



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

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 244 del 2011, proposto dalla società Mangherini S.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Cappato, con domicilio eletto presso l'avvocato Angela Gemma in Roma, via Sabotino n. 22;

contro

Comune di Cavarzere, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pier Vettor Grimani e Nicola Marcone, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, piazza dell'Orologio n. 7;

nei confronti di

Pilotto Viaggi S.n.c. di Pilotto Lorenzo & C. e Società Cooperativa Sociale "Levante" Onlus, non costituite;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Veneto, sezione I, n. 5279 del 4 ottobre 2010.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cavarzere;

Viste le memorie difensive redatte, rispettivamente, dall'appellante (in data 9 gennaio 2011 e 17 gennaio 2012) e dall'appellato comune (in data 12 e 18 gennaio 2012);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2012 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Cappato e Marcone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Cavarzere ha aggiudicato la gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico, per il quadriennio 2008 - 2012 e per un importo di euro 1.232.000, alla società cooperativa sociale Levante onlus (cfr. determinazione n. 259 dell'11 novembre 2008).

1.1. Con sentenza resa in forma semplificata dal T.a.r. del Veneto - sez. I, n. 3674 del 2008 passata in giudicato - su ricorso proposto dalla Mangherini s.n.c.:

a) sono stati annullati il provvedimento di nomina dei componenti della commissione incaricata delle valutazioni delle offerte – posto che <<...la conoscenza anticipata dei componenti della commissione presenta rischi intuitivi di alterazione dell'andamento della gara, con evidente compromissione della trasparenza della stessa>> - nonché tutti gli atti di gara successivamente emanati;

b) si è affermato laconicamente che <<La gara, quindi, andrà reiterata.>>;

c) è stata respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario osservandosi che <<...l'obbligo della stazione appaltante di rifare la gara, costituisce ex se una forma di reintegrazione patrimoniale o, più correttamente, di attribuzione del bene della vita ambito dalla ricorrente di ottenere una nuova selezione conforme ai principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione>>.

2. Con delibera giuntale n. 167 del 6 dicembre 2008, resa in dichiarata esecuzione del giudicato, da un lato, è stato prorogato sino al 30 aprile 2009 il rapporto in essere con la ditta Levante, per evitare interruzioni del pubblico servizio di trasporto scolastico, dall'altro, è stata indetta una nuova gara per il periodo 2009 – 2012; con determina del responsabile del servizio n. 414 del 31 dicembre 2008 l'affidamento provvisorio è stato prorogato fino al 30 aprile 2009.

2.1. Con deliberazione giuntale n. 31 del 6 marzo 2009 è stato limitato ad un triennio il periodo di durata del nuovo appalto (anni scolastici 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012).

2.2. Con determinazione n. 117 del 29 aprile 2009 è stata indetta la nuova gara per il triennio scolastico 2009 – 2012, per un importo di euro 1.680.000 e sono stati approvati il bando ed il disciplinare; è seguita la determinazione n. 119, in pari data, recante ulteriore proroga dell'affidamento del servizio di trasporto alla ditta Levante sino al termine dell'anno scolastico in corso (30 giugno 2009).

2.3. Con determinazione n. 243 del 31 agosto 2009 sono stati approvati gli atti di gara con conseguente aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. tra la ditte Pilotto Viaggi S.n.c. di Pilotto Lorenzo & C. e Societa' Cooperativa Sociale "Levante" Onlus.

3. Avverso tutti gli atti elencati nel precedente punto 2, è insorta davanti al T.a.r. Veneto la ditta Mangherini articolando una pluralità di censure contenute in un ricorso principale e tre autonomi atti di motivi aggiunti.

4. L'impugnata sentenza - T.a.r. Veneto, sezione I, n. 5279 del 4 ottobre 2010 – ha respinto tutte le doglianze compensando le spese di lite.

5. Con ricorso notificato in data 4 gennaio 2011 e depositato il successivo 14 gennaio, la ditta Mangherini ha interposto appello affidato a quattro autonomi mezzi.

6. Si è costituito il comune di Cavarzere deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

7. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 31 gennaio 2012.

8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

9. Preliminarmente il collegio precisa che il *thema decidendum* è delimitato dalle censure articolate in prime cure, nella misura in cui sono state criticamente e specificamente riproposte ai sensi dell'art. 101, co. 1, c.p.a., non potendosi tenere conto dei profili nuovi sollevati in appello e nelle memorie difensive, in spregio al divieto dei *nova* (sancito dall'art. 104 c.p.a.), ed al valore meramente illustrativo delle comparse conclusionali (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 29 marzo 2011, n. 1925).

10. Con il primo mezzo (pagine 4 – 10 del gravame), si reiterano le doglianze di violazione del giudicato formatosi sulla menzionata sentenza del T.a.r. Veneto n. 3674 del 2008, di violazione dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990 e dei principi in materia di riedizione del potere amministrativo; si sostiene la nullità, in via diretta e derivata, di tutti gli atti e provvedimenti emanati dal comune successivamente al giudicato nella parte in cui non hanno fedelmente riprodotto tutte le condizioni e clausole (in particolare quelle relative alla durata ed al valore dell'appalto), costitutive della originaria procedura di affidamento.

10.1. Il motivo è infondato.

10.2. In punto di diritto la sezione non intende decampare dai consolidati principi espressi dalla più recente e consolidata giurisprudenza (cfr. Cons. Stato sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078 cui si rinvia a mente dell'art. 88.co. 1, lett. d), c.p.a), circa le interferenze fra riesercizio del potere dopo il giudicato amministrativo di annullamento ed esplicazione dell'autotutela decisoria da parte della medesima amministrazione.

In sintesi si osserva che tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela decisoria in funzione di riesame.

Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, co. 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 – c.d. codice dei contratti pubblici – che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione: la disposizione chiarisce quale sia, per la stazione appaltante, la portata del vincolo derivante dall'intervenuta aggiudicazione. L'amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione dell'aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005. La norma sancita dall' art. 11 cit. non è tuttavia esaustiva dell'autotutela in materia di appalti pubblici che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla l. n. 15 del 2005.

Già prima della l. n. 15 del 2005 e del codice dei contratti pubblici, si è riconosciuto che nei procedimenti di gara, al di là degli atti tipici finalizzati allo scopo di verificare la legittimità dell'iter di formazione del contratto (quali l'approvazione e l'eventuale controllo), dovesse ritenersi vigente il generale principio dell'autotutela decisoria; pertanto, in aggiunta agli strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione, deve ritenersi consentito l'esercizio del generale potere di riesame in un momento successivo alla conclusione del procedimento; dunque l'estrinsecazione del potere di autotutela della p.a. non incontra alcun limite insuperabile nella convenzione intervenuta con il privato: i diritti e i doveri delle parti derivanti dall'accordo non sottraggono l'atto amministrativo presupposto al potere di autotutela.

L'immanenza del potere di autotutela decisoria trova fondamento:

a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico;

b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso.

Le caratteristiche fin qui illustrate del potere di autotutela decisoria in materia di procedure di appalto devono essere coordinate con i vincoli cassatori, rinnovatori e conformativi scaturenti dal giudicato di annullamento degli atti di gara.

In linea generale può affermarsi che anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, il rapporto di incidenza fra autotutela amministrativa e giudicato del g.a. non deve essere risolto aprioristicamente (con l'affermazione assoluta della prevalenza del secondo sul primo), ma affidato in concreto al riscontro dell'esatta portata del medesimo giudicato e del bene della vita riconosciuto; sicché, ove il giudicato non inibisca l'esercizio dei tratti liberi dell'azione amministrativa (secondo la regola generale sancita adesso dall'art. 34, co. 2, primo periodo, c.p.a.), ovvero ne consenta espressamente la riedizione (come nel caso di specie), è inconfigurabile una situazione di inottemperanza (nella triplice enfatica epifania della mancata esecuzione, violazione o elusione).

10.3. Facendo applicazione dei su esposti principi alla vicenda in esame, emerge che l'amministrazione non ha violato il giudicato formatosi sulla sentenza del T.a.r. Veneto n. 3674 del 2008 in quanto il contenuto precettivo del medesimo, rispettoso del principio di separazione dei poteri e della tassatività dei casi di giurisdizione di merito esercitabile dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 134 c.p.a., non si è spinto fino al punto di obbligare incondizionatamente

l'amministrazione ad effettuare la nuova gara ovvero di eterodeterminare la durata ed il valore del nuovo appalto.

Per completezza la sezione evidenzia che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa appellante (pagina 10, rigo 3 del gravame), il nuovo appalto ha un importo maggiore rispetto al precedente annullato.

11. Con il secondo mezzo (pagine 10 – 14 del gravame), si deduce:

a) che l'a.t.i. aggiudicataria doveva essere esclusa per la violazione del punto n. 2, lett. a) del disciplinare, non avendo corredato la domanda di partecipazione alla gara della copia fotostatica di un valido documento di identità del sottoscrittore da includersi inderogabilmente nella busta n. 1;

b) che, in ogni caso, pur volendosi ritenere idonea la fotocopia del documento di identità allegata all'offerta e non alla domanda di partecipazione, la stessa sarebbe invalida perché non unita fisicamente a quest'ultima, come richiesto dalla giurisprudenza (Tar Campania 1341/2010).

11.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

11.2. E' inammissibile la censura sollevata per la prima volta in grado di appello relativa alla mancanza della fisica congiunzione della fotocopia del documento di identità all'istanza di partecipazione (lett. b) del precedente punto).

11.3. E' infondata la censura di cui alla precedente lett. a):

a) risultando *per tabulas* la presenza delle fotocopie dei documenti di identità dei sottoscrittori delle istanze di partecipazione alla gara relative ad entrambe le imprese associate;

b) essendo irrilevante, ai sensi della legge di gara, che tali fotocopie fossero inserite in una o altra busta.

12. Con il terzo mezzo (pagine 14 - 18 del gravame), si deduce che:

a) le imprese vincitrici non hanno allegato l'impegno a conferire mandato alla capogruppo;

b) non può ritenersi utile, a tal fine, quanto affermato dalle imprese nella relazione tecnica, posto che ai sensi dell'art. 37, co. 8, codice dei contratti pubblici, l'impegno a costituirsi in a.t.i. deve essere collocato, a pena di esclusione, nella busta economica.

12.1. Il motivo è infondato.

12.2. Risulta *per tabulas* che:

a) le imprese vincitrici hanno redatto (in data 20 giugno 2009) specifico impegno ai sensi dell'art. 37, codice dei contratti pubblici, inserendolo (unitamente alle fotocopie dei documenti di identità dei sottoscrittori), nella busta contenente l'offerta tecnica (cfr. produzione documentale del comune depositata in primo grado il 17 novembre 2009);

b) tali circostanze di fatto sono state acclarate nel verbale redatto dal seggio di gara (cfr. verbale n. 1 del 6 luglio 2009);

c) né la norma sancita dall'art. 37, co. 8, codice dei contratti pubblici, né la *lex specialis* (cfr. pagina 3, ultimo periodo, del disciplinare), impongono che l'impegno delle imprese a costituirsi in a.t.i., indicando la capogruppo, sia contenuto materialmente nella busta recante l'offerta economica.

13. Con il quarto mezzo (pagine 18 – 21 del gravame), si deduce:

a) la violazione della normativa nazionale (art. 5, co. 4, l. n. 381 del 1991) e regionale (artt. 1, 2 e 5 l.r. n. 23 del 2006), introdotta a protezione delle persone svantaggiate, sotto il profilo che in sede di predisposizione dei bandi per l'affidamento dei servizi di trasporto scolastico, non sarebbe ammessa la possibilità di attribuire punteggi differenziali alle imprese che impiegano tale categoria di personale, ostandovi la disposizione che esclude che le cooperative sociali possano gestire servizi educativi, nel cui novero dovrebbero ricomprendersi anche i servizi

di trasporto scolastico (come si desumerebbe anche dalla decisione di questo Consiglio n. 7636 del 2004);

b) la violazione dell'art. 6, co. 2, l. r. n. 11 del 2009 come modificato dall'art. 80, l.r. n. 11 del 2010, sotto il profilo che la cooperativa Levante non potrebbe essere titolare dell'autorizzazione di autonoleggio senza la quale non potrebbe gestire lo scuolabus.

13.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

13.2. E' inammissibile la censura sollevata per la prima volta in grado di appello relativa alla violazione dell'art. 6, co. 2, l. r. n. 11 del 2009 come modificato dall'art. 80, l.r. n. 11 del 2010 (lett. b) del precedente punto).

13.3. Del tutto inaccoglibile è la tesi sottesa alla doglianza di cui alla precedente lett. a); i servizi educativi (al pari di quelli assistenziali e sanitari), sono esclusi dal particolare regime di favore diviso dal micro ordinamento di settore per gli enti che impiegano personale svantaggiato, attesa la delicatezza delle mansioni cui devono attendere i lavoratori impiegati in tali servizi; tutto ciò non si riscontra avuto riguardo al servizio di trasporto che è autonomo (e meramente accessorio) rispetto a quello educativo in senso proprio e che ben può vedere impiegate persone svantaggiate; del tutto inconferente, infine, è il richiamo alla decisione di questo Consiglio (n. 7636 del 2004) che si è limitata a qualificare il servizio di trasporto scolastico come servizio pubblico locale.

14. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello e la conseguenziale domanda di risarcimento del danno riproposta in questo grado (pagine 21 – 24 del gravame).

11. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- b) condanna la società Mangherini S.n.c. a rifondere in favore del comune di Cavarzere, le spese, le competenze e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 8.000/00 (ottomila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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