi da considerare ai fini del requisito sono quelli riferiti al valore complessivo di ogni singolo appalto gestito (e non alla sua quota annua). Per servizio analogo si intende il servizio di trasporto scolastico”.

La ricorrente prospetta che per “servizio di importo minimo” deve considerarsi il contratto di servizio di trasporto scolastico sottoscritto con il Comune di Torre del Greco, rep. n. 15844 del 14/03/2019, per un importo complessivo di € 5.384.541,42; tuttavia, l’Amministrazione non ha considerato integrato il requisito richiesto, affermando che “*in merito al periodo indicato all’art. 8.3 del disciplinare di gara, ovvero quello effettivamente eseguito e quindi fatturato dal 01/01/2020 al 31/12/2022*” il valore complessivo del servizio “svolto” nel triennio di riferimento, “*per il Comune di Torre del Greco, è pari ad € 1.365.369,34 (€ 151.470,69 per l’anno 2020, € 485.104,70 per l’anno 2021, € 728.793,95 per l’anno 2022), quindi inferiore alla quota stabilita dall’art. 8.3 del Disciplinare di gara (€ 1.516.816,68) per quanto attiene il cd. “servizio di punta” da considerare ai fini del requisito di capacità tecnica e professionale.*”

2. Il ricorso avverso la decisione di esclusione è stato affidato alle seguenti censure:

I) *violazione di legge (art. 83 - 86 d.lgs. 50/2016) – violazione punto 8.3 del disciplinare di gara – eccesso di potere (difetto ed erroneità del presupposto - di motivazione – di istruttoria – travisamento – illogicità manifesta), in quanto l’Amministrazione avrebbe considerato solo il fatturato effettivo del triennio (1.1.2020 – 31.12.2022) e non il valore complessivo del singolo appalto (€ 5.384.541,42) nei termini prescritti dalla lex specialis.*

La ricorrente prospetta che il parametro di riferimento prescelto per il calcolo del valore (“da considerare ai fini del requisito”), infatti, non è la quota annua di ogni singolo appalto (*recte*: il fatturato annuo) ma il valore complessivo dell’appalto affidato a ciascun operatore economico.

Tale previsione del Disciplinare avrebbe una sua logica, tenuto conto che l'arco temporale del servizio di punta riguarda un peculiare periodo, fortemente inciso dalla Emergenza Sanitaria Covid-19 (1.1.2020 – 31.12.2022), nel quale le prestazioni effettive di Trasporto Scolastico erogate, rispetto a quelle contrattualizzate, si sono ridotte per tutti gli operatori scolastici, con contrazione delle quote di fatturato di ciascun operatore economico.

II) Ferma restando l'assorbenza del primo motivo, la società ha altresì contestato la *violazione di legge* (art. 83 - 86 d.lgs. 50/2016), *oltre che nullità, del punto 8.3 del disciplinare di gara laddove interpretato - contro il tenore letterale - nei termini prospettati dal Seggio di Gara*, posto che la norma capitolare, nella parte in cui ha prescritto che il requisito di capacità tecnico professionale vada comprovato anche mediante “servizio di punta”, ai sensi dell’art. 83.8 del D.Lgs. 50/2016, sarebbe nulla, in quanto contrastante con l’art. 83 comma 1 e 7 del D.Lgs. 50/2016.

La introduzione di un requisito di punta (singolo affidamento di trasporto scolastico), parametrato sull’effettivo fatturato relativo ad un triennio, fortemente condizionato dalla pandemia, non sarebbe proporzionale e ragionevole.

3. Si è costituito il Comune di Torre del Greco, ribadendo di aver imposto ai concorrenti, come requisito di capacità tecnica, di aver svolto nel triennio precedente servizi analoghi a quello oggetto di gara, stabilendo, quindi, come mezzo per comprovare lo svolgimento effettivo del servizio, almeno un certo fatturato annuo. Questo sarebbe il senso del riferimento all’importo minimo complessivo dei servizi svolti, considerando la piena legittimità del cd. servizio di punta e tenuto conto delle caratteristiche del servizio stesso.

4. Con motivi aggiunti notificati l’8.5.2023, la Angelino s.p.a. ha impugnato la determina n. 653 del 06.04.2023 di dichiarazione di gara deserta a seguito di esclusione di tutti i concorrenti in gara e la successiva determina n. 738 del 17.04.2023 di presa d’atto degli esiti della procedura e di conferma della

indizione di nuova gara, nonché la determina n. 911 del 28.04.2023 di indizione di una nuova gara di contenuto identico per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico di durata sessennale.

Avverso tali atti ha dedotto invalidità derivata, per gli stessi motivi dedotti contro la esclusione della Società ricorrente.

5. Con ulteriori motivi aggiunti notificati il 25.5.2023, la Angelino ha impugnato, sempre per invalidità derivata, la determina dirigenziale n. 1055 del 17.05.2023 di indizione di una nuova gara di contenuto identico per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico di durata sessennale e la successiva determina dirigenziale n. 1073 del 19.05.2023 di differimento del termine di presentazione delle offerte al prossimo 13.06.2023.

6. Alla camera di consiglio del 6.6.2023, previo avviso di possibile definizione con sentenza in forma semplificata, la causa è passata in decisione.

7. La causa va decisa in forma semplificata sia in ragione del rito sia per l'esistenza di un'unica questione di diritto sottesa sia al ricorso che ai motivi aggiunti (conseguenti alla riedizione della gara, a fronte dell'esclusione di tutti i concorrenti, compreso il ricorrente).

8. Il ricorso va accolto.

Il tenore letterale dell'originario Disciplinare di gara è chiarissimo: da un lato si chiede l'avvenuto svolgimento “negli ultimi tre anni” di servizi analoghi “per un importo complessivo minimo non inferiore ad € 3.030.531,15, con almeno un servizio di importo minimo non inferiore ad € 1.515.265,58”; dall'altro lato, tuttavia, si *“precisa che gli importi da considerare ai fini del requisito sono quelli riferiti al valore complessivo di ogni singolo appalto gestito (e non alla sua quota annua).”*

È evidente che il riferimento al valore complessivo di ogni singolo appalto gestito, è riferito sia ai servizi gestiti nel loro complesso (il cui valore minimo di riferimento è quello non inferiore ad € 3.030.531,15) sia al cd. servizio di punta (il cui valore minimo è stato indicato in € 1.515.265,58).

Il contenuto letterale del Disciplinare non lascia dubbi interpretativi, perché non solo non fa alcun riferimento alla quota annua del fatturato (come prospetta la difesa del Comune), ma espressamente menziona il valore complessivo del contratto, con ciò escludendo la riferibilità del requisito al fatturato annuo.

Pertanto, lungi dall'essere arbitraria e pleonastica (come affermato dalla difesa del Comune), anche perché non si riesce a immaginare come una disposizione di *lex specialis* possa essere “pleonastica” stante la notoria delicatezza di tali procedure, la disposizione del Disciplinare è molto chiara nel voler considerare la forza contrattuale dell'operatore, senza tenere conto dell'operato nella singola annualità, il che è assolutamente logico e coerente – come ipotizzato dalla difesa della ricorrente – con quello che è stato il triennio preso in considerazione: è infatti impensabile che il periodo dell'emergenza pandemica possa essere stato considerato alla stregua di un periodo di ordinaria e normale attività.

Ferma la discrezionalità di ogni Pubblica Amministrazione di approvare disciplinari di gara che non tengano conto della situazione delle imprese nei tre anni 2020-2022 (rimettendosi agli operatori l'eventuale impugnazione delle clausole ritenute sproporzionate in relazione al caso concreto), nel momento in cui un'Amministrazione si autovincola a una specifica *lex specialis*, non è legittima l'esclusione dell'operatore economico che abbia partecipato in ragione dei presupposti previamente formalizzati negli atti di gara.

In altre parole, stante un chiaro disposto del Bando e/o del Disciplinare, è illegittima l'interpretazione *ex post* che disattenda completamente gli atti di gara.

8.1. Nel caso concreto, alla luce della clausola del bando che fa riferimento all'importo contrattualizzato, e *non* alla quota annua di tale importo contrattualizzato, è di palmare evidenza che il Comune abbia inteso prescindere dal fatturato del singolo anno come pure dal fatturato del

triennio: laddove avesse inteso così, avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente, senza provvedere a un'interpretazione postuma in fase di esclusione.

Come recentemente ribadito dal giudice d'appello, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 cod. civ.; conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione; soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al concorrente. Tanto a maggior ragione quando trattasi di clausole che possono condurre all'esclusione dell'offerta, a fronte del criterio del *favor participationis*, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. St., sez. V, 15.5.2023, n.1589).

8.2. Peraltro nella determina n. 1055 del 17.5.2023 del Comune di Torre del Greco, che ha disposto la nuova gara all'esito della declaratoria di gara deserta, è stabilito che “ gli atti di gara ossia bando, disciplinare ed allegati tecnico/amministrativi saranno pubblicati sul Profilo del Committente - Sezione Amministrazione Trasparente – Bandi di gara e contratti del Comune per conto del quale la Centrale Unica di Committenza espleta le attività di cui alla presente, inoltre gli stessi saranno pubblicati sul portale gare della Centrale Unica di Committenza, sul sito “Servizio Contratti Pubblici” del MIT, sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, sulla GUEE, sulla GURI serie speciale riservata ai contratti pubblici, su due quotidiani a diffusione nazionale e due quotidiani a diffusione locale, nonché sul Burc.”

Il Comune non ha prodotto agli atti del giudizio il Disciplinare della nuova gara e non è dato sapere se esso sia stato oggetto di modifica in ordine al

requisito di capacità tecnica e professionale.

Qualora lo fosse stato, ciò altro non sarebbe che un'ammissione di colpa con riferimento al vizio denunciato dalla ricorrente; laddove fosse identico, si tratterebbe di una reiterazione del vizio.

9. In conclusione, il ricorso principale va accolto perché l'esclusione è stata comminata in palese contrasto con la lettera del disciplinare di gara, che, peraltro, come "interpretata" *ex post* con la memoria difensiva, genera ancora più dubbi su operato del RUP.

9.1. I motivi aggiunti, di conseguenza, censurando la riedizione della gara per invalidità derivata, vanno accolti a loro volta.

10- Ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a., deve essere dichiarato il diritto della Angelino s.p.a. alla ammissione alla procedura di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per anni 6 del Comune di Torre del Greco (d.d. n. 3160 del 27.12.2022, CIG 955803974C), con tutte le conseguenti determinazioni in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti, li accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti sub a), b) e determinazioni conseguenti.

Accerta il diritto della Angelino s.p.a. alla ammissione alla procedura di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per anni 6 del Comune di Torre del Greco (d.d. n. 3160 del 27.12.2022, CIG 955803974C), con tutte le conseguenti determinazioni in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica.

Condanna il Comune di Torre del Greco alla rifusione delle spese processuali in favore della Angelino s.p.a., che liquida in complessivi euro 3000,00, oltre accessori di legge e contributo unificato versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO