



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 411 del 2010, proposto da:
FANTINI Agenzia di Distribuzione Stampa Srl, rappresentata e difesa dagli avv.
Benedetto Ballero e Stefano Ballero, con domicilio eletto presso il loro studio in
Cagliari, corso Vittorio Emanuele N.76;

contro

CTM Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Silvana Congiu, con domicilio eletto
presso il suo studio in Cagliari, Vico II Merello N.1;

nei confronti di

SOS TRASPORTI Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Manca e
Daniele Zummo, con domicilio eletto presso avv. Francesco Manca in Cagliari, via
Scano N.55;

per l'annullamento

1) del provvedimento n. 10 del 10 marzo 2010, comunicato il 17.03.2010 con nota
del 12.03.2010, anch'essa impugnata, con il quale il Direttore Generale del CTM ha
determinato di affidare il "servizio di distribuzione dei documenti di viaggio

valevoli sulle linee esercitate dal CTM e dei tagliandi per la sosta" alla società SOS Trasporti srl;

2) di tutti gli atti ed i verbali di gara, con particolare riferimento al verbale n. 1 del 25.02.2010, con cui la Commissione aggiudicatrice, ha ritenuto congrua, completa e regolare l'offerta presentata dalla controinteressata SOS Trasporti srl, ed ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in suo favore, nonché, ove e per quanto possa occorrere, della relazione del 4.03.2010, ad oggi non conosciuta, citata nel provvedimento di aggiudicazione n. 10 del 10.03.2010;

3) del contratto di affidamento del servizio stipulato con la SOS Trasporti srl a far data dal 1.04.2010;

e di tutti gli atti presupposti, collegati e/o conseguenti, anche ad oggi non conosciuti;

nonché della nota del 31.03.2010, ove e per quanto possa occorrere, con cui il Direttore Generale del CTM, in risposta alla diffida della Fantini, ha comunicato che il nuovo contratto sarebbe decorso dal 1.04.2010, giusta la riserva formulata nella lettera di invito, ed ai sensi della deroga di cui all' articolo 11, comma 10, del Codice degli Appalti;

con richiesta di risarcimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ctm Spa e di Sos Trasporti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2010 il Consigliere Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori S. Ballero per la ricorrente, Zummo per la controinteressata e Congiu per l'Azienda CTM;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 12.1.2010 (pubblicato in GU il 25.1.2010) la CTM spa di Cagliari ha indetto la gara (procedura negoziata al massimo ribasso), per un anno, per l'affidamento del servizio di distribuzione dei documenti di viaggio valevoli sulle linee esercitate da CTM e dei tagliandi per la sosta (valore presunto del corrispettivo 240.000 euro).

Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione è stato fissato al 5.2.2010 .

Alla richiesta di partecipazione sarebbe seguita lettera di invito alla procedura negoziata (dove sarebbero state precisate le ulteriori indicazioni, quali cauzione, ecc.).

Le “condizioni di partecipazione” venivano invece già individuate nel bando.

Hanno formulato domanda per essere invitate 2 sole società (le attuali contendenti: Fantini –precedente gestore del servizio- e Sos Trasporti).

Da molti anni l'unica partecipante alla gara per l'affidamento di questo servizio era la società Fantini.

In particolare la Sos Trasporti ha presentato domanda di partecipazione il 3.2.2010 (con allegata “relazione per le capacità tecniche”).

Il 10.2.2010 CTM richiedeva, con lettera di invito, di formulare l'offerta economica.

L'offerta economica è stata presentata da SOS con nota del 16.2.2010, con l'indicata provvigione del 1,989% sul prezzo dei titoli di viaggio e dei tagliandi per la sosta da distribuire.

La società Fantini (precedente gestore del servizio) offriva invece il 2,495% di provvigione.

Veniva deliberata l'aggiudicazione provvisoria il 25 febbraio 2010 in favore di Sos Trasporti.

Con richiesta del 26.2.2010 la CTM chiedeva :

-la comprova del possesso del requisito, dichiarato in domanda, di "capacità economico-finanziaria" (punto III.2.2. del bando);

-la comprova del possesso del primo requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando relativo all'esperienza triennale nella distribuzione dei titoli di viaggio o similari.

La Sos Trasporti produceva quanto richiesto da CTM nel marzo 2010.

CTM formulava, con nota del 9 marzo 2010, richiesta di giustificazioni alla SOS: nella specie veniva richiesto (solo) che "dovranno essere indicate le percentuali di spese generali e di utile".

Sos riscontrava la richiesta con nota del 10 marzo 2010 (con indicazione delle percentuali: spese generali 82%; utile 18%).

Il servizio veniva aggiudicato definitivamente alla SOS Trasporti (cfr. nota CTM del 10.3.2009, con richiesta degli ulteriori documenti) e veniva quindi stipulato il contratto annuale 1.4.2009-1.4.2010.

**

Con ricorso consegnato per la notifica il 11.5.2010 la società Fantini ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, con richiesta di sospensiva, formulando le seguenti censure:

1) violazione del punto III.2.3 del bando di gara che richiedeva "il possesso di idonea struttura organizzativa nel comune di Cagliari e zone limitrofe, da attestare tramite dettagliata relazione indicante i mezzi posseduti, compresi gli idonei depositi e le apparecchiature informatiche, il personale a disposizione e ogni altra informazione utile" – mancanza della condizione di partecipazione, in quanto la Sos Trasporti non disponeva di alcuna struttura organizzativa in Sardegna

(operando solo in Sicilia) – mancanza di una “unità locale” operativa a Cagliari e di dipendenti in loco – falsa dichiarazione – obbligo di esclusione;

2) istruttoria carente ed insufficiente nella fase di verifica della congruità dell'offerta - evidente antieconomicità dell'offerta - dichiarazione di svolgimento del servizio con una provvigione dell' 1,989% (percentuale di spese generali 82% e utile 18% come indicato nelle giustificazioni) - insufficienza del numero di dipendenti indicati dalla controinteressata per l'esecuzione del servizio (4 anziché 6 dipendenti) - sussistenza di indici di anomalia - antieconomicità dell'offerta - obbligo di esclusione dell'aggiudicataria ;

3) omessa richiesta di “spese generali” maggiormente dettagliate - violazione dell'articolo 86 comma 3 bis del codice degli appalti - procedimento inerente l'accertamento dell'anomalia dell'offerta censurabile per manifesta illogicità e/o irragionevolezza, per difetto di istruttoria, per carenza motivazionale.

In ricorso è stata formulata anche:

*domanda di annullamento del contratto;

*domanda risarcitoria in forma specifica;

*in subordine, domanda risarcitoria, per equivalente, nella misura del 10% .

Si sono costituite in giudizio sia la CTM che la controinteressata aggiudicataria SOS Trasporti chiedendo il rigetto del ricorso e della misura cautelare.

In particolare la CTM depositava tutti gli atti di gara, cioè sia di quelli prodotti in allegato all'istanza del 3/2/2010 (relazione per “capacità tecniche”), sia di quelli successivi (offerte economiche).

Con ordinanza del Tar Sardegna n. 282 del 9.6.2010 la domanda cautelare è stata respinta con la seguente motivazione:

“Considerato che i requisiti di partecipazione previsti nel bando , correttamente interpretati, non prevedevano, per la capacità tecnica, la concreta e immediata

disponibilità operativa di strutture e/o personale “precostituiti” a livello locale (il che risulterebbe incisivo del principio di libera concorrenza degli operatori nazionali ed internazionali potenzialmente interessati alla partecipazione alla gara), ma il possesso di una astrattamente “idonea” struttura organizzativa in Cagliari, attestata da relazione in ordine ai mezzi, apparecchiature informatiche, personale e ogni altra informazione utile;

rilevato che anche le altre censure non appaiono condivisibili, avendo la controinteressata fornito le informazioni richieste dalla stazione appaltante (in materia di offerta economica –congruità dell’offerta-);

considerato che la ricorrente ha offerto 2,495% e la controinteressata ha formulato una offerta economicamente migliore per CTM (1,989%);

rilevato che come precisato in Camera di consiglio il contratto è stato stipulato ed il servizio attivato dall’ 1 aprile 2010”.

*

La società Fantini ha proposto appello cautelare al Consiglio di Stato; la 5[^] sez. lo accoglieva con l’ordinanza n. 3574 del 29.7.2010, con la seguente motivazione:

“Rilevato che l’ordinanza appellata è stata motivata con riferimento all’inesistenza del ‘fumus’ ed alla avvenuta stipula del contratto ed all’avvio del servizio in data 1[^] aprile 2010;

ritenuto, peraltro, che proprio sotto il profilo del “fumus” le censure dedotte in primo grado e reiterate in appello richiedono un urgente approfondimento in sede di merito specie per quanto attiene alla contestata esistenza del requisito relativo al possesso di una idonea struttura organizzativa in loco;

P.Q.M. Accoglie l’appello cautelare e, per l’effetto, in riforma dell’ordinanza impugnata accoglie l’istanza cautelare formulata in primo grado.”

In esecuzione di tale pronuncia cautelare la CTM ha adottato la determinazione n. 34 del D.G. del 4.8.2010 con la quale è stata disposta la sospensione dell’efficacia:

*sia del provvedimento di aggiudicazione alla SOS Trasporti;

*sia del relativo contratto stipulato, nelle more della definizione del contenzioso giurisdizionale.

Seguiva poi la determinazione, sempre del D.G. CTM, del 3.9.2010 n. 39, con la quale è stato disposto:

*l'affidamento “provvisorio” del servizio alla SOS Trasporti, fino alla decisione del Tar Sardegna.

Ciò è avvenuto, in particolare, dopo aver acquisito “ulteriore documentazione” atta a comprovare l’ “esistenza dell’idonea struttura organizzativa” fin dalla data di scadenza della partecipazione alla gara, a prescindere dalla verifica effettuata prima della stipulazione del contratto di aggiudicazione (produzione di contratto di comodato con data antecedente -4.1.2010-, ma registrato nel mese di agosto 2010).

La società Fantini formulava richiesta di esecuzione al Consiglio di Stato dell’ordinanza cautelare in precedenza emessa in suo favore.

Con ordinanza n. 4614 dell’8.10.2010 il Consiglio di Stato, sez. 5[^], rigettava la richiesta di esecuzione dell’ordinanza n. 3574/2010 del C.S. riconoscendo che la CTM aveva già dato piena ed integrale esecuzione all’ordinanza cautelare d’appello (con la disposta sospensione sia del provvedimento di aggiudicazione definitiva che del contratto stipulato –determinazione n. 34 del 4.8.2010-), non sussistendo l’obbligo anche di affidare il servizio alla società Fantini. In sostanza il Consiglio di Stato ha riconosciuto legittimo il disposto affidamento “provvisorio” del servizio alla controinteressata SOS, ritenendolo non elusivo dell’ordinanza cautelare favorevole alla società Fantini.

All’udienza del 24 novembre 2010 la causa, dopo discussione, è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente va accolta la domanda di espungere dal fascicolo la memoria della controinteressata (depositata il 9.11.2010, peraltro di contenuto sostanzialmente ripetitivo della memoria precedentemente depositata il 7.6.2010), contestata dalla ricorrente, in quanto tardiva perché depositata 14 giorni liberi prima dell'udienza anziché 15, in applicazione del combinato disposto degli artt. 73 e 119 2° comma del codice del processo amministrativo 104/2010 (dimezzamento dei 30 "giorni liberi" previsti per le memorie). Per l'udienza del 24 novembre il termine scadeva l'8 novembre 2010. Del suo contenuto il Collegio non ne tiene conto.

**

Il servizio in esame si riferisce alla (sola) "distribuzione" dei titoli di viaggio e sosta CTM ai rivenditori (che, a loro volta, hanno un aggio del 3,5% -cfr. art. 10 contratto Sos/CTM-).

Il bando di gara, al punto III.2.3, richiedeva tra i requisiti di partecipazione:

"il possesso di idonea struttura organizzativa nel comune di Cagliari e zone limitrofe, da attestare tramite dettagliata relazione indicante i mezzi posseduti, compresi gli idonei depositi e le apparecchiature informatiche, il personale a disposizione e ogni altra informazione utile".

Il bando chiariva al punto VI che "in ogni caso CTM in ogni fase del presente appalto si riserva di eseguire le opportune verifiche sulla veridicità delle dichiarazioni presentate".

Nella relazione prodotta in sede di gara (il 3.2.2010) la controinteressata Sos trasporti, in riferimento alle "capacità tecniche", attestava specificamente in merito alla propria "struttura organizzativa" (cfr. pag. 5 della relazione):

- il "possesso di idonea struttura sita in Cagliari Via del Fangario 13" ;
- 4 dipendenti ;
- 5 veicoli da trasporto;
- la dotazione informatica posseduta (PC, Server, monitor, stampanti, ecc.);

-2 cassaforti antirapina e 2 armadi corazzati a combinazione;
-sistema di allarme e di videoregistrazione.

La preesistenza di una “unità di impresa” o di una “operante struttura organizzativa” non era invece richiesta.

Del resto tale elemento -se vi fosse stato- sarebbe stato di dubbia legittimità in relazione ai principi di ispirazione comunitaria, di libera concorrenza fra gli operatori nonchè di par condicio che debbono essere garantiti fra i diversi aspiranti, i quali non necessariamente debbono necessariamente essere anche già “radicati” nel territorio per poter partecipare alla gara (l’esperienza specifica richiesta può essere maturata anche in altre città).

Occorre dunque valutare la portata e il peso che va riconosciuto al requisito “strutturale” di partecipazione così individuato dal bando.

L’allestimento organizzativo dell’attività deve poter essere concreto e di immediato avvio (ma ciò non implica che anche la struttura/attività sia già operante).

Il requisito richiesto era dunque il possesso di una” idonea struttura organizzativa”, ma non anche la titolarità di una “unità operativa locale” già avviata e/o di una sede secondaria dell’impresa.

Come già è stato posto in evidenza in sede cautelare il requisito deve essere considerato come “potenziale” (con indicazione di sede) ma non anche già “operativo”: tale ultimo elemento scatta evidentemente solo dopo l’aggiudicazione e prima del contratto/attivazione del servizio, non essendo certo esigibile in sede di partecipazione alla gara il (previo) concreto allestimento di una struttura/attività per la quale non si ha ancora la certezza di acquisizione del relativo appalto.

Sotto tale profilo la dichiarazione compiuta in sede di relazione risulta già di per sé idonea a configurare positivamente il requisito strutturale per la partecipazione (l’indicazione della sede è stata compiuta ed individuata con precisione: Via del Fangario 13).

Tale elemento è stato poi oggetto di ulteriore verifica da parte di CTM che ha disposto l'acquisizione del titolo giuridico, con l'acquisizione del contratto di comodato per la dimostrazione della sussistenza di un rapporto giuridico per la "disponibilità" della sede (il contratto di comodato, per i locali siti in Via del Fangario 13, è datato 4.1.2010 ed è stato stipulato con la società Multitel srl per il periodo 4.1.2010-30.6.2011, all'uso "sede operativa" della Sos Trasporti; è stato registrato, su richiesta espressa CTM 16.8.10, da Sos il 26.8.2010). Il contratto registrato veniva inviato a CTM con nota del 26.8.2010 con offerta di disponibilità al sopralluogo.

Sussiste dunque piena coincidenza fra il requisito dichiarato nella relazione allegata all'istanza di partecipazione ed il luogo poi concretamente individuato quale sede operativa (Via del Fangario 13 Cagliari), dove è stato avviato il servizio fin dal 1.4.2010.

In tale sede si è svolto il servizio fino alla disposta sospensione da parte del Consiglio di Stato e continua a svolgersi nelle more (in via provvisoria) dopo l'assegnazione del servizio in pendenza del ricorso giurisdizionale.

Non può sostenersi dunque che la società controinteressata fosse priva del requisito previsto in sede di gara "struttura idonea", quale requisito di partecipazione.

L'allestimento concreto della sede operativa è dunque avvenuto, nella sede indicata, in via immediata, con l'aggiudicazione del servizio e la stipula del contratto.

Solo se letto e interpretato in questo modo il requisito di gara assume valenza di legittima prescrizione (utile in quanto consente l'immediatezza nell'assunzione operativa del servizio), con la dimostrata "disponibilità" di una sede/struttura idonea fin dalla domanda di partecipazione. Ciò consente la partecipazione a soggetti anche "esterni" all'ambito locale; interpretata diversamente (e

restrittivamente) la prescrizione avrebbe rischiato di divenire uno strumento di tutela/garanzia di posizioni monopolistiche territoriali (si evidenzia che nel caso di specie solo 2 soggetti hanno partecipato alla gara: il precedente gestore e l'attuale aggiudicataria).

Solo interpretato in questo modo il requisito assume connotati di compatibilità e corrisponde all' esigenza reale dell'Amministrazione di consentire l'immediata attivazione del servizio al termine della gara.

Sotto tale profilo è utile richiamare un importante precedente del Consiglio di Stato, che ha affermato:

“Un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara, di cui è espressione anche il principio di avvalimento ora fissato dalle direttive UE n. 17 e 18 del 2004, porta a ritenere che, in sede di gara, possa essere fornita dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari. Non è, in definitiva, necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura, mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali. Una diversa opzione ermeneutica, la quale pretendesse l'anticipazione al momento della procedura del possesso dei mezzi, si appaleserebbe disfunzionale rispetto al principio comunitario dell'effetto utile nella misura in cui imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione; e tanto, nonostante l'interesse dell'amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive del crisma della necessaria serietà sia soddisfatto dalla piena dimostrazione che detti requisiti saranno certamente disponibili al tempo all'uopo rilevante, ossia al momento dell'effettiva contrazione del vincolo negoziale.” (Consiglio Stato , sez. VI, 23 dicembre 2005 , n. 7376).

Sulla medesima linea si sono espressi anche i Tar:

“In caso di gara pubblica in materia di servizi sociosanitari, viola il principio comunitario della libera prestazione dei servizi, sancito dall'art. 49 (già art. 59), Trattato CE, la prescrizione del bando di gara che richiede, come requisito di partecipazione, che la sede legale si trovi nell'ambito del relativo distretto sociosanitario” (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 4 marzo 2008 , n. 290).

“Il requisito previsto dal bando comunale della procedura selettiva, avente ad oggetto l'assegnazione di autorizzazioni per autonoleggio da rimessa con conducente, requisito che concerne il richiesto possesso nell'ambito del Comune di una "sede o filiale", deve interpretarsi nel senso che la partecipazione al procedimento sia subordinata alla sola funzionale possibilità di utilizzare in loco anche soltanto un deposito per autorimessa; altrimenti, la clausola sarebbe sicuramente illegittima (perché in contrasto con l'art. 41 cost. e con i canoni di diritto comunitario), in quanto arbitrariamente limitativa della concorrenza tra gli operatori del settore non essendo dubbio che la residenza o la sede nell'ambito comunale non hanno alcuna attinenza funzionale con l'esercizio della attività di autonoleggio” (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 23 giugno 2003 , n. 623).

**

La problematica inerente la “data certa” al contratto di comodato, in questo quadro, va risolta a favore del principio di libertà delle forme, in quanto non può pretendersi, come si è detto, che in sede di gara (cioè nelle fasi anteriori all'aggiudicazione), il requisito debba essersi già “consolidato” a tutti gli effetti; per contro in tale fase ancora “incerta” negli esiti va riconosciuta la possibilità di ottenere la “disponibilità” del bene immobile, con facoltà di registrazione successiva.

In ogni caso si segnala che la copia del comodato prodotta da Sos alla CTM reca nella quarta pagina il timbro datario Poste italiane dell'8.1.2010 (cfr. doc. depositato dalla difesa CTM al n. 5 della produzione del 22.9.2010).

Del resto anche nella relazione formulata dalla ricorrente Fantini in sede di gara non si precisa il "titolo" della disponibilità giuridica del "capannone con magazzini/depositi con un'area coperta di circa 600 mq." posseduti, né la loro specifica localizzazione (da ritenersi presuntivamente coincidente con la sede legale-amministrazione-uffici in Sestu). Ciò lo si evidenzia al solo fine di dimostrare la sussistenza e l'applicazione del principio di "libertà delle forme" nella fase di espletamento della gara (anteriore all'aggiudicazione) in merito ai requisiti tecnici (potenziali).

Oltretutto la "relazione sulle dotazioni tecniche" non veniva neppure richiesta sotto forma di atto di notorietà/dichiarazione sostitutiva (a differenza di altre dichiarazioni contemplate nel bando stesso, per altri requisiti, ove veniva indicata espressamente la forma aggravata).

In definitiva va riconosciuta la sufficienza della dichiarazione di individuazione di una sede (immobile situato in Via del Fangario 13) ove sarebbe stato svolto il servizio di custodia dei titoli, con successiva distribuzione ai rivenditori, compiuta dalla Sos Trasporti nella relazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara, con struttura indicata, in sede di partecipazione, situata in Via del Fangario 13 .

**

2 e 3) In realtà non sussistono gli indici di anomalia dell'offerta contestati.

Il bando prevedeva il valore complessivo del servizio presuntivamente da svolgersi nell'importo di € 240.000

Fantini ha dichiarato di aver gestito il servizio nell'anno precedente in forza di una provvigione del 2,5% circa (in ricorso si afferma che "svolgeva da diversi anni tale servizio, che costituiva una sostanziosa fonte di guadagno").

L'offerta presentata dalla controinteressata è stata dell' 1,989% di provvigione sui titoli di viaggio e di sosta.

La “procedura negoziata” è stata svolta secondo il criterio del “prezzo più basso” (cfr. punto IV.1.1 – criterio di aggiudicazione IV.2.1) con i conseguenziali effetti in termine di verifica dell'eventuale anomalia riscontrata. Ma la stazione appaltante non ha individuato alcuna anomalia, ha solo richiesto l'indicazione della percentuale dell'utile.

In ricorso si è sostenuto che sarebbe stata dimostrata l'anomalia dell'offerta tramite apposita perizia (in realtà non depositata né in allegato al ricorso, né in corso di giudizio).

Parte ricorrente sostiene che il corrispettivo per il servizio, a parità di volume rispetto all'anno precedente, potrebbe essere per Sos Trasporti di € 190.000, di cui per spese dovrebbero computarsi circa € 155.000 (per affitto locali, mezzi di trasporto, dipendenti, benzina e strumentazione). Inoltre Fantini sostiene che sarebbe insufficiente il numero di dipendenti indicati dalla controinteressata Sos per l'esecuzione del servizio (4 anziché 6 dipendenti) e lamenta la violazione dell'art. 86 3 bis del codice contratti.

L'offerta non è stata ritenuta antieconomica da CTM.

CTM ha solo chiesto (il 9.3.2010), in sede di “giustificazioni” di “ripartire” la quota utili (dalla quota spese), proprio al fine di individuare quale fosse il “margine di utile” della società.

E tale indicazione è stata fornita con l'individuazione della percentuale del 18% di utile (cfr. nota del 10.3.2010).

Solo tale indicazione era stata richiesta (e non altro) e solo tale precisazione è stata fornita.

Inammissibile per genericità è la censura che il servizio non potrebbe essere svolto con soli 4 dipendenti: neppure tale dato lo si rinviene dalla documentazione di gara

di Fantini, ove l'organico indicato (13 dipendenti con avvalimento di altre 2 Cooperative di trasporto, con 25 dipendenti) si riferisce a tutta l'attività svolta (estesa cioè anche alla consegna dei giornali). La "struttura organizzativa" posseduta veniva cioè indicata, da Fantini, in modo "misto" fra le diverse attività esercitate.

Inoltre nelle giustificazioni di Fantini (relative all'anno precedente 2009-10) il costo del lavoro incideva solo per 27.574 euro (corrispondente ad una impiegata), mentre la voce maggiore era quella "trasporti" (122.476, correlati alla distribuzione alle 80 rivendite, per un giro al giorno per 6 gg. alla settimana).

In sostanza non vi è un dato oggettivo rilevabile in ordine all'adeguatezza/inadeguatezza del personale (4 dipendenti) per lo svolgimento del servizio di distribuzione di titoli di viaggio e tagliandi di sosta. Non emergono elementi che dimostrino che 3 dipendenti siano insufficienti per l'attività di distribuzione dei tagliandi ai punti vendita della città (computato 1 dipendente per lo svolgimento dell'attività amministrativa).

Se Fantini l'anno precedente (cfr. doc. depositato sub n. 1 e 2 del deposito 3.11.10), con una provvigione di 2,613, ha indicato un "margine lordo" (definito in ricorso "sostanziosa fonte di guadagno") di euro 50.967 (sul volume di euro 8.793.901), indicando i costi di euro 178.817 sull'importo globale del servizio di euro 229.784, ben può sussistere il margine di utile per l'aggiudicataria (che ha offerto circa il 20% in meno di provvigione).

Il ribasso incide sul margine assottigliando l'utile, ma conservandone la portata.

In sostanza anziché un utile di circa il 22% (di cui godeva Fantini l'anno precedente), la controinteressata Sos Trasporti avrebbe un utile inferiore (indicato nel 18%).

La norma invocata (art. 86 3-bis) stabilisce che "nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e

di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che <il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro> e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei `servizi o delle forniture.”

E nel caso di specie la stazione appaltante non ha ritenuto di riscontrare profili di carenze/insufficienze sul personale indicato (4 unità), con valutazione di congruità in rapporto al servizio da esplicarsi (gestione e consegna tagliandi).

E la giurisprudenza sul punto (eventuale anomalia dell'offerta) è chiara nel ritenere non necessaria una peculiare motivazione quando la valutazione è positiva, richiedendo invece una motivazione adeguata e approfondita quando il riscontro dell'anomalia porta all'esclusione del partecipante.

Nel caso di specie CTM ha ritenuto che l'offerta non poteva ritenersi incongrua/inaffidabile.

E l'art. 88 comma 7 del Codice contratti prevede che “All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, <risulta, nel suo complesso, inaffidabile>, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala”.

In ordine alla motivazione è generale l'affermazione in giurisprudenza che la ritenuta “congruità delle offerte” non necessita di particolare motivazione, richiesta invece nel caso in cui sia espresso dalla Commissione di gara un giudizio di “non congruità dell'offerta” e quindi di insufficienza e/o inidoneità delle giustificazioni a spiegare l'anomalia. In quel caso, la motivazione si impone perché si perviene all'esclusione dell'offerta anomala in contraddittorio con l'offerente. La motivazione del giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala deve essere rigorosa ed analitica soltanto nel caso del “giudizio negativo”, mentre nel caso di “giudizio positivo” non è necessario che la relativa determinazione sia

fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, con la conseguenza che il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta non richiede puntualità di argomentazioni, essendo sufficiente anche una motivazione “per relationem” alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente sottoposto al relativo obbligo (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 1 ottobre 2010 , n. 7266 ; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 04 novembre 2009 , n. 10828; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. Bolzano, 26 giugno 2009 , n. 230; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 02 marzo 2009 , n. 1429; Consiglio Stato , sez. IV, 11 aprile 2007 , n. 1658).

“Il sindacato giurisdizionale sull' “esito favorevole” della verifica dell'anomalia dell'offerta può anche consistere ove ciò sia necessario ai fini delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, fermo restando che esula dal compito del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite; conseguentemente, l'apprezzamento svolto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta è di natura tecnico-discrezionale, sindacabile per manifesta illogicità, errore di fatto, insufficiente motivazione” (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 03 febbraio 2010 , n. 233).

Inoltre “Nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta presentata in una pubblica gara non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo, cui la legge attribuisca la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto; di conseguenza, nella verifica dell'anomalia l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguarda voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della

stazione appaltante, a causa dei residui dubbi circa l'idoneità dell'offerta, insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico” (Consiglio Stato , sez. V, 28 ottobre 2010 , n. 7631).

Nel caso di specie non sono stati forniti dalla ricorrente concreti elementi che possano essere considerati indici presunti di anomalia dell'offerta presentata da Sos Trasporti.

In definitiva il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente Fantini al pagamento di euro 1.500 (oltre IVA e CPA) in favore del CTM e di euro 1.500 (oltre IVA e CPA) in favore della controinteressata Sos Trasporti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2010

IL SEGRETARIO

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