



N. 4/06 Reg.Sent.
N. 2366/03 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3^a ha pronunciato
la seguente

SENTENZA

→ sul ricorso n. 2366/03 proposto da

CARONTE S.r.l., con sede in Sesto San Giovanni, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe
Bonelli, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Milano, via Cesare
Battisti, 15

contro

PROVINCIA DI MILANO

In persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Maria
Luisa Ferrari e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso gli uffici
dell'avvocatura provinciale in Milano, via Vivaio 1

per l'annullamento, previa sospensione,

- del bando di gara predisposto dalla Provincia di Milano, spedito alla G.U.C.E. in
data 12 giugno 2003, avente ad oggetto "l'affidamento della gestione del servizio
di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma", nonché dell'allegato
documento contenente le "prescrizioni di gara", nelle parti in cui esse dispongono:
- che "la ditta partecipante potrà formulare offerta per uno o più lotti, ma allo
stesso concorrente (singolo o riunito) non potranno essere aggiudicati più di

- due lotti";
- che "le imprese riunite non possono partecipare in forme diverse o per quote diverse o con ruoli diversi, anche se per lotti differenti";
 - che "successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione non sarà consentita la modificazione soggettiva dell'associazione di imprese né la costituzione di associazioni temporanee fra imprese che abbiano chiesto di partecipare singolarmente";
 - del capitolato speciale di appalto nella parte in cui prevede che "il servizio non potrà essere sub-affidato ad imprese risultanti aggiudicatrici in forma singola o associata, di uno o più lotti oggetto della gara";
 - del bando di gara nella parte in cui individua, per ciascun lotto, i corrispettivi annuali a base di gara soggetti a ribasso;
 - nonché di tutti gli atti presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi e/o richiamati *ob relationem*;

nonché per la condanna

della resistente amministrazione al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla Società ricorrente, ai sensi del "combinato disposto" degli artt. 33 e 35 del D.Lgvo n. 80 del 1998, siccome "novellati" dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000;

➔ sui motivi aggiunti, proposti dalla CARONTE s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Bonelli e Adolfo Mario Balestreri, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via Borgogna, 9

per l'annullamento

della lettera prot. n. 186620/2089/0 del 24 novembre 2003, avente ad oggetto l'invito a presentare offerta nell'ambito della procedura concorsuale indetta con il

bando già impugnato, nella parte in cui fissa il termine perentorio per la presentazione dell'offerta in data 15 dicembre 2003;

→ e sul motivo aggiunto proposto dalla società ricorrente, come sopra rappresentata e difesa

per l'annullamento

- dell'esclusione comminata dalla commissione di gara in ordine alla licitazione privata per il servizio di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma, di cui la CARONTE s.r.l. è venuta a conoscenza nella seduta pubblica, tenutasi in data 17 maggio 2004, nella sede della Provincia di Milano;

- della nota di comunicazione della Provincia di Milano del 19 maggio 2004, prot.n. 89718/2004/2089/2001 avente ad oggetto la suddetta esclusione comminata alla società esponente;

visto il ricorso notificato in data 25 luglio 2003 e depositato in data 31 luglio 2003;

~~visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Milano;~~

visti i motivi aggiunti di impugnazione;

viste le memorie difensive delle parti;

uditi alla pubblica udienza del 20 ottobre 2005, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Adolfo Mario Balestreri per la ricorrente, gli avv.ti Maria Luisa Ferrari e Maria Alessandra Bazzani per la Provincia di Milano;

visti gli atti: tutti della causa;

ritenuto quanto segue in:

FATTO e DIRITTO

1) Con bando di gara spedito alla G.U.C.E. in data 12 giugno 2003, la Provincia di Milano ha indetto una licitazione privata per l'affidamento, con il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un periodo di sette anni, dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma riferiti alla propria rete territoriale e suddivisi in sei lotti (c.d. sottoreti) da aggiudicarsi separatamente.

Il bando di gara ha introdotto, al punto 6, prescrizioni riferite ai raggruppamenti temporanei, con le quali ha disposto, in particolare, il divieto per le imprese riunite di partecipare alla gara "in forme diverse o per quote di servizio diverse o con ruoli diversi, anche se per lotti differenti", ed ha altresì stabilito che "successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione non sarà consentita la modificazione soggettiva dell'associazione di imprese, né la costituzione di associazioni temporanee tra imprese che abbiano chiesto di partecipare singolarmente".

Tale disciplina è stata integrata dall'art. 20 CSA, in forza del quale "il servizio non potrà essere sub-affidato ad imprese risultanti aggiudicatarie, in forma singola o associata, di uno o più lotti oggetto della gara" e dall'art. 24 CSA, nel quale si prevede che "alla stessa impresa non potranno essere aggiudicati più di due lotti".

L'art.4 CSA ha poi definito gli importi da porre a base d'asta per ogni singolo lotto in cui è stata suddivisa la gara.

2) Con il ricorso in epigrafe, CARONTE s.r.l. ha impugnato le suindicate clausole della *lex specialis* di gara, sostenendo che la disciplina che esse imprimono alla procedura limita in modo illogico e irrazionale la partecipazione dei concorrenti, e si rivela altresì inidonea a perseguire l'interesse pubblico all'individuazione, per ciascun lotto, del soggetto che possa assicurare una gestione efficiente del servizio di TPL.

In particolare, la ricorrente ha censurato:

con il primo motivo di gravame, il divieto di modificazione soggettiva dei concorrenti nella fase antecedente alla presentazione delle offerte, per violazione e falsa applicazione dell'art.13, comma 5 *bis*, della l.n.109/94, dell'art. 93, secondo comma, D.P.R. n. 554/99 e dell'art. 23 D.Lgs. n.158/95, nonché per eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e ingiustizia manifeste;

con il secondo motivo, il divieto di aggiudicazione ad uno stesso concorrente di più di due lotti, per violazione e falsa applicazione dell'art.18, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 422/97 e dell'art. 20, primo comma, L.R. n.22/88, per violazione del principio di tutela della concorrenzialità e del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, nonché per illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e ingiustizia manifeste;

con il terzo motivo, la definizione delle diverse basi d'asta relative ai sei lotti, per violazione del principio di tutela della concorrenzialità, nonché per illogicità, irrazionalità e contraddittorietà manifeste.

3) A seguito dell'ordinanza cautelare n. 1399 del 29 luglio 2003, pronunciata sul ricorso proposto da altra società che aveva anch'essa contestato i limiti posti dal bando di gara alla partecipazione dei raggruppamenti di imprese, la Provincia di Milano, con provvedimento in data 18 settembre 2003, ha disposto la modifica degli atti di gara nelle parti riguardanti le modalità di partecipazione dei raggruppamenti temporanei, prevedendo la possibilità di modificazione soggettiva dei concorrenti tra la fase di prequalificazione e quella di presentazione delle offerte, nonché la possibilità per le imprese di partecipare in forme diverse, o con ruoli diversi, per lotti differenti, mantenendo fermo il limite massimo di aggiudicazione di due lotti.

Con lettera in data 24 novembre 2003, la CARONTE s.r.l. è stata invitata a presentare offerta entro il termine del 15 dicembre 2003.

4) Con atto per motivi aggiunti, notificato in data 4 dicembre 2003 e depositato in data 9 dicembre 2003, la società ricorrente ha impugnato la lettera di invito, nella parte in cui prevede per la presentazione dell'offerta un termine di 21 giorni decorrente dalla data di spedizione.

L'interessata, dopo aver lamentato l'incongruità di un termine tanto breve a fronte della complessità del progetto tecnico che i concorrenti sono chiamati a predisporre e del calendario dei sopralluoghi programmati fino al 10 dicembre, ha dedotto l'illegittimità del termine per violazione e falsa applicazione dell'art.18, terzo comma, D.Lgs. n. 158/95, dell'art.10, commi 7, 8 e 9, D.Lgs. n.157/95, per violazione di principi generali e per vari profili di eccesso di potere.

In accoglimento dell'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti, è stato disposto, con ordinanza 10 dicembre 2003 n.2201, il differimento di sette giorni del termine per la presentazione delle offerte.

In pendenza dell'appello proposto dalla ricorrente avverso la suindicata ordinanza, la Provincia di Milano, con provvedimento in data 22 dicembre 2003, ha autonomamente posticipato al 27 gennaio 2004 il termine di ricevimento delle offerte.

5) La società ricorrente ha presentato offerta per il lotto 2 (sottorete nord).

Nel corso della seduta riservata dell'11 maggio 2004, la commissione di gara ha disposto l'esclusione dalla gara della CARONTE s.r.l. per il "mancato possesso dei requisiti di capacità economica finanziaria nella misura del 30% dell'importo posto a base di gara" per il lotto considerato.

L'esclusione è stata comunicata all'interessata nella seduta pubblica del 17 maggio 2004 e poi formalmente con nota del 19 maggio 2004, nella quale si precisa che il fatturato annuo, prodotto dalla società negli esercizi 2000/2001/2002, risultante dai bilanci prodotti in sede di gara è inferiore al 50% del corrispettivo annuale posto a base di gara per il lotto 2 (€ 12.580.309,00).

Di seguito la commissione di gara ha completato i propri lavori con la formazione della graduatoria provvisoria degli aggiudicatari di tutti i lotti messi a gara.

6) Con motivo aggiunto notificato in data 14 giugno 2004 e depositato in data 22 giugno 2004, la società ricorrente ha impugnato l'atto di esclusione dalla gara.

Con tale motivo aggiunto ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione "in via derivata per i medesimi vizi che inficiano gli atti a monte della procedura di selezione", sostenendo di conservare un interesse strumentale all'annullamento e alla ripetizione della gara, in vista della partecipazione ad una nuova prequalificazione quale componente di un'ATI in possesso dei necessari requisiti economico finanziari.

7) Con deliberazione n. 220 del 23 maggio 2005 la Giunta Provinciale di Milano ha disposto la revoca degli atti di indizione della gara, riservandosi di individuare con successivo provvedimento gli indirizzi per l'espletamento di una nuova procedura ad evidenza pubblica.

La deliberazione è stata impugnata, con due autonomi ricorsi, dai soggetti risultati aggiudicatari provvisori di alcuni dei lotti posti in gara.

In ragione di tale evenienza la società ricorrente ha chiesto, con la memoria finale, in via principale la dichiarazione di cessazione della materia del contendere

in relazione al rigetto del ricorso (n.1335/05) che è stato proposto dalla società mandataria del RTI risultato aggiudicatario provvisorio del lotto 2, insistendo invece, in via subordinata, per l'ipotesi di accoglimento di detto gravame, per l'accoglimento anche del proprio ricorso.

8) La Provincia di Milano ha controdedotto con memorie difensive, nelle quali ha sostenuto l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi di doglianza.

Con la memoria finale l'amministrazione ha argomentato per l'improcedibilità del ricorso in conseguenza della revoca della procedura di gara, che è stata disposta con la richiamata deliberazione 220/05.

All'udienza, dopo la discussione della parti, la controversia è stata affidata alla decisione del Collegio.

9) Con decisione assunta all'odierna camera di consiglio, in accoglimento delle censure prospettate in autonomi gravami, è stato pronunciato l'annullamento della deliberazione con cui la giunta provinciale di Milano ha disposto la revoca della procedura di gara, che costituisce oggetto delle contestazioni proposte dalla società ricorrente.

Ne consegue che è venuto meno il presupposto sul quale le parti hanno fondato le richieste di improcedibilità e di cessazione della materia del contendere sul ricorso in esame.

Il Collegio deve quindi procedere all'analisi delle questioni che la controversia propone.

10) Il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio si indirizza avverso la *lex specialis* di gara.

10.1) Più in particolare, sono contestate le prescrizioni originarie riguardanti

le modalità di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese, nelle parti in cui prevedevano l'obbligo di costituire formalmente l'ATI sin dalla domanda di ammissione alla procedura, nonché il divieto di modificazione soggettiva dei concorrenti nella fase antecedente quella di presentazione delle offerte.

Al riguardo va annotato che, con atto di rettifica in data 15 settembre 2003, la stazione appaltante, nell'esercizio del potere di autotutela, ha modificato l'impostazione originaria della gara, riconoscendo la possibilità per l'impresa invitata singolarmente di presentare offerta in associazione con altre imprese riunite e consentendo la modificazione soggettiva delle aziende partecipanti al RTI tra la fase di prequalificazione e quella di presentazione delle offerte.

Con lo stesso provvedimento è stata altresì riconosciuta alle imprese riunite la facoltà (in origine esclusa) di partecipare, in forme diverse o per quote di servizio diverse o con ruoli diversi, per lotti differenti.

La stazione appaltante ha quindi modificato la disciplina di gara in senso conforme alle aspettative di parte ricorrente, le cui contestazioni possono ritenersi superate dalla rettifica, in parte qua, del bando di gara.

E al riguardo, a conferma della sopravvenuta carenza di interesse all'accoglimento delle doglianze esposte nel primo motivo del ricorso, va precisato che la società ricorrente ha partecipato singolarmente alla gara e ha presentato offerta in tale qualità, senza avvalersi delle invocate rettifiche del bando di gara.

10.2) Nel primo motivo è contenuta anche una censura diretta avverso l'art. 20 CSA.

Con tale disposizione la stazione appaltante, dopo aver ammesso la facoltà

dell'impresa affidataria di sub-affidare ad imprese terze una quota del servizio non superiore al 25% della percorrenza annua del singolo lotto, ha sancito, al quarto comma, il divieto di sub affidamento "ad imprese risultanti aggiudicatario, in forma singola o associata, di uno o più lotti oggetto della gara".

Anche con riguardo a tale profilo va esclusa la sussistenza dell'interesse alla censura, tenuto conto che la società ricorrente non incorre nel menzionato divieto, né dal lato attivo in qualità di sub-concedente, né in quello passivo di eventuale sub-affidataria, non essendo risultata aggiudicatario di alcuno dei lotti posti in gara.

Il primo motivo del ricorso deve quindi giudicarsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alle doglianze in esso esposte.

11) Con il motivo successivo la ricorrente censura il bando di gara nella parte in cui prevede che "la ditta partecipante potrà formulare offerta per uno o più lotti, ma allo stesso concorrente (singolo o riunito) non potranno essere aggiudicati più di due lotti".

Secondo l'esponente, il divieto di aggiudicazione di un numero di lotti superiore a due contrasterebbe con il principio dell'affidamento dei servizi tramite procedure concorsuali, la cui funzione è quella di incentivare le imprese ad accrescere le proprie capacità competitive, nonché con l'interesse della stazione appaltante alla selezione dell'offerta risultata migliore per ogni lotto.

In relazione a tale censura, il Collegio osserva che la ricorrente non può vantare alcun ulteriore interesse alla sua definizione nel merito, tenuto conto che la stessa ha limitato la partecipazione nella gara concorrendo per il solo lotto 2 e ponendosi quindi nelle condizioni di poter risultare aggiudicatario unicamente del

lotto per il quale si è candidata.

Ne deriva che la ricorrente non potrebbe conseguire alcun concreto vantaggio dal richiesto annullamento della clausola che ha ristretto a due il numero massimo di lotti aggiudicabili allo stesso concorrente.

Il che determina l'Inammissibilità della censura.

12) L'ultimo motivo del ricorso censura il bando di gara nelle parti riguardanti la determinazione delle basi d'asta relative ai sei lotti territoriali in cui è stato suddiviso il servizio oggetto di gara. La ricorrente lamenta che i corrispettivi previsti dalla stazione appaltante presentano sensibili scostamenti senza che sia possibile individuare sostanziali differenze tra i lotti che possano giustificare dette difformità; assume, inoltre, che le basi d'asta risultano di importo appena sufficiente a coprire i costi fondamentali per lo svolgimento del servizio, quali quelli per il personale e il carburante, senza garantire all'affidatario un congruo margin
e di guadagno nell'esecuzione del servizio.

La censura è infondata.

12.1). Con riguardo al primo profilo il Collegio osserva che i corrispettivi unitari previsti per i singoli lotti risultano sostanzialmente allineati e si attestano in un range di valori compresi tra un minimo di 1,43 €/km (lotto 3) e un massimo di 1,52 €/km (lotto 1). Si tratta, quindi, di lievi differenze che si possono ragionevolmente imputare alle diverse caratteristiche dei territori compresi nei lotti considerati.

Un "sensibile scostamento" rispetto ai suindicati valori si registra soltanto per il lotto 2, di diretto interesse della società ricorrente, il cui corrispettivo unitario presenta l'ammontare più elevato, pari a 1,90 €/km.

Diversamente da quanto l'esponente mostra di ritenere, la differenza trova tuttavia giustificazione nel fatto che, come precisato nella *lex specialis* di gara, la sottorete nord comprende anche i servizi urbani nel Comune di Monza, il cui svolgimento - in ragione del maggior impiego di personale e della più ridotta velocità commerciale che esso richiede - comporta costi maggiori rispetto ai trasporti extraurbani, che formano oggetto esclusivo del servizio da rendere negli altri lotti posti in gara.

Quanto sopra rende evidente, a parere del Collegio, come la determinazione di corrispettivi differenziati non possa costituire circostanza *ex se* idonea ad evidenziare l'irragionevolezza della *lex specialis* o a far dubitare della sua legittimità per i profili dedotti con la censura.

12.2) Non può essere apprezzata nemmeno la doglianza volta a denunciare l'inadeguatezza della base economica dell'appalto.

A questo riguardo il Collegio osserva che la contestazione circa la sostenibilità delle condizioni di gara non può limitarsi alla generica denuncia circa l'incongruità del corrispettivo chilometrico che costituisce la base d'asta, dovendosi aver riguardo a tutti quei fattori che concorrono ad assicurare lo svolgimento del servizio in condizioni favorevoli, garantendo al gestore la copertura dei costi aziendali e la remunerazione del servizio, e che si legano anche alla capacità e all'efficienza produttiva dell'affidatario.

Occorre allora considerare, da un lato, che il corrispettivo chilometrico non costituisce l'unica fonte di ricavi per il gestore e, dall'altro, che questi può porre in essere misure volte al conseguimento dell'equilibrio economico e di margini di utile.

Il che è coerente con il modello di gara flessibile e a costo netto, come quella di cui trattasi, nella quale gli introiti tariffari sono di spettanza del gestore (art.12 CSA) e questi è stimolato ad attivare iniziative dirette non solo al contenimento dei costi operativi mediante miglioramenti nella gestione del servizio, ma anche all'incremento delle entrate il cui volume può essere sviluppato in funzione della capacità strategica dell'impresa di incentivare l'uso dei mezzi pubblici di trasporto e può essere integrato con introiti diversi dai ricavi tariffari, come quelli derivanti dalla valorizzazione commerciale dei beni strumentali (art.13 CSA).

Il gestore, infatti, può conseguire risultati positivi, modificando l'offerta del servizio mediante l'aumento delle frequenze sulle linee più redditizie, con corrispondente riduzione - nei limiti consentiti dagli obblighi di servizio - sulle linee a domanda debole, o ancora intensificando i controlli per il recupero dell'evasione tariffaria o migliorando la qualità del servizio per evitare la dispersione di utenti e ridurre l'uso dei mezzi di trasporto privato, o infine attraverso lo sfruttamento a fini pubblicitari degli impianti fissi (paline, pensiline) e dei mezzi di servizio.

Al conseguimento di un risultato economicamente sostenibile concorrono quindi gli interventi volti al recupero dell'efficienza produttiva con il contenimento dei costi di produzione del servizio (i quali oltretutto non formano un dato costante, ma divergono in funzione del grado di efficienza tecnica ed economica delle singole aziende), nonché le iniziative dirette ad incrementare il volume dei ricavi del servizio.

Il che è sufficiente ad escludere che l'asserita incongruità della base d'asta possa ravvisarsi nei termini denunciati dalla ricorrente.

13) Con un primo atto di motivi aggiunti, la società ricorrente ha impugnato

la lettera d'invito nella parte in cui la stessa prevedeva, per la presentazione delle offerte, il termine di ventuno giorni decorrente dalla data di spedizione dell'invito.

13.1) Al riguardo l'esponente ha denunciato l'inadeguatezza di un termine particolarmente breve, la cui esiguità, oltre a non rispondere ad alcuna valida ragione di urgenza, contrasterebbe con i termini minimi fissati dalla legge per la ricezione delle offerte.

La questione dedotta con la prima censura risulta superata per effetto delle misure assunte dalla stazione appaltante, che, con atto in data 22 dicembre 2003, ha autonomamente differito al 27 gennaio 2004 il termine per la ricezione delle offerte.

Ne deriva che, con riguardo ai profili di censura esposti nel primo motivo aggiunto, deve darsi atto dell'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse.

13.2) Il secondo motivo aggiunto denuncia l'illegittimità della lettera di invito in via derivata dai vizi riferiti al bando di gara ed esposti nel secondo e nel terzo motivo del ricorso.

Al riguardo è sufficiente considerare che l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure esposte nel ricorso proposto contro le prescrizioni di gara determinano l'insussistenza del vizio di illegittimità derivata dedotto con il motivo aggiunto.

Ne consegue l'infondatezza della pretesa volta a far scaturire dalle censure dirette avverso gli atti presupposti l'invalidità derivata della lettera di invito.

14) L'ultimo motivo aggiunto si dirige avverso l'atto con il quale la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura per difetto del requisito di capacità economica finanziaria richiesto dal bando di gara.

Con il motivo aggiunto la società ricorrente riconosce di avere necessità di associarsi in ATI per raggiungere il necessario requisito e non muove quindi contestazioni specifiche nei confronti dell'atto di esclusione, limitandosi a denunciare l'illegittimità solo in via derivata "per i medesimi vizi che inficiano gli atti a monte".

Senonché, la riconosciuta inammissibilità e infondatezza delle censure dirette contro il bando di gara comporta l'insussistenza del vizio di illegittimità derivata e, quindi, l'infondatezza del motivo aggiunto.

15) In conclusione, il ricorso e i relativi motivi aggiunti devono essere respinti, essendo risultate in parte inammissibili per difetto di interesse e in parte infondate le censure con essi formulate.

Esclusa quindi l'illegittimità degli atti impugnati, decadono le connesse pretese risarcitorie della ricorrente.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle
spese tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2366/03 così dispone:

- **respinge** il ricorso e i motivi aggiunti;
- **respinge** la domanda di risarcimento danni;
- **compensa** per intero le spese tra tutte le parti.

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

Così deciso in Milano il 3 novembre 2005 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - pres. est.

Gianluca Bellucci- 1° ref.

Vincenzo Blanda - ref.

Open file per est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
IL 13 GEN 2006
(Art. 55, n. 27/4/1982 n. 186)
Il Funzionario Responsabile

Ma tel. Blanda