

Pubblicato il 07/02/2020

N. 00973/2020REG.PROV.COLL.

N. 04674/2019 REG.RIC.



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 in appello iscritto al numero di registro generale 4674 del 2019, proposto da

G.T.M s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sonia Macchia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via San Giovanni Decollato, 10;

contro

Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliato; Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti

Roma TPL s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 02732/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze e di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Macchia e D'Ottavi, nonché l'avvocato dello Stato Simeoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 22 luglio 2017 veniva pubblicato sulla GUUE, da Roma Capitale, un avviso recante le informazioni minime su una futura gara concernente l'affidamento del “*Servizio di trasporto pubblico locale su gomma nel territorio periferico di Roma Capitale e servizi accessori. Suddiviso in due lotti*”.

Esperita la procedura di consultazione prevista dall'Allegato A alla Delibera n. 49 del 17 giugno 2015 dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), ai fini dell'individuazione dei beni essenziali all'esercizio dei servizi nonché del personale oggetto di trasferimento dal gestore uscente a quello entrante, il 25 novembre 2018 la stazione appaltante pubblicava il bando di gara e gli ulteriori atti costituenti la *lex specialis* della procedura.

Più nel dettaglio, il lotto 1 era composto da 54 linee, per una produzione chilometrica complessiva annua di circa 16,2 milioni di vett*km, mentre il lotto 2 comprendeva 49 linee, per una produzione chilometrica complessiva annua di 13,7 milioni di vett*km, per un totale pari a 29,9 milioni di vett*km.

La procedura, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva che il servizio fosse remunerato mediante il riconoscimento di un corrispettivo chilometrico, con conseguente esclusione in capo al gestore del c.d. "rischio commerciale", secondo lo schema del c.d. "*gross-cost*".

Il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 18 marzo 2019.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la società G.T.M. s.r.l. impugnava il bando e gli ulteriori atti di gara, in particolare il disciplinare, il capitolato speciale tecnico prestazionale, lo schema di contratto, la relazione di stima del corrispettivo a base d'asta, la relazione sui beni strumentali per i servizi messi a gara, oltre al provvedimento in data 14 novembre 2018, recante la determinazione a contrarre e l'approvazione del PEF simulato.

Dopo aver evidenziato l'asserita diretta lesività degli atti della *lex specialis*, deduceva le seguenti doglianze:

- 1) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 4 del Regolamento 1370/2007/CE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del d.lgs n. 422/1997, nonché dell'art. 27, comma 8 bis, del d.l. n. 50/2017. Violazione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 157/2018. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà con i precedenti e disparità di trattamento, errore sui presupposti, travisamento e sviamento dal fine.*
- 2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del d.lgs n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della misura 6 dell'Allegato alla delibera ART n. 48/2017 del 30 marzo 2017. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione e sviamento dal fine.*
- 3) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 7, lett. e), del d.l. n. 50/2017 – Violazione e falsa applicazione della delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n.*

49/2015. Eccesso di potere. Illogicità. Violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza, oltreché di buon andamento dell'azione amministrativa.

Costituitasi in giudizio, Roma Capitale concludeva per l'infondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Con sentenza 1° marzo 2019, n. 2732, il giudice adito accoglieva parzialmente il ricorso, respingendo le censure relative alla presunta illegittimità della divisione in due lotti del servizio di trasporto pubblico locale oggetto della gara, nonché quelle concernenti la previsione dell'obbligo, per l'aggiudicatario, di acquisire senza soluzione di continuità tutto il personale dipendente del gestore uscente, ad eccezione di quello dirigente, a pena di esclusione dalla procedura.

Avverso tale decisione la società G.T.M. s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Sull'erroneo rigetto del secondo motivo di ricorso articolato in primo grado: Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del D.Lgs n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della Misura 6 dell'Allegato alla Delibera ART n. 48/2017 del 30 marzo 2017. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione e sviamento dal fine. Error in iudicando.*

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 7, lett. e) del D.L. n. 50/2017 – Violazione e falsa applicazione della Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49/2015. Eccesso di potere. Illogicità. Violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento dell'azione amministrativa.*

Si costituiva in giudizio Roma Capitale, chiedendo il rigetto dell'appello proponendo a sua volta appello incidentale che contestava sia il capo 2 della sentenza n. 2732 del 2019 (in relazione all'ammissibilità del ricorso di prime cure sia in assenza di domanda di partecipazione che avuto riguardo alle caratteristiche della società ricorrente), sia il capo 3 (relativo all'imposizione, nei confronti della stazione appaltante, di costi *standard* determinati unicamente rispetto al d.m. n. 157 del 2018).

Anche il Ministero dell'economia e delle finanze si costituiva, parimenti chiedendo la reiezione del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente ribadivano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 12 dicembre 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello, la società G.T.N. s.r.l. lamenta l'illegittimità del dimensionamento dei lotti in gara operato da Roma Capitale, sul presupposto dell'irragionevolezza della scelta di dividere in due lotti un servizio in precedenza gestito unitariamente, atteso che tale decisione non consentirebbe – da un lato – di favorire la partecipazione di piccole e media imprese (con evidente violazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016), né – dall'altro – di realizzare le economie di scala e di densità cui fa riferimento la Misura 6 dell'allegato alla delibera ART n. 48 del 2017.

La decisione di Roma Capitale avrebbe piuttosto determinato una duplicazione dei costi, tanto più ove si consideri l'impossibilità che ciascun concorrente risultasse aggiudicatario di più di un lotto (*ex art. II.2.5 bando*); né alla base di essa vi sarebbero delle puntuali analisi dell'amministrazione, avendo questa tenuto in considerazione solamente lo studio ASSTRA relativo alle *performance* del mercato del TPL nazionale nel triennio 2013-2015.

Nemmeno Roma Capitale sarebbe riuscita a provare l'esistenza di un'analisi preliminare di tipo economico che dimostri perché la suddivisione in due lotti sia stata ritenuta preferibile ad un lotto unico o, al contrario, ad una divisione in un numero di lotti superiore a due, non potendo certamente essere sufficiente a tal fine la necessità, richiamata dal Comune e condivisa dal primo giudice, di relazionarsi con due soli gestori.

Per contro, conclude l'appellante, la normativa di settore (in particolare, la Misura 6 dell'Allegato alla delibera ART n. 48 del 2017) prescrive che il dimensionamento dei lotti nel caso di affidamento di servizi di trasporto pubblico locale debba essere preceduto dall'espletamento di un'idonea istruttoria da parte della stazione appaltante, finalizzata non solo a garantire il massimo grado di partecipazione possibile, ma anche a dimostrare che la configurazione dei lotti prescelta consente di realizzare specifiche economie di gestione e di densità.

Il motivo non può essere accolto.

Premesso che non è di immediata evidenza un effettivo interesse di G.T.M. s.r.l. a proporre tale motivo di gravame (interesse da cui dipende l'ammissibilità dello stesso), dal momento che le censure dedotte sembrano involgere più che altro profili di opportunità e di buona amministrazione, non immediatamente connessi ad una posizione soggettiva specifica dell'appellante, va detto che la scelta della stazione appaltante non risulta in evidente contrasto con quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale disposizione prevede (al primo comma), in particolare, che “[...] *sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*”.

Deve quindi concludersi che (es. Cons. Stato, V, 26 giugno 2017, n. 3110; III, 21 marzo 2019, n. 1857) in materia di appalti pubblici è principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio, come recepito all'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016, non costituisce peraltro una regola inderogabile: la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, essendo il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza. Della quale vi è violazione in caso di previsione di lotti di importo spropositato (Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038) e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui.

Nel caso di specie, dunque, avendo l'amministrazione optato per la divisione in lotti anziché per il mantenimento di un compendio unitario – come invece auspicato dall'appellante – nessuna puntuale motivazione era dovuta in ordine alle ragioni di pubblico interesse di tale prioritaria scelta, a differenza di quanto la stazione appaltante avrebbe invece dovuto fare nel caso si fosse determinata in senso opposto.

Al riguardo, va ribadito che il principio generale della suddivisione in lotti può essere derogato solamente attraverso una decisione che va adeguatamente motivata in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto di grosse dimensioni in lotti e che è espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2020, n. 25).

Nella specie, non può dirsi che la scelta (formalmente conforme a legge) dell'amministrazione presenti caratteri di abnormità o manifesta irragionevolezza rispetto agli obiettivi posti dalla stessa a fondamento della disciplina di gara, ossia il contemperamento – riconosciuto anche dal primo giudice – tra l'esigenza concorrenziale di apertura del mercato a più operatori, l'irrinunciabile necessità per

l'amministrazione di esercitare i suoi poteri di pianificazione e controllo nell'interesse pubblico, nonché la remuneratività dell'affidamento, che garantisca costi operativi efficienti e la realizzazione, se del caso, di economie di scala.

Alla luce di tali presupposti, è evidente che si versa nel margine di valutazione discrezionale attribuito all'amministrazione, la quale è tenuta al rispetto dei canoni generali della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2020, n. 25): limiti che nel caso di specie non appaiono violati; e le deduzioni di parte appellante non forniscono, obiettivamente, prove apprezzabili di segno contrario.

D'altro canto, come persuasivamente evidenzia l'amministrazione, non è incoerente rispetto ad un tale contesto di molteplici interessi contrapposti, la considerazione da parte della stazione appaltante anche dello studio ASSTRA del 2017, che in effetti analizza proprio le *performance* economico-finanziarie delle aziende del TPL italiane, anche in relazione alle dimensioni aziendali in termini di fatturato.

Con il secondo motivo di appello viene invece contestata la legittimità delle disposizioni della *lex specialis* di gara contenenti la c.d. *clausola sociale*: obbligare il concorrente a sostenere un onere così rilevante come l'assunzione di *tutti* i dipendenti (con la sola eccezione dei dirigenti) della precedente gestione, indifferentemente rispetto alle sue esigenze organizzative e gestionali, cesserebbe di corrispondere ad un'apprezzabile esigenza di ragionevole salvaguardia dei livelli occupazionali e, per la sua sproporzione rispetto ad elementari esigenze di impresa (il cui peso verrebbe ritenuto irrilevante), finirebbe per limitare eccessivamente la libertà imprenditoriale e con essa il confronto concorrenziale (cfr. ad es. Cons. Stato, III, 8 giugno 2018, n. 3471, secondo cui la *clausola sociale* è illegittima se comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento in riferimento a *tutto* il personale utilizzato dall'impresa uscente: vi è infatti violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché

di buon andamento, mentre occorre invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore).

Ad avviso dell'appellante, la legittimità della *clausola sociale* in esame non potrebbe riposare sulla previsione dell'art. 22 (*Sostituzione del soggetto gestore. Disciplina del personale e dei beni*), comma 1 lett. *b*), l.r. del Lazio 16 luglio 1998, n. 30 (*Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale*), a mente della quale «*il trasferimento del personale dall'impresa cessante alla nuova impresa è disciplinato dall'articolo 26, allegato A), del R.D. n. 148/1931, dall'articolo 2112 del codice civile e dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 concernente 'Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee (Legge comunitaria per il 1990)', ove applicabili*».

Le norme richiamate dal detto art. 22 – l'art. 2112 Cod. civ. e l'art. 47 della l. n. 428 del 1990 – non sarebbero a suo dire infatti pertinenti alla questione controversa, perché solo prevedono garanzie procedurali in caso di trasferimento del personale, date dalla preventiva consultazione delle organizzazioni sindacali di riferimento.

La sola norma disciplinante il passaggio del personale dipendente in caso di mutamento del soggetto gestore di servizi di TPL sarebbe pertanto l'art. 26 dell'Allegato A) al r.d. 8 gennaio 1931, n. 148 (*Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione*), che stabilisce che in «*caso di cessione di linea ad altra azienda, o di fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni stabilite dall'autorità governativa all'atto dell'approvazione della cessione o della fusione per il passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti*».

A differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, la norma non contemplerebbe un trasferimento automatico ed integrale del personale nel caso di mutamento

dell'azienda, perché rimette alla prudente (e necessaria) valutazione del caso concreto quando si limita a precisare che il passaggio debba avvenire «*per quanto è possibile*», ossia compatibilmente con le esigenze organizzative del nuovo gestore. Compatibilità, appunto, da verificare in concreto ed esternandone le ragioni.

Neppure l'art. 48 (*Misure urgenti per la promozione della concorrenza e la lotta all'evasione tariffaria nel trasporto pubblico locale*), comma 7, lett. e) d.-l. 24 aprile 2017, n. 50 (*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*) conv. con modd. dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, richiamato dalla sentenza appellata, costituirebbe valido fondamento dell'avversata previsione della *lex specialis*.

Tale disposizione, infatti, lungi dall'imporre l'inserimento di *clausole sociali* del tipo detto, si limita a disporre: «[...] *l'Autorità di regolazione dei trasporti detta regole generali in materia di: [...] e) in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, previsione nei bandi di gara del trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime disciplinate all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001. Il trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente che transitano alle dipendenze del soggetto subentrante è versato all'INPS dal gestore uscente*».

Per l'effetto, conclude l'appellante, la legge avrebbe demandato all'ART la fissazione di regole puntuali, nonché l'individuazione dei limiti e delle procedure da seguire per determinare quale debba essere il personale destinato a transitare presso il nuovo gestore del servizio, quali debbano essere le specifiche condizioni da applicare e se sussistano in ogni caso margini di scelta per il nuovo gestore, che tengano conto delle sue autonome scelte organizzative ed imprenditoriali.

L'ART, però, all'epoca dei fatti non aveva ancora assunto alcuna determinazione al riguardo, il che avrebbe comportato l'inapplicabilità della disposizione.

La previsione della *lex specialis* non potrebbe neppure fondarsi sull'art. 4 (*Contenuto obbligatorio dei contratti di servizio pubblico e delle norme generali*), para. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007 (*del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70*)), anch'esso richiamato in sentenza, che si limiterebbe a stabilire che, qualora si preveda che il personale assunto dall'operatore precedente sia trasferito al nuovo operatore di servizio pubblico prescelto, a detto personale debbano essere garantiti i diritti di cui esso avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23/CE del Consiglio e, quindi, a titolo di cessione d'azienda, ipotesi coincidente con quella disciplinata dall'art. 2112 Cod. civ..

Detta previsione non consentirebbe per contro di “*applicare la clausola sociale nella sua massima ampiezza, fino a comprendere l'assunzione di tutto il personale impiegato per fornire i servizi oggetto dell'appalto*”, tanto meno a pena di esclusione dalla gara.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Va preliminarmente dato atto di come l'art. 48, comma 7, lett. e), d.-l. n. 50 del 2017 (che richiama la direttiva 2001/23/CE, avente ad oggetto il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese) riconosca all'Autorità di regolazione dei trasporti il potere di dettare regole generali in materia di «*previsione nei bandi di gara del trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime*».

Nel particolare settore del trasporto pubblico la normativa è dunque nel senso di ammettere una clausola sociale particolarmente forte, garantendo in caso di subentro il trasferimento di *tutto* il personale dipendente (tranne i dirigenti) dal gestore uscente al subentrante, con l'applicazione del CCNL di settore e del contratto di secondo livello applicato dal gestore uscente almeno per un anno dalla data di subentro.

In questi termini, bene l'appellata sentenza ha rilevato come, “*Diversamente da quanto dedotto in ricorso, deve rimarcarsi la portata precettiva – e non programmatica – della norma appena richiamata, desumibile dalla sua puntuale formulazione: essa, pur essendo diretta all’Autorità di Regolazione dei Trasporti, comunque fissa dei principi, che non possono essere disattesi nella stesura dei bandi*”. Per l'effetto, se è evidente che all'ART è demandata la fissazione di regole e principi esecutivi e di dettaglio, deve altresì darsi atto che la norma enuncia comunque principi di immediata applicabilità, ad opera delle stazioni appaltanti, in ragione della loro determinatezza.

Tra questi – anche a voler ritenere che l'art. 48 non vincoli la stazione appaltante ad inserire una *clausola sociale* analoga a quella indicata da Roma Capitale – vi è perlomeno la legittimità di una tale previsione.

Nemmeno sono pertinenti gli opposti precedenti giurisprudenziali richiamati dall'appellante, perché relativi a procedure di gara cui non si applicava – *ratione temporis* – il d.-l. n. 50 del 2017 né la disciplina dettata, in materia, dalla Regione Lazio. In virtù delle considerazioni che precedono deve concludersi che la normativa applicabile all'odierna vertenza, come sopra individuata, non osti all'adozione di una *clausola sociale* quale quella controversa.

Quanto all'appello incidentale di Roma Capitale, con il primo motivo ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, nel suo complesso, per carenza di interesse, non avendo la ricorrente G.T.M. s.r.l. partecipato alla gara.

In particolare, la sentenza avrebbe omissso di considerare, nella prognosi di ammissibilità della censura, se la ricorrente (costituita in forma di s.r.l.) avesse o

meno palesato l'effettiva possibilità di partecipare anche in relazione ai requisiti di fatturato od economici richiesti per un affidamento di ampia portata.

Il motivo non può essere accolto: le clausole della *lex specialis* di gara impugnate da G.T.M. s.r.l. erano riconducibili – salvo alcune eccezioni – alla categoria delle previsioni “immediatamente escludenti”, per censurare le quali (*ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. 26 aprile 2018, n. 4) non è condizione legittimante né l'aver presentato domanda di partecipazione alla gara, né l'aver perlomeno dimostrato (al giudice amministrativo) di possedere in astratto i requisiti di partecipazione alla stessa. Tale verifica, infatti, da un lato spetta all'amministrazione, dall'altra si colloca in un fase della procedura distinta e successiva rispetto alla presentazione della domanda.

Le previsioni impuginate, in particolare, attenevano anzitutto alla correttezza del corrispettivo stabilito per il servizio oggetto di gara, il quale - così come determinato - avrebbe reso il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, potendo essere ricondotte al novero delle condizioni negoziali – per tali, immediatamente impugnabili – che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (in termini, Cons. Stato, V, 21 novembre 2011, n. 6135; III, 23 gennaio 2015, n. 293).

Analogamente dicasi per le censure sulla suddivisione della gara in due lotti, ovvero la previsione della *clausola sociale* di cui si è detto in ordine ai due motivi dell'appello principale.

Con il secondo motivo di gravame incidentale la sentenza di primo grado viene invece censurata nella parte in cui afferma che Roma Capitale doveva quantificare la base d'asta “*unicamente in base ai costi standard*” di cui al d.m. 28 marzo 2018, n. 157, per fornire la concreta dimostrazione della costruzione della base d'asta in relazione ai costi del personale, dell'energia, della manutenzione e riparazione del materiale rotabile, dell'infrastruttura nonché del ragionevole margine di utile.

In realtà - contesta la stazione appaltante - per definire il corrispettivo a base d'asta per l'affidamento dei servizi di TPL sulla rete periferica di Roma Capitale, era stato predisposto un *Piano Economico Finanziario Simulato (PEFS)*, secondo la metodologia prevista dall'Allegato A) alla delibera n. 49 del 17 giugno 2015 dell'ART.

Il corrispettivo emergente dal *PEFS* era stato posto a confronto con i costi *standard* di cui al d.m. n. 157 del 2018, come previsto dal decreto stesso e dal comma 8-*bis* dell'art. 27 del d.-l. n. 50 del 2017, il quale prevede che «*i costi standard sono utilizzati dagli enti che affidano i servizi di trasporto pubblico locale e regionale come elemento di riferimento per la quantificazione delle compensazioni economiche e dei corrispettivi da porre a base d'asta*».

In breve, i costi *standard* dovrebbero essere considerati sì un elemento di riferimento, ma pur sempre con le ipotetiche integrazioni che tengano conto della specificità del servizio e degli obiettivi degli enti locali in termini di programmazione dei servizi e di promozione dell'efficienza del settore.

Per l'appellante incidentale, la sentenza non avrebbe considerato che il contenuto del *PEFS* non poteva essere comunicato ai ricorrenti, pena l'attribuzione agli stessi di un ingiusto vantaggio competitivo rispetto agli altri (potenziali) offerenti.

Il motivo non può trovare accoglimento.

In estrema sintesi, Roma Capitale censura che il primo giudice avrebbe – a suo dire – fatto acquiescenza alle difese della ricorrente, mentre avrebbe dovuto disporre d'ufficio l'ostensione del citato *PEFS* (richiedendolo proprio a Roma Capitale, anche in forma di stralci) ed eventualmente disporre una verifica ai fini della valutazione di coerenza del *PEFS* rispetto alle previsioni del d.m. n. 15 del 2018.

Va però detto che l'appellante incidentale non può oggettivamente dolersi della mancata conoscenza integrale del *PEFS* da parte del Collegio giudicante, perché è un documento formato e detenuto proprio dall'appellante incidentale, su cui incombeva l'onere di produrlo in giudizio – se del caso pretermettendo le parti

stimate maggiormente sensibili, ai fini di contemperare l'assolvimento dell'onere probatorio di parte, da un lato, con la *par condicio* dei concorrenti (interesse che Roma Capitale allega a fondamento della mancata produzione, pur dichiarandosi comunque disponibile ad una sua ostensione, ove disposta dal Collegio).

Per l'effetto, la decisione del primo giudice appare immune dalle dedotte censure, non potendosi rilevare in modo palese le lamentate carenze (difetto di istruttoria e carenza di motivazione), in ragione della documentazione effettivamente versata in atti dalle parti.

Sotto altro profilo, inoltre, non appare neppure convincente la tesi per cui ART avrebbe compiuto una verifica sulla correttezza dell'impostazione seguita da Roma Capitale nella predisposizione del PEFS: risulta convincente il rilievo dell'appellata incidentale secondo cui l'Autorità si sarebbe limitata a verificare il calcolo del WACC (peraltro, relativamente a dati del 2013), che costituisce però solo uno degli elementi di un PEFS.

Infine, con ulteriore motivo di appello incidentale viene censurata “*l'apodittica interpretazione della normativa posta a corredo della motivazione*”, laddove non sarebbe possibile sostenere che la stazione appaltante debba unicamente tener conto dei costi *standard* nell'elaborazione della base d'asta, proprio in ragione del dato letterale delle previsioni di legge e regolamentari richiamate.

In particolare, tanto il regolamento n. 1370 del 2007, quanto il d.lgs. n. 422 del 1997 ed il d.lgs. n. 50 del 2017 stabilirebbero che i costi *standard* non sono parametri immutabili, bensì costituiscono un mero criterio di riferimento, suscettibile di utilizzo da parte della stazione appaltante, che potrebbe però discostarsene in ragione delle specificità del servizio in gara.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Invero, la sentenza appellata ha rilevato come l'amministrazione, nell'elaborazione del PEFS ai fini della successiva quantificazione delle compensazioni economiche e

dei corrispettivi da porre a base d'asta, fosse tenuta ad assumere quale parametri i costi *standard*, così come definiti nel decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 157 del 2018.

L'art. 1, comma 5 del suddetto decreto stabilisce che i costi *standard* «sono utilizzati dagli enti che affidano i servizi di trasporto pubblico locale e regionale come elemento di riferimento per la quantificazione delle compensazioni economiche e dei corrispettivi da porre a base d'asta, determinati ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e delle normative europee sugli obblighi di servizio pubblico, con le eventuali integrazioni che tengano conto della specificità del servizio e degli obiettivi degli enti locali in termini di programmazione dei servizi e di promozione dell'efficienza del settore».

La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto quantificare il corrispettivo a base d'asta partendo dalla quantificazione del costo *standard*, secondo i parametri e i criteri individuati dal MIT nel citato decreto: solo successivamente avrebbe dovuto adattare lo stesso alle specificità della gara, sia rispetto ai servizi oggetto di affidamento che agli obiettivi di efficientamento perseguiti dall'ente.

Per contro, come rileva la sentenza appellata, i costi *standard* sono stati considerati solo relativamente ad alcune voci di costo, in evidente violazione delle disposizioni che regolano la materia.

Del resto, è convincente l'ulteriore appunto per cui il servizio oggetto di gara presenta peculiarità che lo rendono più costoso: lo si evince *per tabulas* dagli oneri economici particolarmente gravosi imposti dalla *lex specialis* al futuro aggiudicatario, come pure dai singoli profili di (maggior) costo analiticamente elencati in sentenza. Alla luce dei rilievi che precedono, tanto l'appello principale quanto quello incidentale vanno respinti.

La reciproca soccombenza giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa interamente tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO