



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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2019, proposto da Consorzio di Cooperative Apa - Multiservizi Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Albino Domanico, Roberta Perna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Albino Domanico in Catanzaro, via Lidonnici, 7;

contro

Comune di Cleto (Cs) in persona del Sindaco Pro Tempore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, corso Luigi Fera, n. 23;

nei confronti

One Aker Società Cooperativa Sociale A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppina Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) dell'avviso pubblico del Comune di Cleto, prot. 0001374 del 31/10/2018, avente ad oggetto “manifestazione di interesse per l'espletamento di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria per l'affidamento dell'appalto del servizio di “Trasporto scolastico A.S. 2018/2019”, nella parte in cui non richiede, tra i requisiti di partecipazione al procedimento, l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; b) della Determinazione del Responsabile dell'Area amministrativa del Comune di Cleto n. 43 del 31/10/2018 nella parte in cui approva l'avviso pubblico di manifestazione di interesse di cui sopra nonostante questi non prevedesse, tra i requisiti di partecipazione alla relativa procedura, l'iscrizione nel REN ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; c) dell'elenco di operatori economici formatosi all'esito della suddetta procedura; d) della comunicazione d'ufficio di esclusione dalla predetta procedura comminata al consorzio odierno ricorrente e comunicata con nota prot. 1572 del 05/12/2018; e) della lettera di invito, del Disciplinare di gara e del C.S.A. relativi alla procedura negoziata del 03/12/2018, sotto soglia comunitaria, bandita dal Comune di Cleto con Richiesta di Offerta (R.D.O. n. 2084265) su piattaforma MEPA per l'affidamento dell'appalto del “servizio di trasporto scolastico a.s. 2018/2019”, nella parte in cui non richiede, tra i requisiti di partecipazione alla gara, l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada;

f) della Determinazione del Responsabile dell'Area Amministrativa del Comune di Cleto n. 53 del 03/12/2018 nella parte in cui approva la procedura negoziata di cui sopra nonostante questa non prevedesse, tra i requisiti di partecipazione alla relativa gara, l'iscrizione nel R.E.N. ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada; g) della determina dell'area amministrativa n. 58 del 19/12/2018, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico periodo A.S. 2018/2019 – CIG Z0E2593103, disposta dal Comune di Cleto in favore della ONE AKER - società cooperativa sociale; h) di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale, ivi inclusi gli inviti e/o la selezione dei concorrenti così come avvenuti/a sulla piattaforma MEPA in assenza di verifica dei requisiti professionali necessari allo svolgimento del servizio di che trattasi; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cleto (Cs) in persona del Sindaco Pro Tempore e di One Aker Società Cooperativa Sociale A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 convertito in legge n. 176 del 2020 il dott. Domenico Gaglioti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- Con atto notificato il 4.1.2019 e 7.1.2019 e depositato il 7.1.2019, il Consorzio Di Cooperative Apa - Multiservizi Cooperativa Sociale, premesso di avere presentato manifestazione di interesse, all'esito di apposito avviso, per la procedura

negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di importo inferiore alla soglia comunitaria del Comune di Cleto per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto scolastico a.s. 2018/2019, ha impugnato, con richiesta cautelare, l'avviso pubblico e gli atti di gara nella parte in cui non prescrivevano tra i requisiti di partecipazione al procedimento l'iscrizione nel R.E.N. (Registro Elettronico Nazionale) ovvero il possesso dell'attestato di idoneità professionale all'esercizio dell'attività di autotrasporto viaggiatori su strada, il provvedimento con cui era stata comminata la propria esclusione in quanto gestore uscente e l'aggiudicazione disposta nei confronti della controinteressata ONE AKER – Società Cooperativa Sociale.

2- Ha chiesto, inoltre e conseguentemente, l'aggiudicazione in suo favore, in difetto di altri offerenti e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

3- A fondamento del ricorso ha assunto vizi di violazione dell'art. 36, commi 1 e 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, delle Linee Guida ANAC n. 4 e di diversi profili di eccesso di potere, atteso che la rotazione non era invocabile nella specie in quanto nell'avviso pubblicato l'amministrazione non aveva operato alcuna limitazione delle ditte da invitare e solo una delle imprese interessate aveva presentato offerta.

4- Si è inoltre doluto dell'illegittimità dell'aggiudicazione e degli atti di gara ad essa prodromici per violazione del Regolamento (CE) n. 1071/2009, del Decreto Ministeriale 25 novembre 2011 e Decreto Ministeriale 31 gennaio 1997, non avendo la controinteressata l'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale - R.E.N., requisito normativo di ordine speciale erroneamente non richiesto dall'Amministrazione nella *lex specialis*.

5- Il Comune di Cleto e controinteressata non si sono costituiti in giudizio.

6- La tutela cautelare è stata denegata con provvedimento confermato dal Consiglio di Stato il quale ha precisato "la posizione della appellante potrà

eventualmente sempre essere ristorata in forma specifica con l'affidamento, in caso di favorevole esito del ricorso, di un periodo contrattuale di uguale durata”.

7- Con la memoria ex art. 73 c.p.a. la ricorrente ha specificato in tale senso il ristoro in forma specifica e chiesto l'applicazione delle sanzioni ex art 123 c.p.a.

8- All'esito del giudizio, con sentenza n. 1457/2019, pubblicata il 20.7.2019, questo Tribunale: i) ha anzitutto dichiarato improcedibili le domande di annullamento dei diversi atti di gara, di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro, essendo cessato l'anno scolastico; ii) in parziale accoglimento del ricorso: a) ha dichiarato illegittima l'aggiudicazione disposta in favore della One Aker – Società Cooperativa Sociale dell'appalto del servizio di Trasporto scolastico a.s. 2018/2019; b) ha dichiarato illegittima l'esclusione dalla medesima procedura della ricorrente; c) ha disposto l'affidamento in favore della ricorrente del medesimo servizio per l'anno scolastico 2019/2020; d) ha quindi respinto il ricorso per la restante parte; iii) ha infine condannato amministrazione e controinteressata, in solido tra loro, alla refusione in favore della ricorrente delle spese di lite, contestualmente liquidate.

9- Avverso detta sentenza ha proposto appello al Consiglio di Stato la controinteressata One Aker S.C.A.R.L.

10- Nel giudizio di appello si sono costituiti il Consorzio di cooperative A.P.A. e il Comune di Cleto.

11- In particolare, l'appellante ha contestato il mancato riscontro, in primo grado di giudizio, della nullità della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio dovuta ad erronea trascrizione dell'indirizzo della sua sede e ha concluso per l'inammissibilità del ricorso proposto in primo grado per omessa notifica al controinteressato ai sensi dell'art. 41 c.p.a. e, in via subordinata, per il rinvio al giudice di primo grado ex art.105 c.p.a. per poter espletare l'attività difensiva che il vizio della notificazione, e la conseguenza contumacia involontaria, le hanno precluso.

12- Con sentenza n. 5484/2020 del 21.9.2020 il Consiglio di Stato accoglieva l'appello annullando la gravata sentenza n. 1457/2019 e rimettendo la causa al giudice di primo grado ex art. 105 c.p.a.

13- Con atto notificato il 21.12.2020 e depositato il 29.12.2020, il Consorzio di cooperative A.P.A., avendo interesse alla riassunzione e alla prosecuzione del giudizio, ha ribadito le deduzioni e le richieste già formulate nel ricorso introduttivo così come sopra trascritto, chiedendo, in accoglimento del ricorso, l'annullamento degli atti impugnati e il riconoscimento del risarcimento dei danni in forma specifica – essendo stato già portato ad esecuzione il contratto, di cui si chiedeva la declaratoria incidentale di inefficacia – ovvero, conformemente alla statuizione già assunta con la sentenza di primo grado annullata, mediante una ipotesi di ristoro in forma specifica “in senso stretto” con affidamento in favore della ricorrente del medesimo servizio per l'anno scolastico 2020/2021 o, in subordine, per equivalente.

14- Con memoria depositata l'8.1.2021 si è costituito il Comune di Cleto eccependo, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso per violazione degli artt. 27, 41 e 44 C.P.A. (a causa della mancata notifica dello stesso alla ditta aggiudicataria – atteso che la prima rituale notifica alla controinteressata è avvenuta solo il 21.12.2020 e, dunque, oltre il termine di decadenza – non sanata dalla mancata costituzione in giudizio della stessa nel corso del giudizio di primo grado, in assenza, peraltro, di ipotesi di errore scusabile) e, in secondo luogo, l'inammissibilità del ricorso ex art. 105 c.p.a., avendo il ricorrente modificato nelle conclusioni rispetto all'originario ricorso (atteso che nel primigenio ricorso la domanda risarcitoria era correlata all'affidamento dell'anno scolastico 2018/2019, mentre in sede di riassunzione è correlata all'anno scolastico 2020/2021). Nel merito, ha eccepito l'infondatezza del ricorso, avendo la controinteressata stipulato un contratto di avvalimento per il requisito della iscrizione al R.E.N.

15- Con memoria depositata in data 20.1.2021 si costituiva la controinteressata One Aker S.C.A.R.L. deducendo l'infondatezza del ricorso – per aver essa stipulato un contratto di avvalimento per il requisito della R.E.N. e per essere state correttamente applicate le linee guida n. 2 dell'ANAC in tema di rotazione – e contestando l'ammissibilità del risarcimento in forma specifica (non essendo stata l'offerta del Consorzio appellato mai stata oggetto di valutazione, per intervenuta esclusione ancor prima dell'apertura delle buste in forza della corretta applicazione del principio di rotazione.

16- All'udienza pubblica del 10.2.2021 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

17- Preliminarmente deve essere affrontata l'eccezione, formulata dall'amministrazione comunale resistente in sede di costituzione, in ordine all'inammissibilità del ricorso per violazione degli artt. 27, 41 e 44 c.p.a. per mancata notifica alla ditta aggiudicataria.

17.1- Osserva la resistente che, a seguito dell'annullamento, da parte del Consiglio di Stato, della sentenza impugnata con remissione al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a., resta impregiudicata la valutazione, da parte di quest'ultimo, dell'inammissibilità del ricorso stesso, il quale, non essendo stato ritualmente notificato alla controinteressata come previsto dagli artt. 27 e 41, n. 2, c.p.a., è da considerarsi inammissibile, senza che possa soccorrere l'art. 44 n. 4 che rende possibile la rinnovazione della notifica solo se l'esito negativo della stessa dipenda da causa non imputabile al notificante, essendo dipeso l'errore esclusivamente dalla ricorrente che ha notificato l'atto presso indirizzo non corrispondente a quello della ditta intimata.

17.2- L'eccezione non è fondata, per come si espone di seguito.

17.3- Con la sentenza n. 5484/2020 del 21.9.2020 il Consiglio di Stato ha ritenuto – a fronte di una domanda dell'appellante tesa ad ottenere la declaratoria di

inammissibilità del ricorso proposto in primo grado per omessa notifica al controinteressato ai sensi dell'art. 41 c.p.a. o, in via subordinata, ad ottenere il rinvio al giudice di primo grado ex art. 105 c.p.a. per poter espletare l'attività difensiva che il vizio della notificazione, e la conseguenza contumacia involontaria, le hanno precluso – che, per le circostanze di fatto ivi evidenziate, la notificazione del ricorso di primo grado, sebbene non rifiutata (come evidenziato dall'appellato), non possa dirsi aver raggiunto il proprio scopo. Essa, ha proseguito il Giudice, era, invece, nulla (e non inesistente) in quanto, per generale principio processuale applicabile anche al processo amministrativo, l'errore nella individuazione del luogo in cui la notificazione dell'atto va eseguita, anche qualora sia privo di qualsiasi collegamento con il destinatario, configura una mera difformità dal modello legale e non attiene agli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione (per mancanza o dell'attività di trasmissione o dell'attività di consegna) dell'atto né implica carenza materiale dello stesso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 agosto 2020, n. 4899; III, 24 aprile 2018, n. 2462; V, 1 ottobre 2018, n. 5619; Cass. civ., Sez. Unite, 20 luglio 2016, n. 14916). Pertanto, la nullità della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio, non sanata dalla costituzione della parte intimata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2020, n. 3243), comporta che il giudizio di primo grado si sia svolto a contraddittorio non integro; ne segue la necessaria rimessione della controversia al primo giudice ai sensi dell'art. 105 c.p.a. (cfr. Adunanza plenaria, 30 luglio 2018, n. 10).

17.4- Intervenuto l'annullamento, con atto ritualmente notificato sia al Comune che alla controinteressata (questa volta al corretto indirizzo), la ricorrente ha riproposto riassunzione ex art. 105 c.p.a., permettendo così di reintegrare l'instaurazione del contraddittorio nel giudizio sin dal primo grado di giudizio.

17.5- Si soggiunge che, anche a porsi il problema della scusabilità dell'errore, nella fattispecie (a differenza del precedente da questa Sezione n. 1201 del 3.7.2020, richiamato dalla resistente e nel quale, effettivamente, l'errore nella notificazione era da imputare, senza scusante alcuna, alla parte ricorrente) ad avviso del Collegio sussistono elementi sufficienti per ritenere scusabile l'errore in cui è incorso il ricorrente.

17.5.1- Occorre anzitutto osservare che consolidata giurisprudenza ritiene che: *“L'esito negativo della notificazione non dipende «da causa non imputabile al notificante» qualora egli, dopo aver preso cognizione del fatto che la notificazione non è andata a buon fine, non proceda spontaneamente alla immediata riattivazione del procedimento notificatorio, senza attendere la concessione di un termine dal giudice, effettuando innanzitutto un tentativo di notifica presso il nuovo indirizzo acquisito dall'ufficiale giudiziario. Tale spontanea riattivazione permette alla parte ricorrente di sanare la nullità della notificazione qualora essa sia ancora in termini per la notifica, o comunque, non sia a lei imputabile l'iniziale inesatta individuazione della sede del controinteressato presso la quale è stata effettuata la notificazione non andata a buon fine. Invece, l'inescusabile inerzia della parte ricorrente di fronte all'esito negativo della notifica, induce a concludere per l'imputabilità alla medesima della infruttuosa conclusione del procedimento notificatorio, con la conseguenza che la rinnovazione per ordine del giudice in base all'art. 44, comma 4, c.p.a., non può essere concessa”* (ex plurimis, T.A.R. Toscana, Sez. II, 11.12.2018, n.1604).

17.5.2- Nella fattispecie (pacifico restando il fatto che il ricorso di primo grado è stato notificato a One Aker s.c.a.r.l. nel Comune di Amantea alla via Bari n. 42, laddove dalla visura camerale la sede legale risultava in via Bari n. 49), da una disamina della cartolina di ricevimento del ricorso (notoriamente atto pubblico: ex plurimis, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 16.11.2020, n.1046) versata in atti risulta che, quantunque il numero civico ivi riportato fosse erroneo (n. 42 e non, più correttamente, n. 49), l'agente postale ha dichiarato di non aver consegnato il

plico a domicilio per temporanea assenza e mancanza del destinatario e ha altresì dichiarato di aver immesso avviso nella cassetta corrispondente allo stabile in indirizzo.

17.5.3- Dalla dichiarazione dell'agente postale resa nei termini sopra esposti si inferisce che, non essendo dipesa la mancata consegna dell'avviso da irreperibilità del destinatario all'indirizzo indicato dal ricorrente (come dovrebbe logicamente avvenire nel caso di indicazione di un indirizzo erroneo) ma, anzi, avendo l'agente dichiarato di aver lasciato l'avviso nella cassetta postale corrispondente dello stabile in indirizzo (circostanza che, ragionevolmente, presuppone la riferibilità della cassetta postale nella quale l'avviso è stato riposto al destinatario indicato nella cartolina), tale circostanza verosimilmente impedisce al ricorrente di poter riconoscere l'errore in cui era incorso, atteso che l'avvenuto deposito della cartolina di ricevimento nella cassetta postale fa logicamente inferire che la notifica sia andata processualmente a buon fine e non richieda una sua rinnovazione.

17.5.4- D'altronde (lo si soggiunge incidentalmente per mera completezza), identica situazione sarebbe da riscontrarsi con riferimento al C.A.D. a data 9.1.2019 (depositato agli atti del giudizio di appello concluso con la sentenza n. 5484/2020) con riferimento al quale, pure a fronte della medesima indicazione erronea del numero civico (n. 42 invece di n. 49) l'agente postale ha dichiarato che, per temporanea assenza del destinatario e per mancanza, assenza, rifiuto e inidoneità di ogni altra persona abilitata, egli ha immesso in cassetta la raccomandata ai sensi dell'art. 8 legge n. 890/82 s.m.i.

18- Parimenti infondata è l'ulteriore eccezione, dedotta sempre dall'amministrazione resistente, di inammissibilità del ricorso originario, per aver il ricorrente mutato la domanda in sede di riassunzione, avendo questi, in quest'ultima sede, chiesto il risarcimento in forma specifica non per l'anno scolastico 2018/2019, come era nel primigenio ricorso, ma per l'anno 2020/2021.

18.1- Si osserva che, nel primigenio atto introduttivo del giudizio, l'odierna ricorrente aveva chiesto l'annullamento della sua esclusione dalla gara e della successiva aggiudicazione in favore della One Aker e la domanda di inefficacia del contratto (con le conseguenti statuizioni in ordine al diritto della ricorrente ad essere invitata alla procedura di gara di che trattasi ovvero, in subordine, per l'annullamento di tutti gli atti di gara con obbligo della S.A. di ribandirla inserendo, tra i requisiti di partecipazione alla stessa, l'iscrizione al R.E.N.).

18.2- Con memoria resa ex art. 73 c.p.a. il 17.6.2019, la stessa ricorrente aveva ribadito il persistere dell'interesse a fini risarcitori ex art. 34 c.p.a., atteso che l'avvenuto espletamento del servizio rendeva non utile l'annullamento domanda ovviamente riferibile all'anno scolastico allora in corso, ossia l'anno 2019/2020 e aveva chiesto che, previo annullamento degli atti impugnati e previa declaratoria di nullità del contratto sottoscritto, venga riconosciuto il diritto dell'odierna ricorrente di ottenere, quale risarcimento in forma specifica, un periodo contrattuale di uguale durata.

18.4- È stato osservato in giurisprudenza che *“è pacifico che non occorra ai fini dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento una domanda di risarcimento del danno formulata nell'ambito del medesimo giudizio, essendo ben sufficiente in proposito una mera richiesta di parte, avanzata in ogni tempo, espressiva dell'interesse a un accertamento strumentale alla pretesa risarcitoria anche futura”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 2.7.2020, n.4253).

18.3- Orbene, essendo oramai decorso l'anno scolastico 2019/2020, la specificazione del risarcimento in forma specifica, già ribadito con la memoria di cui sopra, non può essere chiesta che per l'anno scolastico 2020/2021.

19- Venendo al merito, occorre preliminarmente precisare che le domande di annullamento dei diversi atti di gara, con le conseguenze in tema di declaratoria di inefficacia del contratto non sono possibili, stante l'ultimazione da parte del servizio da parte dell'aggiudicataria con la conclusione dell'anno scolastico

2018/2019 e la conseguenziale improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. L'illegittimità degli atti impugnati deve essere, tuttavia, accertata ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a. per l'invocato ristoro del danno in forma specifica.

20- Per addivenire ad una soluzione della controversia, si ritiene anzitutto di esaminare la legittimità dell'esclusione della ricorrente, atteso che l'esito positivo della stessa si ripercuote, già di per sé, sull'illegittimità della conseguenziale procedura di gara.

20.1- L'espulsione della ricorrente è avvenuta per applicazione del principio di rotazione.

Difatti, l'amministrazione ha emanato l'avviso pubblico per ottenere manifestazioni di interesse da imprese del settore, così indagando l'interesse del mercato per il servizio da espletare ed ha escluso la cooperativa ricorrente facendo rigorosa applicazione del principio di rotazione degli incarichi, in quanto gestore uscente.

20.2- È noto che, secondo l'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo applicabile *ratione temporis*, per appalti di servizi inferiori alla soglia comunitaria come nella specie, essa avvenga mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, teso a ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei.

20.3- L'applicazione del principio di rotazione è però avvenuta in termini distonici rispetto alle previsioni normative.

20.4- Ha, infatti, ragione il consorzio di cooperative Apa - Multiservizi cooperativa sociale ad affermare l'illegittima applicazione del criterio alla luce di quanto

precisato dalle Linee guida Anac (n. 4) nell'escludere dall'ambito di applicazione del principio talune fattispecie.

20.5- Difatti, le linee guida precisano (§ 3.6) che *“La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”*.

20.6- Quanto sopra è stato, di recente, ribadito in giurisprudenza, per cui: *“Secondo l'ANAC (Linea guida n. 4): a) si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi; b) il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento; c) la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”* (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 5.1.2021, n. 7).

20.7- Orbene, nella specie se va escluso, per come erroneamente sostenuto in ricorso, che ricorra la prima delle previste fattispecie, non ravvisandosi una gara con procedura ordinaria, ricorre certamente la seconda di esse. L'avviso, infatti, prevedeva in ordine alla “fase successiva alle candidature” che *“Nel caso di presentazione di un numero di manifestazioni di interesse superiori a 5 la Stazione Appaltante inviterà alla successiva manifestazione di interesse TUTTI coloro i quali avranno presentato*

regolare istanza di interesse”, dunque senza limitazione alcuna numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

20.8- Conseguenza da ciò, di per sé, l’illegittimità dell’esclusione della ricorrente.

21- La ricorrente ha contestualmente impugnato anche l’avvenuta aggiudicazione in favore dell’odierna controinteressata.

21.1- La disamina di tale doglianza è necessaria anche al fine delle sue ripercussioni sulle conseguenze risarcitorie, come si avrà modo di osservare di seguito.

21.2- La censura circa la mancata richiesta nella legge di gara, dell’iscrizione al R.E.N. tra i requisiti di partecipazione coglie nel segno ma, essa, tuttavia, non determina, come ritenuto dalla ricorrente, l’illegittimità dell’avviso pubblico in quanto la normativa che lo impone integra, ex art. 1339 c.c., la *lex specialis* di gara. Posto, infatti, che l’attività oggetto dell’appalto è il trasporto (verso corrispettivo) di persone su strada, essa risulta disciplinato dalla generale previsione di cui all’art. 1, comma 2 del Regolamento C.E. n. 1071/2009, che prescrive per l’esercizio dell’attività una serie di requisiti (stabilimento, onorabilità, idoneità finanziaria ed idoneità professionale) comprovati dall’iscrizione presso il “Registro elettronico nazionale” (cd. “REN”), istituito presso il Dipartimento per i trasporti, la navigazione ed i sistemi informativi e statistici del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, per come nel dettaglio disciplinato dal decreto ministeriale (291/2011) (cfr. per una ricostruzione del requisito Tar Puglia – Lecce, 712/2016 e Tar Campania N. 2359/2019).

21.3- In sede di riassunzione, l’amministrazione resistente e la controinteressata hanno eccepito la sussistenza del requisito in questione, avendo quest’ultima stipulato contratto di avvalimento con altra società iscritta presso il “Registro elettronico nazionale” (REN), ai sensi dell’articolo 1, comma 2 del regolamento C.E. n. 1071/2009.

21.4-Tale rilievo non è persuasivo.

21.5- È stato precisato in giurisprudenza che “*Le condizioni per l'esercizio dell'attività di trasporto su strada sono previste dal Regolamento dell'unione Europea 21.10.2009 n. 1071 (di recente modificato con Regolamento n. 1055 del 15 luglio 2020), che ha abrogato la direttiva 96/26/CE del Consiglio, allo scopo di dettare una disciplina uniforme, per evitare difformità nella trama normativa adottata dai singoli Stati membri, che aveva evidenziato riflessi negativi sul piano della concorrenza, della scarsa trasparenza del mercato nonché di un'offerta qualitativamente disomogenea.*

L'obiettivo perseguito è quello di assicurare un'adeguata professionalità dei trasportatori su strada, di rinforzare il loro diritto di stabilimento ed, al contempo, di razionalizzare il mercato, di migliorare la qualità del servizio, di migliorare la sicurezza stradale nell'interesse dei trasportatori su strada, dei loro clienti e dell'economia in generale.

I requisiti per l'esercizio della professione di trasportatore su strada (definita all'art. 2, comma 1 n. 2 - relativamente a trasporto "di persone", distinto dal trasporto "di merci" - come "la professione di un'impresa che, mediante autoveicoli atti, per costruzione e per attrezzatura, a trasportare più di nove persone, conducente compreso, e destinati a tal fine, esegue trasporti di persone con offerta al pubblico o a talune categorie di utenti, dietro corrispettivo versato dalla persona trasportata o dall'organizzatore del trasporto") sono:

- a) il "requisito di stabilimento", ancorato alla disponibilità di una "sede effettiva e stabile in uno Stato membro" (cfr. artt. 3, comma 1 lettera a) e 5);*
- b) il "requisito di onorabilità", ancorata alla insussistenza di condanne o sanzioni per infrazioni gravi alla normativa nazionale (cfr. artt. 3, comma 1 lettera b) e 6);*
- c) il "requisito di idoneità finanziaria", ancorato alla dimostrazione della capacità di ottemperare agli obblighi finanziari incombenti nel corso dell'esercizio contabile annuale e, di regola, dimostrata dalla disponibilità, sulla base dei conti annuali certificati, di capitali o riserve per un valore di almeno € 9.000 per il primo veicolo a motore utilizzato ed € 5.000 per ogni veicolo a motore supplementare (cfr. art. 3, comma 1 lettera c) e 7);*

d) il "requisito di idoneità professionale", ovvero il possesso della conoscenza di determinate materie da parte della persona che dirige l'attività di trasporto (cfr. artt. 3, comma 1 lettera d) e 8).

L'art. 16 del Regolamento prevede che ciascuno Stato membro tenga un "registro elettronico nazionale" delle imprese di trasporto su strada che siano state autorizzate da un'autorità competente da esso designata ad esercitare la professione di trasportatore su strada.

Con il Decreto Dirigenziale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 291 del 25 novembre 2011 sono state dettate le disposizioni tecniche di prima applicazione del Regolamento, disponendo, in particolare l'istituzione del "Registro elettronico nazionale delle imprese che sono autorizzate all'esercizio della professione di trasportatore di merci o persone su strada" (art. 11), l'iscrizione nel quale, all'esito delle prescritte verifiche, "comporta l'autorizzazione per l'esercizio della professione" (cfr. art. 9, comma 6).

Con "disposizioni finali e transitorie", è previsto che "le imprese di cui al comma 2 sono autorizzate in via provvisoria all'esercizio della professione nel territorio nazionale fino alla verifica della sussistenza dei requisiti previsti dal Regolamento (CE) n. 1071/2009" (cfr. art. 12 comma 3)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 29.9.2020, n.5725).

21.6- Da quanto ora rilevato consegue che, riguardando il requisito in questione anche l'onorabilità dell'imprenditore, esso rientra nell'ambito dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti che non sono suscettibili di avvalimento (T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 13.1.2017, n.9).

21.7- Per completezza si osserva come sia stato precisato in giurisprudenza che: "Con la (...) sentenza T.A.R. Lazio, sez. III Roma, n. 6926/2017 si precisa che la possibilità di costituzione di una riunione di imprese con altri operatori del mercato è consentita, al fine di realizzare una sinergia tra le disponibilità di personale, mezzi e dotazioni dei diversi operatori economici, consentendo in tal modo ad imprese iscritte al REN, ma che siano dotate di limitate risorse tecniche, di partecipare a riunioni di imprese al fine di svolgere servizi di trasporto

per i quali le singole aziende non avrebbero la capacità tecnica. Ora, si deve osservare che il requisito necessario che devono possedere tutte le imprese è comunque l'iscrizione al REN, in mancanza della quale la Cooperativa ricorrente non può acquisire la qualifica di operatore del settore” (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 13/12/2017, n.2872).

Orbene, pur attenendo la pronuncia da ultimo richiama a controversia relativa alla costituzione di un R.T.I. tra imprese finalizzato ad una integrazione sinergica di risorse tecniche limitate, il fatto che sia stato ivi precisato che l'iscrizione al R.E.N. è comunque necessaria per acquisire la qualifica di operatore del Settore avvalorata l'inquadramento di tale requisito nel novero di quelli generali, di cui deve essere titolare ogni operatore e che, pertanto, non è suscettibile di avvalimento.

21.8- Per tale ragione, l'aggiudicazione in favore della controinteressata è avvenuta illegittimamente, difettando essa dei requisiti per la partecipazione alla gara.

22- Deve essere ora esaminata la domanda risarcitoria.

22.1- La domanda è fondata nei termini di seguito esposti.

22.2- Tenuto conto sia del fatto che, all'esito della manifestazione di interesse la ricorrente è stata esclusa *ab imis* dalla partecipazione alla successiva gara e non ha formulato un'offerta ma anche del fatto che l'anno scolastico 2020/2021 è oramai in fase avanzata di svolgimento non appare praticabile la strada di attribuire un affidamento per il periodo contrattuale di eguale durata dell'anno scolastico in corso.

22.3- Residua la questione della praticabilità del risarcimento danni per equivalente.

22.4- Ritiene il Collegio, in linea con la prevalente giurisprudenza aderente alla c.d. teoria eziologica, che la risarcibilità della *chance* di aggiudicazione sia ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la chance di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 giugno 2015 n. 3147; T.A.R. Catanzaro,

Sez. II, 24 gennaio 2019 n. 163; T.A.R. Marche, Sez. I, 5 giugno 2018, n. 413; T.A.R. Venezia, Sez. I, 9 gennaio 2018 n. 26).

22.5- In altri termini, come osservato anche da questo Tribunale, “*Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance è, quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta. Nella fattispecie la ricorrente avrebbe dovuto pertanto dimostrare che, qualora l'amministrazione intimata avesse legittimamente espletato una procedura ad evidenza pubblica, sarebbe risultata aggiudicataria o, almeno, che avrebbe avuto una elevata probabilità di conseguire l'aggiudicazione (...). In mancanza di tale dimostrazione resta pertanto precluso il ristoro per equivalente della chance di aggiudicazione*” (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 16.5.2019, n. 983).

22.6- Sul punto, è da ribadire anzitutto che, all'esito della prima fase (manifestazione di interesse) l'odierna ricorrente non ha partecipato alla successiva gara, ragion per cui non esiste una sua offerta da eventualmente apprezzare a fini risarcitori.

Pur tuttavia, dalle allegazioni della ricorrente e dalla documentazione agli atti, risulta che: a) la ricorrente aveva aderito alla manifestazione di interesse per la successiva gara, dalla quale veniva poi esclusa per il principio di rotazione; b) la stessa verosimilmente era in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'aggiudicazione del servizio, trattandosi del gestore uscente dell'analogo servizio di trasporto scolastico del Comune, servizio peraltro prorogato nelle more dell'espletamento della procedura (né, comunque, risultano offerti dall'amministrazione resistenti elementi tali da mettere in dubbio tale assunto); c)

sebbene alla gara successiva alla manifestazione di interesse fossero state invitate altre ditte, l'unica ad avervi partecipato è stata la controinteressata aggiudicataria; d) quest'ultima, però, non avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, atteso che, come già osservato, difettava dei requisiti di ammissione per mancata iscrizione al R.E.N.

Se ne desume che, qualora l'amministrazione avesse ammesso alla gara l'odierna ricorrente, quest'ultima avrebbe avuto (se non la certezza) quanto meno una ragionevole probabilità notevolmente elevata di risultare aggiudicataria.

22.7- Resta da definire la quantificazione, in termini di lucro cessante, della perdita conseguente al mancato conseguimento del bene della vita.

22.8- La ricorrente ha chiesto genericamente il risarcimento per equivalente. Tale richiesta risarcitoria, non articolata nelle singole voci può essere intesa e declinata come ricomprensente il danno da lucro cessante e cioè l'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto.

22.9- Ritiene il Collegio che, essendo stata l'istante esclusa illegittimamente dalla partecipazione alla gara, il pregiudizio può quantificarsi nella misura del 10% del prezzo a base d'asta (non avendo potuto la ricorrente depositare la propria offerta), diviso tuttavia per il numero di imprese che hanno partecipato alla gara medesima e avevano i requisiti per poter competere.

Il lucro cessante da mancata aggiudicazione può tuttavia essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa non abbia potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili per l'espletamento di altri servizi, dovendosi tener conto dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*.

In difetto di prova specifica a cura di parte istante, l'importo quantificato sub 5.1 deve pertanto esse decurtato e equitativamente rideterminato nel 5% dell'importo a base d'asta (T.A.R. Toscana, Sez. I, n. 562/2016; T.A.R. Veneto, Sez. II, n. 279/2016; TAR Calabria, Reggio Calabria, n.137 del 2017; nonché si veda

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2751/2008 circa l'onere della prova contraria a carico del danneggiato stesso).

22.10- Non possono essere liquidate le spese di partecipazione alla gara, posto che, in caso di domanda di risarcimento danni per mancata aggiudicazione ovvero per perdita di chance di aggiudicarsi la commessa, dette spese dovevano comunque essere sostenute dall'impresa, difettando così la riconducibilità del costo all'area del danno (v. Consiglio di Stato, Sez. V, nn. 3634/2016 e 1904/2016). Invero, come la giurisprudenza ha avuto pure modo di precisare, i costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione e chieda il mero danno da esclusione, atteso che in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della chance di aggiudicazione) mancano i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (v. Consiglio di Stato, Sez. VI n. 2751/2008).

22.11- Nell'ambito del chiesto danno può altresì riconoscersi presuntivamente il danno curriculare, posto che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la possibilità di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti, derivandone che l'impresa illegittimamente privata della pur sola chance di esecuzione dell'appalto, può rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4283/2015). Quanto alla liquidazione di tale voce di danno, per natura estremamente difficoltosa trattandosi di danno non surrogabile patrimonialmente, il Collegio ritiene che esso possa, equitativamente determinarsi nella misura dell'1% dell'importo liquidato a titolo di

lucro cessante (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5611/2015). Deve infatti osservarsi che tale danno si collega alla mera chance di aggiudicazione e dunque ad una situazione in cui non vi è certezza di vittoria nella procedura, ridondando tale incertezza sulla minor individuazione della relativa percentuale.

22.12- Per quanto sopra esposto, considerando che, dal § 3 delle “*Condizioni particolari di RDO disciplinare di gara RDO n. 2084265*” versate in atti risulta un importo complessivo a base d’asta quantificato in € 18.636,50 oltre IVA e rilevato che l’unica ditta partecipante, ossia l’aggiudicataria, non aveva in realtà i requisiti per partecipare legittimamente, ne risulta che la ricorrente, ove fosse stata ammessa alla gara, non avrebbe avuto altri *competitor* per l’aggiudicazione, ragion per cui l’importo a base d’asta deve essere computato per l’intero.

22.13- Procedendo ai calcoli secondo i criteri sopra riportati ne consegue che l’utile risarcibile è quantificabile in € 931,82, cui vanno ad aggiungersi € 9,32 per danno curricolare, portando il danno risarcibile ad una somma complessiva di € 941,14.

22.14- Così quantificato complessivamente il danno–conseguenza, deve tuttavia osservarsi che il relativo importo va opportunamente ridotto in ragione della percentuale del 40%, in coerente applicazione della regola sulla limitazione del danno consacrata nell’art. 1227 2° comma c.c. Secondo i principi ormai consolidati in materia di risarcimento del danno da contratti pubblici (anche a seguito della nota decisione dell’Adunanza Plenaria n. 3/2011), la mancata tempestiva attivazione degli opportuni rimedi cautelari rientra sicuramente tra gli sforzi diligenti che gravano sul danneggiato – creditore, entro il limite dell’apprezzabile sacrificio, al fine di contenere le conseguenze dannose (in argomento, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 113 del 16.2.2017).

Da quanto versato in atti non risultano istanze di autotutela presentate da parte dell’odierna ricorrente, non indifferenti nell’economia della questione tenuto anche conto della struttura bifasica della procedura.

Ad avviso del Collegio, il pronto esperimento di tali rimedi, considerati gli sviluppi successivi e la fondatezza dello stesso, avrebbe comportato una tutela con un sufficiente grado di probabilità, che il TAR stima pari alla percentuale dell'40% di accoglimento.

Dal che la riduzione della somma complessiva come individuata al superiore punto 22.13, in ragione della percentuale sopra citata.

22.15- L'importo finale dovrà essere rivalutato all'attualità sulla base degli indici Istat, a decorrere dalla stipulazione del contratto tra l'Amministrazione e la controinteressata; quindi andranno aggiunti gli interessi legali dalla data della presente sentenza sino al soddisfo effettivo.

22.16- In definitiva la domanda risarcitoria deve essere accolta nei termini sopra indicati e pertanto deve essere condannato il Comune di Cleto alla liquidazione del relativo importo in favore della ricorrente.

23- Le spese di giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) Dichiara improcedibili le domande di annullamento dei diversi atti di gara, di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro;
- 2) In parziale accoglimento del ricorso:
 - dichiara illegittima l'esclusione dalla medesima procedura della ricorrente;
 - dichiara illegittima l'aggiudicazione disposta in favore della One Aker – Società Cooperativa Sociale dell'appalto del servizio di trasporto scolastico a.s. 2018/2019.
- 3) Condanna il Comune di Cleto a risarcire il danno subito dalla ricorrente e a pagare il relativo importo nella misura determinata in parte motiva.
- 4) Respinge il ricorso per la restante parte.

5) Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata, in solido tra loro, alla refusione in favore della ricorrente delle spese di lite che liquida in complessive € 2.000,00 oltre spese generali, IVA e CPA come per legge e rimborso contributo unificato nella misura in cui effettivamente versato.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO