



GIUSTAMM
RIVISTA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Anno XIV, marzo 2017

Giurisprudenza

n. 3 - 2017

T.A.R. Veneto - Sezione I - Sentenza 23 novembre 2016, n. 1289

M. Nicolosi, Pres., N. Fenicia, Est.

1. Contratti della pubblica amministrazione- Mancanza dei requisiti tecnico-professionali richiesti dal disciplinare di gara ai fini dell'ammissione alla procedura- Incertezza assoluta su un elemento essenziale dell'offerta- Legittimità dell'esclusione.

2. Contratti della Pubblica amministrazione- Impugnativa dell'esclusione- Rapporto tra ricorso principale e incidentale gravanti gli stessi vizi escludenti- Necessaria trattazione di entrambi, a prescindere dal numero delle imprese partecipanti alla gara.

1. Risulta legittima l'esclusione dalla procedura aperta per l'appalto avente ad oggetto il Servizio di trasporto scolastico se disposta in esito alla richiesta di documentazione volta a comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti nel bando, ove la documentazione prodotta dall'impresa ricorrente sia inidonea a provare il possesso dei requisiti previsti dal disciplinare (*avere in proprietà o nella disponibilità giuridica, ai fini dell'espletamento del servizio, e per tutta la durata dell'appalto, almeno n. 12 scuolabus (compreso 1 di scorta) più 2 mezzi speciali per il trasporto disabili.*) L'art. 42, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 163 del 2006, ammette, nel caso di appalti di servizi, che la dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei concorrenti possa essere fornita mediante una specifica "dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto" e il mancato assolvimento di tale onere dimostrativo si è tradotto al contempo nel difetto di un requisito speciale per la partecipazione alla gara e in un'incertezza assoluta di un elemento essenziale dell'offerta, così da determinarne la necessaria esclusione dalla gara. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha difatti confermato la perentorietà dei termini di dieci giorni previsti dal primo e dal secondo comma dell'articolo 48, del d.lgs. n. 163/2006, entro il quale gli operatori economici sorteggiati, l'aggiudicatario ed il concorrente che lo segue in graduatoria, devono presentare la documentazione a comprova dei requisiti, salva l'oggettiva

impossibilità della produzione della documentazione, che non sussisteva nel caso di specie.

2. L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale (consistente ad esempio nella ripetizione della gara). Nel caso di specie il ricorrente, estromesso dall'Amministrazione, contesta la legittimità dell'ammissione dell'offerta del controinteressato, unico rimasto in gara, deducendo quel mancato possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti di partecipazione, finanziari, tecnici e organizzativi, che è stato posto alla base della propria esclusione. Il R.T.I. controinteressato risulta carente infatti del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla *lex specialis*, in quanto il suo solo fatturato non raggiunge il minimo prescritto dal disciplinare e il conclamato acquisto del ramo d'azienda di cui intendeva avvalersi non si intende integrato data l'esiguità dei beni trasferiti, in rapporto alla originaria consistenza del ramo di azienda, unitamente al mancato trasferimento di beni essenziali alla continuità dell'attività aziendale, come il personale, i beni immobili, gli stessi bus idonei al trasporto scolastico.

.....

Pubblicato il 23/11/2016

N. 01289/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00214/2016 REG.RIC.

logo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C.S.S.A. - Cooperativa Sociale Servizi Associati Scarl, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Euro Tours snc, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Pizzato C.F. PZZLSN68B08F241N, Giorgio Trovato C.F. TRVGRG71D08G224X, con domicilio eletto presso Elena Giantin in Venezia, San Marco, 5134;

contro

Comune di Belluno, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Gaz C.F. GZANRC64S08D530E, Alberto Gaz C.F. GZALRT75R24D530K, Paolo Vignola C.F. VGNPLA58M04E098G, con domicilio eletto presso Enrico Gaz in Venezia, Santa Croce, 269;

nei confronti di

Ecoal S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria in A.T.I. con la Società B&B Service Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Uliana C.F. LNUSMN75L21M089W, Giampaolo Mazzola C.F.

MZZGPL62E20E897I, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278;

Trotta Bus Service S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

nel ricorso principale e nei motivi aggiunti depositati il 6 aprile 2016 e l'8 giugno 2016: del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso la ricorrente dalla procedura aperta per l'appalto avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico nel Comune di Belluno e servizi integrativi - anni scolastici 2016/2021 con un eventuale periodo di rinnovo contrattuale per gli anni scolastici 202/2024 (CIG 6375744663); della nota del Dirigente Settore Gare e Fundraising del Comune di Belluno del 14.1.2016, recante la comunicazione dell'esclusione;

in parte qua, del 1°, 2° verbale delle operazioni di gara nella parte in cui hanno ammesso alla procedura il R.T.I. Ecoal e la Trotta Bus;

del 3° verbale delle operazioni di gara;

della nota del 2.2.2016 di rigetto dell'istanza di autotutela;

per quanto di ragione dell'art. 3.4, secondo alinea, del disciplinare di gara;

della nota del 3.2.2016 di differimento dell'accesso alla documentazione amministrativa;

nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 29 giugno 2016,

dell'aggiudicazione definitiva del 23 giugno 2016 in favore del RTI controinteressato;

del contratto di appalto stipulato fra il Comune di Belluno e il RTI Ecoal - B&B Service;

per il risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica;

nel ricorso incidentale proposto da Ecoal, per l'annullamento del provvedimento di esclusione nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della CSSA anche per altri motivi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Belluno e di Ecoal S.r.l. e di Società B&B Service Soc. Coop.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Ecoal Srl e B&B Service Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Simone Uliana C.F. LNUSMN75L21M089W, Giampaolo Mazzola C.F. MZZGPL62E20E897I, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Veneto in Venezia, Cannaregio 2277/2278;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2016 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato il 19 febbraio 2016 la Cooperativa Sociale Servizi Associati Scarl (d'ora innanzi CSSA) ha impugnato, tra gli altri atti, il provvedimento del 14 gennaio 2016 con il quale la stazione appaltante (Comune di Belluno) la ha esclusa dalla procedura aperta per l'appalto avente ad oggetto il "*Servizio di trasporto scolastico nel Comune di Belluno e servizi integrativi — anni scolastici 2016/2021*".

L'esclusione veniva disposta in esito alla richiesta di documentazione volta a comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando, come previsto dall'art. 48, comma 1, del D.lgs. 163/2006, avendo la Commissione giudicato la documentazione prodotta da CSSA inidonea a provare il possesso dei requisiti di cui all'art. 3, punto 4 del disciplinare.

In particolare la Commissione così motivava la propria determinazione: "*dall'esame di tale documentazione risulta quanto segue, in relazione ai 3 punti di pagine 5-6 del disciplinare, rubricati 4. Requisiti di capacità tecnica e professionale: Il punto 1 (fatturato) è rispettato. Il punto 2 non è rispettato per due motivi: - i due documenti provvisori relativi ai mezzi (carte di circolazione) che sono stati trasmessi non forniscono la prova che tali mezzi abbiano la disponibilità di 50 posti; - i libretti di circolazione dimostrano che i contratti di leasing di alcuni mezzi non coprono l'intera durata dell'appalto. Inoltre i contratti di leasing non sono stati trasmessi come richiesto nel bando. Il punto 3 non è rispettato perché non è stata presentata la documentazione idonea a dimostrare la qualificazione di conducente del personale dipendente, consistente in idonea patente di guida e certificato di abilitazione professionale KD ovvero Carta di Qualificazione Conducenti (CQC). Ad ulteriore riprova di tale carenza, la Commissione osserva che tale documentazione non è neppure citata nei contratti di lavoro presentati*".

Dopo aver infruttuosamente tentato la strada dell'autotutela amministrativa, non soddisfatta da una risposta soprassessoria ad una richiesta di accesso agli atti di gara, la CSSA ha quindi impugnato con il presente ricorso, oltre alla determinazione di esclusione, anche le determinazioni di ammissione alla gara delle altre due concorrenti, nonché la nota con la quale l'accesso agli atti relativi alla documentazione amministrativa delle altre due concorrenti era stato differito a dopo l'aggiudicazione definitiva.

A fondamento del ricorso la CSSA ha posto cinque motivi.

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto che erroneamente la stazione appaltante l'aveva esclusa per la mancata comprova della capienza di due autoveicoli, in quanto tale aspetto non era previsto a pena di esclusione, assumendo invece rilevanza solo al momento dell'affidamento del servizio, senza condizionare la partecipazione alla gara e/o l'ammissibilità dell'offerta. Sotto altro profilo, la ricorrente ha rilevato che i due mezzi indicati nella propria offerta avevano entrambi una disponibilità di almeno 50

posti, pur non essendo tale circostanza ancora documentabile per motivi ad essa non imputabili, dovendo ancora essere rilasciata, da parte della Motorizzazione civile, la carta di circolazione definitiva sostitutiva del documento provvisorio (comunemente denominato "foglio di via") per ora rilasciato, privo dell'indicazione del numero dei posti di cui il mezzo era dotato. In costanza di tali presupposti, secondo la ricorrente, la stazione appaltante avrebbe dovuto concedere una proroga del termine di 10 giorni previsto dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 per la comprova dei requisiti, termine che non potrebbe considerarsi perentorio quando emergano circostanze idonee a giustificare la proroga o il differimento.

In via gradata la ricorrente ha quindi impugnato l'art. 3, punto 4, secondo alinea, del disciplinare di gara, se interpretato nel senso di prescrivere quale requisito di ammissione la proprietà o l'immediata disponibilità giuridica dei mezzi occorrenti per l'espletamento dell'appalto, dovendosi ritenere invalide, sulla base della costante giurisprudenza, le clausole della *lex specialis* di gara che richiedano il possesso dei mezzi di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della domanda.

Il secondo motivo di ricorso è invece diretto avverso il punto della motivazione dell'esclusione consistente nella mancata produzione dei contratti di *leasing*, i quali, in ogni caso, secondo la Commissione, non coprirebbero l'intera durata dell'appalto. A confutazione di tale ultimo rilievo la ricorrente ha dedotto che i contratti di *leasing* in questione costituirebbero titoli astrattamente idonei ad assicurarle la disponibilità dei mezzi anche dopo la scadenza della locazione, essendo prevista la possibilità del riscatto finale. Inoltre la ricorrente ha lamentato, anche in relazione a tale causa di esclusione, la violazione dell'art. 48, comma 1, del D.lgs. n. 163/2016, per le medesime ragioni di cui al primo motivo.

Il terzo motivo è diretto avverso la terza ragione di esclusione, ovvero la mancata presentazione della documentazione idonea a dimostrare la qualificazione di conducente del personale dipendente. Al riguardo la ricorrente ha dedotto che il disciplinare di gara richiedeva solamente la produzione, a comprova dei requisiti, dei contratti di lavoro, e non delle patenti. In ogni caso, secondo la ricorrente, tale requisito, nella specie, di fatto, sussistente, sarebbe richiesto solo ai fini dell'esecuzione del servizio e non dell'ammissione alla gara. In via gradata, la ricorrente ha impugnato anche l'art. 3, punto 4, terzo alinea, del disciplinare, se interpretato nel senso di richiedere di comprovare il possesso delle patenti di guida del personale conducente sin dalla fase di ammissione alla gara; dovendosi ritenere invalide, sulla base della costante giurisprudenza, le clausole della *lex specialis* di gara che richiedano il possesso dei mezzi di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della domanda.

Il quarto motivo è invece indirizzato genericamente avverso le ammissioni delle altre due ditte partecipanti alla gara (R.T.I. Ecoal s.r.l. – B&B Service e Trotta Bus Service).

Il quinto motivo ha riguardato il differimento dell'accesso agli atti di gara.

Si è costituito il Comune di Belluno contestando la fondatezza dei singoli motivi di ricorso e chiedendone il rigetto.

Si è anche costituita la società Ecoal producendo una memoria di controricorso per dispiegare le ragioni dell'infondatezza dei singoli motivi dedotti dalla CSSA, e proponendo, con un distinto atto, un ricorso incidentale volto ad ottenere

l'annullamento del provvedimento di esclusione nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione della CSSA anche per altri motivi, ovvero: a) l'aver offerto, la CSSA, alcuni scuolabus non rispondenti alle norme del Decreto del Ministero dei Trasporti del 1° aprile 2010, espressamente richiamato dal disciplinare di gara; b) la conseguente falsità della dichiarazione resa sul possesso di tale requisito; c) la modifica dell'offerta in sede di comprova dei requisiti, relativamente ad uno scuolabus. La CSSA ha replicato al ricorso incidentale con memoria sostenendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

Nel prosieguo del giudizio si sono susseguiti tre atti di motivi aggiunti proposti da CSSA.

In particolare, con atto depositato il 6 aprile 2016, la CSSA ha proposto ulteriori motivi avverso gli atti già impugnati con il ricorso principale, ed in particolare avverso l'ammissione del R.T.I. Ecoal –B&B Service, deducendo:

- con un sesto motivo, l'illegittimità dell'ammissione del R.T.I. Ecoal –B&B, in quanto quest'ultimo, in violazione dell'art. 5, punto 4, del disciplinare, che richiedeva la proprietà o la disponibilità giuridica dei mezzi di trasporto, aveva invece dichiarato solamente di impegnarsi ad acquisire la piena disponibilità dei mezzi occorrenti per il servizio, dimostrando in tal modo di non averne l'attuale disponibilità;
- con il settimo motivo, la mancanza, in capo al medesimo R.T.I., del requisito di capacità tecnica e professionale costituito dal fatturato minimo specifico per servizi analoghi; non essendo possibile, secondo la ricorrente, far derivare i requisiti di fatturato unicamente dal ramo di azienda che la Ecoal aveva acquistato dalla fallita società Luca Falaschi s.r.l., trattandosi di acquisto solo fittizio e formale. Inoltre, secondo la ricorrente, neppure il fatturato dichiarato da B&B Service sarebbe computabile ai fini dell'ammissione, attenendo tale fatturato ad un servizio integrato di accoglienza per l'utenza scolastica non attinente al servizio di trasporto scolastico oggetto di gara;
- con l'ottavo motivo, l'erroneità, la falsità e l'incompletezza, della dichiarazione di Ecoal di non essere assoggettata agli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 sul diritto al lavoro dei disabili;
- con il nono motivo, la mancata applicazione da parte di Ecoal e B&B Service di un contratto collettivo di categoria afferente lo svolgimento delle attività oggetto di appalto; nonché, il mancato possesso della certificazione UNI EN ISO 9001 per lo specifico settore oggetto di gara.

La richiesta di sospensione degli atti impugnati formulata con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti è stata respinta con ordinanza emessa all'esito della camera di consiglio dell'11 maggio 2016.

Con un secondo atto di motivi aggiunti depositato l'8 giugno 2016 la CSSA ha dedotto, contro i provvedimenti di ammissione già impugnati, gli ulteriori due motivi:

- la violazione dell'art. 3, punto 4, del disciplinare di gara, richiedente, secondo la ricorrente, la disponibilità attuale ed effettiva dei mezzi, non assicurata dall'ordine di fornitura prodotto da Ecoal e B&B;
- la violazione dell'art. 3, punto 4, del disciplinare di gara, avendo il R.T.I. Ecoal prodotto contratti a termine del personale di durata inferiore a 6 mesi, incompatibili con la

durata dell'appalto.

Infine, con un terzo atto di motivi aggiunti, depositato il 29 giugno 2016, la ricorrente ha impugnato, deducendone l'invalidità derivata, la sopraggiunta determina di aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Ecoal (la Trotta Bus Service era stata invece in precedenza esclusa), nonché il contratto di appalto, ed ha chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, attraverso il subentro nel contratto, ovvero per equivalente. Il Comune di Belluno e la società Ecoal hanno depositato memorie difensive per replicare ai motivi aggiunti via via depositati.

Il processo ha subito una serie di rinvii, necessitati dalla proposizione dei motivi aggiunti.

La parti hanno depositato memorie conclusive e di replica illustrando le loro rispettive posizioni.

In particolare, la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità, per carenza di legittimazione processuale, di tutte le censure dedotte per contestare l'ammissione della medesima Ecoal, una volta acclarata la legittimità del provvedimento di esclusione dell'odierna ricorrente.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 9 novembre 2016.

DIRITTO

1. Il ricorso principale, nella parte in cui è volto a contestare l'esclusione del costituendo raggruppamento d'impresa ricorrente, è infondato e va pertanto respinto per le seguenti ragioni.

1.1. L'art. 42, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 163 del 2006, ammette, nel caso di appalti di servizi, che la dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei concorrenti possa essere fornita mediante una specifica "dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto".

Nel caso di specie, in modo perfettamente conforme al precitato dettato normativo, il disciplinare di gara, all'art. 3.4 (rubricato "Requisiti di capacità tecnica e professionale"), prescriveva che i concorrenti dovessero *"avere in proprietà o nella disponibilità giuridica, ai fini dell'espletamento del servizio, e per tutta la durata dell'appalto, almeno n. 12 scuolabus (compreso 1 di scorta) più 2 mezzi speciali per il trasporto disabili, rispondenti alle norme dal decreto Ministero dei Trasporti 01/04/2010 e ad ogni altro provvedimento normativo ivi richiamato, in vigore disciplinante la materia, in quanto applicabile, tra cui Nuovo Codice della Strada e relativo Regolamento di attuazione; (tali mezzi devono coprire almeno il seguente fabbisogno tipo: n. 1 con 22 posti a sedere, n. 2 con 28 posti a sedere, n. 4 con 32 posti a sedere, n. 1 con 48 posti a sedere, n. 2 con 50 posti a sedere, n. 2 con 55 posti a sedere e 2 mezzi speciali per il trasporto disabili)"*.

L'impugnazione, *in parte qua*, del disciplinare risulta pertanto infondata.

1.2. Assodato dunque che la disponibilità dei mezzi, elevata a requisito di partecipazione, fosse prevista ai fini dell'ammissione alla gara e non solo dell'esecuzione del servizio, essa andava dichiarata all'atto della presentazione della domanda e comprovata nei termini previsti dall'art. 48, comma 1, D.lgs. 163/2006. Nel partecipare alla gara CSSA ha elencato nel modello "D" i mezzi destinati al servizio, tra cui *"n°. 02 scuolabus immatricolati il 2015 con n°. 50 posti"*.

La capienza di tali due bus, in base al disciplinare, avrebbe dovuto essere comprovata mediante il deposito dei "documenti di proprietà" ovvero la carta di circolazione, entro il termine di 10 giorni di cui all'art. 48, comma 1, D.lgs. 163/2006.

L'odierna ricorrente ha fornito solo due documenti provvisori relativi a tali due mezzi, inidonei a fornire la prova che gli stessi abbiano la disponibilità di 50 posti.

Il mancato assolvimento di tale onere dimostrativo si è tradotto al contempo nel difetto di un requisito speciale per la partecipazione alla gara e in un'incertezza assoluta di un elemento essenziale dell'offerta, in quanto tale non suscettibile di alcuna "regolarizzazione" successiva da parte della stazione appaltante (pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti), così da determinarne la necessaria esclusione dalla gara.

1.3. Ugualmente è a dirsi per la mancata produzione, nel medesimo termine, dei contratti di *leasing*, anch'essi necessari, ai sensi del disciplinare, ai fini della dimostrazione della disponibilità dei mezzi, nonché delle patenti di guida dei dipendenti, risultando chiara e lineare la *lex specialis* (bando e disciplinare) nel prescrivere che ciascun concorrente debba "*avere alle proprie dipendenze almeno n. 13 conducenti muniti di idonea patente di guida e certificato di abilitazione professionale KD ovvero di Carta di Qualificazione Conducenti (CQC)*". Derivando da ciò che in sede di verifica l'impresa dovesse produrre, non solo i contratti di lavoro, ma anche le patenti di guida dei dipendenti.

1.4. In ogni caso, ciascuna di tali inottemperanze costituisce causa di esclusione, ed è dunque di per sé idonea a sorreggere il provvedimento impugnato con il ricorso principale.

1.5. La ricorrente contesta la perentorietà del termine indicato dalla Stazione appaltante per inviare la documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione.

Il Collegio ritiene errato quanto affermato al riguardo da parte ricorrente, osservando che il termine in questione è da considerare perentorio in considerazione delle esigenze di certezza e celerità della procedura ad evidenza pubblica, con la conseguenza automatica della comminatoria prevista per la sua inosservanza.

Al riguardo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 25 febbraio 2014 n. 10, ha confermato la perentorietà dei termini di dieci giorni previsti dal primo e dal secondo comma dell'articolo 48, del d.lgs. n. 163/2006, entro il quale gli operatori economici sorteggiati, l'aggiudicatario ed il concorrente che lo segue in graduatoria, devono presentare la documentazione a comprova dei requisiti, salva l'oggettiva impossibilità della produzione della documentazione.

Alla luce di tale disciplina, correttamente la Stazione appaltante, non avendo ricevuto nei termini previsti la documentazione attraverso gli strumenti informatici indicati nella *lex specialis*, ha adottato il provvedimento di esclusione impugnato.

Né risulta ricorrere l'ipotesi della oggettiva impossibilità di produzione dei documenti in esame, dei quali la ricorrente avrebbe dovuto essere in possesso già al momento della presentazione dell'offerta.

1.6. Sulla base di tali considerazioni, devono essere disattese le censure proposte avverso l'esclusione del raggruppamento ricorrente contenute nel ricorso principale,

che, pertanto, deve essere in parte respinto.

2. Ne consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale, in quanto diretto all'accertamento di ulteriori cause di esclusione per mancanza di altri requisiti da parte del R.T.I. CSSA, per sopravvenuto difetto d'interesse.

3. A questo punto, accertata la legittimità dell'esclusione della ricorrente, occorre risolvere la questione, sollevata dalla controinteressata, della legittimazione della ricorrente a contestare, prima con il quarto motivo del ricorso principale e poi con i ricorsi per motivi aggiunti, gli ulteriori esiti della procedura a partire dall'ammissione dell'offerta del R.T.I. Ecoal per giungere all'affidamento a quest'ultimo del servizio in questione.

3.1. La controinteressata, al riguardo, richiama la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria che, abbandonata la possibilità, riconosciuta inizialmente dall'A.P. n. 11/2008, di attribuire al partecipante alla gara la titolarità dell'interesse strumentale all'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando, ha sempre mantenuta ferma in tutte le altre sentenze successive l'equiparazione del concorrente escluso dalla gara per l'assenza dei requisiti di partecipazione al *quisque de populo* privo di legittimazione a contestare il suo ulteriore svolgimento e a dedurre vizi concernenti la posizione dell'aggiudicataria (A.P.: 4/2011; 7/2014; 9/2014).

3.2. La controinteressata si avvale pure dell'ulteriore giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche recente, che pur non disconoscendo la rilevanza dell'interesse strumentale del partecipante a una gara pubblica di appalto a ottenerne la riedizione, ha specificato come debba in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali. Il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, afferma tale giurisprudenza, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara (cfr. Cons. St: sez. IV, 20 aprile 2016 n. 1560; Sez. V, n. 2256 del 2015; sez. V, 20 febbraio 2012, n. 892; 10 settembre 2010, n. 6546).

3.3. Per proprio conto, la parte ricorrente, basandosi sul fatto che in esito all'esclusione divenuta definitiva della Trotta Bus Service l'unico concorrente in gara è il R.T.I. Ecoal, ha opposto il proprio interesse ad ottenere, attraverso l'annullamento dell'ammissione di quest'ultimo, la ripetizione della gara.

3.4. A tal fine, la ricorrente evidenzia come tale interesse abbia trovato riconoscimento, innanzitutto, nella sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 4 luglio 2013, n. C-110/12 (*Fastweb*), quindi nell'A.P. del Consiglio di Stato n. 9/2014, ed infine, nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 aprile 2016, n. C-689/2014 (*Puligienica*), per la quale l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto

conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale (consistente ad esempio nella ripetizione della gara).

3.5. Il Collegio ritiene che la tesi sostenuta dalla ricorrente sia da preferire in quanto più aderente alla giurisprudenza comunitaria appena citata che, se pure riferita alla specifica fattispecie in cui le parti, con il ricorso principale e con quello incidentale, propongano censure incrociate escludenti, dando luogo al particolare fenomeno di equiordinazione caratterizzato dal condizionamento reciproco dei rispettivi ricorsi, si basa sulla più generale esigenza, ritenuta imprescindibile ai fini del corretto dispiegarsi della concorrenza, di assegnare, all'operatore economico che ha partecipato alla gara, ed in virtù del solo fatto di aver partecipato alla gara, la titolarità della situazione sostanziale che lo abiliti ad azzerarne gli esiti, al fine di aggiudicarsi l'ulteriore gara in posizione di parità con le altre imprese.

3.6. Nondimeno, il Collegio ritiene utile ricordare che il Consiglio di Stato, con l'A.P. n. 9/2014, sia pure interpretando la sentenza *Fastweb* come introduttiva di una eccezione al sistema giustificata dalla necessità di attribuire alle parti contendenti, in particolari situazioni, la "parità delle armi", aveva individuato delle ipotesi di interesse strumentale nei ristretti casi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito della medesima sub-fase procedimentale e per motivi identici, concludendo nel senso che "sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale".

3.7. Ebbene, è evidente che il caso ora in esame configuri l'ipotesi di interesse strumentale individuata dall'Adunanza Plenaria, in quanto il R.T.I. ricorrente, estromesso dall'Amministrazione, contesta la legittimità dell'ammissione dell'offerta del R.T.I. controinteressato, unico rimasto in gara, deducendo quel mancato possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti di partecipazione, finanziari, tecnici e organizzativi, che è stato posto alla base della propria esclusione.

3.8. Dunque, le posizioni delle parti nel presente ricorso sono perfettamente speculari rispetto all'accertamento del regolare svolgimento del segmento procedimentale destinato alla verifica dei titoli di ammissione alla gara, accertamento che la parte ricorrente chiede venga ora effettuato nei confronti del controinteressato al pari di quanto è avvenuto nei propri confronti.

3.9. Alla luce degli ultimi approdi giurisprudenziali, nazionali e comunitari, il Collegio ritiene che tale pretesa debba trovare soddisfazione. Infatti, una volta riconosciuta alla ripetizione della gara un valore giuridicamente rilevante, in grado di radicare l'interesse al ricorso, anche il concorrente che non può conseguire l'aggiudicazione essendo stato legittimamente escluso (la cui posizione non è equiparabile al *quisque de populo* che non ha mai partecipato alla gara) deve poter dimostrare che anche l'aggiudicatario ha partecipato illegittimamente, al fine di ottenere l'indizione di una nuova gara.

3.10. Tale conclusione risulta d'altro canto l'unica idonea a garantire il rispetto del principio costituzionale di difesa (art. 24 Cost.), oltre che dei principi dell'Unione europea in tema di parità delle parti, di giusto processo (come riconosciuti anche

dall'art. 2 c.p.a.), di non discriminazione e di libera concorrenza in materia di appalti pubblici.

3.11. Ragionando diversamente, ovvero impedendo al concorrente legittimamente escluso di far valere il proprio interesse strumentale alla ripetizione della gara, si attribuirebbe all'Amministrazione il potere di selezionare (con i provvedimenti di ammissione o di esclusione) i soggetti titolari di interessi qualificati e, quindi, di ampliare o restringere la cerchia dei soggetti legittimati ad impugnare i suoi atti; in quanto, a fronte di due concorrenti, entrambi privi dei requisiti per partecipare alla gara, l'esito del giudizio e della gara dipenderebbe dalla determinazione dell'amministrazione di procedere alla contestazione della mancanza dei requisiti solo nei confronti di uno dei partecipanti, restando irreversibile l'aggiudicazione della gara in favore dell'altro partecipante.

3.12. Alla stregua di tali considerazioni, si deve ritenere che, nel caso in esame, l'impresa ricorrente, quantunque legittimamente esclusa dalla gara, sia legittimata a contestare l'ammissione e la successiva aggiudicazione in favore del R.T.I. controinteressato, al fine di poter aspirare alla partecipazione ad un'ulteriore gara in posizione di parità con altri operatori; e che dunque siano ammissibili i motivi aggiunti proposti avverso tali atti.

4. Ciò premesso in punto di legittimazione ad agire, nel merito, fra tali motivi aggiunti risulta fondato e assorbente il secondo della prima serie di motivi aggiunti (settimo motivo), con il quale la ricorrente ha dedotto che il RTI controinteressato avrebbe dovuto essere escluso in quanto privo del requisito di capacità tecnica e professionale costituito dal fatturato minimo specifico per servizi analoghi.

4.1. Al riguardo, l'art. 3, punto 4, del disciplinare, richiedeva ai concorrenti di *"aver svolto con esito positivo negli ultimi tre anni (2012, 2013, 2014) antecedenti la data di pubblicazione del bando uno o più servizi analoghi a quelli del presente appalto per un ammontare non inferiore ad € 1.871.025 al netto dell'IVA"*.

Tale requisito è stato dichiarato dal R.T.I. risultato aggiudicatario nella misura di € 1.905.255,50 per ECOAL S.r.l. e di € 1.183.234,15 per B&B Service.

In particolare, ECOAL S.r.l., che ha iniziato la propria attività solo il 13 agosto 2014, ha fatto derivare i propri requisiti di fatturato unicamente dal ramo di azienda che essa ha acquistato nel settembre 2015 dalla fallita società Luca Falaschi S.r.l. .

La C.S.S.A. contesta la riconducibilità del contratto denominato "cessione di ramo di azienda" del 16 settembre 2015 intervenuto tra la Luca Falaschi s.r.l. in fallimento e la Ecoal s.r.l., alla figura della cessione di azienda di cui agli artt. 2112 e 2556 c.c., trattandosi, secondo la ricorrente, di acquisto che solo in apparenza ha riguardato il ramo di azienda relativo alla attività di *"trasporto scolastico, servizio scuolabus, servizio di trasporto per disabili, trasporto scolastico di qualsiasi tipo per la scuola dell'obbligo e non, compreso l'accompagnamento e l'assistenza dei trasportati"*, come si legge all'art. 2 del contratto.

4.2. La censura è fondata.

In effetti, come risulta dall'esame dell'art. 3 del contratto di cessione in esame, con esso non vengono trasferiti beni immobili, mentre la cedente attesta di *"non avere nessun contratto di lavoro attivo né lo aveva al momento della sottoscrizione del contratto"*

di affitto di azienda". In definitiva, la cessione ha riguardato, sotto il profilo dei beni materiali trasferiti, oltre ad alcuni beni mobili, un vecchio pulmino, tre vecchi furgoni e due automobili, il tutto a fronte del prezzo di € 38.000,00 (art. 4).

Alla stregua di tali emergenze, il Collegio ritiene che il contratto in esame, a dispetto del *nomen iuris* applicato dalle parti e dell'astratto riferimento alla cessione di tutti i rapporti, compresi i requisiti di qualificazione per partecipare a gare d'appalto, non abbia comportato un effettivo trasferimento di azienda, comprensivo della *universitas* dei beni materiali e immateriali, e ciò, avuto riguardo all'effettiva consistenza dei beni oggetto del contratto.

Ostativa a tale inquadramento è la stessa nozione di trasferimento di azienda offerta dal quinto comma, primo periodo, dell'art. 2112 c.c. (sia pure con riferimento agli effetti del trasferimento sul rapporto di lavoro), secondo cui *"si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda"*.

D'altro canto, la giurisprudenza amministrativa ha sempre riconosciuto che la cessione d'azienda possa consentire la conservazione dei requisiti tecnici e professionali, alla condizione, tuttavia, che "l'azienda (o il ramo) trasferito sia suscettibile di costituire idoneo e completo strumento di impresa e caratterizzato da autonomia di mezzi, requisiti, capacità operative, finanziarie, tecniche e medesime finalità imprenditoriali" (cfr. Cons. St. n. 2223/2005); ovvero, alla condizione che il trasferimento riguardi mezzi tecnici, capacità organizzative e professionalità delle maestranze nel loro complesso, tali da garantire la continuità della azienda nella sua interezza.

Ugualmente, la Cassazione ha costantemente affermato che la cessione d'azienda "è configurabile anche nel caso in cui il complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, qualora gli stessi conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa" (Cfr. Cass. n. 21481/2009).

Nel caso di specie l'asserita "cessione di azienda" ha riguardato unicamente sei veicoli, tra cui due automobili e tre furgoni, e qualche mobile, nonché (in via puramente astratta) l'avviamento, l'esperienza nel settore, i requisiti di qualificazioni alle gare maturati dalla cedente.

Alla stregua dei principi sopra ricordati, è evidente che, nel caso di specie, l'esiguità dei beni trasferiti, in rapporto alla originaria consistenza del ramo di azienda ceduto (deducibile in via presuntiva dal fatturato e dai servizi svolti), unitamente al mancato trasferimento di beni essenziali alla continuità dell'attività aziendale, come il personale, i beni immobili, gli stessi bus idonei al trasporto scolastico, impediscano la conservazione dell'identità dell'azienda trasferita e dunque di qualificare il negozio posto in essere come cessione di azienda, intesa, quest'ultima come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.).

Il contratto in esame non può quindi ritenersi idoneo a determinare il trasferimento

dei requisiti di capacità tecnica e professionale in capo alla cessionaria, stante la mancanza di un collegamento degli stessi con il complesso dei beni, del personale e dei rapporti giuridici afferenti allo specifico settore di operatività, nei quali si sostanzia la capacità aziendale, e che avevano permesso all'impresa ceduta di acquisire quei medesimi requisiti di capacità.

In conclusione, ECOAL S.r.l., non avendo realmente acquistato il "ramo di azienda" della fallita Luca Falaschi S.r.l. afferente al trasporto scolastico, non poteva vantare il fatturato per servizi analoghi che la ditta Falaschi aveva maturato in passato. Pertanto, non essendo computabile in favore di ECOAL alcun fatturato, il R.T.I. controinteressato risulta carente del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla *lex specialis*, in quanto il solo fatturato di B&B Service non raggiunge il minimo previsto dall'art. 3, punto 4, del disciplinare.

4.3. Ciò costituiva assorbente motivo di esclusione.

5. Pertanto, in accoglimento parziale del ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, deve essere disposto l'annullamento dell'ammissione e della successiva aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Ecoal e del conseguente contratto di appalto stipulato tra il Comune di Belluno e il R.T.I. Ecoal.

6. L'ulteriore domanda formulata dalla ricorrente CSSA (risarcimento dei danni in forma specifica, attraverso il subentro, o per equivalente) deve, invece, essere respinta, giacché il suo accoglimento presupporrebbe il positivo accertamento della spettanza del bene della vita; nella fattispecie risulta invece che il R.T.I. costituendo, di cui sono componenti le ricorrenti, è stato legittimamente escluso dalla gara.

7. Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese, in ragione della novità e complessità delle questioni trattate, nonché della reciprocità della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale nella parte in cui è diretto a contestare l'esclusione dalla gara del R.T.I. C.S.S.A.;

Accoglie per altra parte il ricorso principale integrato dai successivi motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla l'ammissione alla procedura del R.T.I. Ecoal s.r.l. e la successiva aggiudicazione definitiva della gara in suo favore, respingendo, invece, la domanda di risarcimento dei danni in forma specifica (subentro) o per equivalente formulata dalla ricorrente principale;

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dal controinteressato R.T.I. Ecoal; Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO