

APPALTI: Contratti della P.A. – Bando e lettera di invito – Clausole ambigue o contraddittorie – Interpretazione.

Tar Sicilia – Palermo, Sez. II, 24 marzo 2023, n. 977

“[...] In presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l’interpretazione favorevole all’ammissione alla gara invece che quella che tenda all’esclusione di un concorrente, in ossequio, come si è detto, al canone del favor participationis, che sottende anche l’interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all’individuazione dell’offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l’amministrazione appaltante, dovendo in difetto affermarsi l’illegittimità dell’esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di lex specialis che, sebbene corredate dell’espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Assessorato delle infrastrutture e della mobilità della Regione Siciliana;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l’art. 120 c.p.a.;

Designato relatore il cons. Giuseppe La Greca;

Uditi nell’udienza camerale del giorno 8 marzo 2023 i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue

1.1.- Con l’impugnato decreto del Dirigente generale del Dipartimento delle infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana, la ricorrente società è stata esclusa, ai sensi del punto 3 del capitolato tecnico di gara, dalla procedura di affidamento in concessione, senza esclusiva, dei servizi di trasporto marittimo di passeggeri, veicoli e merci (anche pericolose), in regime di servizio pubblico con compensazione finanziaria, attraverso navi ro-ro, per la continuità territoriale marittima delle Isole Minori della Sicilia, approvata con DDG n. 3266 del 14 ottobre 2022, per avere offerto mezzi navali con capacità di trasporto passeggeri (con corrispondenti posti a sedere al coperto) inferiori a quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara. Ciò – per quanto qui di interesse – in ordine al «lotto IV Pelagie (PE_N) CIG 9445670D75 CUP – G79H22000040002», al quale è circoscritta la domanda caducatoria.

1.2.- Si legge nel provvedimento impugnato che:

– in relazione ai lotti I Eolie, II Egadi, IV Pelagie è pervenuta unicamente l’offerta della Società Caronte & Tourist Isole Minori s.p.a.;

– i «capitolati tecnici relativi ai lotti I Eolie, II Egadi, IV Pelagie che, al punto 3 prevedono le caratteristiche tecniche minime che dovranno avere le unità navali e, in particolare, al punto 3.1 lett. d), prevedono una capacità di trasporto passeggeri (con corrispondenti posti a sedere al coperto) non inferiore a 150 persone relativamente ai lotti I Eolie e lotto II Egadi e non inferiore a 250 persone relativamente al lotto IV Pelagie»;

– gli esiti delle valutazioni della commissione di gara in ordine alle offerte tecniche presentate dalla predetta società Caronte & Tourist Isole Minori s.p.a. hanno determinato la «decisione di escludere l’operatore economico partecipante in quanto i mezzi navali offerti presentano un numero di posti a sedere inferiori a quelli previsti dai sopra citati capitolati tecnici e precisamente: lotto I Eolie: 120 persone; lotto II Egadi: 140 persone; lotto IV Pelagie: 202 persone».

2.- A sostegno della domanda di annullamento la ricorrente ha dedotto i vizi di violazione di legge (art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016; art. 13 del disciplinare, art. 3 del Capitolato tecnico, all. 3.3 schema di naviglio e manutenzione; violazione della delibera dell’Autorità di regolazione dei trasporti n. 22 del 13 marzo 2019); violazione dei principi di proporzionalità, trasparenza e legittimo affidamento; eccesso di potere sotto diversi profili.

2.1.- La ricorrente ha evidenziato:

– di essere stata esclusa dalla gara perché le navi offerte non avevano, già al momento della presentazione dell’offerta, il numero «di posti poltrona al coperto» richiesto dal capitolato tecnico e a nulla sarebbe valso l’impegno, in conformità alle prescrizioni della *lex specialis*, di realizzare l’ampliamento dei pochi posti al coperto mancanti entro il termine di avvio del servizio);

– che detta esclusione sarebbe stata disposta nonostante l’impegno assunto da CTIM, già al momento della presentazione dell’offerta e in linea con la prescrizione dell’allegato 3.3 «Schema di naviglio e manutenzione», di adeguare le navi alle caratteristiche tecniche richieste dal par. 3 del capitolato tecnico entro il termine di avvio del servizio;

– che la nave proposta sarebbe in possesso della classe e di tutte le certificazioni e abilitazioni alla navigazione richieste dal capitolato tecnico; essa, inoltre, sarebbe abilitata al trasporto di 278 passeggeri, ma disporrebbe, al momento, di 202 posti a sedere al coperto;

– che né il capitolato, né alcuna altra previsione della *lex specialis* della procedura stabilirebbero il possesso delle caratteristiche tecniche minime già al momento della presentazione dell’offerta e che, anzi, l’«all. 3.3 – Schema di naviglio e manutenzione» riconoscerebbe espressamente che, ai

fini della partecipazione alla gara, sarebbe stata sufficiente la dichiarazione dell'operatore economico di impegnarsi «a conseguire, per il termine di avvio del servizio e comunque per la data di sottoscrizione del contratto di servizio, idoneo titolo di proprietà o convenzionale che le consente di garantire l'utilizzo stabile e regolare della/e unità navale/i offerta/e per il servizio oggetto della procedura, pena la mancata stipula del contratto»;

– che l'offerta della ricorrente sarebbe stata predisposta sulla base di tale previsione della *lex specialis* della procedura;

– che nella relazione tecnica in sede di presentazione dell'offerta sarebbe stato specificato che «per la nave è prevista una trasformazione che verrà immediatamente attuata entro il termine di avvio del servizio e che prevede 250 sedute interne distribuite come di seguito dettagliato: 1) 97 sedute nel salone passeggeri; 2) 77 sedute in sala soggiorno; 3) 76 sedute in sala self service. Rimangono invariate le 198 sedute esterne.»;

– che nell'all. 3.3 (da allegare al futuro contratto) avrebbe riportato l'impegno di realizzare l'ampliamento dei pochi posti al coperto mancanti entro il termine di avvio del servizio;

– che non sarebbe ammissibile una lettura dell'«all. 3.3 – Schema di naviglio e manutenzione» riferita unicamente al concorrente privo delle navi al momento della presentazione dell'offerta e non anche a quello chiamato ad effettuare interventi di adeguamento sulle navi esistenti: secondo la prospettazione di parte ricorrente, se è vero che la *lex specialis* della procedura consente agli operatori economici di partecipare alla gara (anche) semplicemente impegnandosi a disporre delle navi «per il termine di avvio del servizio e comunque per la data di sottoscrizione del contratto», a maggior ragione deve essere ammesso il concorrente che già disponga delle navi – come la stessa ricorrente – da adeguare entro il medesimo termine di avvio del servizio per «consentirne la immediata disponibilità in caso di aggiudicazione ed il durevole impiego per l'intero periodo contrattuale».

2.2.- L'esclusione sarebbe illegittima anche sotto ulteriori profili:

– sarebbe stato violato – per via della lettura della legge di gara data dall'Amministrazione – il principio del *favor participationis*;

– sarebbero stati violati i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

3.- Parte ricorrente ha, in via gradata, impugnato anche la legge di gara ove interpretata e applicata nel senso di prevedere l'esclusione del concorrente che si sia impegnato ad adeguare le navi offerte alle caratteristiche tecniche richieste dall'Amministrazione entro il termine di avvio del servizio e comunque prima della stipula del contratto.

4.- L'Assessorato delle infrastrutture e mobilità della Regione Siciliana, pur costituitosi in giudizio, non ha spiegato difese scritte.

5.- All'udienza camerale del giorno 8 marzo 2023, presenti i procuratori delle parti, il ricorso, dopo la rituale discussione è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 120, comma 6 c.p.a., secondo cui «Il giudizio, qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'art. 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60, ove ne ricorrano i presupposti».

6.- Poiché il contraddittorio è integro e il ricorso è stato notificato il 22 febbraio 2023, sussistono i presupposti (compresi i termini dimidiati di cui al combinato disposto degli artt. 60 e 119 comma 2 c.p.a.) per la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata.

7.- Il ricorso deve essere accolto in ragione della fondatezza della censura riguardante l'erronea lettura del bando data dalla stazione appaltante.

8.- Giova, ai fini di una migliore comprensione delle questioni sottoposte all'attenzione del Tribunale, ricostruire – per quanto qui d'interesse – il complessivo assetto testuale delle regole della procedura.

8.1.- L'art. 2 del disciplinare di gara stabilisce che: «I servizi pubblici di trasporto marittimo oggetto della presente procedura dovranno essere effettuati secondo le modalità, specifiche tecniche e periodi di svolgimento meglio indicati per ciascuno nei capitolati tecnici di ogni lotto di riferimento, nonché nel rispetto dell'offerta migliorativa che verrà presentata dall'impresa Offerente secondo le modalità indicate al successivo articolo 13.2.

I servizi oggetto della presente concessione dovranno essere garantiti da unità navali di tipo RO-RO abilitate al trasporto di passeggeri, autoveicoli e merci (anche pericolose), idonee all'ormeggio in sicurezza nei porti di interesse, ed in possesso della classe richiesta e di tutte le certificazioni e abilitazioni alla navigazione occorrenti in base alla normativa vigente e in corso di validità, come specificate nei capitolati tecnici».

8.2.- Il punto 3 del capitolato tecnico prevede:

– «3.1. La linea dovrà essere esercita con mezzo navale per il quale sono richieste (a pena di esclusione) le seguenti caratteristiche minime, di cui l'affidataria dovrà disporre in virtù di idoneo titolo giuridico, atto a consentirne la immediata disponibilità in caso di aggiudicazione ed il durevole impiego per l'intero periodo contrattuale. Per l'intera durata dell'appalto il predetto mezzo

dovrà essere destinato esclusivamente all'espletamento del servizio in concessione [...] d) Capacità di trasporto passeggeri (con corrispondenti posti a sedere al coperto): non inferiore a 150 persone».

8.3.- Il punto 13.2.1 del disciplinare prevede che «L'operatore economico dovrà produrre una relazione tecnica» alla quale «dovranno essere altresì allegati i seguenti elaborati, redatti secondo gli schemi allegati al presente disciplinare e che saranno allegati al contratto» (punto 13.2.2.): [...] «all. 3.3 – Schema di naviglio e manutenzione».

8.4.- L'«all. 3.3 – Schema di naviglio e manutenzione» prevede la dichiarazione descrittiva dell'unità navale, i servizi e dotazioni di bordo e le certificazioni richieste. Al punto 2 contiene – tra le altre dichiarazioni – lo schema di dichiarazione a carico dell'operatore economico dal seguente tenore: «che dispone del titolo di proprietà o di altro titolo convenzionale che le consente di poter garantire l'utilizzo stabile e regolare della sopra citata unità navale/i offerta/e per il servizio oggetto della procedura; [oppure] si impegna a conseguire, per il termine di avvio del servizio e comunque per la data di sottoscrizione del contratto di servizio, idoneo titolo di proprietà o convenzionale che le consente di garantire l'utilizzo stabile e regolare della/e unità navale/i offerta/e per il servizio oggetto della procedura, pena la mancata stipula del contratto, l'incameramento della garanzia provvisoria nonché il risarcimento di eventuali danni conseguenti, con l'affidamento del servizio al concorrente che segue in graduatoria».

9.- Così ricostruiti i punti focali della *lex specialis* della procedura, l'esclusione disposta dal resistente Assessorato si mostra del tutto sproporzionata e non in linea con il complessivo assetto della legge di gara al cospetto della parallela circostanza (all. 3.3. sopra richiamato) – rilevante sul piano interpretativo – che, diversamente, consente ai soggetti non in possesso della nave con la quale espletare il servizio di partecipare, utilmente, purché titolari della stessa per il termine di avvio del servizio e comunque per la data di sottoscrizione del contratto di servizio.

10.- Ora, è indubbio che si vi sia una contraddittorietà delle previsioni della legge di gara: sicché essa va applicata in termini ragionevoli e compatibili con il principio del *favor participationis*.

In presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio, come si è detto, al canone del *favor participationis*, che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'amministrazione appaltante, dovendo in difetto affermarsi l'illegittimità dell'esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di *lex specialis* che, sebbene corredate dell'espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà.

11.- E' del tutto evidente che, nel caso di specie, se è vero che si consente ai soggetti non titolari di nave idonea comunque di dimostrarne la proprietà in data successiva all'aggiudicazione, è irragionevole e, comunque, contraddittoria, l'affermazione – posta a base dell'odierna impugnata esclusione – della necessità di escludere chi, pur in possesso del mezzo navale, si impegni, come nel caso di specie, ad adeguarlo per rispondere alle prescrizioni di gara nel termine ivi indicato. Situazione, quest'ultima, che indubbiamente risulta meno «disallineata» dalla regola generale del possesso dei requisiti alla data di scadenza del bando, rispetto a quella – che pure lo è – dell'operatore economico non in possesso della nave, così come astrattamente ipotizzata dal capitolato tecnico.

In altre parole, per un verso, l'amministrazione per l'ipotesi di mancato «titolo di proprietà o convenzionale» ha considerato il requisito tecnico, di fatto, come un «requisito di esecuzione»; lo stesso requisito, però, in caso di possesso del titolo, ma relativo ad una nave da adeguarsi in un termine assegnato, l'ha considerato, nell'incedere procedimentale (e con l'esclusione della ricorrente), quale requisito di partecipazione.

Ciò che, ovviamente, non risponde ad una logica di massima partecipazione, legittimo affidamento, proporzionalità e sistematica lettura della legge di gara.

12.- Il ricorso va, dunque, stante la fondatezza della censura involgente l'erronea lettura della legge di gara, accolto con conseguente annullamento dell'impugnata esclusione.

13.- La natura interpretativa della controversia consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione seconda), accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, annulla l'impugnata esclusione dalla gara indetta con D.D.G. n. 3266 del 14 ottobre 2022, quanto al Lotto IV Pelagie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

Calogero Commandatore, Primo Referendario

IL SEGRETARIO
