

N. 10207/2023REG.PROV.COLL.

N. 02427/2023 REG.RIC.



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 2427 del 2023, proposto da Fara s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG: 8950428ED4, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto e Francesco Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Oristano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianna Caccavale e Raffaele Miscali, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Oristanese Bus 90, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Mascia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 91/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Oristano e della Cooperativa Oristanese Bus 90;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Ballero Francesco, Caccavale, Miscali e Mascia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Oristano indiceva una procedura aperta per l'affidamento decennale del '*Servizio di Trasporto Scolastico Scuole dell'infanzia, Primarie e secondarie di 1° grado*', con importo a base d'asta di euro 7.182.000.000, a cui partecipavano la società Fara s.r.l. e la Cooperativa Oristanese Bus 90.

La Cooperativa Oristanese Bus 90, inizialmente esclusa dalla gara, veniva successivamente riammessa in virtù della sentenza del T.A.R. per la Sardegna n. 646 del 2022. Con successiva determinazione dirigenziale 24 novembre 2022, n. 1313, il Comune di Oristano aggiudicava il servizio alla stessa Cooperativa.

2. Dopo aver ottenuto accesso agli atti in data 13 novembre 2022, la seconda classificata Fara s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per la Sardegna chiedendo l'annullamento dell'esito della gara, e contestando il punteggio premiale assegnato alla Cooperativa Oristanese Bus 90 (in seguito anche solo Co.Bus 90) per avere

offerto dei mezzi di trasporto alimentati esclusivamente a metano, sul presupposto che alcuni dei relativi autobus erano in realtà 'ibridi', ossia alimentabili alternativamente a metano e a benzina. La ricorrente censurava anche il contratto di avvalimento che la società controinteressata aveva stipulato per integrare i requisiti tecnico – professionali richiesti ai fini dell'ammissione alla gara, con cui l'ausiliaria Giara Bus s.r.l., si era impegnata a fornire le proprie dotazioni aziendali e il proprio apparato organizzativo per tutta la durata dell'appalto. Il corrispettivo pattuito era così esiguo – circa 51 euro al mese – da privare la stessa ausiliaria di un concreto interesse al contratto, per cui risultava inattendibile la relativa garanzia prestata ai fini del corretto espletamento del servizio in appalto. Inoltre, il mezzo offerto dalla aggiudicataria per l'espletamento del servizio nei primi sei mesi sulla linea n. 10 non garantiva i quarantasette posti minimi richiesti dalla legge di gara.

3. Il T.A.R., con sentenza n. 91 del 2023, respingeva il ricorso, assumendo, *inter alia*, che, a seguito di approfondimento istruttorio, tutti i mezzi di trasporto offerti dalla Cooperativa Oristanese Bus 90 erano effettivamente Monofuel, cioè alimentati esclusivamente a metano. Il Collegio precisava che sette degli otto autobus oggetto del contratto di avvalimento erano stati concessi in locazione finanziaria alla Cooperativa Oristanese bus 90 dalla stessa Giara Bus s.r.l., per il corrispettivo di euro 24.000,00, sicchè era comprensibile l'interesse sostanziale dell'ausiliaria al complessivo assetto negoziale venutosi a creare.

4. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, la Fara s.r.l. ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, e denunciando:

“1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 punto 3 del Disciplinare di Gara e violazione del principio della par condicio; 2. Violazione e falsa applicazione del punto 7.4. del Capitolato (fase transitoria) – ultrapetizione. In combinato disposto con punto 7.2 del Capitolato e con l'art. 15

del Disciplinare; 3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del Codice degli appalti – avvalimento operativo; 4. Grave illecito e violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c) bis del codice degli appalti”.

5. Si è costituito in resistenza il Comune di Oristano, chiedendo il rigetto dell'appello. Con memoria depositata in vista dell'udienza di discussione del ricorso, il Comune ha riferito che, in ragione dell'inizio del nuovo anno scolastico, ha disposto la decadenza dell'aggiudicazione in favore della società Co.Bus 90, ed ha aggiudicato la gara all'appellante Fara s.r.l., seconda classificata, provvedendo in via anticipata alla consegna del servizio. Avverso tali atti, la Co.Bus 90 ha proposto impugnazione. L'Ente municipale ha concluso chiedendo contestualmente una pronuncia di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse e una valutazione nel merito dei motivi dell'appello, ciò anche tenuto conto del fatto che la sentenza resa dal T.A.R. all'esito del giudizio n. 671 del 2023, istaurato dalla Co.Bus 90 avverso la nuova aggiudicazione, potrebbe essere impugnata.

