

Pubblicato il 07/07/2020

N. 01294/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01746/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1746 del 2019, proposto da Croce Rossa Italiana – Comitato Locale di Brugherio Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Simone, Edoardo Barni e Giusi Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Brugherio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Elisabetta Parisi, Stefano Soncini e Gabriella Peregò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Soc. Coop. Sociale Ellekappa Onlus, in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Cooperativa Sociale per Monza 2000 a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- 1) della Determinazione Dirigenziale n. 564/2019 del 29-31 luglio 2019 recante ad oggetto *“Procedura aperta per affidamento appalto gestione del servizio di trasporto sociale rivolto a persone con disabilità per il periodo 01/09/2019-31/08/2022 (CIG 7894310EAF) - Aggiudicazione e impegni di spesa”*, con il quale il servizio suddetto è stato aggiudicato definitivamente alla Cooperativa Sociale per Monza 2000 a r.l. e relativa nota di trasmissione del Dirigente, datata 31 luglio 2019;
 - 2) del provvedimento a firma del RUP e datato 31 luglio 2019, rubricato *“Report della procedura affidamento della gestione del servizio trasporto sociale periodo 01/09/2019-31/08/2022, numero 111221121 effettuata da Comune di Brugherio”*;
 - 3) del provvedimento a firma del RUP Paola Erba, datato 11 luglio 2019 e recante ad oggetto *“Motivazione”* e determinante la non ammissione della Croce Rossa Italiana Comitato Brugherio alle fasi successive di gara della *“Procedura affidamento della gestione del servizio trasporto sociale periodo 1.9.19-31.8.22 numero 111221121. L'offerta 1561974884069”*;
 - 4) del provvedimento a firma del RUP e datato 16 luglio 2019, rubricato *“Report della procedura affidamento della gestione del servizio trasporto sociale periodo 1.9.19-31.8.22, numero 111221121 effettuata dal Comune di Brugherio”* in toto ed in parte qua, ove, recependo il verbale della motivazione di cui al documento precedente, ha escluso la ricorrente dalle fasi successive della gara per l'asserita mancanza di un requisito di idoneità professionale richiesto dal disciplinare di gara;
 - 5) del bando e disciplinare di gara - norme integrative del bando di gara afferente alla procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio trasporto sociale periodo 1° settembre 2019 – 31 agosto 2022 codice CIG 7894310EAF, in toto ed in parte qua, ove prevedeva quale requisito di partecipazione, un requisito di idoneità professionale inutile ai fini del servizio di cui alla gara e dunque illegittimo (art. 7.1);
- se e per quanto occorrer possa:

6) della determinazione dirigenziale n. 355/2019 recante ad oggetto “*Indizione di gara mediante procedura aperta per l'affidamento appalto gestione servizi di trasporto sociale rivolta a persone con disabilità per il periodo 01/09/2019-31/08/2022 - Determinazione a contrattare*”;

7) della determinazione dirigenziale n. 494/2019 recante ad oggetto “*Procedura aperta per l'affidamento appalto gestione del servizio di trasporto sociale rivolto a persone con disabilità per il periodo 1.9.19-31.8.22 - Nomina commissione giudicatrice*”;

8) del verbale di gara della procedura suddetta con allegata griglia di attribuzione dei punteggi all'aggiudicataria;

nonché, per la declaratoria di inefficacia *ex tunc*, ai sensi degli articoli 121 e 122 Cod. proc. amm. del contratto nelle more eventualmente stipulato e/o stipulando tra la società aggiudicataria e l'Amministrazione resistente e per la conseguente condanna della Stazione Appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto al ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero alla riedizione della gara, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti dal ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brugherio e della Cooperativa Sociale per Monza 2000 a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 D.L. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. 27/2020;

Visto l'art. 4 L. 28/2020;

Relatrice nell'udienza del giorno 5 giugno 2020 la dott.ssa Katuscia Papi;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Determinazione n. 355 del 24 maggio 2019 il Comune di Brugherio indiceva una procedura aperta per l'aggiudicazione, secondo il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di trasporto sociale rivolto a persone con disabilità per il periodo 1° settembre 2019 – 31 agosto 2022. La base d'asta era fissata in €. 196.982,31.

L'art. 7 del disciplinare di gara prevedeva che: *“I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti di seguito indicati nel presente paragrafo. [...] 7.1. Requisiti di idoneità professionale [...] possesso dei requisiti relativi alla professione di trasportatore su strada di viaggiatori (autorizzazioni, REN)”*.

Alla gara partecipavano anche la Coop. Sociale per Monza 2000 e la Croce Rossa Italiana, Comitato Locale di Brugherio Onlus.

Nel corso della seduta della Commissione giudicatrice del 3 luglio 2019, venivano rilevate delle irregolarità nell'offerta presentata dalla Croce Rossa. Per tale ragione, con nota del RUP avente ad oggetto *“Soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016”*, si informava la concorrente che: *“non è stata resa la dichiarazione inerente il requisito di idoneità professionale previsto a pag. 6 punti 7.1 del disciplinare di gara di seguito relativo al «possesso dei requisiti relativi alla professione di trasportatore su strada di viaggiatori (autorizzazioni, REN)». Da una verifica d'ufficio effettuata sul sito internet www.ilportaledellautomobilista.it da parte del Seggio di gara, la ricerca non ha dato esito positivo. Integrazione necessaria per l'irregolarità sopra indicata: si chiede di fornire chiarimenti e documentazione a comprova del possesso del requisito in oggetto”*.

La Croce Rossa rispondeva che, in virtù dell'art. 138 del Codice della Strada e della L. 298/1974, *“non risulta tenuta all'iscrizione al REN”*.

Nella successiva seduta dell'11 luglio 2019 la Commissione, preso atto dell'assenza del suddetto requisito, escludeva, per quanto qui rileva, la Croce Rossa Italiana di Brugherio, come da atto del RUP in pari data, con il quale si affermava che: *“il Seggio di gara rileva che, dai documenti e dalle argomentazioni addotte, non risulta tuttora dimostrato che l'operatore economico sia in possesso del requisito di idoneità professionale richiesto dal disciplinare di gara, all'art. 7.1, relativo all'autorizzazione R.E.N. Trattandosi quindi di mancanza di requisito essenziale secondo*

la lex specialis di gara, l'operatore economico Croce Rossa Italiana comitato Brugherio non viene pertanto ammesso alle fasi successive della gara'.

Con Determinazione dirigenziale n. 564 del 31 luglio 2019 la gara veniva aggiudicata all'unica concorrente ammessa, Cooperativa sociale per Monza 2000.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la Croce Rossa di Brugherio impugnava la *lex specialis* della gara, la propria esclusione, l'aggiudicazione e tutti gli atti della procedura, chiedendone l'annullamento, previa sospensione in sede cautelare anche monocratica, per i seguenti motivi:

D) *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 1, 2 e 3 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i. e dell'art. 7.1 del Disciplinare di gara – Norme integrative del bando di gara, del regolamento CE 1071/2009, della Circolare Ministeriale (MIT) Prot. 0012374 del 23.5.2012, dell'art. 138 e 11 del D. Lgs. n. 285/1992, dell'art. 30 della L. 298/1974, anche in relazione all'art. 99 del D. Lgs. 117/17”*; con esso si deduceva come la Croce Rossa Italiana non fosse tenuta a iscriversi al R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale delle imprese che esercitano la professione di trasportatore su strada) in ragione dell'equiparazione dei suoi mezzi a quelli delle forze armate in virtù dell'art. 138 del Codice della Strada e per l'esenzione di cui all'art. 30 L. 298/1974. Ulteriore argomento volto a sostenere la non obbligatorietà dell'iscrizione al REN è da rinvenirsi nel richiamo all'art. 99 D. Lgs. 117/2017, cd. *“Codice del Terzo Settore”*, in virtù del quale la Croce Rossa e i suoi Comitati locali sono qualificati come enti non lucrativi iscritti *ex lege* al Registro nazionale degli enti del Terzo Settore, tra le organizzazioni di volontariato. Inoltre, la Croce Rossa di Brugherio sosteneva che avrebbe dovuto comunque essere ammessa alla procedura siccome in possesso di un titolo equipollente all'iscrizione, costituito dall'Autorizzazione al Trasporto Sanitario. Si deduceva infine la violazione dell'art. 83 D. Lgs. 50/2016, in quanto l'iscrizione al REN, ove interpretata come requisito escludente, sarebbe risultato sproporzionato e non attinente all'oggetto dell'appalto, con conseguente illegittimità del bando.

II) “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 10 della L. 241/1990 e dell’art. 83 comma 9 Codice contratti, soccorso istruttorio, eccesso di potere irragionevolezza, per difetto di istruttoria, di motivazione, contraddittorietà, violazione e falsa applicazione dell’art. 3 L. 241/1990*”, col quale si rilevava l’illegittimità della considerazione dell’iscrizione REN come requisito escludente, il che sarebbe in contrasto con l’intervenuta attivazione del soccorso istruttorio, dell’illegittimità dell’omessa istruttoria da parte della stazione appaltante sulle deduzioni presentate in sede di soccorso istruttorio.

III) “*Violazione del principio del favor participationis, di parità di trattamento e di non discriminazione. Violazione dei principi ordinamentali in materia di pubbliche gare, ivi inclusi quelli di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), di ragionevolezza e di leale collaborazione tra p.a. e cittadino. Eccesso di potere per sviamento, pretestuosità. Ingiustizia manifesta*”, relativo alla circostanza che una sola impresa rimaneva in gara dopo l’esclusione della ricorrente;

IV) “*Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti – mancata valutazione dell’offerta della ricorrente*” ove si deduceva l’illegittima omessa valutazione dell’offerta di Croce Rossa, la quale avrebbe conseguito un punteggio più elevato rispetto a quello della Coop. Sociale per Monza 2000, e avrebbe pertanto meritato l’aggiudicazione.

Chiedeva altresì la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, la condanna della p.a. al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione dell’appalto alla ricorrente e il subentro della stessa nel contratto oppure, in subordine, il risarcimento per equivalente.

3. Con decreto presidenziale n. 1009 del 6 agosto 2019 veniva concessa la sospensione ex art. 56 c.p.a.

4. Si costituivano in giudizio il Comune di Brugherio e la Coop. Sociale per Monza 2000, instando per la reiezione e sollevando, in sede preliminare, eccezione di irricevibilità del ricorso, per non essere stato tempestivamente impugnato il bando, e (limitatamente alla Coop. Soc. per Monza 2000) di inammissibilità per la violazione della segretezza dell’offerta.

5. La domanda cautelare collegiale era trattata alla camera di consiglio del 12 settembre 2019 e, con ordinanza n. 1157/2019, veniva respinta per la ritenuta carenza del *fumus boni iuris*, con compensazione delle spese della relativa fase processuale.

Il suddetto provvedimento cautelare era impugnato dinanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 5812 del 22 novembre 2019, accoglieva l'appello cautelare e, per conseguenza, l'istanza di sospensione formulata in primo grado.

All'udienza del 5 giugno 2020, tenutasi nelle modalità indicate dall'art. 84 comma 5 D.L. 18/2020, convertito con modificazioni in L. 27/2020, la causa veniva trattenuta in decisione.

6. Occorre innanzi tutto esaminare le eccezioni preliminari sollevate dal Comune e dalla Coop. Sociale per Monza 2000.

6.1. La parte resistente e la controinteressata deducevano l'irricevibilità del ricorso, per l'omessa previa tempestiva impugnazione del bando di gara, ritenuto immediatamente lesivo per la Croce Rossa, nella parte in cui richiedeva a pena di esclusione l'iscrizione al REN, non posseduta dall'odierna ricorrente.

L'eccezione è infondata, sotto un duplice profilo.

Innanzi tutto, il tenore letterale della disposizione di cui al punto 7.1 del disciplinare era tale da non consentire l'univoca individuazione di una causa di esclusione nel mancato possesso dell'iscrizione al REN. Sul punto, si rinvia alle considerazioni più compiutamente svolte al successivo punto 7.

Nel contempo, quand'anche la norma di *lex specialis* avesse chiesto in modo chiaro l'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale, la stessa comunque non avrebbe avuto efficacia immediatamente escludente per la ricorrente. Invero, sulla base di quanto precisato al successivo punto 7, la Croce Rossa non era assoggettata all'obbligo di iscrizione per ragioni di ordine soggettivo (in quanto ente del Terzo settore, come indicato al punto 7.1.1) e di carattere

oggettivo (avendo offerto l'uso di un mezzo con capienza inferiore a dieci posti, come meglio descritto al punto 7.1.2).

Mancando la portata direttamente escludente della clausola, non vi era alcun obbligo di immediata impugnazione della stessa in capo alla Croce Rossa.

L'eccezione di irricevibilità non può dunque essere accolta.

6.2. La controinteressata eccepiva altresì l'inammissibilità del ricorso, per avere la Croce Rossa violato il principio di segretezza dell'offerta, allegando all'atto introduttivo una simulazione dell'attribuzione del punteggio.

Nemmeno tale eccezione di carattere preliminare può trovare accoglimento: quella prodotta dalla Croce Rossa (atto datato 1° agosto 2019 allegato al ricorso) è infatti una mera simulazione, che non rivela il contenuto dell'offerta e pertanto, diversamente da quanto sostenuto dalla Coop. Sociale per Monza 2000, non si pone in contrasto con il principio di segretezza della stessa. Del resto, quand'anche sussistente, la violazione della segretezza dell'offerta integrerebbe una questione di merito, e non una causa di inammissibilità del ricorso. Invero, le ipotesi nelle quali l'atto introduttivo del giudizio può essere dichiarato inammissibile sono, ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera 'b' c.p.a., quelle della carenza di interesse a ricorrere, e dell'impossibilità di decidere la causa nel merito per il difetto di presupposti processuali o condizioni dell'azione. A tali ipotesi non è in alcun modo riconducibile la rivelazione del contenuto dell'offerta, la quale non potrebbe dunque, in ogni caso, costituire titolo per l'adozione della pronuncia in rito richiesta dalla controinteressata. L'eccezione in esame, per tutto quanto precede, va disattesa.

6.3. Il ricorso risulta pertanto ricevibile e ammissibile, e può essere scrutinato nel merito.

7. Si procede dunque alla valutazione del primo motivo di ricorso, articolato su una pluralità di censure.

Al riguardo, occorre premettere che tutti gli argomenti spesi dalla Croce Rossa nel motivo di gravame qui esaminato riguardano l'efficacia escludente della disposizione di cui all'art. 7.1 del Disciplinare, come sopra riportata. È

dunque essenziale, ai fini della disamina delle doglianze proposte dalla ricorrente, ricostruire la portata della norma di bando *de qua*.

Orbene, la disposizione in esame risulta formulata in termini da un lato generici, dall'altro equivoci. L'Amministrazione comunale, con il punto 7.1 del Disciplinare, richiedeva infatti, a pena di esclusione, il possesso di requisiti non individuati, se non attraverso il generico rinvio a quelli “*relativi alla professione di trasportatore su strada di viaggiatori?*”. A tale indicazione seguiva una parentesi: “*(autorizzazioni, REN)*” dalla quale non può univocamente stabilirsi se il possesso delle autorizzazioni e l'iscrizione nel Registro siano tra loro alternativamente ovvero cumulativamente richiesti, e, prima ancora, se i due elementi indicati diano luogo a un'elencazione di carattere esemplificativo o tassativo. Né può identificarsi con chiarezza quali siano le autorizzazioni il cui possesso è richiesto ai partecipanti.

Sussiste dunque una condizione di obiettiva incertezza nella portata della clausola, che andrà interpretata in conformità alle disposizioni di carattere normativo che regolamentano la materia, oltre che alla luce del principio ermeneutico del *favor participationis*. In proposito, la giurisprudenza, in termini condivisi dal Collegio, ha infatti avuto modo di precisare che: “*In caso di oggettiva incertezza del contenuto delle clausole del bando di gara, va preferita l'interpretazione che agevola la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale*” (TAR Campania, Napoli, IV, 27 marzo 2020 n. 1276; Consiglio di Stato, III, 4 febbraio 2020, n. 875).

Tanto premesso sotto il profilo metodologico, può procedersi allo scrutinio del motivo nel merito.

7.1. Verranno esaminati per primi i profili relativi all'iscrizione al REN.

Il Registro Elettronico Nazionale veniva introdotto nel nostro ordinamento giuridico dal Regolamento CE n. 1071/2009. L'iscrizione è prevista, in presenza di alcuni requisiti di onorabilità, di idoneità finanziaria, di idoneità professionale e di stabilimento, per tutti i soggetti che esercitano

professionalmente l'attività di trasporto su strada, sia di persone che di cose. Nell'individuare il proprio ambito di applicazione, il Regolamento fissa dei limiti di carattere sia oggettivo (per quanto qui rileva: art. 2 comma 1 n. 2 del Regolamento) che soggettivo (art. 1 comma 4 lettera b del Regolamento, la cui operatività viene in rilievo nella presente controversia).

7.1.1. Sotto un primo profilo, la Croce Rossa di Brugherio rilevava l'illegittimità dell'esclusione disposta nei propri confronti in relazione all'omessa iscrizione al REN, per non essere la ricorrente assoggettata all'obbligo di iscrizione nel Registro nazionale. Ciò, sosteneva la Croce Rossa, in virtù dell'art. 138 del Codice della Strada, dell'art. 30 della L. 298/1974, e dell'art. 99 D. Lgs. 117/2017.

Non risultano fondati i rilievi basati sull'art. 138 D. Lgs. 285/1992 e sulla L. 298/1974. L'art. 138 del Codice della Strada, che disciplina i veicoli militari e si applica, ai sensi del comma 11 della medesima norma, anche ai mezzi della Croce Rossa Italiana, non reca infatti norme derogatorie all'obbligo di iscrizione al REN. Parimenti irrilevante risulta il richiamo alla L. 298/1974, che all'art. 30 comma 2 lettera 'a' esenta i veicoli della Croce Rossa dall'applicazione delle disposizioni che disciplinano l'Albo Nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi, e in generale gli autotrasporti di cose. Invero, l'appalto oggetto del presente giudizio riguarda il trasporto di persone, ed è dunque estraneo alla suddetta disciplina.

La censura è fondata, invece, con riferimento al richiamo operato dalla ricorrente all'art. 99 D. Lgs. 117/2017, nei termini che seguono.

Ai sensi dell'art. 1 *bis* D. Lgs. 178/2012, come modificato dall'art. 99 D. Lgs. 117/2017, i comitati locali della Croce Rossa Italiana: *“sono iscritti di diritto nella sezione organizzazioni di volontariato del registro unico nazionale del Terzo settore, applicandosi ad essi, per quanto non diversamente disposto dal presente decreto, il codice del Terzo settore di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”*, ovvero il D. Lgs. 117/2017. In tal senso anche l'attuale Statuto della Croce Rossa Italiana: *«La Croce Rossa Italiana è persona giuridica di diritto privato ai sensi*

del Libro Primo, titolo II, capo II del codice civile ed è iscritta di diritto nella sezione organizzazioni di volontariato del registro unico nazionale del Terzo settore, applicandosi ad essa, per quanto non diversamente disposto dal D. Lgs. 28 settembre 2012 n. 178, il Codice del Terzo Settore di cui al D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 117» (art. 2.4).

Il Comitato Locale di Brugherio della Croce Rossa costituisce quindi, istituzionalmente, un soggetto del Terzo settore, che svolge le proprie attività, tra le quali quella di trasporto di persone su strada, senza scopo di lucro, e con finalità non commerciali.

In virtù della suddetta qualificazione, viene in rilievo la limitazione soggettiva dell'ambito di applicazione del Regolamento istitutivo del REN, prevista dall'art. 1 comma 4 lettera b del medesimo Regolamento 1071/2009. La citata disposizione prevede infatti che: *“4. In deroga al paragrafo 2, il presente regolamento, a meno che il diritto nazionale disponga altrimenti, non si applica: [...] b) alle imprese che effettuano esclusivamente trasporti di persone su strada a fini non commerciali o che non esercitano la professione di trasportatore di persone su strada come attività principale”*.

Il Comitato Locale della Croce Rossa di Brugherio rientra nella suddetta fattispecie di esenzione, che non subisce deroghe nella disciplina attuativa nazionale (il Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 25 novembre 2011, recante *“Disposizioni tecniche di prima applicazione del Regolamento (CE) n. 1071/2009 [...]”* all'art. 1 rinvia espressamente all'individuazione del campo di applicazione posta in essere dal regolamento). Invero, la Croce Rossa di Brugherio non esercita l'attività di trasporto di persone su strada in via principale: le attività svolte in termini prioritari dalla Croce Rossa, e dalla relativa Rete associativa dei comitati ex art. 41 D. Lgs. 117/2017, sono infatti individuate dall'art. 1 comma 4 D. Lgs. 178/2012 nonché dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto sopra richiamato, ed esulano in gran parte dall'attività di trasporto. Nel contempo, quando gli enti facenti parte della Croce Rossa erogano un servizio di trasporto, ciò avviene per fini non commerciali (in quanto enti del Terzo Settore).

Ne discende, pertanto, la non assoggettabilità della Croce Rossa all'obbligo di iscrizione al Registro di cui all'art. 11 del Regolamento CE 1071/2009.

Concludendo sulla questione, deve dunque dedursi che la Croce Rossa di Brugherio non è tenuta ad iscriversi al REN. Risulta dunque illegittima l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente sulla base dell'omessa iscrizione al Registro Nazionale.

7.1.2 Sotto altro profilo, la Croce Rossa di Brugherio deduceva l'illegittimità della propria estromissione dalla gara per mancata iscrizione al Registro Nazionale, in quanto, avendo offerto di erogare il servizio appaltato mediante veicoli che presentavano al massimo 9 posti di capienza, non era tenuta a iscriversi al REN, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento comunitario n. 1071/2009.

La censura è fondata, per le ragioni che seguono.

Ai sensi del Regolamento CE n. 1071/2009, art. 2 comma 1 n. 2, l'ambito di applicazione della normativa sul Registro Elettronico Nazionale viene circoscritto, sotto il profilo oggettivo, nei seguenti termini: *“Ai fini del presente regolamento, si intende per: [...] 2) «professione di trasportatore di persone su strada», la professione di un'impresa che, mediante autoveicoli atti, per costruzione e per attrezzatura, a trasportare più di nove persone, conducente compreso, e destinati a tal fine, esegue trasporti di persone con offerta al pubblico o a talune categorie di utenti, dietro corrispettivo versato dalla persona trasportata o dall'organizzatore del trasporto”*. L'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale è dunque obbligatoria solo per i gestori che esercitino l'attività di trasporto su strada di persone mediante veicoli con capienza superiore ai 9 posti.

Nel contempo, il capitolato di gara richiede che il fornitore metta a disposizione del Comune due mezzi, uno che sia idoneo a trasportare almeno 9 persone, e l'altro che ne possa ospitare 5. L'art. 32 del Capitolato, nel descrivere le caratteristiche degli automezzi attraverso i quali dovrà essere erogato il servizio oggetto di gara, stabilisce infatti che: *“il veicolo n. 1 [dovrà] avere una capienza tale da consentire il trasporto contemporaneo di almeno 9 persone: un*

autista + un accompagnatore + sette utenti, alternabili con due carrozzine. Il mezzo deve essere già omologato con due possibilità di allestimenti per carrozzine. Il Comune di riserva la facoltà di aumentare il numero di carrozzine trasportate fino ad un massimo di tre; il veicolo n. 2 [dovrà] avere una capienza tale da consentire il trasporto contemporaneo di 5 persone: un autista + quattro utenti, ed omologato al trasporto di una carrozzina”.

Dalla disamina di tale disposizione della *lex specialis*, con riferimento al primo veicolo, appare evidente che un soggetto potrà partecipare alla gara anche indicando, quale strumento per l'esecuzione del servizio, un mezzo idoneo a trasportare solo nove persone. In questo caso, in virtù del Regolamento comunitario n. 1071/2009, il concorrente non sarà tenuto a iscriversi al REN, e non potrà pertanto essere legittimamente escluso dalla gara per tale 'mancanza'. Invero, interpretando l'art. 7.1 del Disciplinare di gara in conformità alle norme del regolamento comunitario n. 1071/2009 e alla luce del principio del *favor participationis*, il requisito dell'iscrizione al Registro Nazionale dovrà intendersi riferito alle sole ditte che offrano di eseguire il servizio con veicoli dotati di almeno dieci posti.

Nella fattispecie, la Croce Rossa di Brugherio aveva partecipato alla gara offrendo l'esecuzione del trasporto mediante un mezzo con nove posti. Per quanto precede, è dunque illegittima l'esclusione disposta per la mancata iscrizione al REN la quale, nel caso specifico, non era richiesta.

7.2. Nell'indicazione parentetica presente nell'art. 7.1 del Disciplinare di gara, riportata al punto 1, vengono menzionate, oltre al REN, anche delle, non meglio precisate, 'autorizzazioni'.

Tra le questioni controverse nella presente causa vi è anche quella relativa all'idoneità o meno dell'autorizzazione in possesso della Croce Rossa a consentire l'esercizio dell'attività oggetto della procedura selettiva. Invero, la Croce Rossa era titolare di autorizzazione al Trasporto Sanitario. La circostanza, inizialmente contestata dalle altre parti, in corso di causa veniva provata dalla ricorrente con la produzione documentale del 19 febbraio 2020.

L'appalto riguardava invece il trasporto sociale, rivolto a persone con disabilità, e risultava come tale estraneo all'ambito sanitario. L'attività richiesta dal Comune veniva specificamente descritta nella Determinazione a contrattare n. 355 del 24 maggio 2019, nei seguenti termini: *“L'oggetto del contratto è: l'affidamento in gestione del Servizio di Trasporto e Assistenza continuativo, prevalentemente rivolto a cittadini con disabilità o in situazione di particolare fragilità, residenti a Brugherio, dal loro domicilio alle sedi dei centri semiresidenziali frequentati e ritorno, siti sia in Brugherio che in altri comuni, per il periodo 01/09/2019-31/08/2022. Non sono presenti prestazioni secondarie. La commessa riveste carattere unitario e le attività prestazionali oggetto dei servizi non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti?”*.

Occorre dunque indagare se l'autorizzazione al trasporto sanitario sia idonea ad assentire anche l'esercizio dell'attività di trasporto sociale. A tal fine, sarà necessario confrontare il servizio oggetto del bando, come sopra riportato, con l'attività di trasporto sanitario. Quest'ultima viene definita dalla DGR della Regione Lombardia n. 5165/2016, come segue: *“trasporto di pazienti tra strutture sanitarie di ricovero e cura, ovvero all'interno delle medesime (inter e intra ospedaliero, da o verso ospedali dal domicilio). Per essere abilitati al TS occorre superare un corso teorico-pratico di 42 ore, a cui si possono aggiungere altre 4 ore per ottenere la qualifica specifica di Autista addetto al Trasporto Sanitario e Sanitario Semplice”*.

Dalla comparazione tra le due definizioni, emerge che i due servizi differiscono, oltre che per i luoghi di trasporto (ospedali nel trasporto sanitario e centri semiresidenziali nell'appalto oggetto di causa), con riguardo, soprattutto, alle condizioni dei soggetti trasportati. Nel trasporto sanitario si tratta di “pazienti”, laddove nel trasporto sociale del Comune di Brugherio il servizio riguarda persone disabili o in condizione di fragilità sociale.

Orbene, ritiene il Collegio che la Croce Rossa, essendo autorizzata a trasportare “pazienti” in luoghi sanitari di ricovero o cura, dovrà, a maggior ragione, considerarsi facoltizzata a trasportare persone con disabilità o

fragilità che, non essendo “pazienti”, non hanno una patologia in essere che ne determina il ricovero in strutture ospedaliere *aut similia*. In tal senso, si ritiene dunque di aderire all’interpretazione prospettata dall’Ordinanza del Consiglio di Stato n. 5812/2019, secondo cui l’autorizzazione al trasporto sanitario abilita anche all’esercizio del trasporto sociale o socio-assistenziale, sulla base dell’argomento logico per cui il più (autorizzazione al trasporto sanitario) contiene il meno (titolo abilitante al trasporto sociale o socio-assistenziale).

Peraltro, la *lex specialis* della gara non individua con precisione la tipologia di autorizzazione richiesta, con ciò rendendo evidente la non essenzialità di una peculiare tipologia di titolo abilitativo (che altrimenti avrebbe dovuto essere chiaramente e specificamente richiesto nel disciplinare).

Non può rilevare in senso contrario la dicitura, recata anch’essa dalla DGR n. 5165/2016 e richiamata dalla controinteressata, relativa al Trasporto Sanitario Semplice (TSS), secondo la quale: “*Sono esclusi pertanto dalla definizione di trasporto sanitario semplice i servizi di trasporto ad uso sociale e socio assistenziale gestiti dagli enti locali, e comunque tutti i trasporti che esulano dall’ambito sanitario e sanitario semplice*”. La previsione della DGR, secondo la quale il trasporto sociale non rientra nel trasporto sanitario, non implica certo l’inidoneità dell’autorizzazione al trasporto sanitario ad assentire l’esercizio del trasporto sociale. Al contrario, sembra potersi dedurre che la summenzionata disposizione persegua il fine di escludere esplicitamente che i Comuni, nell’implementazione di servizi di carattere sociale, possano ritenersi vincolati agli stringenti requisiti che sono necessari per l’assolvimento di attività rientranti nel settore sanitario. Tale previsione ‘di favore’ per l’organizzazione dei servizi delle municipalità, a ben vedere, non solo non esclude, ma addirittura conferma il carattere più ampio e assorbente dell’autorizzazione al trasporto sanitario rispetto all’esercizio di attività di dislocazione di tipo sociale. In altre parole, in virtù della disposizione *de qua* l’autorizzazione al

trasporto sanitario non è necessaria, ma rimane sufficiente, ad assentire l'attività di trasporto sociale.

7.3. Per tutte le considerazioni che precedono, il primo motivo di ricorso risulta fondato.

8. Si procede ora alla disamina degli altri profili di censura avanzati dalla ricorrente.

8.1. Con il secondo motivo si deduceva l'effetto non escludente della clausola di cui al punto 7.1 del Disciplinare. Sulla portata della disposizione *de qua* ci si è abbondantemente diffusi ai precedenti punti 6 e 7, ai quali pertanto, in proposito, si rinvia.

8.2. Con il terzo motivo di gravame, la ricorrente considerava l'esito della propria esclusione, che conduceva alla presenza di una sola impresa residua in gara, quale elemento viziante dell'operato della p.a. La censura non è fondata: le valutazioni di ammissione ed esclusione dei partecipanti alla procedura di scelta del contraente devono essere espletate dalla stazione appaltante applicando le disposizioni normative e quelle della *lex specialis* che regolamentano la fattispecie, non certo avendo riguardo all'esito numerico cui in tal modo si perviene.

8.3. Con il quarto motivo, invece, si deduceva, quale conseguenza dell'esclusione della ricorrente, l'illegittima omessa valutazione dell'offerta da quest'ultima presentata che, in caso di ammissione, avrebbe conseguito un punteggio più elevato rispetto a quello attribuito dalla Commissione giudicatrice alla controinteressata. La censura risulta infondata e inammissibile. La valutazione dell'offerta della Croce Rossa costituisce invero un'attività non ancora esercitata dalla p.a. sulla quale, conseguentemente, il G.A. non può pronunciarsi ai sensi dell'art. 34 comma 2 c.p.a.

9. Non possono trovare accoglimento le domande risarcitorie proposte dalla ricorrente, in quanto il TAR non può pronunciarsi sulla spettanza dell'aggiudicazione. Nella presente fattispecie, infatti, annullata l'esclusione della Croce Rossa, dovrà aver luogo la riedizione, ad opera della p.a., della

procedura selettiva, a partire dal segmento procedimentale interessato dall'annullamento giurisdizionale. Solo all'esito di detta rinnovazione la stazione appaltante potrà determinarsi sull'aggiudicazione. Non sussistono pertanto i presupposti per disporre, in sede giurisdizionale, l'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente né la condanna della p.a. al risarcimento per equivalente (che presuppone, comunque, la spettanza dell'aggiudicazione). Nemmeno potrà pronunciarsi la declaratoria di inefficacia del contratto, anch'essa domandata dalla Croce Rossa. Invero, in virtù dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 5812/2019 la procedura veniva sospesa e il contratto non risulta stipulato.

10. Conclusivamente, ritiene il Collegio:

- che la domanda caducatoria proposta con l'atto introduttivo del presente giudizio debba essere accolta, stante la fondatezza del primo motivo di ricorso, con conseguente annullamento dell'esclusione della ricorrente e, in termini consequenziali, dei successivi atti impugnati;
- che, per l'effetto, la procedura di scelta del contraente dovrà essere reiterata dall'amministrazione, a partire dal segmento procedimentale interessato dal presente annullamento;
- di respingere le domande risarcitorie e quelle volte alla declaratoria di inefficacia del contratto, siccome infondate.

11. Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, stante la complessità delle questioni oggetto della controversia, con condanna del Comune alla refusione, in favore della ricorrente, delle somme corrisposte per il pagamento del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, entro i limiti e nei sensi indicati in motivazione, e annulla, per l'effetto, gli atti impugnati.

Rigetta le domande risarcitorie, per le ragioni indicate nella parte motiva.

Compensa tra le parti le spese del giudizio, con condanna del Comune di Brugherio alla refusione, in favore della Croce Rossa italiana, delle somme versate dalla parte ricorrente per il pagamento del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in L. n. 27 del 24 aprile 2020) e dall'art. 4 del decreto del Presidente del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 6 del 19 marzo 2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO