

N. 01446/2011REG.PROV.COLL.
N. 00641/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 641 del 2010, proposto da:

Eurotour S.r.l.e School Bus Service S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

- Comune di Passignano sul Trasimeno, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Figorilli, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, via Sistina, 4;

- Societa' Cooperativa Acap, rappresentata e difesa dagli avv. Fausto Buccellato e Stefano Goretti, con domicilio eletto presso Fausto Buccellato in Roma, viale Angelico 45;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n. 00481/2009, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE SERVIZIO DI TRASPORTO SCOLASTICO - RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Passignano sul Trasimeno e di Societa' Cooperativa Acap;
Visto l'appello incidentale subordinato di quest'ultima società;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Labriola, Figorilli e Buccellato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Avanti al TAR Umbria erano impugnati gli atti della gara, indetta dal Comune di Passignano sul Trasimeno per l'appalto del servizio di trasporto scolastico, gara alla quale avevano partecipato solo le società ACAP ed EUROTOUR.

Più esattamente con il ricorso 355/2008 e gli inerenti motivi aggiunti la ACAP, esclusa dalla gara per l'omessa presentazione della dichiarazione sul lavoro dei disabili (art.17 L. n. 68/1999), impugnava l'aggiudicazione provvisoria (determinazione 26 giugno 2008 n.561) a favore della controinteressata EUROTOUR.

Nel gravame, giustificato con l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, si sosteneva che la controinteressata avrebbe dovuto essere parimenti esclusa, per carenza dei requisiti ex art. 38 D.Lgs. n.163/2006 e per dichiarazioni non veritiere.

Dopo la notifica del gravame e dei motivi aggiunti l'Amministrazione annullava in autotutela (determinazione 27 febbraio 2009 n. 153) l'impugnata aggiudicazione provvisoria.

Nelle more, la EUROTOUR aveva intanto comunicato la cessione dell'inerente ramo d'azienda alla società School Bus Service, cessione della quale l'appaltante aveva preso atto con determinazione 31 luglio 2008 n.692, riservandosi i controlli di rito prima di procedere all'aggiudicazione

definitiva a favore della cessionaria.

Con la suddetta determinazione n.153/2009, veniva annullata, come già detto, l'aggiudicazione provvisoria a favore di EUROTOUR e dichiarata la consequenziale decadenza delle pretese di aggiudicazione della cessionaria School Bus Service.

Quest'ultima :

- con il ricorso 432/2008 impugnava la determinazione (1 settembre 2008 n. 765) con la quale era stato sospeso il procedimento d'aggiudicazione definitiva a suo favore (quale cessionaria del ramo d'azienda) e conseguentemente prorogato provvisoriamente il servizio svolto dalla controinteressata ACAP.

- con successivi motivi aggiunti impugnava poi la ridetta determinazione n.153/2009 d'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore dell'EUROTOUR e decadenza della stessa School Bus Service.

Nel ricorso principale si deduceva, in breve:

- lo sviamento di potere giacché l'amministrazione avrebbe voluto favorire la controinteressata ACAP, sospendendo l'aggiudicazione definitiva ed incaricandola della continuazione del servizio stesso già da essa svolto;

- la violazione del principio del divieto di proroga dei contratti scaduti desumibile, fra l'altro, dagli art.57, D.Lgs. n. 163/2006; art. 6 L. n. 537/1993; art. 44, L. n. 724/1992.

- la violazione dell'art. 7 L. n. 241/1990 poiché il provvedimento impugnato non era stato preceduto dalla comunicazione di avvio dell'inerente procedimento.

Nei motivi aggiunti si sosteneva inoltre che l'Amministrazione avrebbe dovuto valutare il possesso dei requisiti di gara in capo alla cessionaria School Bus Service, anziché limitarsi a verificare la posizione della cedente, escludendo poi la cessionaria in via derivata.

Il TAR con la sentenza in epigrafe,

- riuniva i due ricorsi
- dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso n. 355 / 2008, essendo stata soddisfatta l'inerente pretesa in virtù del richiamato provvedimento di autotutela (determinazione 27 febbraio 2009 n. 153) che aveva annullato l'impugnata aggiudicazione provvisoria.
- dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso n. 432/2008, in quanto in forza della sopraggiunta esclusione dalla gara, la School Bus Service non aveva più interesse ad impugnare la sospensione del procedimento di un'aggiudicazione definitiva che le era divenuta estranea né la proroga provvisoria dell'inerente servizio all'espletamento del quale non poteva più aspirare;
- svolgeva in ogni caso argomentazioni sulla infondatezza del ricorso medesimo e respingeva nel merito i relativi motivi aggiunti

2. La sentenza è stata appellata dalla Eurotour s.p.a.e dalla School Bus Service s.r.l., per i seguenti motivi

Relativamente al ricorso di primo grado proposto dalla cooperativa A.C.A.P. – Inammissibilità, carenza di legittimazione e difetto di notifica; in quanto la cooperativa, esclusa dalla gara, non aveva alcuna legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione provvisoria, né il ricorso risulta notificato al soggetto al quale era stato ceduto il ramo d'azienda (School Bus Service);

Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 38 del d. lgs. n. 163/06, dell'art. 27 del d.P.R. n. 34/00, difetto di istruttoria, inesistenza dei presupposti, illogicità manifesta, perplessità e straripamento; poiché alla data di scadenza del bando (27 agosto 2007) la Eurotour non aveva inadempienze definitivamente accertate con l'Ufficio delle entrate di Casoria;

Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241 del 1990, mancato avviso del procedimento; per non essere stato emanato un provvedimento di avvio del procedimento di autotutela per l'annullamento

dell'aggiudicazione provvisoria;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 6 della legge n. 537/93, dell'art. 44 della legge n. 724 del 1992, dell'art. 23 della legge n. 62 del 2005, nonché degli artt. 43 e 49 del Trattato CEE, oltre che contraddittorietà, inesistenza dei presupposti, illogicità manifesta e ingiustizia manifesta; in considerazione del fatto che, nonostante la intervenuta aggiudicazione a favore di Eurotour, l'Amministrazione comunale aveva consentito più proroghe alla controinteressata Cooperativa;

Relativamente alla posizione di School Bus Service – Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 38 dello stesso decreto legislativo, nonché dell'art. 2555 del codice civile; in quanto il Comune doveva valutare i requisiti in capo alla cessionaria e stipulare il contratto con quest'ultima.

La cooperativa A.C.A.P. si è costituita in giudizio e si è opposta all'appello, ritenendolo tardivo e comunque infondato nel merito. La stessa controinteressata ha proposto altresì appello incidentale subordinato, sulla base del seguente motivo:

errore nella dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti, errore nella valutazione delle censure, violazione ed erronea applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché irragionevolezza, illogicità e difetto di motivazione; essendo evidente l'interesse strumentale di A.C.A.P. ad ottenere la ripetizione della gara, essendo fondati i motivi di necessaria esclusione di Eurotour, oltre a riproporre i motivi di primo grado in ordine ad una intervenuta condanna nei confronti di un amministratore di Eurotour.

Il Comune di Passignano sul Trasimeno si è costituito in giudizio in resistenza all'appello principale e a quello incidentale, rilevando, in particolare, come al momento dell'aggiudicazione provvisoria era

pienamente efficace la sospensione annuale di partecipazione alle gare pubbliche.

Eurotour e la controinteressata hanno presentato successive memorie illustrative, con le quali hanno insistito sulle proprie rispettive tesi.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 10 dicembre 2010.

DIRITTO

L'appello principale è infondato.

Relativamente alla mancanza di interesse della ricorrente in primo grado A,C.A.P. ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della Eurotour, va rilevato che l'interesse "ad provocandum" invece esiste, in quanto nella specie si tratta dell'interesse strumentale tipico del soggetto che vuole, con la eliminazione di tutti i concorrenti partecipanti e ammessi alla gara, che questa venga rinnovata, potendo in tale sede ottenere la aggiudicazione, mentre il ricorso non doveva necessariamente essere notificato alla cessionaria del contratto, essendo dirette le censure contro la Eurotour, a nulla rilevando la posizione della cessionaria, che ripeteva dalla stessa Eurotour ogni eventuale sua posizione giuridica.

Con riferimento, poi, alla questione centrale della controversia, non può non rilevarsi che i requisiti, (nella specie si era in presenza del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione irrogato dall'Autorità di vigilanza per i contratti della pubblica amministrazione) devono essere posseduti in ogni momento, così che, anche se al momento della presentazione dell'offerta tale divieto non era ancora efficace, esso è comunque intervenuto successivamente ed era preciso compito del soggetto appellante comunicare anche tale nuovo "status" all'amministrazione, il che avrebbe impedito la emanazione del provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione del successivo contratto, per cui si individua comunque un difetto di comunicazione dell'appellante e, in ogni caso, quel che più conta, una mancanza di requisiti per

conseguire l'aggiudicazione e la stipulazione del successivo contratto.

Per quanto riguarda la stipula del contratto con la cessionaria dello stesso, non può non rilevarsi che la cessione del contratto, in tanto può avere effetto, in quanto il soggetto cedente sia titolare di una qualche situazione soggettiva; nella specie l'aggiudicazione, (oltre tutto provvisoria) come si è visto, invece è stata annullata, per cui nessuna questione può essere posta a favore della cessionaria. In relazione alla censura del mancato avviso di avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione, non può non rilevarsi che la materia dei contratti della pubblica amministrazione prevede l'articolazione del procedimento nell'ambito del bando, L'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela. (cfr. da ultimo Consiglio Stato , sez. V, 13 ottobre 2010 , n. 7460) In ogni caso nella specie il soggetto ha potuto esporre le sue ragioni sia in sede amministrativa che in sede giurisdizionale, per cui il mancato avviso non ha comportato alcuna lesione della sua posizione defensionale, oltre al fatto che la materia sanzionatoria, quale è quella dell'annullamento di un provvedimento amministrativo, si sottrae per sua natura alla comunicazione preventiva dell'avvio del procedimento che, si ripete, in ogni caso, non avrebbe potuto comportare alcuna modifica della soluzione adottata dalla pubblica amministrazione.

Per quanto concerne le proroghe, è evidente poi che le stesse sono state necessitate per garantire la continuità del servizio di trasporto degli alunni

che, proprio per l'annullamento dell'aggiudicazione, rischiava di restare scoperto.

L'appello va, conseguentemente, rigettato, mentre va conseguentemente dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale subordinato.

Le spese di giudizio del presente grado, stante la presenza di obiettivi elementi che lo consentono, possono essere integralmente compensate fra le parti in lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello principale;
dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)