6. Si è difesa la Cooperativa Oristanese Bus 90, concludendo per il rigetto del gravame.

7. Le parti, con successive memorie, hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese.

8. Con ordinanza cautelare n. 1256 del 15.4.2023, questa Sezione ha accolto la richiesta di sospensione della sentenza impugnata, rilevando *“nei limiti della cognizione propria della presente fase cautelare, che, quanto al fumus boni iuris, le questioni dedotte dall'appellante appaiono idonee ad adeguatamente supportare l'istanza cautelare, avuto riguardo anche al fatto che dal parere legale del RUP risulta che l'aggiudicataria, in fase esecutiva, non ha dimostrato di possedere i requisiti necessari all'esecuzione della prestazione richiesta, e tale circostanza è stata confermata dal Comune di Oristano con memoria di costituzione”.*

9. All'udienza del 28 settembre 2023, il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo motivo la società Fara s.r.l. denuncia l'erroneità della sentenza impugnata per erronea applicazione dell'art. 15 punto 3 del disciplinare di gara, relativo all'attribuzione fino a 16 punti nell'offerta tecnica, che prevede 2 punti premiali per ciascun veicolo messo a disposizione nella fase a regime (8 veicoli ex capitolato 7.2) solo nel caso in cui questo avesse una alimentazione diversa da quella a benzina. L'appellante precisa che Co.Bus 90 ha presentato in gara sei veicoli su otto con una alimentazione ibrida, ossia composta da una alimentazione principale a metano e da una alimentazione secondaria a benzina, avendo un serbatoio di benzina con una capacità di 14-15 litri e quindi con una autonomia di 100 km, mentre gli ultimi due veicoli sono esclusivamente a metano, senza alcun elemento ibrido.

La ricorrente si duole del fatto che il Collegio di primo grado avrebbe valorizzato i casi di emergenza per brevi tragitti, riprendendo acriticamente le dichiarazioni rese da coloro che avevano fatto i preventivi per i veicoli della Co.Bus 90, mentre 100 km di autonomia non possono essere certamente considerati un breve tragitto. Non si sarebbe, invece, tenuto conto della perizia tecnica presentata dalla Fara s.r.l. nel corso del giudizio, avente maggiore valore indiziario, a firma del prof. Ing. Cherubini, il quale ha ribadito che detti veicoli, con la benzina e con la possibile percorrenza di 100 km, sarebbero stati in grado di coprire qualsiasi linea appaltata. Pertanto, secondo l'esponente, il punteggio dell'offerta tecnica premiale avrebbe potuto essere riconosciuto a Co.Bus.90 solo per due veicoli (su 8) per un totale di 4 punti, in quanto alimentati totalmente a metano e, non invece, anche per gli altri 6

veicoli, per un totale di 12 punti, errore decisivo per l'aggiudicazione in favore della Co.Bus 90.

11. Con il secondo mezzo, la società denuncia la violazione del punto 7.4 del capitolato (fase transitoria), in combinato disposto con il punto 7.2. del capitolato e con l'art. 15 del disciplinare. Il motivo di appello riguarda una clausola di esclusione della Co.Bus 90, mai contestata dalla Stazione appaltante, riguardante il fatto che la predetta società, al momento della presentazione dell'offerta, ossia entro il termine perentorio del giorno 3 dicembre 2021 (art. 6 del disciplinare), non ha fornito la prova della disponibilità del requisito di esecuzione relativa al veicolo da 47 posti, immatricolato dopo il 1.1.2013, per la linea 10, da utilizzare per la fase transitoria, così come era stato previsto per i primi sei mesi ai punti 7.2. e 7.4. del capitolato. Il T.A.R., a tale riguardo, sostenendo che la *lex specialis* imponeva ai concorrenti di indicare nell'offerta tecnica soltanto i veicoli da utilizzare nella 'fase a regime', e non anche quelli da utilizzare nella 'fase transitoria', non ha tenuto conto di quanto dispone il punto 7.4 del capitolato che richiama il punto 7.2.

L'appellante precisa che, a causa di tale omissione alla data del 27.12.2022, oltre che della mancanza di altri veicoli e delle relative assicurazioni, l'Amministrazione ha avviato la revoca dell'aggiudicazione con le note del 30.12.2022 e del 2.1.2023, per difetto della dimostrazione dei requisiti di esecuzione prima dell'inizio del servizio. L'esponente lamenta, altresì, un vizio di ultrapetizione della sentenza appellante, laddove si sostiene *'salvo fornire, poi, tempestivamente tale indicazione non appena invitata a farlo dalla stazione appaltante'*, riferita alla comunicazione della Co.Bus 90 del 27.12.2022 in ordine al veicolo da 47 posti, attraverso una carta di circolazione intestata ad una società terza (SINA di Gianfranco Stevelli), ciò in quanto con il

ricorso introduttivo si era dedotto solo il motivo riferito alla constatazione della mancata esclusione della Co.Bus 90 nell'aggiudicazione del 24.11.2022.

12. Con la terza doglianza, l'appellante ripropone la censura, introdotta nel ricorso introduttivo, circa l'omessa esclusione della Co.bus 90 per la nullità del contratto di avvalimento, in quanto la stessa, senza possedere alcuno dei requisiti necessari, per quanto riguarda i veicoli per la fase transitoria e la capacità finanziaria, si è fatta mettere a disposizione dalla Giara bus le dotazioni aziendali e l'apparato organizzativo e lo staff tecnico, consistente in n. 8 scuolabus, e la necessaria formazione tecnica, il tutto per un corrispettivo di circa euro 59 lordi mensili. Secondo l'esponente, il T.A.R. avrebbe erroneamente respinto la denuncia, facendo riferimento al fatto che sette degli otto mezzi fossero oggetto del contratto di avvalimento attraverso il contratto di locazione del 15.12.2022, concludendo che *“il che permette di comprendere l'interesse sostanziale dell'ausiliaria al complessivo assetto negoziale in tal modo venutosi a creare”*, essendo previsto un corrispettivo di euro 24.000,00. Ciò in quanto il punto 7.2. del capitolato richiedeva 8 + 1 scuolabus e, in tal numero, la Co.Bus 90 non li avrebbe trovati; inoltre, diversamente da quanto affermato dal Giudice di prima istanza, nessuna integrazione poteva essere ottenuta nel contratto di avvalimento da parte del contratto di locazione successivo rispetto ai termini della domanda di partecipazione. Rispetto alla data per la presentazione della domanda di partecipazione, deve ritenersi successivo il contratto di locazione del 15.12.2022, che non comprenderebbe neppure tutti i veicoli, e neppure il veicolo da 47 posti, immatricolato dopo il 1.1.2013, per la linea 10. Il contratto di avvalimento, da qualificarsi in termini operativi e non di garanzia, sarebbe nullo non essendo specificati i requisiti e le risorse messe a disposizione.

13. Con il quarto motivo di appello si denuncia la violazione dell'art. 80, comma 5 lett c) e c bis del d.lgs. n. 50 del 2016, con riferimento alla omessa esclusione della società Co.Bus 90 nonostante la contestazione di un grave illecito professionale che il T.A.R. ha confermato in punto di fatto, ma che ha ritenuto non rilevante stante inammissibilità della critica *‘perché già esaminata e respinta dalla sopra citata sentenza di Sezione n. 646/2022, ormai passata in giudicato, cui si fa, comunque, rinvio in merito alle argomentazioni che evidenziano l'infondatezza nel merito della censura’*. L'appellante evidenzia l'erroneità della motivazione, in quanto la situazione dedotta nel giudizio relativo alla pronuncia n. 636 del 2022 nei confronti della Co.Bus 90 era riferita ad un fatto del tutto diverso, ossia riferito a gravi infrazioni in materia di lavoro per i profili soggettivi e contrattuali di alcuni dipendenti, ossia di un autista privo di titolo abilitativo e di un accompagnatore non in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali.

14. Le critiche, sopra sintetizzate, vanno accolte, per i principi di seguito enunciati.

15. Va evidenziato, preliminarmente, che, come chiarito dalla Fara s.r.l. con memoria, permane l'interesse della stessa alla decisione, non avendo trovato *“piena soddisfazione dalla decadenza della aggiudicazione impugnata per motivi diversi da quelli appellati con una decisione di merito”*.

Anche il Comune di Oristano ha manifestato il proprio interesse alla decisione, chiedendo una valutazione nel merito dei motivi dell'appello, ciò anche tenuto conto del fatto che la sentenza resa dal T.A.R. all'esito del giudizio n. 671 del 2023, istaurato dalla Co.Bus 90 avverso la nuova aggiudicazione a favore della Fara s.r.l., potrebbe essere impugnata.

16. Ciò premesso, il primo mezzo è fondato.

Questa Sezione rileva che dalla piana lettura delle schede tecniche degli autobus riportate nell'offerta tecnica della Co.Bus 90 si evince la presenza di un serbatoio a benzina di 14 litri.

L'appellante ha denunciato espressamente la circostanza al Collegio di primo grado, il quale ha invece ritenuto che i mezzi di trasporto offerti dalla Co.Bus 90 sono *“effettivamente Monofuel”* alimentati esclusivamente a metano, *“posto che il serbatoio a benzina di cui dispongono è utilizzabile solo in caso di emergenza”*.

L'assunto non può essere condiviso.

Il sistema di alimentazione Monofuel prevede che il veicolo utilizza normalmente la benzina durante la fase di avviamento e negli istanti successivi, sino a quando il liquido refrigerante non raggiunge la temperatura ideale per passare al funzionamento GPL. In tutte le altre condizioni il veicolo 'può' funzionare, utilizzando esclusivamente il GPL. Tuttavia non si può ritenere, come sostenuto dal Giudice di prima istanza, che tutti i mezzi offerti dalla Co.Bus 90 sono esclusivamente alimentati a metano. Ciò in quanto un serbatoio di benzina di 14 litri può consentire all'automezzo di percorrere circa 100 Km, e quindi, come sostenuto dalla società appellante, in ipotesi, percorrere l'intero percorso giornaliero delle tratte di trasporto meno lunghe.

Né si può ritenere che non sia consentito a questo Giudice di sindacare la valutazione operata dalla Stazione appaltante e, quindi, l'attribuzione dei punteggi, atteso che nella specie va ravvisato un manifesto travisamento di fatto (Cons. Stato, sez. VI, n. 6752 del 2020), che ha portato ad un errore macroscopico. Pertanto, il punteggio dell'offerta tecnica premiale avrebbe dovuto essere riconosciuto alla Co.Bus 90 solo per due veicoli (su 8) per un totale di 4 punti, in quanto alimentati totalmente a metano, ma non per gli altri 6 veicoli, non ravvisandosi una

alimentazione diversa da quella a benzina, ai sensi dell'art. 15, punto 3 del disciplinare di gara.

17. Passando all'esame delle altre critiche, rilievo assorbente assume lo scrutinio del secondo mezzo, inerente l'assunta violazione e falsa applicazione del punto 7.4, in combinato disposto con il punto 7.2 del capitolato e l'art. 15 del disciplinare.

La doglianza riguarda la denunciata causa di esclusione della Co.Bus 90 per non avere, entro il termine di presentazione dell'offerta, fornito la prova della disponibilità del requisito relativo alla disponibilità del veicolo da 47 posti, immatricolato dopo il 1.1.2013, per la linea 10, da utilizzare nella fase transitoria (primi sei mesi), così come previsto dai punti 7.2 e 7.4 della *lex specialis*.

Il punto 7.4 (recante la rubrica "*Fase di avvio del servizio – scuolabus*") ha previsto espressamente che: *"E' previsto un periodo transitorio iniziale di massimo sei (sei) mesi dalla data di avvio del servizio, come risultante dalla forma del contratto o dall'avvio del servizio sotto riserva di legge, in cui l'Appaltatore dovrà dotarsi degli automezzi, così come dichiarati nel progetto/offerta tecnica in sede di gara, e dovrà adeguarsi al complesso delle attività previste nel presente capitolato e nel progetto – offerta medesimo. La fase di avvio del servizio dovrà essere comunque conclusa allo scadere dei sei mesi successivi alla data della stipula del contratto o dell'avvio del servizio sotto riserva di legge. L'Appaltatore deve garantire, fin dalla data di avvio dell'appalto, il servizio di trasporto scolastico con propri automezzi (in aggiunta ai 2 (due) autobus messi a disposizione dal Comune) così come dettagliato nel presente Capitolato, e in particolare ai punti 7.1 e 7.2 del medesimo"*.

Il punto 7.2 stabilisce che *"Detti mezzi devono corrispondere a quelli indicati negli atti di partecipazione alla gara, fatte salve future nuove acquisizioni e le successive variazioni dovute a necessarie sostituzioni o a rinnovo e miglioramento del parco macchine"*.

Dalla piana lettura delle suddette disposizioni, emerge che il servizio avrebbe dovuto essere svolto sia con autoveicoli messi a disposizione del Comune, sia con automezzi *“preventivamente individuati dalla ditta appaltatrice in sede di offerta”* (art. 7 del capitolato), e che, nel periodo transitorio, l’aggiudicatario avrebbe dovuto garantire il servizio di trasporto scolastico con i propri automezzi in aggiunta ai due messi a disposizione dal Comune, che *‘devono corrispondere a quelli indicati negli atti di partecipazione alla gara’*, sicchè non è corretto ritenere, come deduce la società Co.Bus 90, che nessuna previsione del bando di gara prevedeva che i concorrenti dovessero specificare al momento della presentazione dell’offerta i mezzi da utilizzare nella fase transitoria. Il Tribunale adito, in relazione a tale specifico profilo, ha respinto la censura, sostenendo che *“la lex specialis imponeva ai concorrenti di indicare nell’offerta tecnica soltanto i veicoli da utilizzare nella ‘fase a regime’ e non anche quelli da utilizzare nella fase transitoria, per cui la Cooperativa Oristanese Bus 90, legittimamente, non ha indicato nella propria offerta un autobus dotato di almeno quarantasette posti, salvo fornire, poi, tempestivamente tale indicazione non appena invitata a farlo dalla stazione appaltante, inviando la comunicazione del 27 dicembre 2022 (doc. 10 di parte contro interessata), con cui attestava che tra i mezzi da utilizzare ‘a regime’ vi era anche un autobus (ottenuto in locazione dalla ditta Stevelli) dotato di cinquanta posti”*.

Questa Sezione non condivide tale assunto, essendo evidente il tenore delle disposizioni sopra invocate. Tanto che lo stesso Comune di Oristano, con memoria, ha osservato che le motivazioni del T.A.R. non sono convincenti, né colgono nel segno con riferimento alla questione della fase esecutiva dell’appalto di servizio.

Secondo l’Ente municipale, l’art. 7.4 della *lex specialis* impone alle ditte partecipanti di utilizzare già nella prima fase esecutiva, ovvero già nei primi sei mesi della c.d. ‘fase transitoria’, anche le maestranze utilizzabili fin dal primo giorno dell’avvio del servizio.

Orbene, per espressa ammissione della Stazione appaltante, la società aggiudicataria non ha dimostrato di possedere i necessari requisiti nella fase di avvio del servizio *‘quanto meno nei termini perentoriamente indicati con le note prot. n. 80594 in data 12.12.2022; prot. n. 82310 in data 20.12.2022 ed infine prot. n. 82869 in data 22.12.2022’* a firma della Dirigente del Settore Programmazione.

Il Comune di Oristano ha evidenziato che, diversamente da quanto sostenuto dal T.A.R. nella sentenza impugnata, la ditta aggiudicataria non ha dimostrato il possesso, non solo dei mezzi, ma che dell’ulteriore documentazione necessaria per l’avvio del servizio, quali le copie delle carte di circolazione e delle polizze assicurative dei mezzi a copertura dei danni relativi ai rischi inerenti la gestione del servizio secondo le prescrizioni dei cui all’art. 26 del capitolato.

La Co.Bus 90 ha ammesso, con memoria dell’11.9.2023, di non avere trasmesso alcune polizze assicurative a copertura dei danni relativi ai rischi inerenti la gestione del servizio, sebbene deducendo cause non imputabili.

Il RUP, in data 30.12.2022, ha verificato che alcuni dei mezzi indicati nella nota del 27.12.2022 dalla Co.Bus 90 non avevano le carte di circolazione, alcuni erano stati immatricolati nel 2012, e il mezzo FE779AF di proprietà della ditta Stevelli (autobus a 47 posti per la linea 10), estranea al contratto di avvalimento, non aveva il certificato assicurativo. Giova precisare che la ditta Stevelli, in sede di chiarimenti resi alla Stazione appaltante, ha dichiarato che il contratto di locazione del suddetto mezzo, che a dire della Co.Bus 90 sarebbe l’autobus a 47 posti per la linea 10, non ha avuto mai esecuzione, in quanto la società Co.Bus 90 non ha mai provveduto a pagare il corrispettivo, e non si è mai premurata di ritirare il mezzo, tanto che la società Sina di G. Stevelli s.r.l. ha rivolturato la polizza assicurativa a proprio favore in data 11.1.2023 (la polizza era stata stipulata dalla Co.Bus 90 in data 30.12.2022,

coincidente con la comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione). In seguito, a causa delle riscontrate inadempienze, della indisponibilità del veicolo a 47 posti da utilizzare per la linea 10 nel periodo transitorio, e della mancanza della documentazione assicurativa, è stata disposta, con determina del Dirigente n. 814 del 12.7.2023, la decadenza dall'aggiudicazione.

Ne consegue che la censura prospettata dalla società appellante deve trovare accoglimento e la sentenza impugnata *in parte qua* va riformata, atteso che alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta la Co.Bus 90 non ha fornito la prova della disponibilità del requisito di esecuzione relativo alla disponibilità del veicolo da 47 posti, immatricolato dopo il 1.1.2013, per la linea 10, da utilizzare nella fase transitoria.

18. Va accolto anche il terzo mezzo, con cui si denuncia la nullità del contratto di avvalimento stipulato con la società Giara bus s.r.l., la quale avrebbe messo a disposizione *“le proprie dotazioni aziendali e il proprio apparato organizzativo per la migliore esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto”*, per un corrispettivo lordo di circa 59,00 euro mensili, importo che non sarebbe sufficiente a coprire e a giustificare le relative componenti.

18.1. La critica è fondata.

Risulta dai fatti di causa che la società Giara Bus con il contratto di avvalimento ha messo a disposizione n. 8 scuolabus e personale qualificato con la necessaria formazione tecnica, per un corrispettivo esiguo.

Il Collegio di prima istanza ha respinto la doglianza, sostenendo che sette degli otto mezzi erano oggetto di contratto di avvalimento attraverso il contratto di locazione del 15.12.2022, e ha concluso affermando: *“il che permette di comprendere l'interesse*

sostanziale dell'ausiliaria al complessivo assetto negoziale in tal modo venutosi a creare”, essendo previsto per il contratto di locazione un corrispettivo di euro 24.000,00.

Questa Sezione rileva che il contratto di locazione del 15.12.2022, a cui il T.A.R. ha fatto riferimento, è successivo rispetto al termine di presentazione dell'offerta, ma soprattutto la durata è di soli sei mesi, ossia dal 16 dicembre 2022 al 30 giugno 2022, pertanto non sembra possibile intravedere un collegamento negoziale tra il contratto di avvalimento e il predetto contratto di locazione, ai fini dell'attendibilità della prestazione offerta da Giara bus per il corretto espletamento del servizio in appalto di durata decennale.

Dal tenore dell'accordo non è possibile rinvenire un interesse patrimoniale, né diretto né indiretto, dell'ausiliaria che ha assunto le relative obbligazioni e gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, a fronte di un corrispettivo mensile di circa euro 59,00 lordi. Merita, a completamento delle osservazioni che precedono, rilevare che l'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 (recante il nuovo codice dei contratti pubblici), nella specie, *'ratione temporis'* non applicabile ma utile ai fini interpretativi, espressamente stabilisce che *'il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti'*.

Dal contratto di avvalimento non emerge con evidenza un interesse dell'impresa ausiliaria, non potendo essere considerato tale un contratto di locazione di automezzi di durata semestrale inferiore alla durata complessiva dell'appalto (dieci anni scolastici); né la società Co.Bus 90 si è fatta carico di allegare motivazioni utili a rappresentare un interesse concreto da parte della Giara bus all'esecuzione di un contratto sostanzialmente senza corrispettivo.

Va, invece, rilevata l'inammissibilità della denunciata nullità del contratto di avvalimento per omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione, in quanto trattasi di una censura proposta per la prima volta in appello, in violazione del divieto di 'nova' di cui all'art. 104 c.p.a. .

19. Va accolto anche il quarto motivo.

La società Fara s.r.l. con il ricorso introduttivo ha denunciato che la società controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere indebitamente interrotto il servizio svolto nel 2019 per il Comune di Villanova Truscheddu, nonché per aver omesso di rendere chiarimenti che le erano stati poi richiesti nella stessa vicenda, incorrendo in un grave illecito professionale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il T.A.R. ha dichiarato l'inammissibilità del mezzo *'perché già esaminata e respinta con la sopra citata sentenza di questa Sezione n. 646/2022, ormai passata in giudicato, cui si fa, comunque, rinvio in merito alle argomentazioni che evidenziano l'infondatezza nel merito della censura'*.

Questa Sezione non condivide tale approdo argomentativo, in ragione del fatto che la domanda illustrata dalla Fara s.r.l. nel ricorso introduttivo non è coperta dal giudicato reso con la sentenza n. 646 del 2022 del T.A.R. per la Sardegna. Nella sentenza n. 646, il T.A.R. ha scrutinato le censure proposte avverso il provvedimento di esclusione dalla gara della Co.Bus 90 per gravi condotte tenute dalla società durante l'espletamento di un servizio di trasporto, essendosi avvalsa di un autista privo del titolo abilitativo (carta di circolazione del conducente per trasporto di persone) e di un accompagnatore non in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali; non ha riguardato, infatti, le specifiche censure prospettate dalla ricorrente nel presente giudizio riferite al fatto che il servizio svolto

nel 2019 per il Comune di Villanova Truscheddu era stato arbitrariamente interrotto, e che la società aveva omesso di rendere chiarimenti che le erano stati poi richiesti nella stessa vicenda, incorrendo in un grave illecito professionale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La circostanza non è stata contestata dalla Co.Bus 90, né il Comune di Oristano ha articolato difese idonee a confutare le deduzioni difensive della società appellante; va, comunque, rammentato che l'esistenza di *'gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità'* dell'operatore economico è rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione, potendo perciò essere disposta l'esclusione dalla gara dell'operatore economico solo in presenza di tale concreto ed effettivo apprezzamento da parte della Stazione appaltante delle circostanze rilevanti ai fini della partecipazione alla gara, ma non per la mera omessa dichiarazione di siffatte circostanze (Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196; Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332).

20. In definitiva, l'appello va accolto, e la sentenza impugnata va riformata e, per l'effetto, va accolto il ricorso introduttivo proposto dalla società Fara s.r.l.

Non vi è luogo a provvedere sulla domanda di subentro nel contratto, considerato che, come evidenziato dalla stessa ricorrente, nelle more del giudizio, il Comune di Oristano ha stabilito la decadenza dell'aggiudicazione disposta in favore della società Co.Bus 90 e, contestualmente, provveduto all'aggiudicazione della gara alla società Fara s.r.l., odierna appellante.

21. Le spese del doppio grado di giudizio seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo proposto dalla società Fara s.r.l.

Condanna ciascuna delle parti soccombenti alla rifusione delle spese di lite del doppio grado di giudizio in favore della società Fara s.r.l., che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO