



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14783 del 2018, proposto dalla società Schiaffini Travel S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone e Cristiano Chiofalo, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Roma, Via Pinciana n. 25 e domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

la Confservizi Lazio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, via San Domenico, n. 20 e domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

il Comune di Fiumicino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Catia Livio, con digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

Seatour S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibaldi, Matteo Valente, Marco Orlando e Antonietta

Favale, con domicilio eletto presso lo studio AOR –Avvocati in Roma, Via Sistina, n. 48 e domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia8;

per l'annullamento

- a) del provvedimento di ammissione di Seatour S.p.a. alla gara per l'affidamento dell'appalto per l'organizzazione e gestione della rete del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del comune di Fiumicino, contenuto nella det. n. 1 del 25 ottobre 2018;
- b) del Bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 70 del 18 giugno 2018, per l'affidamento dell'appalto per l'organizzazione e gestione della rete del servizio di Trasporto pubblico Locale nel territorio del Comune di Latina , del Disciplinare di gara, del Capitolato e di tutti gli ulteriori allegati, nella parte in cui, in ragione dell'ammissione alla gara di Seatour S.p.A., ha ritenuto erroneamente legittimo consentire la partecipazione alla procedura di imprese che non possiedono quale servizio di punta, un servizio analogo per un numero di veicoli/km non inferiore a 1.332.346;
- d) di ogni altro atto presupposto, connesso ovvero consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Confservizi Lazio, del Comune di Fiumicino e della Seatour S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale, integrato da atto per motivi aggiunti depositato in data 21 dicembre 2018, proposto dalla Seatour S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2019 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Confservizi Lazio, per conto e nell'interesse del Comune di Fiumicino, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di organizzazione e gestione della rete dei servizi di trasporto pubblico locale da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con una durata di 72 mesi ed un valore stimato di euro 22.279.164,24.

Tra i requisiti tecnici richiesti, il bando di gara (sez. III. artt. 1.2. e 1.3.) ed il disciplinare di gara (art. 7.3) hanno stabilito l'onere per i concorrenti di dimostrare di aver eseguito nell'ultimo triennio: a) [Art. 7.3. lett. a n.1)] un servizio analogo nel settore dei servizi di trasporto pubblico di linea per un numero di veicoli/km non inferiore a 1.332.346 (ossia il 70% dei veicoli/km annui per servizi di linea a base di gara);b) [Art. 7.3. lett. a) n. 2] servizi analoghi nel settore dei servizi di trasporto pubblico di linea per un numero di veicoli/km medio annuo non inferiore a 1.713.017 (ossia il 90% dei veicoli/km annui per servizi di linea a base di gara).

Nei termini stabiliti dal bando di gara sono pervenute le offerte di quattro operatori economici: Schiaffini Travel S.p.a.; A.T.I. con mandataria Rossi Bus S.p.A., Seatour S.p.a. e Trotta Bus Service S.p.a..

Con le determine n. 1 del 25 ottobre 2018, n. 2 del 31 ottobre 2018 e n. 3 del 6 novembre 2018, la stazione appaltante ha ammesso tutti i quattro concorrenti alla fase successiva della procedura di gara.

Avverso il provvedimento di ammissione di Seatour S.p.a. e gli altri atti in epigrafe indicati, la Schiaffini Travel S.p.a. ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere.

In particolare, la ricorrente ha censurato l'insussistenza in relazione alla controinteressata del requisito di capacità tecnica inerente al servizio analogo nel settore del trasporto pubblico di linea, avendo la Seatour dichiarato un valore di

veicoli/km pari a 2.582.789, superiore, dunque, a quello prescritto (di 1.332.346), derivante, tuttavia, dalla sommatoria dei servizi eseguiti nelle tre annualità 2015, 2016 e 2017 e non maturato per singola annualità. Le deduzioni successive si appuntano sull'omesso adempimento degli obblighi dichiarativi ex art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. in relazione al revisore della Seatour ed al direttore tecnico, sig. Bernardino Di Cori, dell'impresa ausiliaria Officine Meccaniche Diesel S.r.l..

La controinteressata Seatour S.p.a. si è costituita in giudizio proponendo, altresì, ricorso incidentale, articolando puntuali deduzioni in ordine alla infondatezza delle censure proposte dalla ricorrente principale e contestando l'omessa esclusione di quest'ultima dalla procedura di affidamento in argomento, a motivo dell'omessa indicazione, all'interno del DGUE, delle parti del servizio da affidare in subappalto e delle relative percentuali ai sensi dell'art 9 del disciplinare di gara, nonché della illegittimità del soccorso istruttorio disposto dalla stazione appaltante al fine di consentire alla società Schiaffini la sanatoria di detta omissione. Sia con il ricorso incidentale sia con il successivo atto per motivi aggiunti depositato in data 21 dicembre 2018, inoltre, la Seatour ha censurato la genericità, con conseguente nullità, del contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente principale ai fini della partecipazione alla gara, sottoscritto con l'Atral società consortile e, comunque, l'assenza in capo all'ausiliaria dei requisiti oggetto di avvalimento, in quanto, venendo in rilievo non già un consorzio stabile bensì un consorzio ordinario, deve escludersi la riferibilità dei requisiti maturati in relazione a precedenti commesse al consorzio, con diretta incidenza sull'oggetto dell'avvalimento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Fiumicino e la Confeservizi Lazio, concludendo, con articolate argomentazioni, per il rigetto sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale, come integrato dal successivo atto per motivi aggiunti.

In esito alla camera di consiglio del 16 gennaio 2019 è stata espressa formale rinuncia dai difensori delle parti presenti in udienza alle domande interinali proposte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale.

All'udienza del 13 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene preliminarmente di chiarire che nella fattispecie entrambe i ricorsi, sia quello principale sia quello incidentale, devono costituire oggetto di scrutinio, non ponendosi le problematiche, pure oggetto di esame da parte della giurisprudenza, concernenti i limiti entro i quali può ritenersi ammissibile la proposizione del ricorso incidentale escludente nell'ambito del rito c.d. superaccelerato di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a., segnatamente riferite all'applicabilità o meno delle previsioni dell'art. 42 c.p.a. quanto al *dies a quo* rilevante ai fini della decorrenza del termine decadenziale di trenta giorni.

1.1. Giova sin da subito evidenziare, infatti, che sebbene formalmente qualificato in termini di ricorso incidentale, il gravame proposto dalla Seatour, controinteressata nel giudizio proposto dalla società Schiaffini, costituisce un ricorso formalmente autonomo, anche se proposto in risposta al ricorso "principale" (presentato per primo) ed a questo connesso (cfr. Cons. St. n. 5036/2018).

1.2. Nel caso che ne occupa, in particolare, consta che la proposizione del ricorso da parte della Seatour è avvenuta tempestivamente, assumendo rilievo, al riguardo, tutte le circostanze dettagliatamente illustrate dalla difesa di detta società (cfr. ricorso incidentale, pagg. da 4 a 7), inclusa l'avvenuta pubblicazione sul sito della Confservizi Lazio della determina di ammissione della società Schiaffini senza alcuna indicazione della relativa data; tali circostanza non sono state contestate dalle controparti. A ciò aggiungasi, esclusivamente per completezza di analisi, che anche in relazione al verbale da ultimo sottoscritto dalla commissione di gara in data 17 dicembre 2018, dal quale emerge una rideterminazione della platea dei

concorrenti ammessi alla procedura, stante la disposta esclusione di una delle quattro imprese partecipanti (Rossi Bus S.p.a.), non consta la data di pubblicazione sul profilo del committente ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016.

2. Ciò chiarito, il Collegio può procedere all'esame del merito dei gravami proposti.

3. Il ricorso proposto dalla società Schiaffini Travel S.p.a. non merita accoglimento.

3.1. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della suddetta società, le previsioni della *lex specialis* riferite al requisito di capacità tecnica inerente al servizio analogo nel settore del trasporto pubblico di linea non si prestano ad essere interpretate nel senso della parametrizzazione del dato quantitativo espresso (numero di veicoli/km non inferiore a 1.332.346) ad un arco temporale annuale e non triennale. Dirimente, sul punto, si palesa la formulazione delle previsioni della *lex specialis* che vengono in rilievo, che inequivocabilmente richiedono come requisito di esperienza specifica l'esecuzione nell'ultimo triennio di un servizio analogo a quello messo a gara per un numero complessivo di veicoli/km non inferiore a 1.332.346 (esattamente, il disciplinare stabilisce quanto segue: «*Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio - un servizio analogo nel settore dei servizi di trasporto pubblico di linea per un numero di veicoli/ km non inferiore a 1.332.346*»). 3.2. Posto, dunque, che nessuna specificazione relativa a ciascun anno facente parte del triennio compare nella previsione in esame, deve escludersi che la stazione appaltante abbia inteso richiedere che il requisito in argomento fosse soddisfatto per ciascuno degli anni compresi nel triennio.

3.3. E' quindi in piena aderenza alla formulazione letterale sopra riportata che la stazione appaltante, nel fornire prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione il chiarimento sul punto richiesto da una delle interessate, ha evidenziato che: «*Il requisito di capacità tecnica e professionale di cui al punto 1 è da intendersi quale servizio "di punta" ed in quanto tale teso ad accertare*

l'esecuzione nell'ultimo triennio di un servizio analogo (CPV 60112000-6 Servizi di trasporto pubblico terrestre) per un numero complessivo di veicoli/km non inferiore a 1.332.346».

3.4. Tale previsione, peraltro, deve ritenersi congrua e ragionevole, in quanto conforme ai canoni di massima partecipazione e proporzionalità cui deve essere conformata la procedura, sia pure tenendo conto delle specificità del servizio che ne costituisce oggetto. Il requisito, inoltre, è coerente, sul piano logico, anche riguardato in termini di complementarietà in rapporto all'altro requisito previsto, relativo allo svolgimento di *“servizi analoghi nel settore dei servizi di trasporto pubblico di linea (CPV 60112000-6 Servizi di trasporto pubblico terrestre) per un numero di veicoli/km medio annuo non inferiore a 1.713.017”*, essendo il primo di tali requisiti funzionale ad una valutazione dell'esperienza maturata dal concorrente nello svolgimento di un unico servizio (c.d. contratto di punta) svolto nel triennio antecedente, per un numero di veicoli/km non inferiore a 1.332.346, mentre il secondo riferito all'esperienza maturata nello svolgimento di più servizi analoghi, purché di dimensione pari ad un numero di veicoli/km medio annuo non inferiore a 1.713.017.

3.5. Del tutto legittimamente, pertanto, la società Seatour è stata ammessa alla procedura in ragione della riscontrata sussistenza del sopra indicato requisito.

4. Neanche le successive deduzioni sono meritevoli di favorevole apprezzamento.

4.1. A tal fine, il Collegio reputa sufficiente evidenziare che emerge per *tabulas* dalla documentazione versata in atti che la controinteressata ha correttamente adempiuto agli obblighi dichiarativi ex art. 80, comma 3 del d.lgs. 50/2016, anche relativamente a tutti i componenti del Collegio Sindacale in carica ovvero cessati dalla carica nell'ultimo anno, neppure constando in atti la presenza di un revisore. Al riguardo, inoltre, come chiarito dal Giudice d'Appello, il Collegio evidenzia che gli obblighi dichiarativi riferiti alla figura del revisore legale devono ritenersi sussistenti esclusivamente ove emerga l'esercizio del “potere di rappresentanza, di

decisione o di controllo” dell’impresa, in aderenza ad una interpretazione sostanzialista della figura in conformità all’orientamento generale del diritto dell’Unione (Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6016).

4.2. Con riferimento, poi, alle contestazioni riferite all’omessa dichiarazione del Sig. Bernardino Di Cori della OMD S.r.l (ausiliaria della controinteressata), consta dalla documentazione prodotta dalla Seatour che il Di Cori si è dimesso dalla carica oltre un anno prima della pubblicazione del bando di indizione della procedura de qua e, comunque, contrariamente a quanto erroneamente affermato dalla ricorrente, non viene in rilievo la figura di un direttore tecnico bensì di un mero preposto alla gestione tecnica, in quanto tale non equiparabile, per univoca e consolidata giurisprudenza (il che esime da citazioni specifiche) al direttore tecnico.

5. Il ricorso proposto dalla società Schiaffini Travel S.p.a. va, dunque, rigettato in quanto infondato.

6. Si palesa fondato, invece, il ricorso proposto dalla Seatour nella parte in cui contesta l’ammissione alla procedura della società Schiaffini.

7. Dirimente, al tal fine, si ritiene l’esame delle deduzioni dirette a censurare la nullità del contratto di avvalimento per assoluta indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto.

7.1. Anche ove si ritenesse, infatti, di superare le contestazioni riferite alla omessa indicazione della percentuale del servizio da affidare in subappalto ai sensi dell’art 9 del disciplinare di gara, in uno alla legittimità del soccorso istruttorio cui ha dato corso la stazione appaltante al fine di consentire la sanatoria di tale omissione nonostante le espresse conseguenze previste dalla *lex specialis* (divieto del subappalto), insuperati e insuperabili restano i vizi che inficiano il contratto di avvalimento prodotto dalla Schiaffini.

7.2. Giova sottolineare, in *primis*, che, come chiarito dall’Adunanza Plenaria (sentenza n. 23 del 2016), gli impegni assunti dall’impresa ausiliaria, al fine di

corroborare sul piano sostanziale il prestito del requisito – ed evitare che lo stesso si riduca ad una dichiarazione di impegno meramente formale ed inidonea a garantire la stazione appaltante in ordine alla solidità economico-finanziaria del concorrente ausiliato – devono essere (se non determinati, quantomeno) determinabili, ovvero ricostruibili attraverso una lettura complessiva del contratto di avvalimento.

7.3. Nella fattispecie viene in rilievo un contratto di avvalimento sottoscritto dalla società Schiaffini con la Atral, società consortile a responsabilità limitata, il cui relativo oggetto viene individuato attraverso il rinvio alle previsioni della *lex specialis* riferite ai requisiti richiesti.

7.4. In particolare, il prestito non è circoscritto solo al fatturato specifico, interessando anche i requisiti di capacità tecnico-organizzativa afferente alla pregressa esperienza maturata nello svolgimento di uno o più servizi analoghi.

7.5. Se, come sottolineato dall'univoca giurisprudenza (il che esime da citazioni specifiche), nel c.d. avvalimento di garanzia non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, essendo, per contro, sufficiente, che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga, con certezza ed in modo circostanziato, l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, ben diversa è l'ipotesi in cui, come nella fattispecie, l'avvalimento inerisca ai requisiti di capacità tecnico- professionale. In tal caso, infatti, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr., *ex multis*, Cons. St. n. 1612 del 2018).

7.6. Solo in tal modo, infatti, può essere scongiurato il rischio, particolarmente rilevante, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza.

7.7. La valutazione dei requisiti di validità del contratto, dunque, deve essere svolta con il dovuto rigore, anche considerando che nella fattispecie il contratto di avvalimento è connotato dalla gratuità, non essendo previsto alcun corrispettivo per il prestito dei requisiti.

7.8. Orbene, dall'esame sia del contratto di avvalimento sia della dichiarazione di avvalimento resa dall'impresa ausiliaria non consta alcuna indicazione specifica nei termini sopra chiariti, emergendo una sostanziale riproduzione dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* che vengono in considerazione con la menzione del servizio svolto per il Comune di Latina in forza di un unico contratto prorogato sino al giugno 2018.

7.9. A prescindere, dunque, dalla circostanza che per stessa ammissione della controinteressata Schiaffini (pag. 4 della memoria depositata in data 11 gennaio 2019) l'esecuzione del servizio sopra indicato non è neppure avvenuta con mezzi di trasporto propri bensì con *“bus di proprietà del Comune di Latina e affidati in comodato d'uso ad Atral”*, come pure dall'ammissione dell'assenza di una piena autonomia della Atral nella gestione di quel servizio (nella memoria sopra indicata, è la difesa della controinteressata ad attestare che l'Atral si è avvalsa *“in parte della propria struttura organizzativa, ad esempio attraverso dipendenti assunti con contratti a tempo indeterminato da Atral (doc. 10), ed in parte servendosi di servizi messi a disposizione della consorziata Schiaffini, ad esempio servizi di manutenzione e pulizia”*), non può revocarsi in dubbio, nella fattispecie, l'assoluta carenza dell'oggetto del contratto, riguardato anche nella prospettiva della determinabilità e non della determinatezza.

7.10. Quanto sopra esposto riveste carattere dirimente ai fini dell'accoglimento del ricorso proposto dalla Seatour; nondimeno, il Collegio ritiene opportune ulteriori precisazioni, alla luce delle deduzioni ed argomentazioni articolate dalle parti e degli elementi emergenti in atti.

7.11. Il consorzio Atral non si presta ad una qualificazione in termini di consorzio stabile ex art. 45, comma 2, lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., risultando, a tal fine dirimente la constatazione che detto consorzio è costituito da soli due operatori, essendo partecipato per il 90% dalla stessa Schiaffini e per il restante 10% da altra società. Il Collegio rileva che i requisiti che figurano nella disposizione da ultimo indicata assumono carattere di indefettibilità ai fini della qualificazione di un consorzio in termini di consorzio stabile e che è proprio in funzione di tale stabilità che è stata prescritta anche la necessaria partecipazione di almeno tre imprenditori, nella prospettiva della costituzione di una comune struttura di impresa, in tal modo scongiurando anche rischi di una funzionalizzazione della costituzione del consorzio ad altri scopi, tra cui quelli correlati alla strategica allocazione di utili e costi. L'assenza di tale requisito strutturale, dunque, assume valenza assorbente ai fini in esame, pur riscontrandosi (alle luce delle circostanze sopra riportate concernenti il servizio espletato per il Comune di Latina) le ulteriori carenze quanto alla mancanza di una piena autonomia.

7.12. Da ciò derivano conseguenze importanti che direttamente incidono sulla stessa possibilità del consorzio Atral di assumere la posizione di ausiliaria attraverso la sottoscrizione del contratto di avvalimento, stante l'indisponibilità in capo a detto consorzio dei requisiti interessati dal prestito. E, infatti, dalla qualificazione in termini di consorzio ordinario deriva che, al pari dei raggruppamenti temporanei di imprese, i requisiti vengono maturati *pro quota* dalle società consorziate e non imputati in via autonoma al consorzio. In tale

prospettiva, dunque, l'oggetto del contratto di avvalimento non è solo indeterminabile ma inesistente.

7.13 Neppure è prospettabile l'inquadramento del rapporto tra ausiliaria ed ausiliata in un ambito infragruppo, non essendo ai fini della relativa configurazione sufficiente la mera detenzione della partecipazione di maggioranza in assenza della documentata dimostrazione della soggezione alle direttive centrali della controllante. A ciò aggiungasi che, in ogni caso, anche nella previgente disciplina recata dal d. lgs. n. 163 del 2006, l'avvalimento infragruppo – di cui, comunque, non ricorrono i presupposti nel caso di specie – giustificava la semplificazione del regime documentale e probatorio, ma non la genericità dell'oggetto dell'avvalimento stesso. Tali semplificazioni, inoltre, non sono state confermate dal nuovo codice dei contratti pubblici, restando ferma la necessità della puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria e dei mezzi concretamente prestati.

8. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso principale va rigettato mentre il ricorso proposto dalla società Seatour, come integrato dall'atto di motivi aggiunti, va accolto, nei termini sopra indicati, e per l'effetto gli atti impugnati vanno annullati nella parte in cui dispongono l'ammissione alla procedura di evidenza pubblica della società Schiaffini Travel S.p.a..

9. Le spese di lite, compensate nei rapporti tra la ricorrente principale e gli enti intimati, in considerazione delle peculiarità della fattispecie, seguono nei rapporti con la Società Seatour la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda bis), definitivamente pronunciando sul giudizio in epigrafe indicato:

- rigetta il ricorso principale;

- accoglie il ricorso incidentale, come integrato dall'atto di motivi aggiunti, ai termini e nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la società Schiaffini Travel S.p.a., il Comune di Fiumicino e la Confeservizi Lazio al pagamento delle spese di lite in favore della società Seatour S.p.a., liquidate nella misura di 3.000,00 euro a carico di ciascuna di tali parti, oltre accessori di legge ed oltre al rimborso del contributo unificato, quest'ultimo solidalmente a carico della Schiaffini Travel S.p.a., del Comune di Fiumicino e della Confeservizi Lazio. Spese compensate nei rapporti tra la ricorrente principale e gli enti intimati.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE
Brunella Bruno

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO