

Pubblicato il 21/06/2018

N. 03822/2018REG.PROV.COLL.

N. 00489/2018 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 in appello iscritto al numero di registro generale
489 del 2018, proposto da:
Atral s.c.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Malena, con
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ovidio, 32;

contro

Comune di Latina, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Di
Leginio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato
Paolo Pontecorvi in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI
LATINA, SEZIONE I, n. 00599/2017, resa tra le parti,
concernente l'annullamento di tutti gli atti e provvedimenti
(Bando, Disciplinare, Capitolato speciale) della Gara per

l'affidamento del servizio di Trasporto Pubblico Locale urbano nel Comune di Latina;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Latina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Massimo Malena, Francesco Di Leginio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sezione staccata di Latina ATRAL s.c.a.r.l. (d'ora in avanti soltanto "*Atral*"), concessionaria del servizio di trasporto pubblico locale ("*TPL*") nel Comune di Latina dal 2005 fino ad oggi (dapprima in virtù di concessione rep. n. 64575 del 10.3.2005 e successivamente, a seguito di scadenza contrattuale intervenuta il 1 gennaio 2011, in virtù di reiterate proroghe dell'originario contratto di servizio), ha impugnato, chiedendone l'annullamento, tutti gli atti e i provvedimenti relativi alla gara per l'affidamento del servizio di Trasporto Pubblico Locale mediante autobus (per la durata di anni sei e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), indetta, con Bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 26 maggio 2017 e sulla G.U.R.I. il 29 maggio 2017, dal Comune di Latina (d'ora in

avanti soltanto il “*Comune*”). Il valore globale stimato di tale affidamento è pari a 23.625.000,00 (29.000.000,00 tenuto conto del valore delle opzioni).

1.1. In particolare, a seguito del provvedimento dirigenziale prot. n. 84078 del 20 giugno 2017 di diniego dell’istanza di autotutela per l’annullamento ex art. 21 *nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241 della suddetta procedura selettiva, Atral, la quale non ha partecipato alla gara in oggetto (per la quale hanno presentato invece le proprie offerte quattro operatori economici, tra cui anche la consorziata Schiaffini Travel s.p.a. detentrica del 30% delle quote di Atral) e che con separati ricorsi ha proposto impugnativa anche avverso l’ammissione di due imprese concorrenti, ha impugnato il Bando, il Capitolato Speciale, il Disciplinare, la comunicazione pubblicata sul sito internet istituzionale prot. 84929 del 21.6.2017, recante “*avviso di proroga e rettifica disciplinare*”, il relativo Disciplinare rettificato e l’avviso di rettifica (pubblicato sulla G.U.E.E. del 22.6.2017 e sulla G.U.R.I. del 23.6.2017), la relazione ex art. 34 del D.L. n. 179 del 2012, approvata con deliberazione G.M. n. 112 del 4.4.2017 e la Determinazione Dirigenziale a contrarre n. 619 del 12.4.2017 di attivazione della procedura di gara, nonché tutti gli atti connessi, presupposti, connessi, consequenziali.

1.2. La ricorrente in primo grado ha sostanzialmente dedotto le seguenti censure: a) violazione dell’art. 7 del Regolamento CE 1370/07, per non avere l’Amministrazione provveduto a pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea con

almeno un anno di anticipo un avviso di preinformazione recante denominazione e indirizzo della stazione appaltante, nonché l'indicazione della tipologia di gara; b) omessa individuazione dei beni e mezzi utilizzabili per il servizio e mancata predisposizione del piano economico finanziario; c) incompetenza del Comune a svolgere il ruolo di stazione appaltante in ragione del livello provinciale del bacino di utenza interessato dal servizio da affidare; d) riconducibilità del contratto alle concessioni di **pubblici servizi** e non agli appalti, stante l'esistenza di un rischio economico totalmente addossato all'affidatario; e) previsione di una base d'asta non sufficientemente remunerativa dei costi del servizio; f) incongruità e inadeguatezza delle regole stabilite per il trasferimento del personale dal gestore all'aggiudicatario.

1.3. Con la sentenza segnata in epigrafe il T.a.r. adito, nella resistenza del Comune costituitosi in giudizio e all'esito degli adempimenti istruttori disposti (con ordinanza 501/2017), ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse per non avere Atral partecipato alla gara e per la ritenuta insussistenza della natura escludente o impeditiva di siffatta partecipazione delle clausole impugnate dalla ricorrente, condannando altresì quest'ultima alla rifusione delle spese processuali a favore del Comune.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Atral, assumendo che essa sia inficiata da plurimi *errores in iudicando* e *in procedendo* e domandandone la riforma con tre distinti motivi di appello così rubricati: I. *Error in iudicando* sulla

sussistenza dell'interesse ad agire; violazione dei principi giurisprudenziali in tema di interesse a impugnare e di clausole escludenti; omessa pronuncia in ordine alla plurime condizioni escludenti censurate in primo grado; violazione dell'art. 100 c.p.c.; carenza di motivazione; II. *Error in iudicando*; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37 d.l. 201/2011 e s.m.i.; violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* (art. 12 Capitolato; domanda di partecipazione; Disciplinare); violazione dell'art. 18, comma 2, lett. a) del d.lgs. 422/1997; violazione dell'art. 32 del Codice dei contratti **pubblici**; violazione Delibera Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49/2015 (Misura n. 7); violazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione; eccesso di potere per carenza di istruttoria e disparità di trattamento, erroneità del presupposto; erronea valutazione degli esiti dell'istruttoria disposta; III. *Error in procedendo*: omessa pronuncia; violazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37, comma 2, lett. f) del D.L. 201/2011; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 27 e 48, del D.L. 50/2017; violazione Deliberazione Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 2015; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 *bis*, D.L. 138/2011; eccesso di potere per falsità del presupposto – carenza assoluta di istruttoria; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42 Cost.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7, par. 2, Regolamento (CE) 1370/2007; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37, commi 2 e 3, del D.L. 201/2011; violazione dei principi di pubblicità,

trasparenza e concorrenza; eccesso di potere per falsità del presupposto -difetto di motivazione - carenza di istruttoria in relazione alla fissazione del termine di presentazione delle offerte; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5 della L.R. 30/1998; incompetenza; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4, 5, 6 del Regolamento 1370/2007; violazione e/o falsa applicazione delle Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE; violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016 (artt. 3, 70 e 114); violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 D.Lgs. 422/1997; violazione art. 1, comma 84, L. 147/2013; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41 Cost.; violazione e/o falsa applicazione dei principi di concorrenza: assoluta indeterminatezza della misura della remunerazione del gestore; eccesso di potere per illogicità – carenza di proporzionalità - carenza di istruttoria e difetto di motivazione – sviamento – disparità di trattamento; violazione dell'art. 29 R.D. 148/1931; violazione art. 3 direttiva 2001/23/CE; violazione CCNL Autoferrotramvieri in materia di “*clausola sociale*”; violazione dei principi di parità di trattamento e di concorrenza.

2.1. Si è costituito in giudizio il Comune e ha depositato memorie difensive per resistere all'appello proposto, eccependone *in limine* l'irricevibilità per tardività (in relazione all'omessa tempestiva impugnazione di atti presupposti) nonché l'inammissibilità per carenza di interesse e chiedendone nel merito la reiezione per la sua infondatezza in fatto e in diritto.

2.2. Abbinata al merito la domanda cautelare incidentalmente formulata dall'appellante, all'udienza pubblica del 29 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

3. Viene in decisione l'appello con cui Atral, gestore uscente del servizio, ha dedotto l'illegittimità della disciplina di gara indetta dal Comune di Latina per l'affidamento del servizio di Trasporto Pubblico Locale, assumendo la natura escludente e impeditiva della partecipazione alla procedura di alcune clausole della *lex specialis*.

4. Deve, in primo luogo, essere esaminata l'eccezione di tardività del ricorso formulata dalla difesa comunale, per non avere Atral tempestivamente impugnato la deliberazione di Giunta n. 112 del 4 aprile 2017, adottata ai sensi dell'art. 34, comma 20, d.l. 179 del 2012, costituente atto preparatorio alla procedura di gara.

4.1. L'eccezione è infondata.

4.2. La deliberazione giuntale in oggetto non aveva di per sé effetti lesivi per l'odierna appellante, stante il suo contenuto meramente descrittivo: del resto Atral non contesta la scelta in sé dell'affidamento del servizio a mezzo di procedura né vi oppone, assumendo al contrario che sarebbe pregiudicato proprio il suo interesse di partecipare alla procedura selettiva, in condizioni di parità con le altre imprese concorrenti, a causa delle clausole impuginate della *lex specialis*, asseritamente aventi natura escludente, sicché è soltanto con la pubblicazione del

bando che si è concretizzata la lesione alla posizione giuridica dell'impresa appellante.

5. Può, dunque, passarsi all'esame nel merito del gravame proposto.

5.1. Con il primo motivo di appello Atral ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado con riguardo alla statuizione di inammissibilità per carenza di interesse ivi contenuta: Atral ha sostenuto infatti che proprio il mancato rispetto delle disposizioni censurate avrebbe determinato un'immediata ed irrimediabile lesione per essa ricorrente, stante l'evidente impossibilità per la stessa di presentare la propria offerta.

5.2. Con il secondo motivo di appello Atral ha censurato la sentenza di primo grado, in ordine all'unico elemento ad essere stato esaminato in concreto ai fini della decisione di inammissibilità, ovvero le condizioni di accesso in tema di reperibilità e approvvigionamento degli autobus, costituente uno dei profili di maggiore rilevanza ai fini della verifica dell'effettiva contendibilità della procedura di gara (come riconosciuto, peraltro, anche dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato: si veda AGCM IC47 "*Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*", Indagine conoscitiva pubblicata in data 13 giugno 2016), stante da un lato il costo elevato per l'acquisto dei mezzi, che non possono perciò essere oggetto di approvvigionamento in prospettiva o in vista di future ed eventuali commesse, dall'altro in ragione della tempistica di consegna, oscillante tra i tre i dieci mesi dall'ordinativo di acquisto in base alle circostanze del caso: con

tale mezzo l'appellante censura, dunque, la pronunzia impugnata lì dove afferma che *“il divieto di discriminazione nella valutazione delle offerte in gara con riguardo alla disponibilità delle dotazioni essenziali per l'esecuzione del servizio di cui all'art. 18, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 422/97... è salvaguardato dalla previsione dell'alternativa tra la dichiarazione, nell'offerta tecnica, di avere in proprietà o in usufrutto un parco autobus adeguato... e l'impegno all'acquisto. E...è proprio l'assenza dell'indicazione di un termine fisso per concludere l'acquisto dei mezzi- che sia inferiore a quello di diciotto mesi dall'aggiudicazione definitiva, indicato dall'art. 37, comma 2, lett. f) del D.L. n. 201/2011- a garantire ai concorrenti l'esclusione di discriminatorie prelezioni a favore delle imprese che posseggano il parco automezzi già all'atto della presentazione delle offerte.”*

5.3. Con tale mezzo l'appellante lamenta altresì che la sentenza impugnata non abbia dato alcun rilievo al mancato rispetto dell'obbligo di pubblicazione dell'avviso di preinformazione né alla circostanza che non sia stata compiuta alcuna attività ricognitiva da parte dell'Amministrazione, come prescritto dalla misura numero 7 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (d'ora in avanti "ART") rubricata *“Individuazione dei tempi necessari per l'acquisizione del materiale rotabile”*: tale disposizione prescrive l'effettuazione di un'attività ricognitoria da parte della stazione appaltante, al fine di verificare attraverso stime e/o indagini conoscitive, la capacità produttiva dei costruttori ed i tempi di approvvigionamento dei mezzi da parte degli operatori economici. L'Amministrazione appellata, tuttavia, non avrebbe messo a

disposizione del gestore del servizio un parco mezzi adeguato e avrebbe omesso di prevedere nella disciplina di gara termini idonei a consentire ai potenziali soggetti interessati a partecipare di reperire il materiale rotabile sul mercato in tempo utile per l'avvio del servizio, realizzando in concreto proprio quella *“discriminazione”* che il legislatore nazionale (con l'art. 18 del d.lgs. 422 del 1997) e l'ART hanno inteso impedire e vietare.

5.4. Il primo giudice avrebbe poi malamente interpretato il disposto dell'art. 37, secondo comma, lett. f) d.l. 201/2011, che così prevede *“con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie...In questi casi, all'impresa aggiudicataria è concesso un tempo massimo di diciotto mesi”*. L'appellante evidenzia infatti che, contrariamente a quanto statuito nella sentenza impugnata (ove a sostegno della legittimità della *lex specialis* si richiama l'assenza della previsione di un termine inferiore ai diciotto mesi dall'aggiudicazione definitiva, indicato dall'art. 37, comma 2, lett. f) del D.L. n. 201/ 2011, per concludere l'acquisto dei mezzi) il citato termine sia invece applicabile soltanto per il reperimento del materiale rotabile ferroviario, e non già per gli autobus, per i quali, in difetto di un termine specificamente individuato da una previsione normativa, vige soltanto la necessità di garantire condizioni di accesso ai mezzi che tengano conto dei tempi di consegna e non siano quindi lesivi della concorrenza, sì da pregiudicare l'effettiva possibilità di partecipazione alla gara. Tali esigenze, ad avviso

dell'appellante, sono state infatti compromesse dalla legge di gara, come emerge dalla lettura del Capitolato Speciale ove all'art. 12 si prevede che *“La disponibilità materiale e giuridica dei mezzi richiesti ...è presupposto essenziale e inderogabile ai fini dell'aggiudicazione”* e inoltre che *“L’Affidataria dovrà disporre materialmente di tutti i mezzi necessari, compresi quelli da utilizzare per le eventuali sostituzioni, entro la data di inizio del servizio, pena la revoca dell'affidamento dello stesso, con l’incameramento della cauzione”*; previsioni queste ultime ribadite anche nel Disciplinare, ove nell'ambito della determinazione dei criteri di attribuzione dei punteggi, si dispone che *“Tutti i mezzi offerti devono essere a disposizione dell’Amministrazione fin dall’inizio del servizio”*. Tali previsioni della legge di gara, incomprensibilmente obliolate nella motivazione della sentenza impugnata, costituirebbero espressa conferma dell'indispensabilità della dotazione dei mezzi sia ai fini dell'aggiudicazione sia in vista della possibile autorizzazione dell'esecuzione d'urgenza del servizio.

6. Con il terzo motivo di gravame Atral ha riproposto le censure svolte in primo grado, deducendo il vizio di omessa pronuncia in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata. In particolare, l'impresa appellante è tornata qui a dolersi del mancato rispetto dell'obbligo di pubblicazione dell'avviso di preinformazione di cui all'art. 7, par. 2, del Regolamento UE n.1370/2007 e della contestuale mancata osservanza dei termini minimi concessi agli operatori economici per la presentazione dell'offerta, sì come individuati nell'ordinamento interno dalle misure di regolazione

dell'ART, ed inoltre della carenza di istruttoria e dell' omesso compimento di tutte le attività che la legislazione nazionale e le misure regolatorie dell'ART hanno individuato come propedeutiche alla definizione di un quadro conoscitivo minimo indispensabile per i concorrenti.

6.1. La condotta dell'Amministrazione appellata ad avviso dell'appellante appare censurabile poiché in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale, avendo essa da un lato del tutto omesso la pubblicazione dell'Avviso di preinformazione da effettuarsi *“almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara”*, come prescritto all'art. 7, par. 2 del Regolamento UE n. 1370/2007, al fine di *“consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi”*, dall'altro violato anche il termine minimo di presentazione delle offerte, previsto a livello nazionale (Misura n. 16 della Delibera Autorità di regolazione dei Trasporti 49/2015), e pari a 110 giorni dalla pubblicazione del bando, abbreviando irragionevolmente siffatto termine (mediante la previsione di un termine di soli 43 giorni, ulteriormente ridotti a 36 a seguito di avviso di rettifica), così violando i principi di pubblicità, concorrenza e trasparenza.

6.2. Atral ha lamentato altresì la totale indeterminatezza del corrispettivo e, comunque, la sua inidoneità a coprire i costi della commessa, assumendo per un verso che il corrispettivo da attribuire al gestore non è stato determinato, né reso determinabile, in quanto ancorato ad un trasferimento regionale annualmente individuato in assenza di un meccanismo contrattuale compensativo di eventuali

oscillazioni di tale contributo finanziario; e per altro verso che l'omessa previsione della predisposizione da parte della stazione appaltante di un PEFS (piano economico finanziario simulato) e dei criteri di determinazione del Piano Economico Finanziario (PEF) che le concorrenti devono presentare in sede di formulazione dell'offerta (come stabilito dalle misure n. 12 e 15 della Deliberazione ART n. 49 del 2015) impedirebbe ogni indagine in ordine al rapporto tra costi e ricavi della commessa, risultando anche sotto tale profilo gli atti impugnati viziati da una palese carenza di istruttoria: sicché gli atti di gara si caratterizzerebbero, ad avviso dell'appellante, per condizioni negoziali che renderebbero il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, sì da rendere aleatoria e non preventivamente calcolabile la remunerazione del gestore chiamato a predisporre un offerta "al buio".

6.3. Anche la determinazione della base d'asta sarebbe poi, ad avviso dell'appellante, assolutamente incapiente rispetto ai costi di gestione del servizio e non in grado di remunerare il complesso degli obblighi imposti al gestore: sarebbe poi scorretto equiparare, come fa l'Amministrazione, il corrispettivo posto a base di gara per la remunerazione del gestore con il contributo chilometrico regionale, peraltro pretendendo di non aggiornare il dato esistente, del tutto inattuale e insufficiente.

6.4. Inoltre, l'appellante lamenta che la disciplina della clausola sociale prevista dall'art. 11 del Capitolato determinerebbe una

lesione della parità di trattamento dei concorrenti lì dove prevede la possibilità di eccezione alla sua applicabilità, riconoscendo la facoltà alla concorrente di provare la non coerenza con la propria organizzazione di impresa: in tal modo sarebbero violate le indicazioni fornite dall'Autorità di Regolazione e dalla normativa comunitaria in base al quale l'individuazione del personale interessato deve essere uguale per tutti i concorrenti, determinando così una disparità di trattamento proprio in danno dell'odierna appellante, gestore uscente, cui tale facoltà discrezionale non sarebbe consentita.

6.5. Atral sostiene, dunque, che l'assoluta difformità degli atti della procedura rispetto al modulo legale in relazione ai profili sopra evidenziati, del tutto obliterati dal T.a.r. con violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non avrebbe consentito agli operatori economici di disporre delle indicazioni necessarie ed indispensabili per la formulazione dell'offerta.

6.6. L'appellante ripropone infine le censure relative all'addotta incompetenza del Comune a rivestire il ruolo di Stazione appaltante non risultando essere l'ente di governo del relativo bacino di mobilità (corrispondendo nella Regione Lazio il bacino ottimale al livello di governo provinciale) e all'erronea qualificazione della commessa in termini di contratto di appalto nell'ambito dei settori speciali, in tal modo determinando la mancata osservanza di disposizioni di legge poste a presidio dei principi di concorrenza e trasparenza nell'affidamento delle pubbliche commesse.

7. I motivi di doglianza articolati da Atral sono infondati, non apparendo, ad avviso della Sezione, la sentenza impugnata meritevole delle critiche che le sono state rivolte.

7.1. Giova, in primo luogo, evidenziare come il T.A.R. con ordinanza istruttoria abbia stabilito che il Comune chiarisse con produzione di apposita relazione *“se i mezzi resi disponibili dall’Amministrazione siano o meno sufficienti per l’esecuzione dell’appalto; in caso negativo se e come, e in che tempi, ne sia prevista la reperibilità in misura utile”*. Da tale attività istruttoria è emerso che dei quarantaquattro mezzi necessari per l’esecuzione del servizio il Comune ne avrebbe messi a disposizione trentatré: l’appellante sostiene che tale numero sia comunque inferiore ai mezzi concretamente utilizzabili che, tenuto conto delle doverose sostituzioni dei mezzi vetusti, di fatto ammonterebbero soltanto a undici, con la conseguenza che il concorrente avrebbe dovuto acquistare gli altri autobus (per un controvalore stimato di otto milioni) soltanto al fine di partecipare alla gara.

7.2. L’assunto non merita condivisione.

7.3. L’art. 18 del d.lgs. 422 del 19 novembre 1997 dispone che il bando di gara deve garantire *“che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per l’effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti”* e altresì che tali beni *“siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica”*.

7.4. L'art. 37, comma 2 lett. f), d.l. 201 del 6 dicembre 2011, nel disciplinare la materia del trasporto ferroviario regionale (con principi comunque mutuabili per identità di *ratio legis* per gli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale mediante autobus), dispone che *“l’Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l’accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificatamente che la disponibilità del materiale rotabile non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti”*, precisando inoltre che *“in questi casi, all’impresa aggiudicataria è concesso un tempo massimo di diciotto mesi, decorrenti dall’aggiudicazione definitiva, per l’acquisizione del materiale rotabile per lo svolgimento del servizio.”*

7.5. La stessa Autorità di Regolazione nella relazione illustrativa-allegato B alla Delibera n. 49 del 2015 ha chiarito che *“l’individuazione di termini congrui per l’acquisizione del materiale rotabile necessario per l’espletamento del servizio oggetto dell’affidamento è una tematica centrale in quanto suscettibile di avere un effetto restrittivo e discriminatorio ai fini della partecipazione alla gara”*.

7.6. Così ricostruita in termini generali la disciplina applicabile alla materia degli affidamenti relativi ai **servizi** di trasporto pubblico locale, deve dunque escludersi ad avviso della Sezione che le previsioni della legge di gara oggetto di impugnativa costituiscano una violazione sia della normativa richiamata- che vieta ogni discriminazione in sede di partecipazione alle procedure per l’affidamento dei **servizi** di TPL fondata sul possesso dei mezzi già all’avvio della

procedura di gara- sia delle citate prescrizioni dell'Autorità di regolazione le quali impongono l'espletamento di un'ideale istruttoria per l'individuazione dei tempi necessari all'acquisizione del materiale rotabile, tenuto conto della tempistica di approvvigionamento dei mezzi.

7.7. Il Collegio di prime cure ha infatti a ragione rilevato come l'adempimento istruttorio disposto abbia consentito di accertare la piena leggibilità della disciplina di formazione dell'offerta e di esecuzione del servizio appaltando, laddove il Disciplinare contempla la disponibilità della flotta automezzi del Comune con onere per l'affidatario di procedere soltanto alla sostituzione dei mezzi vetusti.

7.8. La sentenza impugnata appare poi condivisibile poiché fa correttamente riferimento all'orientamento giurisprudenziale consolidato (sin da Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 1 del 2003) secondo il quale, in coerenza con i principi generali in materia di interesse sostanziale e interesse ad agire, l'interesse differenziato e qualificato a legittimare l'azione processuale nelle gare d'appalto sorge con gli atti applicativi della procedura di gara i quali rendono concreta ed attuale la lesione, mentre è possibile per l'impresa non partecipante alla gara impugnarne il bando soltanto se questo contiene clausole escludenti o impeditive della partecipazione, prescrivendo all'interessato requisiti di ammissione e partecipazione che non possiede né può acquisire ovvero che impongano oneri incomprensibili, irragionevoli o manifestamente sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara e

della procedura; e, facendo buon governo dei richiamati principi giurisprudenziali che correlano l'interesse attuale all'impugnazione da parte del concorrente non partecipante all'esistenza non già di clausole meramente illegittime ma aventi natura escludente (Cons. Stato, IV, 11 ottobre 2011, n. 4180), ha ritenuto che non ricorra alcuna delle suddette circostanze, non avendo Atral impugnato disposizioni della legge di gara che le abbiano di fatto impedito di formulare un'offerta seria e attendibile.

7.9. Invero, come rilevato dal giudice di prime cure, non è dato riscontrare nella fattispecie in esame la denunciata difficoltà di reperimento del materiale rotabile idonea a compromettere la concreta contendibilità della gara in oggetto, anche rispetto ai tempi di avvio del servizio previsti dalla *lex specialis*. Il possesso e la disponibilità di un adeguato parco mezzi non costituiva infatti requisito di partecipazione alla gara, dovendo essere garantita solo all'esito dell'aggiudicazione e al momento dell'avvio del servizio: in tal senso deve infatti interpretarsi, mediante una lettura combinata delle previsioni ivi contenute, la disciplina dettata dal Capitolato speciale e dal Disciplinare. Né tale disponibilità è stata elevata dalla legge di gara a criterio di valutazione delle offerte, in quanto il momento che assume rilievo per verificare la suddetta disponibilità viene spostato in avanti e traslato all'inizio dell'espletamento del servizio, allo scopo di assicurare la corretta e regolare esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento. In tal modo, la disciplina di gara appare rispettosa anche delle prescrizioni dell'Autorità

di Regolazione che nella richiamata Relazione illustrativa ha evidenziato che la disponibilità del materiale rotabile debba essere garantita solo al momento dell'avvio del servizio.

8. Tali circostanze, costituenti il nucleo essenziale delle questioni poste dall'odierna appellante, sono state correttamente valutate dal giudice di prime cure. La sentenza appellata afferma, in modo condivisibile secondo la Sezione, che la previsione contenuta nel disciplinare relativa alla disponibilità per il servizio della flotta automezzi del Comune contestualmente all'onere per l'affidatario di sostituire unicamente i mezzi vetusti (con anzianità superiore ai sedici anni) non è contrastante con il divieto di discriminazione nella valutazione delle offerte in gara ex art.18, comma 2, d.lgs. 422 del 1997 in quanto non comporta prelezioni discriminatorie a favore delle imprese che posseggano il parco automezzi già all'atto della presentazione delle offerte: ciò infatti è escluso dalla previsione dell'alternativa tra la dichiarazione nell'offerta di avere in proprietà o in usufrutto un parco autobus adeguato e l'impegno all'acquisto che consente anche alle imprese non ancora in possesso dei mezzi richiesti per l'espletamento del servizio di partecipare alla gara, peraltro senza previsione di un termine fisso entro il quale concludere l'acquisto del materiale. In tal senso deve essere inteso infatti il contestato riferimento al termine per il reperimento del materiale rotabile, assumendo rilievo esclusivamente l'assenza, in relazione a tale profilo, di previsioni di legge o della *lex specialis*: sicché corretta appare la statuizione della sentenza impugnata lì dove afferma che non

è indicato un termine inferiore a quello di diciotto mesi ex art. 37 comma 2 lett. f.) d.l. 201 del 2011, norma peraltro, per ammissione della stessa appellante, non applicabile alla fattispecie in quanto espressamente riferibile soltanto al trasporto ferroviario regionale e non all'acquisto di autobus, normalmente reperibili in tempi più brevi. Ad ogni modo, appare opportuno evidenziare che tale previsione contempla un termine massimo inderogabile decorrente dall'aggiudicazione per l'acquisto dei treni, ben potendo essere previsto dai bandi anche un termine inferiore, purché congruo a garantire la concreta accessibilità al materiale rotabile in tempo utile per l'avvio della commessa nel rispetto del principio di concorrenza e di *par condicio competitorum*. Appare, dunque, di palmare evidenza come, attraverso la prevista facoltà di assunzione di un mero impegno all'acquisto (peraltro limitatamente ai mezzi con anzianità superiore ai sedici anni) e la mancata previsione di un termine fisso per procedervi, gli operatori economici siano posti nelle medesime condizioni rispetto alla partecipazione alla gara, dovendo tutti assicurare allo stesso modo il possesso e la disponibilità dei mezzi richiesti soltanto all'avvio della commessa, non risultando perciò affatto privilegiati coloro che già si fossero dotati degli autobus necessari per averli acquistati prima o contestualmente alla predisposizione dell'offerta.

8.1. Né Atral può dolersi dell'assenza di contendibilità, avendo di fatto gestito, anche in virtù delle numerose e reiterate proroghe dell'originario contratto di servizio, il servizio di

trasporto pubblico locale sin dal 2005, disponendo dunque del tempo necessario per organizzarsi dotandosi di un parco mezzi adeguato: sicché non colgono nel segno, oltre ad essere comunque prive di rilievo ai fini della decisione della presente controversia, le sue doglianze circa l'impossibilità di programmare investimenti e di predisporre piani a lungo termine a ragione della situazione di precarietà in cui era gestito il servizio, trattandosi con tutta evidenza di scelte aziendali che l'impresa ha effettuato autonomamente e ben potendo prevedere, sin dalla scadenza del contratto di concessione, che il servizio sarebbe stato oggetto di affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, organizzandosi di conseguenza per potervi partecipare.

8.2. Allo stesso modo non possono trarsi argomenti meritevoli di positiva considerazione dalla disposta esclusione di tre delle quattro imprese concorrenti asseritamente determinata dalla carenza di un parco mezzi idoneo rispetto ai requisiti minimi richiesti dal Capitolato, in quanto l'appellante non ha dedotto né dimostrato l'esistenza di plausibili ragioni e condizioni oggettive che impedissero alle suddette imprese di assumere l'impegno in offerta, così assumendo l'obbligazione di garantire al momento dell'avvio del servizio la disponibilità del materiale rotabile costituente mero requisito di efficacia e non già di validità dell'aggiudicazione. Peraltro, anche l'impegno all'esecuzione d'urgenza del servizio al ricorrere dei presupposti di legge nelle more del perfezionamento del contratto, costituendo momento a valle della disposta

aggiudicazione, non rappresenta elemento impeditivo della partecipazione alla gara: sicché sul punto meritano condivisione le statuizioni della sentenza impugnata ove si afferma che *“l’onere di garantire, nelle more del perfezionamento del contratto, il servizio di emergenza ex art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici non è formulato in termini limitativi dell’impegno all’acquisto dei mezzi in tempi congrui”*; ciò per l’evidente ragione per cui, come bene rilevato dal primo giudice, l’esecuzione del servizio in esame è condizionata in concreto all’effettiva acquisizione degli autobus da parte dell’affidatario.

8.3. Vanno poi esaminate le doglianze articolate nel terzo motivo di gravame, con cui l’odierna appellante: la Sezione rileva sul punto che il Tribunale, non esaminando dette censure, non è incorso nel vizio di omessa pronuncia in quanto tale decisione è frutto esclusivamente della declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse e della ritenuta assenza di natura escludente delle altre clausole censurate. Tuttavia, il Collegio rileva l’opportunità di esaminare nel merito anche tali doglianze in quanto con esse l’odierna appellante ha lamentato l’esistenza di ulteriori clausole della *lex specialis* recanti disposizioni abnormi e tali da rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica o da rendere il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, nonché di abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta e di gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la sua formulazione.

8.4. Anche tali censure sono prive di fondamento.

8.5. In primo luogo, il Collegio ritiene non meritevoli di positivo apprezzamento le argomentazioni svolte dalla difesa dell'appellante circa la qualificazione giuridica della fattispecie in esame e la conseguente applicabilità delle fonti regolatorie richiamate (art. 7 Par. 2 del Regolamento e Deliberazione ART 49/2015).

8.6. Come bene rilevato dalla difesa comunale, la procedura in oggetto è correttamente qualificabile come appalto di **servizi**: ciò in applicazione delle coordinate ermeneutiche stabilite dalla giurisprudenza amministrativa che, con riguardo alla differenza tra concessione e appalto di **servizi**, ha chiarito che il tratto distintivo riposa nelle modalità della remunerazione e nel fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al privato, sicché *“si avrà concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza mentresi avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione”*(in tal senso Cons. Stato, V, 8.3.2011, n. 3377).

8.7. Nel caso di specie, come chiarito dalla Delibera n. 566 del 31 maggio 2017 dell'ANAC, per la esternalizzazione del servizio di TPL le Amministrazioni **locali** debbono dar corso a *“procedura di gara d'appalto”*, difettando significativi rischi in capo al proponente/concessionario: ciò in quanto la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario non proviene dalla vendita dei **servizi** resi al mercato, come richiesto dall'art. 165, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016, ma dal rimborso

chilometrico derivante dal finanziamento regionale (pari a complessivi 19.112.000, 00) che rappresenta l'80% del valore stimato dell'appalto. Pertanto, il valore principale del corrispettivo è rappresentato dal contributo pubblico regionale, mentre il ricavo dalla vendita dei titoli di viaggio (pari soltanto a 4.513,000,00), ovvero la "vendita dei **servizi** resi al mercato", non costituisce la "maggior parte dei ricavi di gestione" del concessionario.

8.8. Ne consegue che le disposizioni del Regolamento U.E. 1370/2017 non trovano applicazione alla fattispecie in esame qualificabile in termine non di concessione, ma di appalto di **servizi** di trasporto passeggeri con autobus, la cui aggiudicazione è disciplinata unicamente dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, attuate nell'ordinamento italiano con d.lgs. 18.4.2016 n. 50 (come già statuito dall'art. 8 Par. 1 del citato Regolamento Comunitario e dalla Commissione Europea con la Comunicazione del 29.3.2014 C/92/1). Ulteriore argomento in ordine alla correttezza di tale qualificazione si rinviene dall'art. 118 del d.lgs. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis* alla gara in oggetto) che stabilisce: "Ferme restando le esclusioni di cui all'articolo 17, comma 1, lettera i), le disposizioni del presente capo di applicano alle attività relative alla messa a disposizione e alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo", lì dove il riferimento è al titolo VI, capo I, d.lgs. 50 del 2016 che disciplina gli "appalti nei settori speciali".

8.9. Per tali ragioni non colgono nel segno le doglianze dell'appellante circa la mancata pubblicazione di un avviso di preinformazione, non trovando applicazione la disciplina comunitaria invocata dall'appellante alla fattispecie in esame, né le censure sull'abbreviazione dei termini, la cui riduzione, verosimilmente volta a restituire nei tempi più rapidi possibili al servizio di TPL urbano, gestito in regime di proroghe reiterate dell'originario contratto di servizio, un sistema ordinario di affidamento, consentono di ricavare una concreta impossibilità di presentare un'offerta, anche in considerazione dell'eshaustività dei contenuti degli atti di gara (sin dalla relazione illustrativa ex art. 34 comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, approvata con l'inoppugnata deliberazione giuntale n. 112 del 4.4.2017) recanti gli elementi essenziali e i dati conoscitivi del servizio in essere (a maggior ragione noti all'odierna appellante che sin dal 2005 ha gestito il servizio) per consentirne l'effettiva partecipazione ai concorrenti.

9. Anche le doglianze sull'asserita aleatorietà della remunerazione del servizio non colgono nel segno, in quanto da un lato il costo del servizio in appalto trova copertura in apposito stanziamento di bilancio (come si evince dall'impegno di spesa assunto con la Determinazione Dirigenziale a contrarre n. 619 del 12.4.2017), costituendo il contributo regionale un'entrata "*a titolo di concorso finanziario*" (art. 17 l.r. 30 luglio 1998 n. 30 recante "*Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*") e l'importo definito a seguito dell'espletamento della gara "*il corrispettivo del contratto di*

servizio” (art. 24 *bis* della medesima legge regionale); dall’altro, il contributo chilometrico regionale (che l’art. 22, comma 21, della legge regionale n. 30 del 1998 stabilisce come base di gara) è in linea con la definizione dei “*costi standard*” per il trasporto pubblico locale nella Regione Lazio ed è conforme a quello erogato dalla regione anche nel corrente anno. Inoltre, per espressa previsione normativa (l’art. 22, comma 21, della legge regionale n. 30 del 1998) il valore del contributo chilometrico “*rappresenta il limite per la quantificazione dell’importo a base d’asta che la Regione, le province e i comuni, per i servizi finanziati dalla Regione stessa, sono tenuti a fissare nelle procedure di gara per la scelta dei gestori dei servizi.*” Pertanto, non era impossibile per il concorrente sulla base del corrispettivo del contratto di servizio (costituito per la maggior parte dal contributo chilometrico regionale e per la residua parte dal ricavo della vendita dei servizi al mercato) e dell’importo a base d’asta effettuare preventivamente un calcolo di convenienza economica e valutare, tenendo conto dei costi per l’espletamento della commessa (ricavabili anche sulla base dei dati storici e dell’esperienza pregressa quale gestore uscente), l’effettiva remuneratività del servizio oggetto di affidamento già in sede di predisposizione dell’offerta; né gli atti di gara contenevano previsioni tali da rendere eccessivamente oneroso e non conveniente il rapporto contrattuale, vista anzi l’assenza sostanziale di rischi derivanti dalla gestione in capo all’affidatario del servizio di TPL, in quanto, come già sopra evidenziato, gli oneri di detto servizio

vengono sostanzialmente a gravare sulla sola Amministrazione (in ragione dell'erogazione del contributo chilometrico regionale). Alla stregua di tali considerazioni alcun rilievo riveste la contestata omessa predisposizione del PEFS ad opera della stazione appaltante ovvero la mancata predeterminazione dei criteri per il PEF da parte delle concorrenti, in quanto dette carenze risultano in concreto inidonee ad impedire il calcolo di convenienza tecnica ed economica già in sede di formulazione delle offerte.

9.1. Quanto all'addotta incompetenza della Stazione appaltante, la censura oltre che inammissibile per difetto di interesse e per non avere Atral partecipato alla gara trattandosi di previsioni meramente illegittime e non escludenti, è infondata: la l.r. Lazio 30.7.1998, n. 30 conferisce ai Comuni le funzioni in materia di TPL urbano, riconoscendo nello specifico a detti Enti, all'art. 10, comma 2, la competenza allo svolgimento delle procedure concorsuali per la scelta degli affidatari dei **servizi** e alla stipula dei relativi contratti.

9.2. Né si rinviene alcun contrasto tra le previsioni della *lex specialis* in materia di clausola sociale e le norme comunitarie e nazionali: in relazione a tale aspetto, è sufficiente rilevare che l'addotta disparità di trattamento è insussistente in quanto l'appellante, gestore uscente del servizio, conosce perfettamente il personale impiegato, sicché il relativo mantenimento in servizio in caso di aggiudicazione non avrebbe in alcun modo potuto ritenersi non coerente con la sua attuale organizzazione imprenditoriale.

9.3. In conclusione, le clausole della legge di gara impugnate dall'odierna appellante non avevano carattere escludente, non impedendo agli operatori del mercato di riferimento di predisporre un'offerta seria e attendibile.

9.4. All'infondatezza delle censure formulate da Atral consegue la reiezione dell'appello proposto.

10. Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della vicenda e della complessità delle questioni giuridiche trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio del presente grado.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Angela Rotondano

Roberto Giovagnoli