

T.A.R. Lombardia -Milano - Sez. III - Sentenza 13 aprile 2004, n. 1453, sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale e sull'inesistenza di limiti territoriali per partecipare alle gare per la gestione di servizi pubblici locali delle società affidatarie dirette del servizio (in precedenza)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

► sul ricorso n. 2472/03, proposto da

S.P.T. LINEA s.r.l. con sede in Como, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Spagnoli, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Romagna 46

contro

COMUNE di COMO in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Antonietta Marciano e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano piazza Velasca 5

e nei confronti di

AZIENDA TRASPORTI MILANESE - ATM s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Dante 16

REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Lucia Tamburino con domicilio eletto presso gli uffici dell'avvocatura regionale in Milano via Taramelli 20

PROVINCIA di COMO, in persona del Presidente *pro tempore* non costituita

per l'annullamento

-del verbale 25 giugno 2003 di aggiudicazione provvisoria del servizio di trasporto pubblico locale nell'area urbana di Como all'ATM s.p.a;

-dei precedenti verbali delle riunioni segrete e pubbliche della commissione di gara nell'ambito della procedura ristretta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nell'area urbana di Como per il periodo di sette anni a partire dal 1° agosto 2003;

-della determinazione del Dirigente del Centro di Responsabilità Settore Grandi Opere del comune di Como, con la quale, il 5 agosto 2003, sono stati approvati i verbali di gara ed è stato disposto l'affidamento definitivo del servizio alla ATM s.p.a.;

nonché, per quanto possa occorrere:

del bando di gara e della lettera di invito;

della pag.8 dell'Allegato 1.B al CSA e della pag.15 del Programma Triennale dei Servizi 2001-2003, nella parte in cui includono nell'area urbana di Como anche le linee internazionali;

della delibera della Giunta Provinciale di Como 1 agosto 2000 n.180 e della delibera della Giunta Regionale 1 marzo 2002 nella parte in cui, in sede di approvazione del Programma Triennale dei Servizi 2001/03, includono nell'area urbana di Como anche le linee internazionali;

►► nonché sui motivi aggiunti proposti da *S.P.T. LINEA s.r.l.*, come sopra rappresentata e difesa

per l'annullamento

della determinazione 4 agosto 2003 con cui la commissione di gara ha ritenuto non anomala l'offerta ATM;

►►► e sul ricorso incidentale proposto da ATM s.p.a., come sopra rappresentata e difesa

per l'annullamento

degli atti e dei verbali della licitazione privata indetta dall'amministrazione municipale di Como per l'affidamento del servizio di trasporto nell'area urbana di Como nella parte in cui non dispongono l'esclusione di SPT Linea s.r.l., ma includono invece la ricorrente principale nella graduatoria conclusiva di detta procedura;

di ogni altro atto ad essi preordinato, consequenziale e comunque connesso;

visto il ricorso principale notificato in data 20 agosto 2003 e depositato il 21 agosto 2003;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como, della Regione Lombardia e di ATM s.p.a.;

visto il ricorso incidentale notificato in data 18 settembre 2003 e depositato in data 24 settembre 2003;

visti i motivi aggiunti di impugnazione, notificati in data 18/19 settembre 2003 e depositati il 24 settembre 2003;

viste le memorie difensive delle parti;

uditi alla pubblica udienza del 10 dicembre 2003, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Luca Bertonazzi, in delega, per la ricorrente, l'avv. Giancarlo Tanzarella per il Comune di Como, l'avv. Maurizio Zoppolato per ATM s.p.a. e l'avv. Maria Lucia Tamborino per la Regione Lombardia;

visti gli atti tutti della causa;

ritenuto quanto segue in:

FATTO

Il ricorso in epigrafe si dirige avverso gli esiti della procedura ristretta che è stata indetta dal comune di Como per l'affidamento, per un periodo di sette anni, del servizio di trasporto pubblico locale in area urbana.

Alla procedura hanno partecipato due soli concorrenti: SPT Linea s.r.l. e ATM s.p.a., che è risultata aggiudicataria provvisoria e in favore della quale, in esito alle verifiche sulla composizione dell'offerta sospettata di anomalia, è stato disposto l'affidamento in via definitiva del servizio.

La società ricorrente ha impugnato l'atto di aggiudicazione del servizio e gli atti della procedura di gara, contestando l'ammissione di ATM e sostenendo l'inammissibilità, per plurimi motivi, dell'offerta presentata dalla propria antagonista. Con atto di motivi aggiunti, notificato in data 18/19 settembre 2003 e depositato in data 24 settembre 2003, ha censurato anche gli esiti del sub procedimento di verifica dell'anomalia, deducendo l'illegittimità della determinazione con la quale la commissione di gara ha ritenuto congrua l'offerta ATM.

Più in particolare la ricorrente ritiene illegittimo l'affidamento del servizio a favore di ATM per i seguenti motivi (iniziali e aggiunti):

1) *violazione e falsa applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di attività extraterritoriale delle società di capitali istituite da enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali*; muovendo dal rilievo che ATM è una società per azioni partecipata unicamente dal Comune di Milano, istituita mediante la trasformazione della preesistente azienda municipalizzata e legata da un vincolo funzionale con gli interessi della comunità locale di riferimento, la società ricorrente sostiene che ATM non avrebbe potuto concorrere alle gare indette per l'affidamento del servizio di TPL *extra meonia*, non potendosi ipotizzare alcuna integrazione funzionale tra il servizio svolto da ATM nel territorio di riferimento e quello da svolgere nel comune di Como. Ciò, non solo per l'assenza del

requisito della contiguità territoriale, ma anche perché l'impegno extraterritoriale di ATM implicherebbe la distrazione di risorse e di mezzi dalla collettività milanese, senza che questa possa riceverne ritorni in termini di utilità;

2) *violazione e falsa applicazione dell'art.35 l.n.448/01*; si assume che, in applicazione del divieto di svolgere attività imprenditoriali *extra meonia* sancito dall'art.35, secondo comma ultima parte, della l.n.448/01, ATM avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara indetta dal comune di Como e, in termini più generali, che la *lex specialis* di gara avrebbe dovuto precludere l'ammissione alla gara delle società che, come ATM, sommassero i requisiti della partecipazione pubblica maggioritaria e della vigenza di un affidamento diretto in altro ambito territoriale;

3) *violazione e falsa applicazione dell'art.86 Trattato CE e dei principi comunitari in tema di concorrenza e par condicio, eccesso di potere per irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità, violazione dell'art.18, secondo comma lett.a, D.Lgs. n.422/97*; si deduce l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha consentito l'ammissione alla gara delle società di gestione di TPL che, come ATM, si siano rese responsabili dell'inosservanza dell'obbligo, sancito dalle norme in rubrica, di procedere allo scorporo di reti, impianti e dotazioni patrimoniali essenziali allo svolgimento del servizio, ancorché ubicati in ambito territoriale diverso da quello oggetto di gara. L'omessa previsione di tale causa di esclusione avrebbe favorito il perpetuarsi di una posizione di indebito privilegio idonea a falsare il libero dispiegarsi della concorrenza;

4) *violazione dell'art.8 l.n.287/90, invalidità derivata dell'affidamento del servizio ad ATM*; si assume l'illegittimità della *lex specialis* per non aver sanzionato con l'esclusione la violazione dell'obbligo di costituire una diversa e separata struttura societaria, gravante sulle imprese che -come ATM- gestiscano un mercato locale in regime di monopolio e intendano operare su un diverso mercato locale;

5) *violazione e falsa applicazione dell'art.18 comma 2 lett.e del D.Lgs. n.422/97, dell'art.20 L.R. n.22/98, della lettera di invito, dell'art.10 comma 2 CSA*; si argomenta che, in violazione delle norme in rubrica e della *lex specialis*, non è stata disposta l'esclusione di ATM benché questa avesse formulato un'offerta condizionata, avendo subordinato l'obbligo di assumere il personale non dirigente, in servizio presso il gestore uscente, alla condizione, unilateralmente apposta, dell'accertamento della idoneità alle mansioni. In subordine si deduce che il piano di utilizzo e riqualificazione del personale presentato da ATM, in quanto corredato da una condizione *contra legem*, non avrebbe potuto conseguire lo stesso punteggio (3 punti) attribuito alla ricorrente;

6) *violazione e falsa applicazione della lettera di invito sotto altro profilo*; si assume l'illegittimità dell'offerta ATM, nella parte relativa al piano di rinnovo ed estensione delle pensiline, per aver subordinato la loro installazione a due illegittime condizioni, quali: il conferimento per un periodo ventennale del diritto di sfruttamento delle relative superfici a fini pubblicitari, nonché l'esonero dal pagamento delle tasse comunali di occupazione del suolo pubblico;

7) *ulteriore violazione e falsa applicazione della lettera di invito*; in quanto il progetto di organizzazione aziendale formulato da ATM espone l'esigenza, in contrasto con le regole di gara, che l'attivazione del servizio sia differito di almeno 120 giorni dalla data di aggiudicazione dell'appalto;

8) *violazione del principio di incedibilità della posizione di partecipante alla gara, dell'art.18 l.n.55/90, dell'art.21 D.Lgs.n.158/95, dell'art.21 L.R. n.22/98 e dell'art.20 CSA*; ATM nel proprio progetto di organizzazione aziendale ha formulato la riserva di istituire una società appositamente dedicata alla gestione del servizio appaltato, il che avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'offerta per la violazione delle regole indicate in rubrica, che: vietano di concludere contratti d'appalto con imprese che non abbiano partecipato alla gara, escludono la cedibilità del contratto di servizio e limitano la possibilità di *sub* affidamento ad una quota non eccedente il 10% dei servizi appaltati;

9) *violazione dei principi generali in tema di pubbliche gare, con particolare riguardo al profilo dell'imparzialità della commissione*; per non avere la commissione specificato, mediante la predeterminazione di una griglia di sottovoci, i criteri di valutazione solo genericamente enunciati nella *lex specialis*. In subordine, si assume l'illegittimità del criterio della percorrenza degli autobus su base annua, in quanto introdotto *ex novo* dalla commissione dopo l'apertura delle offerte tecniche e si deduce la violazione della legge speciale di gara, per avere la commissione conferito valenza decisiva al

suindicato criterio, disattendendo completamente gli altri criteri valutativi stabiliti dal bando (tra cui quello della "fascia oraria di disponibilità del servizio"), nonché trascurato di considerare che il progetto ATM garantisce una percorrenza complessivamente superiore solo perché propone un numero di corse inutilmente sovrabbondante nel periodo estivo, senza tuttavia compiutamente garantire le necessità di trasporto invernale;

10) *violazione e falsa applicazione dell'art.5, terzo comma, CSA*; in quanto la commissione ha trascurato di valorizzare il servizio integrativo offerto da SPT sulle linee 5 e 7, che si traduce in circa 30.000 km. aggiuntivi di percorrenza annuale;

11) *illegittimità delle previsioni della lex specialis, della DGP di Como n.180/00 e della DGR n.VII/8235/02, nelle parti in cui includono nell'area urbana di Como anche le linee internazionali, per violazione dell'art.2 L.R. n.22/98*; si assume che la tratta Como Ponte Chiasso-Chiasso si sviluppa in territorio svizzero e, quindi, non avrebbe potuto essere compresa nel novero dei servizi pubblici di linea da affidare in concessione, ma poteva solo essere valorizzata quale servizio aggiuntivo. Da qui l'illegittimità della *lex specialis* e dell'operato della commissione che non ha valutato il servizio internazionale offerto (gratuitamente) da SPT;

12) *violazione e falsa applicazione della lettera di invito, eccesso di potere per vari profili*; si assume che l'offerta tecnica ATM avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, o in subordine valutata con punteggio corrispondente a zero, in quanto perplessa e intimamente contraddittoria in relazione al servizio relativo alla linea 2 (sul percorso Como F.S. - Trecallo di km.7,8), per la quale è esposto un numero di corse (26) incompatibile con le percorrenze giornaliere indicate (km.523);

13) *eccesso di potere per vari profili*; in quanto la commissione di gara, nel valutare il piano di rinnovo delle pensiline, ha erroneamente attribuito lo stesso punteggio alle due concorrenti, senza considerare che l'offerta SPT, diversamente da quella incompleta e condizionata di ATM, non presenta alcuna lacuna o incertezza, ma garantisce la fornitura immediata di 67 pensiline;

14) *ulteriori profili di eccesso di potere, violazione dell'art.10, comma 2 lett.b CSA*; per l'erronea valutazione di equivalenza attribuita alle due offerte in ordine al progetto di organizzazione aziendale e al programma di manutenzione dei mezzi, con ingiusta penalizzazione di SPT la cui proposta prevedeva un ufficio e un'officina in più rispetto ad ATM, nonché la certificazione di qualità e l'offerta di 450 paline di fermata;

15) *altri profili di eccesso di potere, violazione dell'art.13 CSA*; per aver considerato generica e meritevole di punteggio minimo la proposta di valorizzazione commerciale offerta da SPT, che prevedeva la devoluzione in favore del comune dell'1% dei ricavi pubblicitari annuali, agevolmente determinabili a consuntivo;

16) *ulteriori profili di eccesso di potere, violazione dell'art.14 CSA*; benché le proposte di miglioramento della qualità dei servizi formulate da SPT presentassero un maggiore dettaglio rispetto a quelle ATM, la commissione ha immotivatamente attribuito il medesimo punteggio alle due offerte;

17) *eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento, errore di fatto, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità, violazione dei principi in tema di anomalia dell'offerta, violazione dell'art.25 D.Lgs.n.158/95 e delle norme comunitarie in tema di offerte anomale*; si deduce che la doverosa integrazione del conto economico predisposto da ATM con una ragionevole stima delle imposte (IRPEG e IRAP) conduce ad un risultato operativo della gestione negativo, che avrebbe dovuto inesorabilmente condurre all'esclusione per anomalia dell'offerta ATM;

18) *ulteriori profili di eccesso di potere e di violazione di legge*; si osserva che la gestione dei servizi integrativi offerti da ATM comporta, per i sette anni di durata del contratto di servizio, una perdita idonea a rendere antieconomica l'offerta ATM considerata nella sua globalità;

19) *altri profili di eccesso di potere, di violazione di principi generali e dell'art.25 D.Lgs. n.158/95*; ATM ha previsto un adeguamento, nella misura del 2%, della retribuzione media del personale, per ciascuno dei sette anni di servizio, dal che deriva un abnorme aumento del costo del personale che non potrà ragionevolmente essere assorbito dalla contrazione dell'organico indicata da ATM, che si manifesta incompatibile con l'effettuazione dei servizi offerti. Tali profili evidenzerebbero l'inattendibilità delle giustificazioni rese da ATM e, quindi, l'anomalia dell'offerta;

20) ulteriori profili di censura per eccesso di potere e violazione di legge; al fine di giustificare la congruità della propria offerta, ATM ha enfatizzato presunte sinergie con la struttura centrale milanese, senza tuttavia imputare al conto economico della gestione dei servizi comaschi una percentuale dei costi della struttura centrale, il che rivela la genericità e l'inconsistenza delle giustificazioni rese.

ATM si è costituita in giudizio controdeducendo con memorie a tutti i motivi di doglianza; con ricorso incidentale, ha poi censurato la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, nell'intento di dimostrare il difetto di interesse della stessa all'impugnazione degli esiti della procedura.

L'iniziativa è stata contrastata dalla ricorrente principale, la quale assume che la regola della priorità logica del rimedio incidentale e gli effetti ad essa connessi non sono invocabili nell'ipotesi di gara ristretta a due soli concorrenti; in tal caso l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non potrebbe spogliare la ricorrente principale dell'interesse strumentale all'accoglimento del gravame principale, trattandosi di risultato idoneo a determinare il rinnovo delle operazioni di gara.

Il Comune di Como difende, con memorie, il proprio operato, concludendo per l'infondatezza delle censure formulate nel ricorso principale.

La Regione Lombardia deduce il proprio difetto di legittimazione passiva, precisando di essere impegnata in materia esclusivamente nella predisposizione del quadro normativo e in funzioni programmatiche, senza rivestire compiti di gestione dei servizi di TPL.

La società ricorrente ha replicato con argomentate e diffuse memorie alle deduzioni avversarie, insistendo per l'accoglimento delle proprie conclusioni.

All'udienza, dopo la discussione delle parti, il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

1) La controversia portata all'attenzione del Collegio concerne la procedura ristretta che è stata indetta dal Comune di Como per l'affidamento, per un periodo di sette anni, del servizio di trasporto pubblico di area urbana e che si è conclusa con l'aggiudicazione della gara in favore di ATM s.p.a. (di seguito: ATM), interamente partecipata dal Comune di Milano e affidataria diretta dell'analogo servizio nel territorio comunale milanese.

Alla procedura, condotta con due soli concorrenti, ha partecipato anche SPT Linea s.r.l. (di seguito: SPT) che contesta, per numerosi profili, la legittimità dell'ammissione alla gara di ATM. Questa, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale, per censurare l'inclusione di SPT nella graduatoria finale, nella prospettiva di pervenire, in esito all'accoglimento del proprio ricorso, alla declaratoria del difetto di interesse alla decisione sul gravame principale.

SPT contesta la possibilità di riconoscere priorità logica al ricorso incidentale e di approdare, in caso di accoglimento del medesimo, alla pronuncia di improcedibilità del ricorso principale; assume, al riguardo, che trattandosi di una procedura con due soli concorrenti che contestano reciprocamente la legittimità dei rispettivi atti di ammissione alla gara, non potrebbe valere la regola giurisprudenziale che degrada a interesse di mero fatto la posizione del concorrente - ricorrente principale illegittimamente ammesso (in ipotesi) alla gara; secondo l'esponente, l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non potrebbe escludere il permanere dell'interesse all'accoglimento anche del ricorso principale, che garantirebbe un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare alla nuova procedura concorsuale che la stazione appaltante sarebbe tenuta ad indire, essendo risultata sostanzialmente deserta la prima per l'illegittima ammissione dell'aggiudicataria e dell'unica altra concorrente.

ATM esclude la possibilità di ravvisare la permanenza di un interesse strumentale al rinnovo delle operazioni di gara, mediante richiamo all'orientamento giurisprudenziale che afferma la regola del preventivo esame del ricorso incidentale, nonché per il rilievo che il preteso obbligo di rinnovare la gara non potrebbe ritenersi sussistente, ben potendo l'amministrazione far ricorso allo strumento della negoziazione diretta a mente dell'art.13 D.Lgs.n.158/95, non avendo la precedente procedura sortito offerte appropriate.

2) Il Collegio è chiamato ad affrontare le questioni sollevate dalle parti e a individuare il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia.

Come noto la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che le questioni dedotte con il ricorso incidentale debbano essere decise con precedenza sulle questioni sollevate con il ricorso principale, qualora dalla definizione delle prime possano discendere soluzioni ostative e preclusive delle ragioni dedotte con il ricorso principale, come quando si contesti l'atto di ammissione alla gara del concorrente - ricorrente principale (*cf.*, *ex pluribus*, *C.S.I. 15 maggio 2001 n. 204 e 1 febbraio 2001 n. 46; CdS V 24 novembre 1997; VI 6 marzo 1992 n. 159*). È stato, quindi, affermato dalla suindicata giurisprudenza che nei casi in cui, con il ricorso incidentale, venga dedotta l'illegittimità di atti della stazione appaltante nella parte in cui tali atti non hanno disposto l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente principale, il ricorso incidentale deve essere prioritariamente esaminato, in quanto il suo eventuale accoglimento determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale riverberandosi sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio e sulla stessa esistenza dell'interesse a ricorrere, facendo in tal modo venire meno le condizioni soggettive dell'azione. Infatti, l'esclusione degraderebbe l'interesse a contrastare i risultati della gara dedotto dalla parte ricorrente in via principale da interesse legittimo ad interesse di mero fatto indifferenziato rispetto a quello della generalità dei consociati e, pertanto, non tutelabile in sede giurisdizionale.

In tale prospettiva si afferma comunemente che il giudice è tenuto ad esaminare in via preliminare i motivi del ricorso incidentale con i quali si contesta il titolo di legittimazione della ricorrente principale e a trarre dall'eventuale accoglimento del rimedio incidentale le congruenti conseguenze sulla sorte processuale del ricorso principale.

Tuttavia è stato anche avvertito che questa regola non ha valenza assoluta, ma deve essere applicata considerando attentamente la peculiarità delle concrete vicende di volta in volta esaminate nel giudizio. In particolare, con riguardo all'ipotesi di gara ristretta a due soli partecipanti, si è annotato che "in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi, potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali. Il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria domanda otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'amministrazione" (*cf.* *CdS V 8 maggio 2002 n.2468*).

Su un piano più generale è stato anche affermato che l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse postula il sopraggiungere di una situazione tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza e può essere dichiarata solo quando, alla stregua di un criterio rigoroso e restrittivo, sia chiaro e certo che l'esito del giudizio non potrebbe arrecare alcuna utilità al ricorrente, sia in relazione alle possibili ulteriori iniziative attivate (o attivabili), sia con riguardo alla reintegrazione della sfera incisa dal provvedimento impugnato, traducendosi altrimenti in un indebito diniego di giustizia.

Il Collegio ritiene che, in applicazione dei principi da ultimo enunciati, non possa configurarsi la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso principale, quale effetto della riconosciuta fondatezza delle censure incidentali, quando, come nel caso di specie, si discuta degli esiti di un confronto ristretto a due soli concorrenti che si disconoscono reciprocamente la legittimità dell'ammissione alla gara.

In tale evenienza, le situazioni processuali antagoniste si presentano su un piano di assoluta simmetria, senza essere condizionate dalla presenza di altri concorrenti, a vantaggio dei quali finirebbe per ridondare, determinando l'inammissibilità dell'iniziativa giurisdizionale, l'eventuale annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara al controinteressato (ricorrente incidentale) e dell'atto di ammissione alla gara del secondo classificato (ricorrente principale). Nella controversia che vede contrapporsi gli unici due contendenti, l'accoglimento dei rispettivi ricorsi, non risolvendosi in una decisione destinata ad avvantaggiare soggetti terzi, soddisfa l'interesse delle parti antagoniste se non a conquistare o a conservare il "bene della vita", quanto meno a porre nuovamente in discussione la spettanza. Deve quindi ritenersi che l'accoglimento del ricorso incidentale, con il quale si contesti l'inserimento nella graduatoria finale del ricorrente principale, possa neutralizzare l'interesse sostanziale del

concorrente (illegittimamente ammesso) all'aggiudicazione dell'appalto, ma non lasci decadere l'interesse strumentale alla rimozione degli atti della procedura, non potendosi ravvisare ragioni per assicurare una maggiore protezione alla situazione del concorrente risultato aggiudicatario, rispetto a quella dell'altro concorrente anch'esso illegittimamente ammesso alla procedura, dovendosi invece assicurare, in presenza di situazioni tra loro speculari, il principio della parità delle parti nel giudizio. Il risultato conseguibile dalla ricorrente in via incidentale, seppure è idoneo ad escludere l'interesse della ricorrente principale all'aggiudicazione della gara e, con esso, l'interesse (processuale) all'accoglimento delle censure volte a contestare il contenuto delle valutazioni riferite alla qualità dei progetti che si competono l'appalto, non spoglia tuttavia la parte ricorrente in via principale della legittimazione a far valere le doglianze volte a contestare in radice la legittimità della partecipazione alla procedura della società aggiudicataria, al fine di pervenire, in esito al loro accoglimento, all'annullamento dell'atto di ammissione dell'aggiudicataria e, con esso, al completo azzeramento della procedura e alla sua successiva riedizione.

Non sembra quindi che la situazione soggettiva dedotta in giudizio possa subire alcuna degradazione dall'eventuale accoglimento del ricorso incidentale, né che possa escludersi, con assoluta certezza, la permanenza dell'interesse alla decisione di merito sul ricorso principale, quanto meno nelle parti di esso che denunciano l'invalidità dell'ammissione alla gara della società risultata aggiudicataria.

Del resto, ad analoghe conclusioni questa Sezione è già pervenuta in un caso simile a quello in esame, nel quale, dopo aver escluso (per effetto dell'accoglimento delle censure incidentali) la possibilità per la società ricorrente principale di aspirare legittimamente all'aggiudicazione della gara, ha giudicato comunque persistente l'interesse (strumentale) della medesima alla pronuncia di merito, in particolare sulle censure dirette a segnalare la presenza di vizi genetici nella procedura, per il rilievo che la sussistenza dei vizi denunciati avrebbe potuto condurre -anche in quel caso- al totale rinnovo delle operazioni concorsuali (cfr. *TAR Lombardia, 3 sez. 18 gennaio 2002, n. 112*).

Non coglie il segno l'obiezione formulata da ATM, secondo cui non sarebbe ravvisabile il dedotto interesse strumentale, in quanto l'accoglimento (anche) del ricorso principale non determinerebbe l'obbligo di rinnovare la gara, essendo l'amministrazione legittimata ad affidare il servizio mediante la procedura negoziata di cui all'art.13 D.Lgs. n.158/95.

Occorre infatti considerare che la procedura negoziata senza bando non può essere identificata con la trattativa privata "pura", trattandosi pur sempre di una procedura di evidenza pubblica, procedimentalizzata; da ciò consegue che, in presenza di offerte inappropriate in quanto irregolari nella forma, ma non prive dei requisiti sostanziali di partecipazione, la stazione appaltante sarebbe comunque tenuta a negoziare (anche) con le imprese che hanno presentato offerte nell'ambito della precedente licitazione privata.

Può quindi procedersi all'analisi delle censure incidentali, ma con la precisazione che il loro eventuale accoglimento non neutralizza l'interesse all'esame nel merito del ricorso principale. Benché privo della capacità di incidere sulle condizioni soggettive dell'azione, il ricorso incidentale conserva, nel caso di specie, priorità logica in quanto, come già precisato, l'eventuale accoglimento dei motivi rivolti contro l'ammissione del ricorrente principale renderebbe inammissibili le contestazioni mosse da quest'ultimo alle valutazioni effettuate dalla commissione di gara sul merito tecnico dei progetti a confronto e, più in generale, le censure inidonee a travolgere l'intera procedura e ad imporne il rinnovo.

4) Il ricorso incidentale propone tre profili di censura.

5) Con la prima si deduce l'inammissibilità dell'offerta SPT, per avere indicato nella misura dello 0% lo sconto da applicare alla propria quota di spettanza delle tariffe integrate per corsa semplice, il che realizzerebbe la violazione di quelle disposizioni della *lex specialis* della procedura che imponevano l'obbligatoria indicazione di una riduzione rispetto alla base d'asta.

La censura non ha fondamento.

Nella lettera di invito è prescritto che l'offerta economica deve esprimere il valore dei ribassi percentuali sull'importo complessivo e sul prezzo unitario chilometrico posti a base di gara, nonché la misura dello "sconto da applicare alla propria quota spettante delle tariffe integrate, rispetto alla tariffa piena non integrata"; nello stesso documento è contenuta l'avvertenza che il valore dello sconto,

come stabilito dall'art.12 comma ottavo del CSA, va indicato separatamente per ciascuna delle diverse soluzioni tariffarie praticate nei confronti dell'utenza e che lo stesso "sarà oggetto di valutazione in sede di esame delle offerte".

A tal fine la stessa lettera di invito ha definito (alla pag.9) un criterio parabolico per l'attribuzione del punteggio, prevedendone il calcolo mediante una "tabella di pesatura" per la determinazione del valore medio degli sconti offerti per le singole voci di tariffa integrata e una formula matematica con applicazione del parametro $a=18$, per la traduzione in punteggio del valore medio derivato dall'applicazione della tabella.

Nella propria offerta economica SPT ha indicato misure di sconto variabili (dal 10% al 20%) per gli abbonamenti sulle varie relazioni urbane e di area urbana, integrate con servizi ferroviari, di navigazione o extraurbani; per i biglietti di corsa semplice ha invece indicato per tutte le relazioni integrate uno sconto nella misura dello 0% rispetto alla tariffa comune. Ne è scaturito un "valore pesato" pari a 9,85, che ha dato luogo all'attribuzione del punteggio di 5,01 per il parametro C3 di valutazione dell'offerta.

In base alle suindicate previsioni della *lex specialis*, che non impongono a pena di esclusione la riduzione delle quote spettanti delle tariffe integrate, la misura dello sconto per tali voci non costituisce un requisito di ammissibilità, ma rappresenta unicamente un elemento di valutazione dell'offerta economica, che concorre con gli altri parametri di giudizio all'individuazione della proposta più vantaggiosa.

Come ha giustamente osservato la difesa SPT, la differente terminologia impiegata dalla lettera di invito per designare i *ribassi* da applicare sugli importi a base di gara e lo *sconto* rispetto alle tariffe di viaggio riflette una netta diversificazione concettuale, la cui origine va rinvenuta nella circostanza che il ribasso è destinato ad incidere sulla misura dei corrispettivi che l'amministrazione è tenuta a riconoscere al gestore del servizio, laddove la percentuale di sconto riduce il prezzo dei titoli di viaggio corrisposto dagli utenti del servizio.

Il che, oltre a rendere inconfidente il richiamo alla giurisprudenza che considera nulla l'offerta che non indichi una percentuale anche minima di ribasso, evidenzia come, in un contesto caratterizzato da un sistema di tariffe dei trasporti pubblici in concessione fissato dalle autorità di settore (nella specie con le modalità di cui all'art.19 R.R. n.5/02) la cui riduzione non può essere unilateralmente imposta ai gestori del servizio, debba escludersi, tanto più in assenza di specifiche indicazioni rinvenibili nella *lex specialis*, la possibilità di configurare una causa di inammissibilità dell'offerta per non aver indicato le percentuali di sconto per le voci considerate.

Né possono condividersi le considerazioni con cui ATM pretende di dedurre dalla *ratio* della previsione l'obbligo di riferire le percentuali di sconto a tutte le soluzioni tariffarie, atteso che la mancata indicazione della misura dello sconto per la quota della tariffa integrata nelle corsi semplici non è in alcun modo idonea a pregiudicare l'evoluzione verso la realizzazione del sistema tariffario integrato, né le finalità da esso perseguite di consentire spostamenti all'interno di ambiti territoriali integrati, con l'emissione di un unico titolo di viaggio.

Ne discende l'infondatezza della censura esaminata.

6) Nel secondo motivo incidentale ATM sostiene che SPT avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver violato le prescrizioni di gara che imponevano all'aggiudicatario l'obbligo di assumere tutto il personale non dirigente già alle dipendenze del gestore uscente; in particolare, SPT avrebbe disatteso tale obbligo, avendo dichiarato espressamente che due impiegati amministrativi alle dipendenze del gestore del servizio di trasporto sulla funicolare Como - Brunate, non sarebbero stati assunti, ma destinati ad altri imprecisati servizi per effetto di altrettanto imprecisati accordi con il gestore uscente.

La censura è fondata.

L'art.18, secondo comma lett.e, D.Lgs. n.422/98, richiede agli enti locali di prevedere, tra le regole per l'affidamento dei servizi di TPL, "l'indicazione delle modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante...del personale dipendente, con riferimento a quanto disposto all'art. 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148". Un analogo rinvio a

detta norma è contenuto al comma sesto dell'art.20 L.R. n.22/98, recante la disciplina delle procedure per l'affidamento dei servizi pubblici di trasporto; la disposizione regionale, al fine di consentire ai concorrenti la valutazione degli oneri derivanti dal trasferimento del personale, stabilisce, al successivo comma 6 *bis*, che i gestori uscenti "provvedono a presentare all'ente affidante l'elenco del personale dipendente, suddiviso per qualifica e costo complessivo, che sia in servizio alla data di pubblicazione dell'avviso di gara".

In applicazione di tale disciplina, l'art.10 CSA, nel definire gli obblighi dell'impresa affidataria concernenti il personale addetto al servizio, ha imposto ai concorrenti di predisporre, nella formulazione dell'offerta, un piano di riutilizzo del personale dipendente, "tenendo conto del seguente obiettivo irrinunciabile deliberato dal Consiglio comunale: il personale dipendente da adibire inizialmente al servizio di trasporto urbano da parte della nuova gestione non potrà essere di entità inferiore a quello attualmente impegnato dal Gestore uscente, con l'obbligo di trasferire tutto il personale dell'azienda uscente a quella subentrante". La stessa disposizione precisa che il personale attualmente adibito ai servizi appaltati ammonta a 148 addetti per i servizi di trasporto urbano e a 19 addetti per il servizio di trasporto funicolare (il cui elenco suddiviso per qualifica e costo complessivo è riportato nell'allegato 8 al CSA), e segnala che tale dotazione è ritenuta necessaria per l'espletamento dei servizi oggetto dell'aggiudicazione.

La prescrizione di gara stabilisce, quindi, a pena di inammissibilità dell'offerta, che nel piano di riutilizzo del personale l'impresa aggiudicataria subentrante nella gestione del servizio deve garantire, fin dalle fasi iniziali, l'espletamento dei servizi di trasporto locale mediante una struttura organizzativa che assicuri una dotazione di personale in misura non inferiore a quella impegnata dal gestore uscente; a tal fine, l'impresa medesima deve impegnarsi ad assumere alle proprie dipendenze, per essere adibito all'esecuzione dei servizi appaltati, tutto il personale non dirigente del gestore uscente.

La condizione risponde ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, in quanto ad essa è demandato il conseguimento di una duplice finalità: quella di garantire la permanenza degli standard di espletamento dei servizi di trasporto pubblico locale mediante l'utilizzo delle professionalità maturate nell'esecuzione dei servizi e quella di assicurare la salvaguardia dell'occupazione del personale alle dipendenze del gestore uscente, mediante la prosecuzione del rapporto di lavoro con il nuovo affidatario del servizio.

Nel piano di riutilizzo del personale, SPT pur garantendo un contingente numerico di personale adibito al servizio avente consistenza corrispondente a quello precedentemente impegnato, ha tuttavia dichiarato che due unità del ruolo amministrativo alle dipendenze di CPT s.p.a. (gestore uscente del servizio di collegamento funicolare) "non verr(anno) trasferit(e) a SPT Linea, ma verr(anno) destinat(e) ad altri servizi a seguito di accordo con il gestore uscente". Come è reso evidente dal tenore della riferita dichiarazione, l'offerta SPT non soddisfa entrambe le condizioni prescritte dall'art.10 CSA, in quanto non rispetta l'obbligo di acquisire tutto il personale in servizio presso i gestori uscenti. In tal modo l'offerta disattende le regole stabilite nella *lex specialis* e tradisce "l'obiettivo irrinunciabile" chiaramente enunciato nell'art.10 CSA, il cui valore di clausola escludente non è controverso dalle parti, che sulla portata precettiva di detta norma hanno fondato reciproche contestazioni.

La commissione di gara, pur avendo rilevato nell'offerta SPT (ma, come si vedrà, anche in quella ATM) "condizioni di non totale certezza sul trasferimento di tutto il personale dall'azienda uscente a quella subentrante" (cfr. verbale 17 giugno 2003), non ha poi tratto da tale indeterminatezza l'inevitabile e doverosa conseguenza dell'insufficienza del piano di riutilizzo del personale e, con essa, dell'inammissibilità dell'offerta SPT siccome incompleta e non conforme alle prescrizioni di gara.

L'evidenziata violazione delle regole fissate dalla disciplina di gara (contenute in particolare nella lettera di invito e nell'art.10 CSA) avrebbe dovuto invece condurre all'esclusione dell'offerta SPT dal prosieguo delle operazioni di gara; dal che l'illegittimità dell'inclusione di SPT nella graduatoria finale.

7) Per ragioni di organicità espositiva il Collegio ritiene utile evidenziare immediatamente anche la fondatezza della speculare censura, contenuta nel quinto motivo del ricorso principale, con cui SPT imputa analoga violazione dell'art.10 CSA all'offerta ATM.

In effetti, nel piano di riutilizzo elaborato da ATM, l'assunzione di tutto il personale non dirigente alle dipendenze del gestore uscente e adibito alle aree operative di esercizio è subordinata alla condizione che il personale medesimo, in esito al giudizio espresso da struttura sanitaria accreditata, risulti dotato di idoneità fisica e psico - attitudinale alle mansioni.

Senonché, l'art.10 CSA, pur precisando (al comma 5) che al servizio pubblico potranno essere adibiti unicamente i conducenti riconosciuti idonei alle mansioni, non prevede eccezioni all'assolvimento dell'obbligo di assunzione di tutto il personale dell'azienda uscente e, in particolare, non identifica nel sopravvenire della condizione di inidoneità al servizio una deroga all'adempimento dell'obbligo suindicato.

Non convincono le deduzioni difensive con cui ATM assume di non aver eluso le prescrizioni dettate sul punto dalla *lex specialis*, non avendo inteso rifiutare l'assunzione dei soggetti divenuti inidonei, ma solo prevederne la destinazione a mansioni diverse da quelle originarie e compatibili con la ridotta idoneità al servizio.

In realtà il piano di riutilizzo è chiaro nel precisare che il numero dei dipendenti che ATM si impegna ad assumere potrà corrispondere a quello individuato negli elenchi di cui all'allegato n.8 al CSA, soltanto se "i requisiti di legge necessari per lo svolgimento delle mansioni risultino posseduti". In tal modo, come ha giustamente rilevato la difesa SPT, la coincidenza tra il personale rilevato da ATM e le risorse rese disponibili dai gestori uscenti costituisce una mera eventualità legata al realizzarsi di una condizione (la perdurante idoneità alle mansioni) unilateralmente apposta da ATM e non il conseguimento dell'obiettivo irrinunciabile, e come tale non derogabile, indicato dalla *lex specialis*.

Anche le considerazioni finali esposte nel piano di riutilizzo non depongono nel senso suggerito dalla difesa ATM, posto che l'aggiornamento delle mansioni attribuite al personale acquisito è ivi ricondotto all'esito "delle verifiche connesse allo stato delle competenze accertate" e non è configurato quale rimedio al giudizio di inidoneità al servizio operativo, che è invece espressamente considerato ostativo all'assunzione nei ruoli ATM.

Concludendo sul punto deve quindi riconoscersi che entrambe le offerte presentavano analogo difetto, come del resto sottolineato dalla commissione di gara nel verbale succitato, e dovevano entrambe dichiararsi inammissibili.

8) Con l'ultimo motivo del ricorso incidentale si deduce l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta SPT, in ragione della mancanza del programma di manutenzione dei mezzi adibiti al servizio di trasporto della funicolare Como - Brunate.

Nella memoria difensiva SPT riconosce di non aver inserito nella propria offerta tecnica il prescritto programma di manutenzione degli impianti della funicolare, ma assume l'irrilevanza dell'omissione, in considerazione della vigenza del regolamento di esercizio predisposto dal gestore uscente, che dettaglia compiutamente gli interventi di manutenzione, al punto da rendere superflua ogni ulteriore indicazione.

Le suesposte obiezioni non inficiano la fondatezza della censura dedotta da ATM.

La lettera di invito ha stabilito che i concorrenti avrebbero dovuto inserire nella busta B, recante l'offerta tecnica, una serie di documenti, tra cui il programma di manutenzione dei mezzi sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa. La stessa lettera ha espressamente precisato che le offerte incomplete o accompagnate da documentazione incompleta sarebbero state escluse.

Si è quindi al cospetto di una clausola del bando, dal tenore tassativo e inequivoco, che imponeva a pena di esclusione la presentazione del programma di manutenzione dei mezzi, sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa. Ne consegue che la mancata produzione di detto documento non avrebbe in alcun modo potuto consentire l'ammissione del concorrente alla gara, pena la lesione del principio della *par condicio* e della stessa certezza dell'azione amministrativa.

Ed invero, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato il principio secondo cui, qualora le disposizioni della *lex specialis* di gara prevedano espressamente, con formulazione non equivoca, l'esclusione dalla procedura in caso di inosservanza delle formalità prescritte, l'amministrazione appaltante è tenuta al rispetto della normativa cui si è autovincolata, senza possibilità di valutare, caso per caso, l'incidenza funzionale dell'adempimento omesso.

A maggior ragione deve escludersi la possibilità di disapplicare una clausola del bando dal significato tassativo quando, come nel caso di specie, la prescrizione in essa contenuta risponda all'interesse sostanziale della stazione appaltante. Al riguardo va osservato che la lettera di invito ha richiamato l'art.11, comma 11, CSA, il quale pone a carico dell'impresa affidataria l'obbligo di mantenere in perfetto stato di efficienza i mezzi adibiti al servizio "nel rispetto dei tempi e degli impegni previsti dagli specifici programmi di manutenzione e revisione, che dovranno essere allegati all'offerta".

La presentazione del programma sottoscritto dal legale rappresentante assolve quindi all'esigenza di vincolare il concorrente all'esecuzione degli interventi di manutenzione dei mezzi con le modalità e la frequenza in esso dichiarati. Si tratta quindi di un documento essenziale per la completezza dell'offerta tecnica, la cui assenza invalida la partecipazione di SPT alla gara.

A fronte di una disciplina così chiaramente delineata, l'omissione di cui si è resa responsabile SPT non può essere supplita mediante il rinvio, peraltro operato non negli atti di gara ma soltanto negli scritti difensivi, al piano di manutenzione che è stato predisposto e sottoscritto dal precedente gestore degli impianti e che, come tale, si rivela inidoneo a vincolare SPT al suo rispetto.

Il ricorso incidentale risulta quindi fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti di inclusione di SPT nella graduatoria finale.

9) Il che, come in precedenza annotato, non impedisce di passare all'esame del ricorso principale.

Al riguardo il Collegio ha già evidenziato la fondatezza del quinto motivo, che ha trattato (sub 7) per la sua connessione alla contrapposta censura incidentale, ma non intende sottrarsi all'esame delle doglianze con le quali SPT ha contestato in radice la possibilità per ATM di partecipare alla gara *de qua*.

10) Anteriormente alle rilevanti modifiche introdotte con l'art.14 d.l. 30 settembre 2003, conv. in l.n.326/03 (non applicabile alla controversia in esame *ratione temporis*), il quadro normativo di riferimento in materia di servizi di trasporto pubblico locale ruotava intorno alle disposizioni contenute nell'art.18 del D.Lgs. n. 422/97, che, dopo aver enunciato lo scopo di "incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale", ha imposto lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta della società di capitali cui attribuire la gestione del relativo servizio.

La previsione si iscrive nel quadro evolutivo che, su impulso della normativa comunitaria, tende a caratterizzare la totalità dei servizi pubblici di rilevanza economica, mediante l'ingresso in un sistema di tendenziale contendibilità di tutti gli ambiti territoriali (la c.d. concorrenza per il mercato). In tal senso era anche orientata la previsione generale contenuta nell'art.113 D.Lgs. n. 267/2000, il quale (nel testo anteriore alle modifiche introdotte con il sopravvenuto d.l. n.269/03) stabiliva, al suo quinto comma, che l'erogazione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire in regime di concorrenza e previo conferimento della titolarità delle gestioni esclusivamente a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica.

A tali gare, in forza del tuttora vigente comma sesto del medesimo art.113, non sono ammesse a partecipare le società che, in Italia e all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di procedure non ad evidenza pubblica, o per effetto dei relativi rinnovi.

Il *mix* derivante dall'applicazione dell'obbligo di procedere alla scelta del gestore mediante l'indizione delle gare e del divieto per gli affidatari diretti di prendervi parte avrebbe determinato l'effetto di estromettere i principali attori dal mercato alla scadenza della concessione, costituendo per di più una ingiustificata posizione di favore per le altre imprese che avrebbero potuto beneficiare della repentina scomparsa di potenziali concorrenti in grado di competere sul libero mercato; il che ha reso necessaria l'introduzione di regole volte ad evitare la dispersione delle professionalità maturate e il deprezzamento del valore patrimoniale delle società a capitale pubblico (tanto più nella prospettiva, indicata al comma 12 dell'art.113, del possibile collocamento sul mercato delle quote di partecipazione detenute dagli enti pubblici).

Per tali ragioni la portata precettiva di detto divieto è stata allineata alle corrispondenti previsioni contenute nelle normative di settore (dettate nell'art.15 D.Lgs.n.164/2000 per i servizi di distribuzione del gas e nel citato art.18 D.Lgs. n.422/97 per i servizi di trasporto locale), che prevedono un periodo

di transizione al nuovo regime, nel corso del quale permangono le concessioni in essere e i loro titolari sono ammessi a partecipare, nello specifico settore in cui operano, alle gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

Difatti, l'art.35 l.n.448/01, recante norme in materia di SPL, dopo aver previsto che all'attuazione del regime competitivo delineato nell'art.113 dovesse pervenirsi entro "un congruo periodo di transizione" quale definito dalle singole leggi di settore, o in mancanza di esse dal regolamento attuativo di cui al comma 16, ha stabilito, al suo secondo comma, che il divieto fissato al comma sesto del citato art.113 non trova applicazione "nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa".

La logica che ispira la disposizione sembra al Collegio da rinvenire nel rilievo che, non potendosi interrompere l'erogazione del servizio pubblico nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali, le società affidatarie (dirette) del servizio si sarebbero venute a trovare nella condizione ostativa prevista dal comma sesto, che, impedendo la loro partecipazione alle nuove gare, le avrebbe esposte al rischio di essere estromesse dal mercato di riferimento alla scadenza del rapporto in corso e per tutta la durata degli affidamenti disposti *medio tempore*. La previsione normativa tende a scongiurare l'insorgere di siffatto pregiudizio, garantendo alle società impegnate nella gestione di servizi pubblici locali le opportunità connesse alla partecipazione alle prime gare indette al termine della fase transitoria, al prezzo dell'anticipata cessazione -rispetto alla scadenza naturale- dei rapporti costituiti in base alla precedente normativa.

Ciò pone l'esigenza di dare risposta al quesito, rilevante ai fini della decisione della controversia, se le "prime gare aventi per oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alle gare stesse" siano esclusivamente quelle che interessano gli stessi ambiti territoriali nei quali operano gli affidatari diretti, ovvero comprendano tutte le gare indette nel settore di pertinenza anche da enti locali diversi da quello di riferimento.

Il Collegio ritiene di dover aderire a questa seconda soluzione, che appare sorretta da argomenti di ordine testuale, logico e sistematico.

In primo luogo il tenore letterale della previsione normativa non offre alcuno spunto che possa condurre a ritenere operanti limitazioni di ordine territoriale; in essa si fa riferimento unicamente ai "servizi forniti", il che vale a circoscrivere la partecipazione alle gare indette nel settore di intervento, senza configurare impedimenti di altra natura.

Deve altresì considerarsi che, trattandosi di previsioni restrittive delle libertà in materia di iniziativa economica, delle quali sono titolari anche gli affidatari diretti, deve necessariamente privilegiarsi un'interpretazione che non propaghi il divieto oltre il contesto espressamente considerato.

In tale quadro non sembra accettabile una lettura volta a ridurre l'ambito di operatività della moratoria, in quanto essa preclude alle società che gestiscono i servizi di cui trattasi la possibilità di competere nelle gare indette per l'affidamento di circuiti territoriali diversi da quello di riferimento, il che pare ostacolare il pieno dispiegarsi di un regime di effettiva concorrenza nel settore, che costituisce obiettivo primario, fatto proprio dall'art.113.

Deve quindi concludersi nel senso che il divieto di cui al sesto comma dell'art.113 non trovi applicazione per le prime gare indette, per ogni ambito territoriale, in chiusura del periodo transitorio e poiché (come di seguito si preciserà) è indubbio che la procedura bandita dal comune di Como si iscriva a pieno titolo nella prima tornata di gare, ne consegue che deve ritenersi legittima, per il profilo considerato, la partecipazione ad essa di ATM, siccome disposta in vigenza della suindicata normativa.

Ed invero, il sistema operante prima dell'entrata in vigore del d.l. n.269/03, (che aprendo nuovi scenari per le società a capitale pubblico ha reso recessive le esigenze che presidiavano la fase transitoria e che avevano giustificato la temporanea moratoria al divieto di partecipare alle gare per i soggetti che gestivano servizi pubblici in virtù di affidamenti diretti), garantiva a tali soggetti la possibilità di concorrere per l'aggiudicazione di ambiti territoriali diversi da quello di riferimento.

Né è possibile ritenere che l'attività *extra meonia*, connessa alla partecipazione degli affidatari diretti alle prime gare indette in chiusura del periodo transitorio, resti sottoposta ai limiti di ordine funzionale che sono stati elaborati dalla giurisprudenza in relazione al diverso fenomeno delle aziende speciali.

Le censure, formulate in proposito dalla parte ricorrente, risultano non centrate proprio perché dirette a sostenere la persistente efficacia dei limiti di operatività delle aziende speciali anche nei confronti delle società costituite in trasformazione delle stesse, laddove, come è stato già affermato, si tratta invece di nuovi soggetti giuridici con ben distinte caratteristiche non assimilabili sul piano della disciplina applicabile e della rispettiva capacità operativa (cfr. *CdS V 9 Maggio 2003 n.2467*).

In proposito anche la Suprema Corte ha evidenziato come la circostanza che il capitale sociale sia di esclusiva appartenenza di enti pubblici non incida, in sé, sulla natura giuridica della società (*Cass., S.S.UU., 27 marzo 1997, n. 2738*).

ATM, società costituita dall'ente locale in trasformazione dell'azienda speciale, in quanto dotata di personalità giuridica propria di diritto privato, non soffre in via di principio del limite territoriale alla propria attività, potendo estenderla anche al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente di riferimento. Al riguardo deve altresì considerarsi che i vincoli di integrazione funzionale nello svolgimento del servizio *extra moenia* delle aziende speciali sono stati enucleati in vigenza delle previsioni dettate nella l.n.142/90 e trovano, in quel sistema, una specifica ragion d'essere, rinvenibile, oltre che nella natura dei soggetti considerati, nella necessità di connettere alla sussistenza del collegamento funzionale il presupposto essenziale per legittimare la deroga alle norme che, nel rispetto della concorrenza, già imponevano procedure concorsuali per l'affidamento da parte degli enti pubblici dei servizi fuori dall'ambito comunale dell'attività delle aziende speciali. Siffatte esigenze non sono ripetibili nel nuovo sistema caratterizzato, oltre che dalla natura societaria dei soggetti, dal superamento dell'istituto dell'affidamento diretto *extra moenia* e dalla vigenza della regola della contendibilità di tutti gli ambiti territoriali (con le sole eccezioni derivanti dall'applicazione della nota giurisprudenza sugli affidamenti *in house*).

In tale contesto la possibilità di riferire alle società a capitale pubblico vincoli di carattere territoriale deve necessariamente trovare radice positiva nel sistema delineato con l'evoluzione normativa che ha interessato il settore dei servizi pubblici locali, nel cui ambito quelle società sono ora destinate ad operare.

11) Il passaggio a tale verifica apre nuovi campi di indagine.

Nella sua parte finale, il comma secondo dell'art.35 l.n.448/01 dispone(va) che "a far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50%, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio". Tale disposto normativo è stato successivamente abrogato con l'art.14 terzo comma d.l. n.269/03, ma era comunque vigente all'epoca di indizione e di aggiudicazione della gara.

Nella suindicata previsione la società ricorrente ha ritenuto di rinvenire una condizione ostativa all'ammissione alla gara di ATM, trattandosi di società che riunisce i due requisiti costitutivi del divieto di operare *extra moenia*: la partecipazione pubblica maggioritaria e la gestione dei servizi di trasporto pubblico in area milanese per affidamento diretto.

La norma introduce una limitazione alla capacità di agire delle società a dominanza pubblica, che è destinata ad avere effetto "a far data dal termine di cui al primo periodo".

Si tratta quindi di stabilire se, con riguardo alla gara indetta dal Comune di Como, detta limitazione fosse già operativa e come tale idonea ad interdire la partecipazione alla gara di ATM, ovvero se l'efficacia della preclusione dovesse ritenersi invece differita ad un momento successivo a quello in cui si iscrive la vicenda controversa.

In prima approssimazione sembra chiaro che "il termine di cui al primo periodo" debba identificarsi con quello successivo alla chiusura del periodo transitorio, a sua volta coincidente con il termine "di scadenza o di anticipata cessazione della concessione rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica".

Dal che il seguente quesito: la disciplina a regime, e con essa l'immediata operatività del divieto stabilito dall'art.35, secondo comma ultimo periodo, diviene applicabile in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (o regionale, laddove la definizione del periodo transitorio sia rimessa alla legislazione locale) alla scadenza del periodo transitorio fissato dalla normativa di settore, ovvero può dispiegarsi localmente alla data (si intende anteriore) di scadenza delle singole concessioni rilasciate

dagli enti locali? In altri termini, qualora la scadenza naturale della concessione sopraggiunga anteriormente al maturare del termine finale del periodo transitorio e l'ente locale si determini a non concedere proroghe ma proceda all'indizione della "prima gara", è possibile con ciò ritenere integrati i presupposti per l'immediata applicazione della normativa a regime, o deve anche in tal caso ritenersi che l'operatività della preclusione di cui trattasi continui comunque ad essere legata alla scadenza del periodo di transizione?

La questione sembra aver già trovato una prima soluzione, nel senso che il regime transitorio in quanto "destinato a regolare le fasi temporali della transizione dagli affidamenti in essere all'applicazione compiuta della nuova disciplina...risulta del tutto inapplicabile ai casi...in cui al momento dell'entrata in vigore della nuova legge non vi era nessuna concessione in essere e l'affidamento risulta costituito dalla vigenza del nuovo regime" (cfr. *CdS V 6 maggio 2003 n.2380*).

L'affermazione, pur condivisibile nel contesto in cui essa è stata resa (nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, al fine di escludere che il decorso del regime transitorio potesse esercitare valore ostativo all'immediata applicabilità della regola fissata all'art.113, quinto comma, D.Lgs. n.267/00, che impone l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica per il conferimento della titolarità dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, in specie RSU), non sembra tuttavia rivestire valore assoluto e richiede di essere confrontata con il sistema normativo di riferimento.

Al riguardo occorre allora considerare che, come condivisibilmente sostenuto dalle difese resistenti, il sistema normativo dettato per le concessioni dei servizi di trasporto pubblico locale ha affidato alle regioni il compito di definire, in modo uniforme nel territorio regionale, la durata del periodo transitorio, prevedendo con l'art.18 comma 3 *bis* D.Lgs. n.422/97 e con l'art.11 terzo comma l.n.166/02, che lo stesso dovesse comunque concludersi entro il 31 dicembre 2005.

In Lombardia, l'art.20 della L.R. n.22/98, come modificato dalla L.R. n.32/02, nel dettare le disposizioni dirette a regolare l'attività degli enti locali in pendenza del periodo transitorio, al comma 3 *quater* ha fissato il termine finale di scadenza delle concessioni dei servizi di trasporto pubblico al 31 luglio 2003; successivamente, la L.R. 11 agosto 2003 n.16 ha prorogato detto termine fino al 31 dicembre 2003.

La previsione di un periodo intermedio per il passaggio dal vecchio al nuovo regime risponde principalmente all'esigenza di evitare l'immediata decadenza delle concessioni in essere e di consentire agli enti locali il completamento delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale; essa, al contempo, garantisce ai medesimi enti locali la disponibilità di "un congruo periodo" per conformare al mutato quadro normativo la struttura e l'organizzazione delle società partecipate.

A tale riguardo sono preziosi gli spunti interpretativi offerti dalla difesa comunale.

Occorre infatti considerare che il disposto normativo contenuto nell'art.35.2 ultimo periodo segna la necessità per gli enti locali di compiere una decisa opzione tra due possibili scenari: le singole amministrazioni possono decidere di mantenere la maggioranza del capitale sociale, conservando così il controllo della società partecipata e la possibilità di procedere all'affidamento diretto (secondo il modello dei servizi *in house*), in tal modo funzionalizzando la società pubblica al perseguimento delle esigenze proprie della collettività insediata nel territorio di riferimento, ma rinunciando a ogni prospettiva di espansione extraterritoriale; ovvero possono dismettere la dominanza pubblica e affidare alle società partecipate il ruolo di operatori attivi nel mercato senza i vincoli funzionali derivanti dal diverso assetto organizzativo.

Il sistema non ha trascurato l'esigenza di consentire che le eventuali operazioni di dismissione delle partecipazioni pubbliche potessero compiersi con la necessaria ponderazione senza essere condizionate dall'urgenza dettata da particolari condizioni locali e, proprio nell'ottica della valorizzazione patrimoniale delle società pubbliche, ha differito alla chiusura del periodo transitorio l'operatività dei vincoli necessari a garantire l'attuazione del regime delineato nell'art.113 d.lgs. n.267/00.

Si deve quindi ritenere che la tempistica per il compimento di dette scelte e per l'esecuzione dei connessi adempimenti resti scandita non dal variabile maturare delle singole situazioni locali, ma dalle scadenze fissate nel corpo normativo che disciplina il settore e che (anteriormente a più recenti sviluppi) ha differito al 31 dicembre 2003 la scadenza delle concessioni in corso.

Al riguardo, vale allora considerare che il Comune di Como, con atto assunto in data (31.7.03) anteriore all'aggiudicazione della gara (5.8.03), ha prorogato la concessione in scadenza fino al 31 dicembre 2003. In tale contesto, il divieto sancito dall'art.35, secondo comma ultimo periodo, l.n.448/01 non è applicabile alla fattispecie in esame, che si colloca all'interno del periodo di transizione, per il che deve conclusivamente escludersi la possibilità di opporre ad ATM la preclusione a conseguire l'aggiudicazione del servizio *de quo*.

Per le considerazioni che precedono il Collegio giudica infondati i primi due motivi del ricorso.

12) E' infondata anche la censura con la quale la società ricorrente sostiene l'illegittimità degli atti impugnati per non aver precluso la partecipazione alla gara di ATM, che non ha operato lo scorporo dei beni strumentali necessari allo svolgimento del servizio.

L'art.113, terzo comma, D.Lgs. n.267/00 ha rimesso alle discipline di settore l'individuazione dei casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici può essere separata da quella di erogazione dei servizi stessi; nel contesto della disposizione è affermato il principio secondo cui l'accesso alle reti deve comunque essere garantito a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei servizi.

Nel settore dei servizi di trasporto collettivo, l'art.18 D.Lgs. n.422/87 ha vietato alle società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali di partecipare alle gare per la scelta del gestore del servizio di TPL; ciò tuttavia solo al termine del periodo transitorio che, come in precedenza evidenziato, non è ancora sopraggiunto.

A sua volta, l'art.20, terzo comma, L.R. n.22/98 dispone che alle società proprietarie delle infrastrutture non possono essere affidati servizi di trasporto pubblico, ma limitatamente all'ambito territoriale nel quale sono ubicati i beni strumentali. La norma non impedisce quindi ad ATM, che è proprietaria di beni localizzati nell'area milanese, di prendere parte alla gara indetta per l'area urbana di Como.

A fronte di tale disciplina, che non consentiva di tipizzare con l'esclusione la fattispecie indicata dalla ricorrente (consistente nel non aver ancora attuato la separazione della proprietà dei beni strumentali dall'attività di gestione dei relativi servizi), la stazione appaltante non avrebbe potuto legittimamente confezionare la *lex specialis* con l'introduzione di prescrizioni dirette a vietare la partecipazione alla gara delle società che -come ATM- non hanno proceduto allo scorporo dei beni strumentali ubicati in ambito territoriale diverso da quello oggetto di gara.

13) La censura successiva imputa alla disciplina di gara, e in via derivata all'atto di affidamento in favore di ATM, di non aver presidiato con la sanzione dell'esclusione l'inosservanza dell'obbligo di operare mediante società separate, che l'art.8 l.n.287/90 ha imposto alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale e che operano in regime di monopolio sul mercato, quando intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono.

La doglianza non è suscettibile di positiva considerazione.

L'art.8, comma 2 *bis*, della legge n. 287/90, come modificato dall'art.11 l.n. 57/01, impone alle imprese in regime di monopolio sul mercato di operare mediante società separate in mercati diversi da quelli per cui le medesime imprese godono dei diritti speciali o esclusivi ed il comma 2 *ter* della medesima norma impone il conseguente obbligo di comunicazione preventiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nella fattispecie occorrerebbe quindi innanzitutto stabilire se la gestione del servizio di trasporto in un'unica area urbana integri una situazione corrispondente al regime di monopolio sul mercato e se, nonostante l'identità di contenuti e di disciplina normativa, la gestione del medesimo servizio di TPL in un differente ambito territoriale costituisca un mercato *diverso*, di talché il suo esercizio senza il ricorso ad una società separata concreti condotta anticoncorrenziale.

Senonché l'accertamento degli elementi costitutivi di siffatta infrazione, che richiede l'esperimento di un complesso procedimento con le garanzie del contraddittorio, è demandato all'Autorità di vigilanza e implica valutazioni che non competono alla stazione appaltante.

Quanto all'inosservanza dell'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'art.8, comma 2 *ter*, si considera, in ogni caso, che la responsabilità della mancata comunicazione dovrebbe in ipotesi essere

attribuita ad ATM, senza risolversi in un vizio della procedura di gara e senza invalidare la partecipazione ad essa.

14) Con un gruppo di censure (formulate nei motivi sesto, settimo e ottavo) la ricorrente sostiene l'invalidità dell'offerta ATM, in quanto soggetta all'avverarsi di determinate condizioni.

Le censure non hanno fondamento.

14.1) Quanto alla prima di esse si osserva che l'art.9.4 CSA prevede la facoltà per i concorrenti di proporre un piano di rinnovo ed estensione delle pensiline, i cui contenuti avrebbero formato oggetto di valutazione ai fini dell'aggiudicazione della gara.

ATM, sulla base di una concezione più articolata della funzione delle pensiline di attesa, da integrare con servizi igienici e informativi anche a mezzo di postazione telefonica collegata a *call center* societario, ha proposto un piano di rinnovo che richiede consistenti investimenti, per il recupero dei quali ha considerato necessario lo sfruttamento a fini pubblicitari e per un periodo ventennale delle superfici degli impianti di nuova posa. Che non si tratti di un'offerta condizionata, ma di una semplice proposta soggetta al gradimento dell'amministrazione, è reso palese dalla circostanza che la concreta definizione degli interventi è stata espressamente rimandata a "fasi successive".

Il che denota semmai la genericità del piano di rinnovo, che non a caso la commissione ha accreditato del punteggio minimo, senza poter assurgere a motivo di esclusione dalla gara per invalidità dell'offerta.

14.2) Nel progetto di organizzazione aziendale allegato all'offerta, ATM ha dichiarato di "confida(re) nella facoltà dell'Ente Affidante di prevedere l'attivazione del servizio non prima di 120 giorni dalla data di eventuale aggiudicazione". In tale auspicio la ricorrente intravede gli estremi di un'offerta difforme dalle regole di gara, in quanto condizionata.

Non sembra, però, che la mera aspirazione ad un lieve differimento nell'avvio del servizio possa assumere un significato tanto dirimente; ciò non senza considerare che la questione è del tutto superata, posto che, come in precedenza annotato, in attuazione della LCR n. 81 del 28.7.03 che ha prolungato la durata del periodo transitorio, l'amministrazione comunale, con atto assunto in data anteriore all'aggiudicazione definitiva, aveva già disposto *motu proprio* la proroga al 31 dicembre 2003 della concessione in scadenza.

14.3) Quanto infine al rilievo che la riserva di costituire una società di scopo, "posseduta/controllata da ATM", appositamente dedicata alla gestione del servizio appaltato avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta per la violazione del divieto di ambulatorietà della posizione di contraente dell'amministrazione, sembra sufficiente osservare che, anche in tal caso, si è alla presenza soltanto di un'ipotesi operativa (orientata al modello delle società di progetto di cui all'art.37 *quinques* l.n.109/94), la cui eventuale attuazione non ha al momento concretezza e richiede comunque di essere preventivamente negoziata con l'amministrazione.

In proposito, non sembra fuori luogo il richiamo alla giurisprudenza, che di recente è pervenuta a riconoscere l'applicabilità in via analogica della disposizione contenuta nell'art.35 della l.n.109/94, che disciplina gli effetti derivanti dalle cessioni di azienda e dagli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche, intervenuti successivamente all'aggiudicazione; al riguardo si è osservato che dalla natura personale del contratto d'appalto non discende affatto, quale necessario corollario, l'incredibilità in senso assoluto del contratto bensì quello della necessaria acquisizione del consenso dell'altra parte (*cf. CdS 24 aprile 2002 n. 2208*).

Il che vale a segnalare l'affacciarsi di una linea evolutiva che non sembra assecondare le contestazioni di parte ricorrente.

15) La censura esposta nel nono motivo si scompone in due profili: in primo luogo, muovendo dal presupposto della sostanziale indeterminatezza della *lex specialis* quanto ai parametri valutativi, si assume che la commissione di gara avrebbe omesso di specificare la genericità dei criteri con la previsione di una griglia di sottovoci idonei a consentire un esercizio guidato e controllabile della discrezionalità tecnica; in subordine, a voler rinvenire nel CSA criteri per la valutazione dei progetti esecutivi, si sostiene che la medesima commissione, nella seduta del 24 giugno 2003 successiva all'apertura delle offerte tecniche, avrebbe predisposto una tabella di verifica delle percorrenze,

affidando così a quest'unico nuovo criterio, non menzionato nel CSA, valenza decisiva nella valutazione dei progetti a confronto.

La doglianza è infondata in entrambi i suoi aspetti:

15.1) La lettera di invito, dopo aver descritto il contenuto dell'offerta tecnica ed elencato gli elementi di essa sui quali si sarebbero poi concentrate le operazioni valutative, ha suddiviso il punteggio da attribuire all'offerta tecnica (punti 47) e all'offerta economica (punti 53), individuando per la valutazione dell'offerta più vantaggiosa "una serie di parametri significativi" e predisponendo una tabella di scomposizione del punteggio in undici voci e i criteri per l'attribuzione dei punteggi mediante il "confronto a coppie" (per gli elementi dell'offerta tecnica) o il calcolo "parabolico con parametro a variabile" (per le voci che compongono l'offerta economica).

Inoltre, la tabella elaborata a pag.7 della lettera di invito reca, per ogni parametro valutativo, il riferimento alla corrispondente norma del CSA, che identifica con maggiore dettaglio gli elementi dell'offerta che avrebbero formato oggetto delle valutazioni comparative.

Ad esempio, la voce B.6 "piano per migliorare il comfort, l'accessibilità e l'abbattimento delle emissioni inquinanti del parco mezzi" rinvia all'art.11, ottavo comma, CSA, il quale precisa che avrebbe formato oggetto di valutazione la programmazione temporale, ossia l'incremento, per ciascun anno di vigenza del contratto, della quota percentuale di veicoli muniti delle dotazioni indicate ai precedenti punti *a* (dotazione di sistemi per l'accessibilità a utenti a ridotta capacità motoria), *b* (veicoli dotati di climatizzazione) e *c* (riduzione dei veicoli rispondenti a Euro 0-1 e 2 e corrispondente aumento dei veicoli rispondenti a Euro 3-4 o a zero emissioni).

Non sembra quindi che i criteri valutativi delineati nella *lex specialis* rivelino alcuna indeterminatezza, né che essi richiedessero di essere dettagliati mediante interventi integrativi da parte della commissione di gara. Del resto, l'intrinseca debolezza del primo profilo censura è resa manifesta dal prosieguo della doglianza (e dalle successive censure), con cui la stessa parte ricorrente individua i parametri valutativi indicati nel CSA e si duole della loro applicazione in termini asseritamente penalizzanti dell'offerta SPT.

15.2) Deve altresì escludersi che la tabella di verifica delle percorrenze (allegato 2 al verbale 24.6.03) integri un nuovo criterio introdotto *ex post* dalla commissione.

Si tratta semplicemente di un quadro sinottico comparativo, mediante il quale la commissione ha proceduto a verificare le percorrenze chilometriche delle linee automobilistiche e del servizio funicolare, al fine di porre ad immediato confronto i programmi di esercizio predisposti dai concorrenti, per identificare i livelli di produzione del servizio assicurati da detti programmi. Il che corrisponde non alla postuma introduzione di un nuovo parametro valutativo, ma alla doverosa stima dei principali fattori di produzione del servizio urbano, indicati in termini di frequenze e di bus/km dall'art.5 CSA e dall'allegato Piano Triennale dei Servizi (cfr. tabella pag.17).

Infine, come giustamente osservato dalla difesa ATM, deve escludersi che la valutazione del parametro considerato abbia assunto valenza decisiva ai fini dell'aggiudicazione della gara, tenuto conto che, anche a voler prescindere dal maggiore punteggio attribuito ad ATM (7,5) per il parametro B.1, le posizioni in graduatoria rimarrebbero comunque immutate senza poter influire in concreto sul risultato acquisito, in considerazione del distacco (punti 33,22) che separa le due posizioni.

16) Tutte le residue censure devono giudicarsi inammissibili, in quanto le stesse espongono profili che investono i contenuti delle valutazioni operate dalla commissione di gara; in relazione ad esse, per effetto dell'accoglimento del reclamo incidentale, non sussiste l'interesse della ricorrente, posto che l'eventuale accoglimento delle censure medesime implicherebbe un'attività esecutiva di conformazione al giudicato che non richiede la rinnovazione integrale della procedura di gara, ma delle sole fasi valutative dell'offerta ATM, il che non soddisfa l'interesse strumentale di SPT.

In conclusione anche il ricorso principale si rivela fondato (in relazione a quanto esposto sub 7) e deve quindi essere accolto, con le conseguenti statuizioni di cui al dispositivo.

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

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2472/03 così dispone:

-accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti con i quali è stata disposta l'ammissione di ATM s.p.a. alla gara e l'aggiudicazione in suo favore del servizio appaltato;

-accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla l'atto di inclusione di SPT Linea s.r.l. nella graduatoria finale della procedura;

-compensa le spese tra le parti.

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

Così deciso in Milano alle camere di consiglio del 10 dicembre 2003 e del 19 febbraio 2004 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - presidente

Domenico Giordano - cons.est.

Daniele Dongiovanni - ref.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(art. 55, l. 27.4.1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione

(da www.diritto2000.it)