

Giurisprudenza

n. 3 -2010 - © copyright

T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE III - Sentenza 25 febbraio 2010 n. 632

Antonio Cavallari - Presidente, Luca De Gennaro - Estensore

Leo Antonio di Leo Giuseppe Salvatore & C. s.a.s. (avv. R. Fanizzi) c. Comune di Uggiano La Chiesa (avv. P. Nicolardi)

1. Contratti della p.a. - Giurisdizione e competenza - Appalti sotto soglia - Giurisdizione del giudice amministrativo - Sussiste.

2. Contratti della p.a. - Disciplina normativa - Servizio di trasporto scolastico - Contratto - Rinnovo - Non è consentito.

1. Anche negli appalti sotto soglia sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo poiché l'Amministrazione è comunque tenuta a rispettare i principi di evidenza pubblica comunitari e statali.

2. Il rinnovo del contratto d'appalto del servizio di trasporto scolastico, disposto da una p.a. al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento dà luogo ad una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo al tempestivo espletamento della gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni, Sul ricorso numero di registro generale 1913 del 2009, proposto da:

Leo Antonio di Leo Giuseppe Salvatore & C Sas, rappresentata e difesa dall'avv. Rosa Fanizzi, con domicilio eletto presso Gabriella De Giorgi Cezzi in Lecce, via G. Paladini

N. 50;

contro

Comune di Uggiano La Chiesa, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Nicolardi, con domicilio eletto presso Pietro Nicolardi in Lecce, piazza Mazzini 72;

*per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,*

della delibera di G.C. n. 140 dell'1.9.2009;
della delibera di G.C. n. 156 del 20.10.2009;
di ogni ulteriore ed eventuale atto di numero e data sconosciuti con cui è stata data esecuzione alle delibere di G.C. n. 140 e 156 del 2009;
di ogni altro atto comunque connesso, presupposto e consequenziale nonché per il risarcimento dei relativi danni subiti e subendi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Uggiano La Chiesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'Avv. Fanizzi e l'Avv. Nicolardi;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000, in merito all'adozione di una sentenza immediata in forma semplificata;

La società Leo Antonio di Leo Giuseppe Salvatore impugna gli atti del Comune di Uggiano la Chiesa con i quali è stato rinnovato, direttamente e senza gara, alla ditta Global Service, già affidataria per l'anno scolastico precedente, l'incarico del servizio di trasporto scolastico, con decorrenza 12.10.2009 e sino al 30.4.2010.

Si deducono le seguenti censure: 1. Violazione artt. 2 e 57 D.lgs. 163/2006, L. 62/2005, art. 31 Direttiva 2004/18/CE, art. 43 e 49 Trattato CE. Violazione principi comunitari dell'evidenza pubblica e della libera concorrenza. Violazione principio buon andamento e imparzialità; 2. Violazione art. 57 D.lgs. 163/2006, violazione principio di affidamento, disparità di trattamento, sviamento; 3. Violazione artt. 121 e 125 D.lgs 163/2006, violazione regolamento comunale, eccesso di potere, errore nei presupposti, sviamento, illegittimità derivata; 4. Violazione art. 3 L. 241/1990, illegittimità per difetto assoluto di istruttoria; 5. Violazione art. 42 e 48 D.lgs. 267/2000, incompetenza; 5. Violazione norme generali in materia di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto.

L'eccezione di difetto di giurisdizione non ha pregio.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 244 del c.d. Codice dei contratti pubblici (d.lg. n. 163 del 2006) tutte le controversie inerenti ad appalti pubblici rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche se di importo inferiore alla soglia comunitaria.

La norma richiamata statuisce che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a

procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".

La disciplina introdotta dal Codice dei contratti, in attuazione delle direttive comunitarie, ha esteso i principi fondamentali in materia anche ai contratti esclusi, compresi i cc.dd. sottosoglia, come ribadito dall'art. 27 d.lgs. 163 cit. a tenore del quale "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

Pertanto, anche negli appalti sotto soglia sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo poiché l'Amministrazione è comunque tenuta a rispettare i principi di evidenza pubblica comunitari e statali.

Non è fondata l'eccezione di tardività con riferimento alla G.C. n. 140/2009.

L'atto impugnato è stato pubblicato il 5 ottobre 2009 per 15 giorni consecutivi. Di conseguenza il termine per ricorrere, computato dall'ultimo giorno di pubblicazione è scaduto il 18 dicembre 2009, giorno in cui è stato notificato il ricorso.

L'Amministrazione deduce inoltre l'assenza di interesse al ricorso, avendo la ricorrente dichiarato, in occasione della gara per l'anno precedente, di non partecipare vista l'insufficienza del prezzo dell'appalto, ritenuto non conveniente.

L'eccezione non ha pregio.

Al riguardo, non ha valore determinante il rilievo basato sulla comunicazione relativa alla gara relativa al medesimo servizio per l'anno scolastico 2008-2009, con cui la ricorrente ha dichiarato l'assenza di interesse alla partecipazione alla gara.

L'effettività e la concretezza dell'interesse ad agire devono essere infatti valutate sulla base delle condizioni attuali; in base ad esse, considerata la possibilità che il singolo operatore muti la propria strategia d'impresa o le proprie condizioni operative, non necessariamente la mancata partecipazione ad una precedente gara si traduce in un difetto permanente di interesse all'affidamento del servizio da aggiudicare; in altri termini, ogni calcolo di convenienza spetta all'impresa e, per gare diverse da tenersi in tempi diversi, le valutazioni in merito sono liberamente modificabili e revocabili.

Ugualmente priva di pregio è l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire.

La società ricorrente opera nel settore del trasporto pubblico, esercitando, come da visura camerale, l'attività di "noleggio da rimessa di autobus con conducente".

Operando nel settore interessato la società ricorrente è pienamente legittimata a ricorrere; secondo infatti l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, ai fini della legittimazione ad agire di un'impresa, che intenda contestare la scelta della pubblica amministrazione di affidare a terzi il servizio da essa espletato senza indire la gara, non si richiede la prova del possesso dei requisiti per partecipare alla gara, ma solamente l'appartenenza al settore al quale si riferisce l'affidamento; e ciò anche al solo fine di ottenere l'annullamento della eventuale aggiudicazione e il rinnovo della procedura a cui aspira (cfr. Consiglio di Stato 5426/2009).

Nel merito il ricorso è fondato.

Con il primo motivo la ricorrente deduce che l'affidamento diretto alla controinteressata è avvenuto in violazione delle norme nazionali e comunitarie che regolano l'affidamento dei servizi pubblici e che in quest'ambito tutelano la libera concorrenza e la libera prestazione dei servizi.

La censura merita accoglimento.

Il rinnovo dei contratti pubblici è, escluse eccezioni ben individuate, soggetto ad un

divieto imperativo e generalizzato; l'art. 23, secondo comma, L. 62/2005 dispone, in forza di un principio di matrice comunitaria, che "i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge"; tale divieto è stato confermato dall'art. 57 D.lgs 163/2006 - applicabile anche ai contratti sotto soglia comunitaria in forza del rinvio operato dall'art. 121 D.lgs 163/2006 - che ha subordinato la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara ad una serie di condizioni rigorose e tassative, che nel caso di specie non ricorrono.

E' agevole quindi rilevare che il rinnovo del contratto d'appalto del servizio di trasporto scolastico, disposto dall'Amministrazione al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento, come avvenuto nel caso di specie, dà luogo ad una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al Giudice Amministrativo il suo interesse legittimo al tempestivo espletamento della gara (cfr. Consiglio di Stato 3391/2008).

La normativa comunitaria e statale oggi vigente non consentiva infatti al Comune di procedere al rinnovo del contratto in corso; pertanto l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, avrebbe dovuto, qualora avesse ancora avuto la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara.

Ricorrono, altresì, i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno, attesa l'illegittimità dell'affidamento diretto e l'inescusabilità dell'errore in cui è incorsa l'Amministrazione.

Poiché il servizio oggetto dell'appalto è stato parzialmente espletato (dovendo svolgersi dal 12 ottobre 2009 al 30 aprile 2010), il risarcimento deve essere disposto per equivalente; peraltro, non essendovi prova del fatto che, partecipando alla gara, la ricorrente si sarebbe sicuramente aggiudicata l'appalto, l'entità del risarcimento va limitata alla sola perdita di *chances* connessa alla mancata indizione della gara per l'affidamento del servizio.

In tale prospettiva, l'utilità economica che sarebbe derivata dallo svolgimento del servizio può essere quantificata in via forfettaria nel 10% (3.700 euro) del corrispettivo dell'appalto (37.000).

Tale utilità, tenendo conto delle concrete *chances* di aggiudicazione del servizio, può essere ridotta equitativamente (ex art. 1226 e 2056 c.c.) del 50% (1.850 euro).

Considerato che il Comune ha ancora la possibilità di reintegrare in forma specifica la ricorrente, attraverso l'espletamento di una gara per l'anno scolastico 2009-2010, l'importo della somma da risarcire, determinato in 1.850 euro, sarà eventualmente e proporzionalmente ridotto, nel caso di indizione di una gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per i mesi residui dell'anno corrente.

In conclusione, il Collegio accoglie il ricorso e per l'effetto, annulla gli atti impugnati e condanna l'Amministrazione Comunale al risarcimento dei danni, quantificati in 1.850 euro, fatta salva la riduzione *pro rata* in caso di indizione di una nuova gara. Con assorbimento delle ulteriori censure.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Terza Sezione di Lecce accoglie il

ricorso e per l'effetto:

- annulla gli atti impugnati;
- condanna il Comune di Uggiano La Chiesa al risarcimento dei danni nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Ettore Manca, Primo Referendario

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2010

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



Giurisprudenza

n. 3 -2010 - © copyright

T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - SEZIONE I - Sentenza 26 febbraio 2010 n. 1192

Pres. A. Guida, est. C. Dell'Olio

Elisem Scarl ed Icarus Scarl (Avv. Alessandro Pellegrino) c. Regione Campania
 (Avv. Almerina Bove) c. Heliwest S.r.l. (Avv. ti Andrea Gazzotti ed Alessandro Rizzo)

1. Contratti della P.A. - Gara di appalto - Scelta del contraente - Procedimento - Applicazione delle clausole inserite nella *lex specialis* - Obbligo - Sussiste - Ragioni

2. Contratti della P.A. - Gara di appalto - Impugnazione del bando e disciplinare di gara - Immediata Impugnazione - Obbligo - Sussiste - Impugnazione metodo di gara da parte della stazione appaltante - Impugnazione - Inammissibilità . Ragioni

3. Contratti della P.A. - Gara di appalto - Clausole *lex specialis* - Restrittive rispetto alle previsioni previste dalla Legge - Possibilità - Sussiste - Clausole contenenti restrizioni sproporzionate - Illegittimità - Sussiste - Fattispecie

1. In sede di gara per l'aggiudicazione dei contratti con la P.A. la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine alle cause di esclusione dalla gara, non essendovi spazio per valutazioni di carattere discrezionale sulla ricorrenza dei presupposti di carattere soggettivo od oggettivo come predeterminati, essendo quelli, e non altri, funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico, (scelta del miglior contraente possibile in relazione allo specifico oggetto del contratto) che la stessa P.A. deve perseguire attraverso la procedura concorsuale (1)

2. Nelle gare di appalto l'onere di immediata impugnazione dei bandi e relativi disciplinari è circoscritto alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione e che impediscono in limine all'interessato di essere ammesso alla selezione, ma non può involgere quelle che riguardano le modalità di svolgimento della procedura (come nel caso di specie), ovvero quelle concernenti il metodo di gara o la formulazione dei criteri di aggiudicazione, poiché in tali ipotesi sono il concreto svolgimento della gara e delle relative operazioni, nonché l'adozione delle valutazioni all'uopo necessarie, a produrre l'effetto lesivo ricollegabile all'astratta previsione contenuta nella *lex specialis* (2)

3. Nelle gare di appalto la stazione appaltante, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può inserire nella *lex specialis* di gara clausole escludenti, recanti adempimenti formali, più restrittive di quelle imposte dalla legge o dal rispetto dei principi generali dell'evidenza pubblica, tuttavia non deve introdurre oneri sproporzionati rispetto alle esigenze pubblicistiche da tutelare o connotati da evidente arbitrarietà, in modo da rendere ingiustificatamente gravoso il percorso partecipativo delle imprese concorrenti (3) (4)

1. cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2007 n. 4644;

2. cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2005 n. 1079; TAR Liguria, Sez. I, 11 luglio 2007 n. 1382; TAR Lazio Roma, Sez. I, 4 giugno 2007 n. 5147;

3. cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 15 febbraio 2007 n. 647;

4. Nella specie il TAR ha accolto il ricorso dal momento che l'esclusione della ricorrente dalla gara in esame era stata motivata sulla circostanza che la stessa, a fronte delle previsioni previste dalla *lex specialis*, aveva ommesso di indicare sul plico di gara il recapito di telefono e di fax, nonché il nome della mandataria, le cui informazioni potevano essere anche rese successivamente, in quanto tali

omissioni non influivano di certo sulla procedura d gara e non ledevano il principio della par condicio con le altre concorrenti

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3481 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ELISEM Scarl ed ICARUS Scarl, in qualità di componenti di una costituenda A.T.I., rappresentate e difese dall'Avv. Alessandro Pellegrino, ed elettivamente domiciliate in Napoli alla Via De Pretis n. 19 presso lo studio dell'Avv. Giuseppe De Santo;

contro

REGIONE CAMPANIA, rappresentata e difesa dall'Avv. Almerina Bove dell'Avvocatura Regionale, con la quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via S. Lucia n. 81;

nei confronti di

HELIWEST S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Aerocentro Mediterraneo di Nicola Romano ed Elifriulia S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Gazzotti ed Alessandro Rizzo, e domiciliata per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

del verbale della commissione giudicatrice n. 1 del 3 giugno 2009, concernente "l'affidamento triennale del servizio di perlustrazione ed avvistamento per prevenzione degli incendi boschivi a mezzo di n. 3 aeromobili monomotore", con il quale la medesima si riservava la decisione sull'ammissione alla gara della costituenda ATI Elisem/Icarus; del verbale della commissione giudicatrice n. 2 del 15 giugno 2009, con il quale la costituenda ATI Elisem/Icarus veniva esclusa dalla gara; dell'eventuale verbale di gara relativo all'apertura della busta contenente l'offerta economica; degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva; dell'eventuale contratto stipulato con l'aggiudicataria; in subordine: delle clausole del disciplinare di gara di cui all'art. 8 punti 6, 7 e 10, nella parte in cui prevedono l'esclusione delle concorrenti per la mancata indicazione, sull'esterno del plico recante l'offerta di partecipazione, della ditta designata quale mandataria nonché del numero di telefono e di fax; dell'eventuale verbale di gara relativo all'apertura della busta contenente l'offerta economica; degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva; dell'eventuale contratto stipulato con l'aggiudicataria;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del verbale della commissione giudicatrice n. 4 del 21 luglio 2009, con il quale la costituenda ATI Elisem/Icarus veniva nuovamente esclusa dalla gara; della nota del Settore Provveditorato ed Economato prot. n. 2009.0671848 del 24 luglio 2009, con la quale veniva comunicata alle ricorrenti l'avvenuta esclusione; in subordine: del disciplinare di gara nella parte in cui richiede la prova dell'attività svolta dalle concorrenti a mezzo certificato di iscrizione alla Camera di Commercio (art. 9, lett. J).

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società controinteressata;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2009 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le ricorrenti, facenti parte dell'omonima costituenda ATI, partecipavano, insieme con la concorrente ATI composta da Heliwest S.r.l., da AeroCentro Mediterraneo di Nicola Romano e da Elifriulia S.r.l., alla procedura aperta, indetta dalla Regione Campania, finalizzata all'affidamento triennale del servizio di perlustrazione ed avvistamento per prevenzione degli incendi boschivi a mezzo di n. 3 aeromobili monomotore.

Con verbale della commissione giudicatrice n. 2 del 15 giugno 2009, nel quale veniva richiamato il precedente verbale interlocutorio n. 1 del 3 giugno 2009, le ricorrenti venivano escluse dalla procedura per irregolarità nel confezionamento del plico di gara.

Successivamente, con verbale della commissione n. 3 del 22 giugno 2009, veniva esclusa dalla gara anche l'ATI rimasta unica concorrente.

Riammesse in gara a seguito di favorevole ordinanza cautelare di questo Tribunale (n. 1717/2009), le ricorrenti, con verbale della commissione n. 4 del 21 luglio 2009, venivano nuovamente escluse per incompletezza dell'istanza di partecipazione e perché dalla certificazione della Camera di Commercio l'attività esercitata non risultava conforme a quella oggetto di gara.

Con l'odierno gravame, come integrato dai motivi aggiunti, le ricorrenti impugnano entrambi i provvedimenti di esclusione assunti dalla commissione con i citati verbali (oltre agli atti successivi eventualmente emanati), deducendo vizi propri inerenti alla violazione di legge, della lex specialis e del favor participationis, all'eccesso di potere sotto svariati profili; in subordine, denunciano vizi di invalidità derivata promananti dalla pretesa illegittimità delle clausole del disciplinare di gara applicate nello specifico (meglio individuate in epigrafe), delle quali parimenti domandano l'annullamento.

La Regione Campania, costituitasi in giudizio, insta nelle sue memorie difensive per l'integrale reiezione del ricorso.

La controinteressata Heliwest S.r.l., costituitasi nella qualità di cui in epigrafe, eccepisce nella sua memoria difensiva la tardività dell'impugnazione del disciplinare di gara, l'infondatezza del gravame ed, in via subordinata, la carenza, in capo all'ATI Elisem/Icarus di un requisito di partecipazione che ne avrebbe imposto l'esclusione.

Il ricorso è stato trattenuto per la decisione all'udienza pubblica del 21 ottobre 2009.

DIRITTO

1. Si premette che l'odierno ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere circoscritto alla dedotta illegittimità dei provvedimenti di esclusione che hanno riguardato le ricorrenti ed, in via subordinata, agli effetti invalidanti trasmessi agli stessi dalla prospettata illegittimità di alcune clausole del disciplinare di gara. Non può questo giudice conoscere di eventuali ulteriori illegittimità concernenti gli atti di gara successivi (verbale di valutazione dell'offerta economica, aggiudicazione provvisoria e definitiva) o il contratto di affidamento del servizio, semplicemente perché, come esposto in narrativa, l'intera procedura è andata deserta per l'avvenuta esclusione dell'ultima concorrente rimasta in lizza (ATI Heliwest).

Ne discende che, laddove dovesse intervenire l'annullamento giurisdizionale di tali arresti procedurali, la stazione appaltante sarà tenuta a riprendere le operazioni di gara fino alla loro naturale conclusione.

1.1 Ciò chiarito, è opportuno notare, in punto di fatto, che i due provvedimenti di esclusione poggiano rispettivamente sulle seguenti motivazioni: "(...) il plico dell'ATI Elisem/Icarus presentava le seguenti irregolarità: sull'esterno del plico non venivano riportati i numeri di telefono e di fax, così come era previsto, a pena d'esclusione, dall'art. 8 punto 6 del disciplinare di gara; sull'esterno del plico erano riportati i nominativi delle due imprese componenti l'ATI senza, però, indicare quale di esse fosse la mandataria, così come era previsto, dall'art. 8 punto 7 del disciplinare di gara;" (verbale n. 2 del 15 giugno 2009); "1. l'offerta di partecipazione risulta incompleta, in quanto non è garantita la copertura

del servizio. Infatti, le società raggruppate, non possedendo in toto i requisiti richiesti, dichiarano di avvalersi e di subappaltare la parte di servizio svolta a mezzo aereo. Come risulta dall'art. 4 del "contratto di subappalto e messa a disposizione dei requisiti di partecipazione alla gara d'appalto", le prestazioni affidate in subappalto (e di cui l'ATI si avvale) non superano il 30% dell'importo dell'appalto, in linea con le previsioni del codice dei contratti (art. 118) e del capitolato (art. 19). Orbene, il 30% del servizio totale (800 ore di volo) è costituito da 240 ore, mentre il servizio svolto a mezzo aereo è di 300 ore, per cui risultano scoperte le 60 ore di differenza, che non potranno essere effettuate dalle società raggruppate, perché carenti di requisiti e dei mezzi; 2. i certificati di iscrizione alla Camera di Commercio di entrambe le società costituenti l'ATI non rispondono a quanto richiesto dall'art. 9, lettera J del Disciplinare di gara, in quanto dagli stessi non risulta che l'attività esercitata sia conforme a quella oggetto di gara."

2. Fatta tale premessa, il Collegio passa ad affrontare le questioni sollevate in ordine al primo provvedimento di esclusione, iniziando da quelle dedotte in via principale.

Parte ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente escluso la sua offerta sulla base di una "carenza puramente formale", non finalizzata alla cura di un particolare interesse pubblico, alla luce di "un dettato regolamentare complessivamente oscuro, poco chiaro e certamente contraddittorio" e, peraltro, quanto alla mancata indicazione dell'impresa designata quale mandataria, in assenza di una espressa causa di esclusione.

La censura, come complessivamente articolata, non ha pregio.

Il Collegio si limita ad osservare che le riscontrate carenze nella presentazione del plico di gara non potevano non comportare l'esclusione dalla procedura, attesa l'inequivoca formulazione della clausola di cui all'art. 6, punto 10, del disciplinare, la quale, con formula onnicomprensiva e di chiusura, colpisce con la sanzione espulsiva ogni inosservanza delle modalità di presentazione e di confezionamento delle buste con le prescritte diciture, tra cui rientrano a pieno titolo quelle omesse dalle ricorrenti.

Né era compito della commissione giudicatrice appurare la rispondenza del trascurato adempimento formale all'interesse pubblico perseguito, poiché è principio ormai acquisito che nei procedimenti di scelta del contraente la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara (circostanza che, come accennato, non ricorre nel caso di specie) può ammettersi un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2007 n. 4644).

2.1 Viceversa, è da accogliere la censura di eccesso di potere, formulata in via subordinata, avverso le clausole del disciplinare di cui all'art. 8, punti 6, 7 e 10, nella parte in cui contemplano l'esclusione delle concorrenti per la mancata indicazione del numero di telefono e di fax, nonché della ditta designata quale mandataria.

In via preliminare, è da disattendere l'eccezione di inammissibilità della censura per tardiva impugnazione della *lex specialis*, formulata dalla difesa della società controinteressata.

Infatti si osserva, in adesione al consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia, che l'onere di immediata impugnazione dei bandi e relativi disciplinari è circoscritto alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione e che impediscono in limine all'interessato di essere ammesso alla selezione, ma non può involgere quelle che riguardano le modalità di svolgimento della procedura (come quelle in esame), ovvero quelle concernenti il metodo di gara o la formulazione dei criteri di aggiudicazione, poiché in tali ipotesi sono il concreto svolgimento della gara e delle relative operazioni, nonché l'adozione delle valutazioni all'uopo necessarie, a produrre l'effetto lesivo ricollegabile all'astratta previsione contenuta nella *lex specialis* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2005 n. 1079; TAR Liguria, Sez. I, 11 luglio 2007 n. 1382; TAR Lazio Roma, Sez. I, 4 giugno 2007 n. 5147).

Passando al merito della questione, il Collegio ritiene di condividere la prospettazione attorea secondo la quale, nelle ipotesi di esclusione previste dalle clausole in esame, non è ravvisabile coerenza con l'interesse pubblico perseguito, costituito dalla necessità di identificare il soggetto che si propone come interlocutore dell'amministrazione.

È ben vero che la stazione appaltante, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può inserire nella *lex specialis* di gara clausole escludenti, recanti adempimenti formali, più restrittive di quelle imposte dalla legge o dal rispetto dei principi generali dell'evidenza pubblica, tuttavia non deve introdurre oneri sproporzionati rispetto alle esigenze pubblicistiche da tutelare o connotati da evidente arbitrarietà, in modo da rendere ingiustificatamente gravoso il percorso partecipativo delle imprese concorrenti (cfr. in tal senso Consiglio di Stato Sez. V, 15 febbraio 2007 n. 647).

Tale è l'anomalia verificatasi nel caso specifico, dal momento che, a fronte dell'espressa clausola escludente, l'omessa emarginazione sul plico di gara del recapito telefonico e di fax, nonché della ditta prescelta quale mandataria, pur potendo rendere meno spedita la successiva attività di comunicazione dell'ente appaltante, certamente non influisce sulla corretta identificazione del soggetto o dei soggetti proponenti, traibile dall'ordinaria intestazione della busta fatta a cura del mittente; tra l'altro, l'amministrazione sarebbe comunque in grado di recuperare i dati mancanti dalla consultazione dei comuni elenchi telefonici e, con riferimento alla mandataria designata, dal semplice spoglio della documentazione amministrativa prodotta in sede concorsuale, senza che per questo risultino intaccati i fondamentali canoni di trasparenza e par condicio.

È palese, pertanto, la contrarietà della sanzione espulsiva con il principio di proporzionalità, che rende illegittime in parte qua le clausole del disciplinare quivi scrutinate e, per invalidità derivata, illegittimo il provvedimento di esclusione adottato con il verbale n. 2 del 15 giugno 2009.

3. Si presentano fondate anche le censure di travisamento dei fatti e di erronea interpretazione delle norme di legge e del capitolato speciale, rivolte nei confronti del secondo provvedimento di esclusione adottato con il verbale n. 4 del 21 luglio 2009, che poggia su due distinti profili motivazionali: mancata copertura del servizio per insufficienza delle ore di volo affidate in subappalto e non conformità dell'attività esercitata, come risultante dalla certificazione camerale, con quella oggetto di gara.

3.1 Con riguardo al primo aspetto, si evidenzia che l'art. 19 del capitolato, in ossequio all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, prescrive che "la quota subappaltabile non potrà essere superiore al 30% dell'importo complessivo del contratto".

Ne deriva, come correttamente sostenuto dalla difesa attorea, che la stazione appaltante, nel calcolare la soglia massima per la concessione dell'attività in subappalto, doveva tenere conto, in via esclusiva, dell'importo complessivo dell'appalto e non del numero di ore di volo, atteso che queste ultime potevano ricevere, nel contratto di subappalto, una retribuzione diversa ed inferiore a quella prevista nella disciplina di gara per l'attività svolta dalla ditta affidataria del servizio.

Tale è l'evenienza occorsa nel caso di specie, in quanto è pacifico che il contratto di subappalto esibito in sede di gara (vd. produzione di parte ricorrente) recasse all'art. 8 una decurtazione dei corrispettivi pari al 20% del prezzo di aggiudicazione del servizio.

Pertanto, essendo incontestato che, ai sensi dell'art. 4 del citato contratto, le prestazioni subappaltate non potevano comunque essere retribuite in misura superiore al 30% dell'importo complessivo del contratto di appalto, conformemente all'art. 19 del capitolato, perde ogni consistenza il sostrato argomentativo su cui si fonda il presente motivo di esclusione.

Né è possibile sostenere, come opina la difesa della controinteressata, che "posto che il costo presunto per ora di volo stabilito dalla lex specialis è unico sia per gli aeromobili ad ala rotante sia per il velivolo ad ala fissa, appare dunque assolutamente indifferente ragionare in termini di costi e/o di ore volate nel calcolo del 30% passibile di subappalto", poiché tale assunto sottintende, in maniera erronea, che il prezzo delle ore di volo rimanga invariato anche in caso di subappalto.

Né, infine, è condivisibile la tesi della difesa regionale, secondo la quale la percentuale del 30% andrebbe calcolata con riguardo all'intero importo del contratto, senza che da esso venga decurtato il 20% (avendo rilevanza meramente interna la decurtazione dei corrispettivi di cui all'art. 8 del contratto di subappalto), giacché in tal caso la stazione appaltante dovrebbe tenere conto, per verificare il rispetto della soglia del 30%, di un importo contrattuale determinato fittiziamente, in contrasto con le previsioni di legge e di capitolato, che richiedono invece il riferimento all'effettivo importo del subappalto.

3.2 Con riferimento al secondo aspetto, la circostanza, rilevata dalla stazione appaltante, della non conformità dell'attività esercitata con quella oggetto di gara è smentita, per entrambe le ricorrenti, dalle stesse certificazioni camerali prodotte in atti (delle quali non è contestata la corrispondenza a quelle esibite in sede di gara): in esse si dà conto dell'esercizio, da almeno un triennio, dell'attività di prevenzione degli incendi, ricompresa ora nella più ampia nozione di "servizio di lavoro aereo" (Elisem), ora in quella più specifica di "gestione di servizio anti-incendio" (Icarus).

Ne discende l'evidente erroneità di tale ultimo motivo, con la conseguenza che si palesa illegittimo anche il secondo provvedimento di esclusione.

4. Il Collegio deve infine soffermarsi sulla censura, formulata in via incidentale dalla difesa della controinteressata, volta a stigmatizzare la carenza, in capo all'impresa subappaltatrice e per converso all'ATI Elisem-Icarus, del requisito di gara relativo al "possesso di licenza di lavoro aereo in corso di validità (...) comprendente le attività di trasporto carichi esterni, spargimento sostanze".

La censura è inammissibile in quanto è contenuta in semplice memoria difensiva, dovendo, viceversa, rivestire la forma del ricorso incidentale notificato alle controparti.

5. In conclusione, assorbite le rimanenti doglianze non scrutinate, il ricorso deve essere accolto nei sensi sopra precisati e, per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti di esclusione di cui ai verbali n. 2 del 15 giugno 2009 e n. 4 del 21 luglio 2009, nonché le presupposte clausole del disciplinare di cui all'art. 8, punti 6, 7 e 10, nella parte in cui contemplano l'esclusione delle concorrenti per la

mancata indicazione del numero di telefono e di fax, nonché della ditta designata quale mandataria. La particolarità e l'evoluzione della vicenda contenziosa costituiscono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di esclusione impugnati e le presupposte clausole del disciplinare, nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
IL 26/02/2010

