



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

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 9660 del 2015, proposto dal Comune di Milano, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

contro

Yellow Taxi Multiservice s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Tanoni, Alessandra Piccinini e Cristiana Fani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Pignatiello in Roma, piazza Sant'Andrea della Valle, n. 6;
Taxiblu - Consorzio Radiotaxi Satellitare Società Cooperativa e Autoradiotassi Società Cooperativa, in persona dei legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Tanoni e Alessandra Piccinini, con domicilio eletto

presso lo studio dell'avvocato Francesco Pignatiello in Roma, piazza Sant'Andrea della Valle, n. 6;

nei confronti di

Agenzia Mobilità Ambiente e Territorio s.r.l.;
Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Fabrizio Cataldo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Tufarelli in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, n. 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano Sezione IV n. 2176 del 15 giugno 2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del sistema di chiamate taxi del Comune di Milano;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Yellow Taxi Multiservice s.r.l., di Taxiblu - Consorzio Radiotaxi Satellitare Soc. Coop., di Autoradiotassi Società Cooperativa e di Fastweb S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Antonello Mandarano, l'avvocato Nico Moravia su delega dell'avvocato Paolo Tanoni, l'avvocato Luca Tufarelli e l'avvocato Fabrizio Cataldo;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La s.r.l. Yellow Tax Multiservice, Taxiblu - Consorzio Radiotaxi Satellitare Soc. Coop. e Autoradiotassi Società Cooperativa con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 2844 del 2014, integrato da motivi aggiunti, impugnavano il bando della gara per l'affidamento dell'appalto per la fornitura e gestione del sistema di chiamate taxi attraverso numero unico bandita dal Comune di Milano, pubblicata sulla GURI dell'8 settembre 2014, il capitolato speciale, gli atti di gara con particolare riferimento ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante e alla proroga del termine per la ricezione delle offerte, l'aggiudicazione definitiva in favore della s.p.a. Fastweb dell'11 febbraio 2015 e l'affidamento anticipato del servizio, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Le ricorrenti chiedevano anche la dichiarazione di inefficacia del contratto e la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni.

Resistevano in giudizio il Comune di Milano e la S.p.A. Fastweb.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con la sentenza n. 2176 del 15 giugno 2015 accoglieva il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti limitatamente alle domande di annullamento, respingeva le domande dirette alla dichiarazione di inefficacia del contratto e alla condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni e compensava le spese di giudizio.

Ad avviso del TAR:

a) il Comune non potrebbe bandire una gara per sostituire la tecnologia delle colonnine con un sistema tanto progredito da consentire ricerche dei taxi più estese e più efficienti di quelle consentite dalle colonnine, perché così facendo altererebbe il mercato, mettendo in difficoltà le attuali centrali telefoniche radiotaxi;

b) il Comune non potrebbe richiedere quali requisiti per la partecipazione alla gara esperienze e competenze informatiche che le attuali centrali di radio taxi non possiedono in prima persona;

c) la finalità di garantire una più efficace ricerca di taxi nel corso dell'Expo 2015 non costituirebbe sufficiente ragione per l'affidamento d'urgenza del servizio.

3.- Con ricorso in appello notificato il 20 novembre 2015 il Comune di Milano ha impugnato la suddetta sentenza chiedendone l'annullamento o la riforma per *error in iudicando* per i seguenti motivi:

3.1- ultrapetizione; erroneità, ingiustizia e contraddittorietà con riferimento alla scelta del Comune di bandire la gara per la ricerca di taxi con sistemi informatici;

3.2- erroneità, ingiustizia e contraddittorietà con riferimento al giudizio di irragionevolezza e incoerenza dei requisiti di partecipazione e delle disposizioni in tema di raggruppamenti temporanei di imprese fissati nel bando;

3.3- erroneità, ingiustizia e contraddittorietà con riferimento alla rilevata insussistenza delle ragioni di urgenza in forza delle quali è stata avviata l'esecuzione anticipata del contratto.

4.- Si è costituita in giudizio la s.p.a. Fastweb che ha chiesto l'accoglimento dell'appello.

5.- La s.r.l. Yellow Tax Multiservice, Taxiblu - Consorzio Radiotaxi Satellitare Soc. Coop. e Autoradiotassi Società Cooperativa si sono costituite in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello.

6.- Alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare il Collegio si è riservato di decidere la causa con sentenza resa in forma breve, dandone comunicazione alle parti.

7.- L'oggetto del giudizio è la gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della fornitura e gestione del sistema di chiamate taxi attraverso numero unico, mediante sostituzione delle colonnine con la più moderna tecnologia di tipo

informatico che consente all'utente la ricerca del taxi mediante web, App per smartphone o chiamata telefonica ad un centralino dotato di risponditore automatico e riconoscimento vocale (Interactive Voice Response – IVR).

8.- Con il primo motivo di appello la sentenza del TAR è censurata per ultra petizione e per ingiustizia e contraddittorietà.

In particolare si assume dal Comune appellante che le censure delle società di radio taxi non metterebbero in dubbio la facoltà del Comune di Milano di svolgere il servizio ma riguarderebbero solamente le modalità scelte dal Comune per espletare il servizio che non consentirebbero ad esse di partecipare direttamente alla gara, mentre il TAR avrebbe ritenuto che la gara bandita dal Comune di Milano integrasse una indebita ingerenza dell'amministrazione in un settore del libero mercato.

8.1- Fermo che ai sensi dell'articolo 112 c.p.c. il potere giurisdizionale va esercitato nell'ambito dell'esatta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel caso non sembra emergere con evidenza l'asserita ultrapetizione del *decisum* del giudice di primo grado.

Ad ogni buon conto va rilevato che il servizio di ricerca taxi oggetto della gara in questione rientra nella funzione del servizio di trasporto pubblico a mezzo taxi che il comune deve assicurare e che ha sempre assicurato a mezzo le colonnine situate nelle zone di sosta dei taxi.

Con la gara in questione il Comune di Milano ha inteso sostituire la ricerca del taxi a mezzo delle colonnine con il nuovo sistema di ricerca informatizzato.

Il Comune di Milano, quindi, non ha introdotto un nuovo servizio sottraendolo alle società di radio taxi ma si è limitata a modificare il servizio che già svolgeva.

8.2- Ciò posto, non vi è stata alcuna ingerenza del Comune in un settore riservato all'operatore privato perché il settore è stato da sempre caratterizzato dalla coesistenza del servizio pubblico e privato; il servizio pubblico non può essere

impedito dal fatto che il servizio radio taxi soddisfi appieno le esigenze dell'utenza, non potendo il comune rinunciare per ciò stesso alla erogazione di un servizio pubblico.

8.3- Del pari non è configurabile la dedotta violazione dei principi comunitari in base ai quali l'intervento pubblico nella prestazione di servizi pubblici si giustificerebbe solamente quando la gestione concorrenziale di un'attività non assicuri un'adeguata tutela dei fini di interesse generale che il servizio è diretto a soddisfare.

Infatti, poiché con la gara contestata non viene introdotto un servizio nuovo ma una modalità nuova di gestione di un servizio già espletato non può farsi riferimento al suddetto principio che riguarda la introduzione di una nuova attività pubblica in concorrenza con quella già espletata con soddisfazione dai privati.

8.4- Quanto alla valutazione in termini negativi del metodo di ricerca adottato dal Comune di Milano non è comprensibile, atteso che la diversa modalità e la correlata maggiore efficienza di tale nuova modalità sembra da ricondursi solamente alla evoluzione delle tecnologie che non può essere bloccata da interessi corporativistici.

9.- Con il secondo motivo di appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto incoerenti e irragionevoli i requisiti di partecipazione fissati nel bando e le disposizioni in materia di a.t.i..

Il TAR, invero, ha espresso un giudizio di irragionevolezza che mal si concilia con la finalità della gara.

L'oggetto della gara è *“la fornitura di un sistema informatico di gestione delle chiamate taxi sul territorio del Comune di Milano, attraverso un numero telefonico destinato alla ricerca da parte degli utenti del ‘taxi di prossimità’ rispetto al luogo di origine della corsa e la gestione di detto sistema per 5 anni”*.

Il sistema non può che funzionare ed essere gestito in automatico da un *software*, mentre l'intervento dell'operatore costituisce un'evenienza residuale.

Ne consegue che i requisiti richiesti, tra i quali, l'aver svolto nel triennio precedente con buon esito servizi di gestione e relativa manutenzione di sistemi *software* per enti pubblici o soggetti privati per un valore complessivo di euro 300.000,00 e di aver svolto contratti aventi ad oggetto sviluppo di sistemi *software* basati su sistemi di riconoscimento vocale e applicazioni *software* per terminali mobili deve ritenersi tutt'altro che irragionevole ma del tutto coerente con il sistema di ricerca taxi oggetto della gara, che è servizio diverso e non sovrapponibile al servizio di radio taxi espletato dalle società ricorrenti.

Non è nemmeno irragionevole che non sia stato previsto tra i requisiti la gestione del *call center*, atteso che nel servizio apprestato dal Comune il *call center* svolge una funzione residuale del servizio, in relazione alla quale l'amministrazione ben poteva non prevedere requisiti di partecipazione.

D'altra parte rientrando nella discrezionalità della pubblica amministrazione stabilire i requisiti e ponderarli in relazione alle finalità che essa persegue con la gara, un giudizio di irragionevolezza dei criteri va mantenuto entro limiti rigorosi, configurandosi altrimenti lo straripamento del giudizio nella sfera di merito dell'azione amministrativa insuscettibile di valutazione di legittimità.

Se si considerino le finalità che l'amministrazione intende conseguire con la gara, i requisiti richiesti sono assolutamente coerenti, così come la mancata previsione tra i requisiti di partecipazione di esperienze di *call center*.

Infatti, è proprio il diverso metodo di ricerca di taxi che rende priva di rilevanza la funzione del *call center*, non intendendo il Comune istituire una centrale di radio taxi pubblica ma un diverso sistema di ricerca del tutto automatica tramite un *software* appositamente sviluppato.

10.- Le appellate contestano la tipologia dei requisiti richiesti perché precluderebbe loro di partecipare alla gara, non avendo esperienze del tipo richiesto.

Senonché la gara consentiva la partecipazione in raggruppamenti temporanei ed è sempre possibile il ricorso all'avvalimento, sicché attraverso queste forme aggregative le ricorrenti avrebbero potuto partecipare alla procedura di gara, ove non in possesso dei requisiti richiesti.

Inoltre, la stazione appaltante in sede di chiarimenti con nota inviata alle ricorrenti in data 15 ottobre 2014 aveva rappresentato *“la possibilità di assolvere al requisito richiesto per la partecipazione, relativo alla ‘capacità tecnica’, tramite la quantificazione dei costi sostenuti per la gestione ‘in economia/diretta’ delle attività inerenti lo sviluppo del software e la manutenzione dello stesso, autocertificando, in sede di domanda di partecipazione il valore (dei costi) sostenuto e il periodo relativo”*.

In tal modo le centrali di radio taxi avrebbero potuto superare il limite della mancanza di contratti con soggetti terzi, da esse lamentato e condiviso dal TAR .

11.- Quanto alla corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione del contratto, non era richiesta, essendo invece richiesta dalla *lex* di gara la sola dimostrazione per le a.t.i. orizzontali del possesso del requisito per la percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, finalizzata a verificare la coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione e l'affidabilità dell'offerta.

Infatti, pur non sussistendo l'obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, resta fermo che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazione che si impegna ad eseguire (cfr. Cons. Stato Ad. plen. 28 agosto 2014, n. 27).

12.- Quanto all'avvio delle prestazioni contrattuali nelle more della stipulazione del contratto è una facoltà riconosciuta alla stazione appaltante che è stata esercitata in coerenza con la previsione dell'articolo 11 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione

alla migliore tutela dell'interesse pubblico in occasione della manifestazione dell'Expo 2015.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere accolto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente decidendo sul ricorso in appello in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2016

IL SEGRETARIO

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