



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 725 del 2009, proposto da:
Gamma Travel International S.r.l, Rossi Bus S.p.A., Ater S.r.l.,
Calabresi S.r.l., International Tour S.a.s., Eurotravel 2004 S.r.l.,
Leurini S.r.l., Mocci Bus S.r.l., Gruppo Parenti Almici S.r.l., Centro
Sud S.a.s., Sata S.r.l., Orma S.r.l., Sauro S.r.l., Frama S.r.l., Autoservizi
Cenciotti S.r.l., Decina Bus S.r.l., Ditta Franco Lucidi , Parrucci Bus
S.n.c., Torbellamonaca Bus S.a.s., Stampatore Paolo S.r.l, in persona
dei rispettivi rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv.
Maurizio Nucci e Antonio Pazzaglia, con domicilio eletto presso
Maurizio Nucci in Roma, via Lutezia, 8;

contro

Comune di Roma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Antonio Graziosi, nel domicilio eletto in Roma, via del
Tempio di Giove, 21;

Trambus S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Luca Leone, con domicilio eletto presso Luca Leone in Roma, via Appennini N. 46;

nei confronti di

Turismo Fratarcangeli Cocco di C. Fratarc. Vincenzina & C., Luca Falaschi S.r.l., Opere Generali Servizi per la Mobilita', Autoservizi Meridionali S.r.l., Paolo Pirri Autoservizi, Ditta Individuale Duilio di Tommaso, Veloce 2 di Di Tommaso Marco & Emanuele S.n.c.;

Mobicon Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso Aldo Basile in Roma, via Carlo Conti Rossini, 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 08111/2008, resa tra le parti, concernente SUBAFFIDAMENTO TRIENNALE DEL SERVIZIO DI TRASPORTO SCOLASTICO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Roma, della società Trambus, della società Mobicon e della società ATAC;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Nucci, Rocchi e Di Meglio, per delega dell'Avv. Leone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al T.a.r. Lazio e con successivi motivi aggiunti, le società ricorrenti, operanti nel settore del trasporto di passeggeri con autobus, hanno impugnato gli atti della procedura negoziata, senza previa indizione di gara, indetta da Trambus s.p.a. ex art. 221, comma 1, lett.d) del decreto legislativo n. 163 del 2006, per il subaffidamento del servizio di trasporto riservato scolastico per il triennio 2007-2010, con riferimento ai lotti n. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 e 9, nonché l'affidamento diretto a Trambus s.p.a. avvenuto mediante le deliberazioni della Giunta municipale del Comune di Roma n. 198 dell'11.5.2007, n. 97/2004, n. 126/2004 e n. 127/2004, del servizio di trasporto pubblico di superficie e di collegamenti di trasporto scolastico, deducendo l'assenza dei presupposti di urgenza per l'affidamento secondo la procedura applicata e l'illegittima modificazione delle condizioni tecniche dell'affidamento.

2. Il T.a.r., con sentenza n. 8111/2008, pubblicata in data 5 settembre 2008, in accoglimento dell'eccezione pregiudiziale della Trambus e di alcune imprese controinteressate costituite, ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di un interesse strumentale all'annullamento della procedura e dell'affidamento. La procedura negoziata, invero, era stata preceduta dall'indizione , con bando pubblicato nella G.U.C.E. dell'11.5.2007, di una gara ad evidenza pubblica, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, andata deserta -prima per mancata presentazione di domande di partecipazione, poi per l'esclusione delle imprese che , pur avendo partecipato, risultavano sprovviste della documentazione richiesta –

per tutti i dieci lotti ad eccezione dei numeri 4 e 10 , regolarmente aggiudicati. A tale competizione le società ricorrenti non avevano partecipato a causa della non remuneratività delle condizioni economiche poste a base di gara, non impugnate, sicchè, secondo il T.a.r., anche in caso di rinnovo della procedura aperta queste non avrebbero avuto interesse a partecipare.

3. Hanno proposto appello le imprese interessate, deducendo l'omessa pronuncia da parte del T.a.r. in ordine alla richiesta di annullamento dei provvedimenti con cui il Comune di Roma aveva affidato senza gara i servizi di trasporto pubblico di superficie alla Trambus oltre ai compiti di stazione appaltante nella gara per l'affidamento dei collegamenti di trasporto scolastico, nonché di quelli con cui Trambus aveva affidato in via diretta i lotti nn. 3, 4 e 5.

Hanno, poi, lamentato l'erroneità della sentenza di primo grado che , muovendo dall'ipotetico assunto che l'interesse delle ricorrenti sarebbe da ricollegarsi alle condizioni economiche della procedura, non impugnate, avrebbe omesso di considerare che i motivi di impugnazione si basavano sull'insussistenza dei presupposti per l'indizione di procedura negoziata e sulla intervenuta modifica delle condizioni tecniche del servizio, introdotte solo con la procedura negoziata – e quindi non impugnabili per assenza di previa pubblicazione di un bando – motivi in relazione ai quali sussisterebbe un interesse strumentale all'annullamento della procedura ai fini dell'integrale rinnovazione mediante l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

Hanno, quindi, riproposto i motivi non esaminati in primo grado di :

- illegittimità della procedura negoziata senza previa indizione di gara ai sensi dell'art. 221, comma 1, lett. d) d. lgs. n. 163/2006 per intervenuta modifica, senza alcuna forma di pubblicità, delle condizioni sostanziali di gara (criterio di aggiudicazione del prezzo più basso) e delle condizioni sostanziali di esercizio del servizio (da svolgersi non più con autobus "immatricolati per la prima volta in Italia o all'estero dopo il 1° gennaio 1997", ma anche mediante "vetture aventi data di prima immatricolazione antecedente al 1995");
- violazione e falsa applicazione dell'art. 221, comma 1 lett. d) e dell'art. 70 del d. lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 3 l. n. 241 del 1990 ed eccesso di potere per sviamento, data l'insussistenza del presupposto dell'estrema urgenza, in special modo per le annualità successive alla prima, e dell'ovviabilità della ristrettezza dei tempi mediante la riduzione dei termini della procedura ad evidenza pubblica;
- violazione dell'art. 221, comma 1 lett. a) d. lgs. n. 163/2006, per illegittima modificazione sostanziale delle condizioni del servizio da affidare;
- violazione della legge regionale della Regione Lazio 16 luglio 1998, n. 30 e della normativa in materia di affidamento dei servizi pubblici di trasporto, che impongono che la scelta dell'affidatario avvenga con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- quanto alle deliberazioni n. 126 del 2004 e n. 198 del 2007 di affidamento diretto a Trambus s.p.a. del servizio di trasporto di

superficie, violazione del d. lgs. 19 novembre 1997 n. 422 e dell'art. 19, comma 5 della l.r. 16.7.1998, n. 30, violazione degli artt. 113, 115 e 42 d. lgs. n. 267/2000, violazione degli artt. 32 e 207 d. lgs. n. 163/2006, incompetenza della giunta;

- illegittimità della nota del dirigente del Dipartimento XI del Comune di Roma prot. N. 24677 del 27 luglio 2007 con cui veniva acconsentito l'utilizzo di vetture non conformi al capitolato, per violazione del contratto di servizio di cui alla delibera di giunta comunale n. 198/2007, dell'art. 107 T.U.E.L., della Direttiva 2005/55/CEE del 28.9.2005 e del D.M. 29.1.2007 di recepimento, contenenti divieto di circolazione di mezzi in relazione ai valori limite di emissione;

- violazione dell'art.2, comma 1, d. lgs. n. 163/2006 nonché degli artt. 1 e 3 l. n. 241/1990;

- violazione dell'art. 2 d. lgs. n. 163/2006 e dei principi di economicità, efficacia, correttezza e parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

4. Si è costituita in giudizio Trambus s.p.a. eccependo l'irricevibilità per tardività dell'appello, consegnato alla notifica il 14 gennaio 2009, oltre il termine di 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza; la strumentalità della mancata partecipazione alle gare indette delle imprese ricorrenti rispetto alla finalità distorsive del mercato del servizio pubblico; l'inammissibilità del ricorso di primo grado per l'annullamento delle delibere di affidamento diretto a Trambus del servizio di trasporto scolastico per tardività; l'inammissibilità del

medesimo ricorso contro la procedura negoziata di affidamento per mancanza di interesse; l'infondatezza, nel merito, delle censure data, tra l'altro, la sussistenza dell'estrema urgenza derivante dalla necessità di garantire, a pochi giorni dall'inizio dell'anno scolastico, il servizio di trasporto e di evitare, sia per motivi di garanzia della concorrenza che per remuneratività degli investimenti connessi, affidamenti inferiori a tre annualità; l'avvenuta pubblicità data dall'invio della lettera d'invito al consorzio Motus cui appartengono la maggioranza delle ricorrenti; la natura non sostanziale della modifica delle condizioni del servizio, resa necessaria dalla brevità dei tempi in relazione a quelli per l'ordine e la consegna di mezzi di nuova immatricolazione. Ha concluso, pertanto, per la dichiarazione di tardività del ricorso in appello ed, in subordine, per il suo rigetto con conferma della sentenza di primo grado e, in ulteriore subordine, per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado nella parte in cui si chiede l'annullamento dell'affidamento a Trambus senza gara del servizio di trasporto pubblico e, per il resto, di inammissibilità per carenza di interesse ovvero di rigetto.

5. Si è altresì costituita la Mobicon Italia chiedendo il rigetto dell'appello.

6. Si è successivamente costituita ATAC s.p.a., incorporante Trambus in seguito ad atto di fusione del 31 dicembre 2011.

7. All'udienza dell'8 novembre 2011, in vista della quale sono state depositate memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

8. Va, in primo luogo, esaminata l'eccezione di irricevibilità per

tardività del ricorso in appello per essere stato notificato (il 14 gennaio 2009) oltre il termine di 120 giorni di cui all'art. 23 –bis L. n. 1034/1971 – applicabile *ratione temporis* – essendo stata la sentenza impugnata pubblicata in data 5 settembre 2008.

Va, a riguardo, osservato che, ai sensi dell'art. 1 L n. 742 del 1969, quando il decorso del termine per impugnare abbia inizio durante il periodo feriale di sospensione (dal 1° agosto al 15 settembre), esso è differito alla fine di detto periodo.

Sulle modalità di calcolo del termine ed, in particolare, sulla computabilità del primo giorno successivo alla sospensione feriale (16 settembre), a seconda che esso vada inteso come *dies a quo* non computabile ai sensi dell'art. 155 c.p.c. o come giorno ricompreso nel novero di quelli concessi dal termine, questione su cui si sono registrate in passato oscillazioni giurisprudenziali sia da parte della Suprema Corte di Cassazione che del Consiglio di Stato (per la computabilità Cons. St. Sez. IV n. 1278/1998, n. 1355/04, Sez. V, n.154/1994; per la non computabilità Sez. VI, 5105/2002), si osserva che la giurisprudenza (fin da Cass. SS.UU. n. 3668/1995, v. più di recente n.688/2006, n.7757/2007, n. 13973/2011; Cons. St. Sez. IV, n.1355/04) è ormai assestata sul punto che il 16 settembre segna non l'inizio del termine, ma del suo decorso, il quale non include , in applicazione del principio di cui all'art. 155, comma 1 cod. pr. civ., il *dies a quo* il quale resta fissato nel giorno della pubblicazione della sentenza anche in periodo feriale.

Quindi, poiché la sentenza di primo grado risulta pubblicata il

5.9.2008, nei 120 giorni concessi per impugnare va incluso il 16 settembre, con la conseguenza che il termine scadeva il 13 gennaio 2009 e che la notifica avvenuta il 14 gennaio 2009 è da considerarsi non tempestiva.

L'appello deve, pertanto, essere dichiarato irricevibile.

9. Va, tuttavia, rilevato, ai soli fini di adempiere all'obbligo di referto al giudice contabile, che le doglianze contenute nell'appello sollevano serie perplessità quanto alla scelta del Comune di procedere all'affidamento del servizio tramite procedura negoziata, senza previa indizione di gara.

Ed invero, in disparte l'interesse all'impugnazione dei relativi atti da parte delle imprese, in base a quanto stabilito nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7.4.2011, n. 4, secondo cui la regola per cui la sussistenza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara va scrutinata sulla base della titolarità di una situazione differenziata per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione subisce una deroga nel caso di contestazione di un affidamento diretto dove *“La legittimazione più ampia riguardante la contestazione degli affidamenti diretti si spiega agevolmente alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza”*, deve dubitarsi, in effetti, della sussistenza dei presupposti per la legittima applicazione dell'art. 221, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006, sia quanto all'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili tali da impedire all'ente aggiudicatore il rispetto dei termini di una procedura

ad evidenza pubblica, dato che l'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico avrebbe con ogni probabilità consentito scelte alternative all'affidamento di durata triennale, quali la proroga del servizio durante il tempo necessario all'espletamento della gara, sia quanto alla intervenuta modifica sostanziale delle condizioni originarie dell'affidamento previste nella precedente procedura di gara, dal momento che la facilitazione concessa mediante modifica sostanziale delle condizioni originarie del capitolato d'appalto, con l'autorizzazione all'utilizzazione, fino al 31.12.2007 per i mezzi circolanti e fino al 30.3.2008 per i mezzi nuovi, di mezzi diversi da quelli originariamente imposti, immatricolati in epoca anteriore e già in uso nel servizio erogato nel triennio precedente, pare andare oltre un ragionevole allargamento della platea dei soggetti interessati all'espletamento del servizio, confliggendo con i principi dell'evidenza pubblica.

Pertanto, per gli aspetti attinenti alla valutazione degli interessi contabili dell'amministrazione comunale, ritiene il Collegio di adempiere all'obbligo di referto disponendo che la presente sentenza sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, alla Procura regionale della Corte dei conti per gli eventuali profili di competenza.

10. La peculiarità della controversia induce il Collegio a compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

proposto, lo dichiara irricevibile.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio.

Dispone, altresì, la trasmissione della presente decisione alla Procura regionale della Corte dei conti del Lazio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 8 novembre 2011 e 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2012

IL SEGRETARIO

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