

N. 02228/2011REG.PROV.COLL.
N. 02439/2010 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 2439 del 2010, proposto da:

SCHOOL BUS SERVICE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Labriola, unitamente al quale è elettivamente domiciliato presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, alla Piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

la società DAV s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Ferdinando Pinto e Giulio Renditiso, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via XX Settembre n. 3, presso lo studio dell'avv. Michele Sandulli;

il COMUNE di CASTEL VOLTURNO, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Provincia di Caserta, in persona del Presidente pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. della Campania, Napoli, Sezione I, n. 1191/2010 del 26.2.2010, di accoglimento del ricorso proposto da DAV s.r.l. contro la propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Castel Volturno per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2010, nonché contro l'ammissione alla gara della School Bus Service S.r.l. e contro la aggiudicazione provvisoria della gara a quest'ultima società.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della DAV s.r.l.;

Visto il decreto presidenziale 25 marzo 2010 n. 1421;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 8 settembre 2010 n. 302;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2010 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Labriola e Renditiso;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso al T.A.R. Campania, Napoli, la società D.A.V. s.r.l. ha chiesto l'annullamento della determinazione del Comune di Castel Volturno di cui al verbale n. 3 del 15 gennaio 2010 (di esclusione della stessa dalla gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2010), nonché della determinazione della stazione appaltante di cui al verbale n. 1 del 28 dicembre 2009 (recante l'ammissione alla gara della School Bus Service S.r.l.); inoltre ha chiesto l'annullamento del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto, della determinazione della stazione appaltante di cui al verbale n. 3 del 15 gennaio 2010 (di aggiudicazione

provvisoria della gara alla School Bus Service S.r.l.), dei verbali di gara n. 1 del 28 dicembre 2009, n. 2 del 14 gennaio 2010 e n. 3 del 15 gennaio 2010, della nota della Provincia di Caserta prot. n. 2554/Mobilità del 12 gennaio 2010 (avente ad oggetto chiarimenti in ordine al contratto di servizio “ponte” stipulato con la società ricorrente).

Con sentenza n. 1191/2010 del 26.2.2010 detto T.A.R. ha accolto il ricorso ed ha annullato i provvedimenti con esso impugnati, nella parte in cui D.A.V. s.r.l. aveva impugnato la propria esclusione dalla gara e la aggiudicazione provvisoria della gara alla School Bus Service s.r.l., sulla quale è stato ritenuto che si riverberassero anche i vizi discendenti dalla mancata esclusione della stessa.

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la School Bus Service s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della citata sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- Error in procedendo, violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 21 della L. n. 1034/1971 e del seguente art. 26 così come integrato e modificato dall'art. 9 della L n. 205/2000.

Il presupposto per la emanazione di sentenza in forma semplificata è costituito dalla completezza della istruttoria, nel caso che occupa carente perché mancavano le dichiarazioni prodotte nella busta n. 1 della School Bus Service s.r.l., in particolare quella ex artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000 circa il possesso dei requisiti di capacità economica finanziaria dalla stessa posseduti (oggetto di specifica contestazione da parte della DAV s.r.l.).

2.- Error in iudicando, erronea interpretazione dei presupposti di fatto e di diritto. Erronea motivazione, violazione di legge, violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D. Lgs. n. 163/ 2006. Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis. Difetto di istruttoria, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

Contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., la School Bus Service s.r.l. ha ottemperato alle prescrizioni contenute nel bando di gara, provvedendo ad autodichiarare, ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR n. 445/2000, i requisiti di capacità tecnico economica finanziaria richiesti dall'art. 9 del bando.

Non è condivisibile l'assunto del Giudice di prime cure che non ricorrevano le condizioni per assoggettare a regolarizzazione postuma l'offerta della controinteressata School Bus Service s.r.l..

3.- Error in iudicando. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del D. Lgs. n. 422/1997, della L. R. Campania n. 3/2002, dell'art. 9 del bando di gara e dell'art. 4 del capitolato speciale di appalto. Erronea interpretazione dei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

I servizi svolti dalla D.A.V. s.r.l. per la Provincia di Caserta non rientravano tra quelli previsti dall'art. 9 del bando, che richiedeva la dimostrazione di un fatturato per attività di trasporto scolastico per pubbliche amministrazioni almeno pari all'importo complessivo dell'appalto, relativo allo svolgimento di servizi identici o analoghi a quello oggetto di gara, perché non erano relativi a vero e proprio servizio di trasporto scolastico ma a servizio pubblico di linea.

Con atto depositato il 24.3.2010 si è costituita in giudizio la DAV s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, non essendo stata impugnata la aggiudicazione definitiva dell'appalto nelle more intervenute, nonché ne ha dedotto la infondatezza di tutti i motivi (con riguardo al terzo eccependo anche la inammissibilità perché a seguito della esclusione dalla gara de qua l'appellante non avrebbe interesse a contestare l'idoneità delle offerte altrui), concludendo per la reiezione.

Con decreto presidenziale 25 marzo 2010 n. 1421 è stata respinta la istanza di misure cautelari provvisoria proposta dalla parte appellante.

Con memoria depositata il 27.4.2010 la parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 7.6.2010 la costituita DAV s.r.l. ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 10.6.2010 la School Bus Service s.r.l., premesso di aver impugnato giurisdizionalmente anche la aggiudicazione definitiva della gara de qua, ha ribadito tesi e richieste, formulando anche domanda di risarcimento danni in forma specifica o per equivalente.

Con ordinanza 8 settembre 2010 n. 302 la Sezione ha disposto adempimenti istruttori.

Con memoria depositata il 12.11.2010 la parte appellante ha ribadito che il servizio di trasporto scolastico richiesto dal Comune di Castel Volturno si differenziava nettamente da quello svolto dalla controinteressata per conto della Provincia di Caserta ed ha insistito per l'accoglimento dell'appello e della richiesta di risarcimento danni.

Con memoria depositata il 16.11.2010 la DAV s.r.l. ha ribadito la infondatezza di tutti i motivi di appello ed ha concluso per la reiezione.

Con memoria depositata il 22.11.2010 la DAV s.r.l. ha replicato alle avverse argomentazioni, eccependo la inammissibilità della richiesta di risarcimento danni formulata per la prima volta dalla appellante nel corso del giudizio di secondo grado e della rinnovata istanza di sospensione della sentenza impugnata. Inoltre ha contestato la fondatezza in fatto delle avverse deduzioni ed ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 3.12.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, la società School Bus Service s.r.l. ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. della

Campania, Napoli, Sezione I, n. 1191/2010 del 26.2.2010, di accoglimento del ricorso proposto da DAV s.r.l. contro la propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Castel Volturno per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2010, nonché contro l'ammissione alla gara della School Bus Service S.r.l. e contro la aggiudicazione provvisoria a quest'ultima della gara.

2.- Innanzi tutto il Collegio deve esaminare la fondatezza della eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, formulata dalla difesa della D.A.V. s.r.l., nell'assunto che non sarebbe stata impugnata la aggiudicazione definitiva dell'appalto nelle more intervenuta.

Con memoria depositata il 10.6.2010 la appellante School Bus Service s.r.l. ha al riguardo dedotto che contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 41 del 17.3.2010 ed il consequenziale contratto di appalto è stato proposto ricorso giurisdizionale presso il T.A.R. Campania, Napoli, che è stato incardinato con il n. 2341/2010 di R.G..

La sopra riportata circostanza, essendo in realtà stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva dal quale derivavano le vere e definitive conseguenze pregiudizievoli per la sfera soggettiva del ricorrente, esclude che la eccezione in esame possa essere favorevolmente apprezzata.

3.-. Con il primo motivo di appello è stato dedotto che presupposto per la emanazione della sentenza in forma semplificata di primo grado era costituito, ex art. 26 della L. n. 1034/1971, come modificato dall'art. 9 della L. n. 205/2000, dalla completezza della istruttoria, che nel caso che occupa era carente perché mancavano alcune dichiarazioni prodotte nella busta n. 1 dalla School Bus Service s.r.l., in particolare quella, ex artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, circa il possesso dei requisiti di capacità economica finanziaria dalla stessa posseduti, oggetto di specifica contestazione da parte della DAV s.r.l. (documento che, siglato dai

Commissari di gara, era nella disponibilità della sola stazione appaltante, che ne ha invece omesso la presentazione).

3.1.- Il motivo è infondato.

Il primo giudice ha sentito le parti, che nulla hanno obbiettato, sulla eventualità della definizione della causa nel merito in sede cautelare: l'appellante, quindi, non può opporre una pretesa nullità cui essa ha rinunciato tacitamente (art. 157 comma 3 c.p.c.).

Quel che più conta, l'incompletezza dell'istruttoria, in difformità dal presupposto richiesto per la definizione della causa nel merito in sede cautelare dal comma 11 dell'art. 21 della l. n. 1034 del 1971, ora abrogato, non è prevista specificamente come causa di nullità della sentenza, come richiesto dall'art. 156 comma 3 c.p.c., né viola il diritto di difesa della parte. Essa dunque potrebbe esser causa non di invalidità, ma semmai di ingiustizia della sentenza, qualora si provi che l'incompletezza dell'istruttoria effettivamente sussisteva e ha determinato un errato convincimento del giudice.

4.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., la School Bus Service s.r.l. aveva ottemperato alle prescrizioni contenute nel bando di gara, provvedendo ad autodichiarare, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, i requisiti di capacità tecnico economica finanziaria richiesti dall'art. 9 del bando, sicché legittimamente la Commissione di gara aveva richiesto alla società, ai sensi dell'art. 46 suddetto, di comprovare quanto autodichiarato.

Inoltre è stato affermato che non sarebbe condivisibile l'assunto contenuto in sentenza che nel caso che occupa non ricorrevano le condizioni per assoggettare a regolarizzazione postuma l'offerta della controinteressata School Bus Service s.r.l., basato sulla apodittica affermazione che sussisteva carenza iniziale della documentazione richiesta dalla "lex specialis" ai fini della ammissione alla gara. Dall'art. 12 del bando, che richiedeva che la

busta n. 1 dovesse contenere, tra l'altro, documentazione comprovante i requisiti riguardanti la capacità economico finanziaria e la capacità tecnica di cui al precedente punto 9), non si evincerebbe, infatti, in maniera univoca che già all'atto della presentazione della domanda di partecipazione dovessero essere prodotti gli attestati rilasciati dagli Enti ed i bilanci di esercizio, essendo tale adempimento di norma richiesto solo in sede di controllo del possesso dei requisiti ex art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006. In proposito è stato anche evidenziato che, comunque, la richiesta integrazione documentale, coerente con i principi di "favor participationis" e di dovere di soccorso, aveva confermato quanto già dichiarato dalla School Service s.r.l..

4.1.- Osserva la Sezione che il Giudice di prime cure ha al riguardo sostenuto che la School Bus Service s.r.l doveva essere esclusa dalla procedura per aver trascurato di produrre, in occasione della presentazione dell'offerta, la documentazione comprovante i servizi svolti nell'ultimo triennio ed il relativo fatturato, richiesta a pena di esclusione dai punti 9 e 12 del bando e non regolarizzabile, come risultante dal verbale n. 1 del 28 dicembre 2009. Ha quindi detto Giudice ritenuto illegittimo il comportamento della Commissione che aveva consentito a detta Società di giovare dell'istituto dell'integrazione documentale consentita dall'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006, invece attivabile solo nel caso in cui debbano essere acquisiti lumi sul contenuto di documentazione presentata ritualmente e tempestivamente (ossia nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, che siano comunque stati prodotti), ma non quando la documentazione sia del tutto mancante o fisicamente incompleta. Ciò considerato che non poteva essere condivisa la tesi della School Bus Service s.r.l. (che nella busta n. 1 "Documentazione Amministrativa", era stato autodichiarato il possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dall'art. 9 del bando di gara) risultando l'assunto

smentito dall'inequivoco enunciato del verbale n. 1/2009 (facente fede fino a querela di falso), che escludeva la produzione, in allegato alla domanda di partecipazione di detta Società, di ogni documentazione comprovante i servizi svolti nell'ultimo triennio ed il relativo fatturato, "inclusa, beninteso, quella resa sotto forma di autodichiarazione sostitutiva".

4.2.- Il Collegio rileva altresì che il bando della gara di cui trattasi stabiliva che entro la data del 28.12.2009 dovevano essere fatte pervenire alla stazione appaltante le offerte di partecipazione, nonché presentata, a pena di esclusione, "documentazione comprovante i requisiti riguardanti la capacità economico – finanziaria e la capacità tecnica di cui al precedente punto 9)"; non prevedeva quindi detta disposizione la possibilità di presentazione di autodichiarazione sostitutiva di detta documentazione, né tale specifica clausola risulta essere stata impugnata con ricorso giurisdizionale dalla School Bus Service s.r.l..

Risulta dalla documentazione allegata all'atto di costituzione nel giudizio di primo grado del Comune di Castel Volturno che la School Bus Service s.r.l. ha presentato al riguardo dichiarazione datata 23.12.2009 "che l'impresa ha realizzato un fatturato complessivo al netto di iva, relativo agli ultimi tre esercizi, per l'attività di trasporto scolastico per Pubbliche Amministrazioni, per un importo superiore ad € 168.750,00; che la capacità economica finanziaria è posseduta sia per quanto proveniente dall'acquisizione del ramo d'azienda della Eurotur srl. Come da atto notarile, sottoscritto in data 17.4.2008 e con effetti dal 01.05.2008 e sia da quanto direttamente prodotto dal 01.05.2008 ad oggi, avendo prodotto, un fatturato globale pari ad € 3.000.000,00 nel triennio 2006/2008".

Il verbale della Commissione di gara n. 1/2009 esclude la produzione da parte della School Bus Service s.r.l., in allegato all'istanza di partecipazione, della documentazione comprovante i servizi svolti nell'ultimo triennio ed il relativo fatturato.

Poiché il bando di gara prevedeva la produzione di precisa documentazione a pena di esclusione e la relativa clausola non risulta gravata nella parte di interesse (per suo contrasto con la normativa in tema di documentazione amministrativa), il Collegio è dell'avviso che la presentazione dell'autodichiarazione in luogo dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti non fosse idonea a soddisfare il requisito richiesto dalla "lex specialis", contrastando col chiaro disposto di questa al riguardo; a nulla vale che i requisiti in questione concretamente sussistessero, perché il loro possesso avrebbe dovuto essere documentato nei termini previsti dal bando, a pena di esclusione.

Poiché l'omessa allegazione di documentazione comprovante i requisiti riguardanti la capacità economico – finanziaria e la capacità tecnica previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, non ne è permessa neppure l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando, come nel caso che occupa, non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara.

Deve quindi concordarsi con il Giudice di primo grado che illegittimamente la Commissione di gara ha consentito a detta School Bus s.r.l. di giovare dell'istituto dell'integrazione documentale contemplato dall'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006, considerato che i criteri ivi esposti ai fini dell'integrazione documentale consentono solo semplici chiarimenti di relazione a documentazione presentata in modo incompleto, ma non possono essere utilizzati per sopperire alla mancanza di documentazione mancante (Consiglio Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084).

La censura in esame non può quindi essere positivamente valutata.

5.- Con il terzo motivo di gravame è stato dedotto che il Giudice di primo grado ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla gara della D.A.V. s.r.l. (disposta nell'assunto che i servizi da essa svolti per la Provincia di Caserta

non rientravano tra quelli previsti dall'art. 9 del bando, che richiedeva la dimostrazione di un fatturato per attività di trasporto scolastico per pubbliche amministrazioni almeno pari all'importo complessivo dell'appalto) nell'erroneo assunto che, da attestazioni della Provincia di Caserta, risultava che detta società aveva conseguito corrispettivi superiori al fatturato minimo richiesto per "percorsenze scolastiche" che, essendo collegate a corse appositamente istituite, dovevano intendersi come linee di trasporto dedicate agli alunni delle scuole e quindi come trasporto scolastico in senso proprio, sia pure con modalità "di linea".

Le argomentazioni del Giudice di prime cure sarebbero inficcate da una travisata lettura della "lex specialis" di gara e da una inconferente applicazione della disciplina dettata per la peculiare e delicata materia relativa al servizio di trasporto scolastico, atteso che il contratto ponte intercorso tra D.A.V. s.r.l. e la Provincia di Caserta aveva ad oggetto il servizio pubblico di linea e non il servizio di trasporto scolastico.

Mentre il servizio di trasporto pubblico locale è rigido ed ha un capolinea e delle fermate prestabilite, ex art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 422/1997, il servizio di trasporto scolastico oggetto dell'appalto avrebbe, secondo l'appellante, diverse caratteristiche, dovendo essere svolto porta a porta, secondo quanto disposto dall'art. 4 del Capitolato speciale, che prevederebbe modalità di svolgimento del servizio inconciliabili con il servizio di trasporto pubblico locale (quali: un servizio di accompagnamento, l'orario indicato dalle scuole e suscettibile di variazioni nel corso dell'anno ed il trasporto esclusivo di utenti muniti della tessera di abbonamento rilasciata dal Servizio Pubblica Istruzione).

Il servizio di trasporto scolastico non rientrerebbe quindi nel novero dei servizi pubblici locali e, contrariamente a quanto asserito dal Giudice di prime cure, le "percorsenze scolastiche" attestate dalla Provincia di Caserta nulla avrebbero a che vedere con il servizio di trasporto scolastico, non

essendo altro che arterie di un servizio pubblico locale generalizzato e non di un servizio “ad hoc” appositamente dedicato ad una categoria di utenti. Non essendo quindi stati svolti dalla D.A.V. s.r.l. servizi identici, o comunque analoghi, a quelli oggetto di gara, come previsti nel capitolato speciale non potrebbe che concludersi che essa società non era in possesso del requisito di capacità economico finanziaria richiesto dall’art. 9 del bando di gara “per attività di trasporto scolastico per Pubbliche Amministrazioni”.

5.1.- Si può prescindere dalla eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa di D.A.V. s.r.l. (nell’assunto che, a seguito della esclusione dalla gara de qua l’appellante non avrebbe interesse a contestare l’idoneità delle offerte altrui) in quanto il motivo è infondato.

5.2.- L’art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 422/1997, che individua le funzioni e i compiti che sono conferiti alle Regioni ed agli Enti locali in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale (con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati), fissa, altresì, i criteri di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale, stabilendo che “Sono servizi pubblici di trasporto regionale e locale i servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall’articolo 3; essi comprendono l’insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell’ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale”.

Non bisogna invero al riguardo dimenticare che detto art. 1 del D. Lgs. n. 422/1977 è volto alla individuazione delle funzioni e dei compiti che sono conferiti alle Regioni ed agli Enti locali in materia di servizi pubblici di trasporto e che, in materia, l’art. 3, comma 3, della L. R. Campania n. 3/2002 specifica che i servizi pubblici di linea si distinguono in regolari

(quando sono rivolti a tutte le categorie di utenti, l'orario e l'itinerario sono individuati, eventualmente anche in una articolazione variabile; inoltre se la frequenza e la tariffa sono predeterminate) ed in speciali (quando sono riservati a categorie specifiche di utenti), come nel caso del trasporto scolastico (a nulla valendo che esso non sia esplicitamente nominato, rientrando nella generica categoria dei servizi di linea speciali).

A ben vedere, tali norme, nell'integrarsi a vicenda, non escludono affatto ed anzi ammettono la compatibilità tra servizio di trasporto di linea ed il trasporto scolastico per pubbliche Amministrazioni, cui fa riferimento l'art. 9 del bando di gara nello stabilire quale fosse il requisito di capacità economico finanziaria da possedere.

Deve quindi convenirsi con il Giudice di primo grado che nelle attestazioni della Provincia di Caserta prot. n. 142770/Mobilità del 22 dicembre 2009 e prot. n. 1844/Mobilità dell'11 gennaio 2010 si dava conto che la ricorrente, nel triennio 2006/2008, aveva effettivamente conseguito corrispettivi complessivamente superiori al fatturato minimo richiesto dal bando, per "percorrenze scolastiche" svolte nell'ambito dei servizi di trasporto di linea di cui era affidataria, con corse appositamente istituite, pur se nell'ambito di un unico contratto ponte (come comprovato dalla relazione della Provincia di Caserta n. 0095679 del 22.9.2010, acquisita a seguito di istruttoria disposta dalla Sezione, ove è asserito che i programmi di esercizio dei servizi di trasporto di linea oggetto del contratto ponte comprendevano anche corse scolastiche) .

Detti servizi svolti dalla D.A.V. s.r.l. "per percorrenze scolastiche" erano quindi qualificabili quali attività di trasporto scolastico e appare al Collegio irrilevante che il capitolato speciale della gara di cui trattasi prevedesse, all'art. 4, particolari modalità di svolgimento del servizio posto a gara a domanda individuale, atteso che esse non erano incompatibili con il tipo di trasporto svolto da detta società e che l'art. 9 del bando prevedeva che

dovesse essere fornita la dimostrazione di un fatturato per attività di trasporto scolastico per pubbliche amministrazioni almeno pari all'importo complessivo dell'appalto, relativo al generico svolgimento di "attività di trasporto scolastico", senza particolari caratteristiche.

E che quelli svolti dalla D.A.V. s.r.l. non fossero servizi diversi da quelli oggetto di gara non può dubitarsi, considerato che le modalità di svolgimento del servizio di trasporto scolastico con modalità di linea svolto da essa società non possono ritenersi in via incompatibili con le modalità di svolgimento del servizio fissate per la gara di cui trattasi dall'art. 4 (paragrafi 4.2 e 4.7) del capitolato speciale (che non prevedeva affatto esplicitamente l'accompagnamento degli alunni presso le private abitazioni con modalità porta a porta -come dedotto dalla parte appellante-, ma solo il rispetto di orari indicati dalle scuole all'inizio dell'anno scolastico -pur suscettibili di variazioni-, l'uso di apposite tessere, responsabilità durante il viaggio e itinerari di percorrenza determinati); né è stato provato che, nello svolgimento di percorrenze scolastiche nell'ambito di servizi di trasporto di linea, la citata società non avesse osservato identiche modalità di esercizio.

Per le considerazioni che precedono le censure in esame non possono essere quindi oggetto di favorevole apprezzamento.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

La reiezione dell'appello comporta anche la impossibilità di accoglimento della richiesta di risarcimento danni formulata dall'appellante, non solo perché essa è stata inammissibilmente proposta per la prima volta nel corso del giudizio di appello, in violazione del doppio grado di giudizio (Consiglio Stato, sez. V, 27 dicembre 2010, n. 9395) e con memoria non notificata alle controparti, ma anche perché essa è anche infondata nel merito, non potendo essere considerata illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione, che aveva aggiudicato la gara in via provvisoria

proprio alla School Bus Service s.r.l., e ingiusto il danno.

7.- Le spese della presente fase del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Pone a carico della appellante School Bus Service s.r.l., le spese, competenze ed onorari della presente fase del giudizio, liquidate a favore della costituita DAV s.r.l. nella misura complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad I.V.A. e C.P.A..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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

