



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 816 del 2010, proposto da:
Contram Mobilità S.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Leonardo Archimi e
Sara Sileoni, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Alessandra Tato', in Ancona,
piazza Cavour, 29;

contro

Comune di Morrovalle, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Filippetti, con
domicilio eletto presso l'avv. Stefano Filippetti, in Ancona, corso Mazzini, 25;

nei confronti di

S.T.N. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Pianesi e Gerardo Pizzirusso,
con domicilio eletto presso l'Avv. Luigi Pianesi, in Ancona, Viale della Vittoria, 6;

per l'annullamento, previa sospensione,

della lettera di invito per la concessione per anni sei del servizio di trasporto
scolastico, scuole dell'infanzia, primarie e secondarie nonché trasporto urbano e
interurbano del Comune di Morrovalle;
dell'invito a presentare offerta;

di tutti gli atti relativi alla procedura di gara per la concessione del servizio di trasporto scolastico successivi alla suddetta lettera di invito;

di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Morrovalle e di S.T.N. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza 21/10/2010, n. 30;

1. La società ricorrente (costituita ai sensi della L.R. n. 45/1998 e s.m.i., a seguito di gara c.d. a doppio oggetto, ossia finalizzata alla scelta del partner privato ed all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico nel bacino della Provincia di Macerata e di alcuni Comuni del territorio) impugna la procedura di gara indetta dal Comune di Morrovalle ex art. 30 D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento ad un'impresa privata del servizio di trasporto scolastico e di trasporto urbano e interurbano dello stesso Comune.

Contram Mobilità sostiene che il Comune, prima di bandire la gara, aveva l'obbligo di procedere ad una valutazione comparativa costi-benefici circa la possibilità di affidare direttamente ad essa ricorrente il servizio di che trattasi (il che sarebbe possibile proprio in ragione delle modalità di costituzione della stessa società - rispettose dei principi di cui all'art. 113 T.U.E.L. e di quelli comunitari - e del fatto che il servizio per cui è causa rientra nell'oggetto sociale di Contram Mobilità). L'omessa verifica della predetta possibilità determina l'illegittimità degli atti

indittivi, anche per violazione delle norme di cui agli artt. 3, 6, 7 e 8 della L. n. 241/1990.

2. Si sono costituite le parti intimate (il Comune e l'aggiudicataria della gara), eccependo preliminarmente la tardività del ricorso, in quanto la presente gara costituisce semplice ripetizione di un'analogha procedura bandita nel 2009 - in esecuzione della deliberazione C.C. n. 29/2009 - e annullata dal T.A.R. con sentenza n. 9/2010, per vizi afferenti i criteri di valutazione delle offerte previsti dal bando. L'eccezione viene formulata in questi termini in quanto la ricorrente sostiene di essere venuta a conoscenza della presente gara nel momento in cui uno dei soci (Contram S.p.A.) ha ricevuto la lettera d'invito (24 luglio 2010). Ora, rilevano il Comune e S.T.N., poiché anche alla precedente gara era stata invitata Contram S.p.A. e poiché il legale rappresentante delle due società è la stessa persona (il sig. Stefano Belardinelli), ne consegue che Contram Mobilità era a conoscenza della gara già nel 2009.

3. Ciò premesso, il ricorso va respinto nel merito (il che consente al collegio di prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare), per due ordini di ragioni.

3.1. In primo luogo, va evidenziato che laddove la legge preveda diversi strumenti con cui la pubblica amministrazione può legittimamente perseguire i propri fini istituzionali, ma non stabilisca un ordine di priorità fra gli stessi, l'autorità procedente può utilizzare quello che ritiene più opportuno, senza dover indicare in maniera specifica le ragioni della scelta (salvo ovviamente che, in materia di appalti e concessioni, non esista un diritto di "insistenza" del precedente gestore del servizio o altro analogo vincolo legale o che il ricorso ad uno dei vari meccanismi non sia palesemente e notevolmente diseconomico. Peraltro, in questo secondo caso si pone anche il problema di verificare in capo a quali soggetti sussista la legittimazione a far valere in giudizio l'illegittimità dell'atto che stabilisce le modalità di affidamento del servizio).

Il principio appena espresso è *a fortiori* valido quando si tratta dell'affidamento di appalti pubblici o concessioni pubbliche, visto che in questo caso il criterio preferenziale per l'individuazione dell'appaltatore o del concessionario è la gara ad evidenza pubblica, più o meno procedimentalizzata (vedasi, ad esempio, proprio l'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006).

Pertanto, anche ove sussista la facoltà di procedere ad affidamenti diretti, la stazione appaltante non deve giustificare la scelta di voler ricorrere comunque alla gara ad evidenza pubblica (salve le eccezioni di cui si è detto in precedenza).

Nella specie, come si evince da una piana lettura dell'art. 23-*bis*, comma 2, della L. n. 133/2008, l'affidamento diretto del servizio a società mista costituita a seguito di gara c.d. a doppio oggetto e l'affidamento ad un operatore privato a seguito di procedura ad evidenza pubblica sono strumenti di affidamento dei servizi pubblici locali aventi pari dignità.

Pertanto, già sotto questo profilo il ricorso è infondato.

3.2. Esiste però un'altra ragione giuridica che si frappone alla pretesa della società ricorrente.

L'art. 23-*bis*, comma 9, della L. n. 133/2008 stabilisce che *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera*

per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2...”.

Ora, in base a quanto esposto da Contram Mobilità nel ricorso ed a quanto risulta dalla documentazione versata in atti dal Comune e dalla controinteressata, la società ricorrente è destinataria diretta della suddetta norma, essendo stata costituita a seguito di gara c.d. a doppio oggetto (per cui si tratta di soggetto che gestisce un servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 2, let. b), della stessa L. n. 133/2008) ed essendo affidataria diretta di servizi pubblici nello stesso ambito territoriale in cui dovrà essere espletato il servizio messo a gara dal Comune di Morrovalle).

Pertanto, Contram Mobilità non potrebbe aspirare comunque all'affidamento diretto del servizio di che trattasi, e ciò ad onta di quanto previsto dal bando di gara approvato a suo tempo dalla Provincia di Macerata per la scelta del partner privato della società mista (bando che peraltro non può vincolare amministrazioni diverse da quelle che hanno dato vita alla società mista o che vi hanno spontaneamente aderito mercé l'acquisto di quote societarie).

Ovviamente, ciò non toglie che un ente locale della provincia di Macerata, anche nella vigenza del citato art. 23-*bis*, comma 9, della L. n. 133/2008, possa affidare direttamente a Contram Mobilità uno o più servizi ricompresi nell'oggetto sociale della ricorrente, ma questo darebbe verosimilmente luogo a conseguenze di vario genere (ad esempio, ricorsi giurisdizionali amministrativi da parte di altre imprese operanti nel settore e aspiranti alla concessione; esposti all'Antitrust; etc.).

4. In ragione di quanto precede, il ricorso va respinto, ovviamente anche per ciò che concerne la domanda risarcitoria, visto che il Tribunale ritiene legittimi i provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna la società ricorrente al pagamento in favore del Comune e della controinteressata delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare nella misura complessiva di € 6.000,00 (€ 3.000,00 in favore del Comune e € 3.000,00 in favore della controinteressata), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2010

IL SEGRETARIO

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