

Tempestività del ricorso proposto avverso il bando di gara non pubblicato sulla Gazzetta ufficiale

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 2-3-2022

In mancanza di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta ufficiale, obbligatoria in ragione della tipologia di procedura (aperta) seguita, il ricorso introduttivo del giudizio è tempestivo anche se proposto oltre il termine di legge, non risultando idonea la sola pubblicazione nel sito istituzionale della stazione appaltante a far decorrere il termine di impugnazione

A proposito della tempestività del ricorso proposto per l'annullamento del bando di gara non pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, osserva il C.g.a. che i termini per l'impugnazione della *lex specialis* decorrono dalla pubblicazione della stessa o, in mancanza di pubblicità della medesima, dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione (art. 120, comma 2, c.p.a.).

La pronuncia tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia UE (sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13) e dell'interpretazione sistematica del codice degli appalti.

Infatti, nel caso di applicazione del disposto dell'art. 36, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, solo rispetto agli avvisi e ai bandi relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione (in ambito nazionale, così come previsti dall'art. 73, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016) decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori, mentre, negli altri casi, e in particolare per i contratti relativi ai servizi, gli effetti decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

Per la stessa conclusione depongono le ulteriori norme che disciplinano la pubblicazione dei bandi di gara e, in particolare, l'art. 73, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 2 comma 1 d.m. 2 dicembre 2016, adottato ai sensi dell'art. 73, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò in quanto, non essendo ancora funzionante la piattaforma ANAC, è vigente la prescrizione di cui al comma 6 dell'art. 2, d.m. 2 dicembre 2016, in forza della quale solo con riferimento alle gare relative a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro gli effetti giuridici della pubblicazione sono fatti decorrere dalla pubblicazione nell'albo pretorio del comune, decorrendo negli altri casi dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

Né si attaglia al caso di specie il richiamo alla statuizione dell'Adunanza plenaria, che, decidendo in merito alla diversa fattispecie dell'impugnazione dell'aggiudicazione, ha menzionato in termini generali l'art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede la pubblicazione degli atti di gara sul profilo del committente, ritenendo che detta pubblicazione sia idonea a far decorrere il termine di impugnazione (2 luglio 2020, n. 12), in quanto l'art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016 fa espressamente salvi gli atti a cui si applica l'art. 73, comma 5, che sono rappresentati appunto dai bandi di gara.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 28/02/2022

N. 00254/2022REG.PROV.COLL.

N. 00826/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 826 del 2021, proposto dal Comune di Melilli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Virzì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Euro Tour Servizi di Russo Santo & C s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Angelico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società Biagio Crescente di Crescente Giuseppe & C. s.a.s., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 1931/2021, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euro Tour Servizi di Russo Santo & C s.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di gara aperta, indetta dal Comune di Melilli con determinazione dirigenziale 5 dicembre 2020 n. 2839 (pubblicata all'Albo pretorio dal 21 dicembre 2020 al 5 gennaio 2021), su MEPA, mediante R.D.O., per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico comunale a favore degli alunni iscritti e frequentanti la scuola dell'infanzia e dell'obbligo di Villasmundo e Città Giardino, residenti nei centri abitati e nelle Contrade Sparse, anno scolastico 2020/2021, con avvio del servizio dal 7 gennaio 2021, e comunque dalla data di effettivo affidamento, fino al 31 maggio 2021, prorogabile per un ulteriore anno, (CIG 85673565D3 – importo a base d'asta € 133.650,27).

2. Con ricorso al Tar Sicilia – Catania Euro Tour Servizi di Russo Santo & C s.a.s. (di seguito: "Euro Tour Servizi"), operatore economico del settore, ha impugnato:

- la predetta determinazione;

- la RDO n. 2719486, pubblicata su MEPA il 21 dicembre 2020 "*determina a contrarre mediante procedura aperta su mepa per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico comunale a favore degli alunni iscritti e frequentanti la scuola dell'infanzia e dell'obbligo di Villasmundo e Citta Giardino*";

- l'avviso bando di gara -Trasporto scolastico Melilli centro, pubblicato sul sito comunale il 22 dicembre 2020;

- la determinazione dirigenziale n. 27 del 2021, pubblicata il 5 gennaio 2021, con la quale il Comune di Melilli, all'esito della procedura di gara, ha disposto l'aggiudicazione e l'affidamento a favore della ditta Biagio Crescente di Crescente Giuseppe & c. s.a.s. del servizio di trasporto scolastico con decorrenza dal 7 gennaio 2021, e comunque dalla data di esecuzione del servizio, al 31 maggio 2021, prorogabile, per l'importo di € 133.550, IVA esclusa, alle condizioni e alle modalità indicate nel C.S.A, fatte salve le verifiche di legge;

- ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso agli atti impugnati, comprese, prudenzialmente.

Con il medesimo ricorso la società ha presentato domanda volta a far dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune di Melilli con la ditta Biagio Crescente di Crescente Giuseppe & c. s.a.s., con riserva di esperire azione risarcitoria da perdita di *chance*.

3. Il Tar, con sentenza 14 giugno 2021 n. 1931, ha accolto il ricorso e per l'effetto ha annullato gli atti impugnati, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione e affidamento, e ha dichiarato l'inefficacia del contratto a far data dalla sua stipulazione.

4. Il Comune di Melilli ha proposto appello con ricorso n. 826 del 2021.

5. Nel giudizio di appello si è costituita Euro Tour Servizi.

6. All'udienza del 23 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello non è meritevole di accoglimento.

8. Con il primo motivo l'appellante ripropone l'eccezione di irricevibilità dell'appello ritenuta infondata dal Tar.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che *"in mancanza di evidenze in atti in merito alla predetta pubblicazione, obbligatoria in ragione della tipologia di procedura (aperta) seguita, del bando di gara in questione nella G.U.R.S., il ricorso introduttivo del giudizio deve ritenersi tempestivo non risultando idonea, nel caso di specie, la sola pubblicazione nel sito comunale a far decorrere il termine di impugnazione"*.

8.1. Il Collegio osserva quanto segue.

Il ricorso introduttivo del giudizio è stato notificato a mezzo PEC in data 3 febbraio 2021.

L'atto sul quale si appunta l'interesse a ricorrere, e la legittimazione ad agire (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4), è costituito dalla *lex specialis* in quanto la clausola che contiene il termine di presentazione delle offerte (troppo breve, in base all'unico motivo di gravame) *"rientra nell'ambito delle c.d. clausole immediatamente escludenti, trattandosi di regola che rende la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (lett. b) ovvero in quanto disposizione che prevede una abbreviazione irragionevole dei termini per la presentazione dell'offerta (lett. c)"*, così come stabilito dal Tar con statuizione non impugnata.

Ne deriva che è l'impugnazione di tale atto a rilevare al fine di stabilire la tempestività del ricorso.

L'avviso risulta pubblicato sul sito istituzionale del Comune resistente in data 22 dicembre

2020 con la seguente precisazione: *“La determina dirigenziale n. 346, R.G. n. 2839/2020 e i relativi allegati (bando e disciplinare di gara integrali etc.) sono disponibili sul sito istituzionale del Comune di Melilli all'indirizzo <https://www.comune.melilli.sr.it> - bandi e avvisi di gara attivi nella sezione dedicata”*.

La RDO n. 2719486 è stata pubblicata su MEPA il 21 dicembre 2020 (contiene la fissazione del termine iniziale di presentazione delle offerte il giorno prima dell'avviso pubblico, alle ore 13,30 del 21 dicembre 2020, e quello finale alle ore 10,00 del 31 dicembre 2020).

Il bando di gara – in relazione a quanto emerge dagli atti versati in giudizio – non risulta oggetto di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (né della Repubblica Italiana, né della Regione Siciliana).

In esito allo svolgimento della procedura di gara il Comune, con determina n. 27 del 5 gennaio 2021 (pubblicata il 7 gennaio 2021, così dal ricorso introduttivo), ha disposto l'aggiudicazione in favore della società controinteressata per l'importo di gara pari ad euro 133.550,00 oltre IVA, detratta la percentuale di ribasso.

La norma di riferimento, per valutare la ricevibilità, o meno, del ricorso, è l'art. 120 comma 2 c.p.a.

Ai sensi dell'art. 120 comma 2 c.p.a. l'impugnazione del bando decorre dalla pubblicazione dello stesso o, in mancanza di pubblicità del medesimo, dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione.

Lo scrutinio del motivo impone di valutare se nel caso di specie vi è stata pubblicazione del bando. In quanto, in tale caso, il ricorso non è tempestivo.

Diversamente, cioè calcolando i trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, il ricorso sarebbe tempestivo.

Ai sensi dell'art. 36 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 (applicabile al caso di specie, laddove è stata svolta una procedura ordinaria per l'affidamento di un contratto sotto soglia) *“I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori”*.

In base a detta norma, solo rispetto agli avvisi e ai bandi relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione (in ambito nazionale, così come previsti dal richiamato art. 73 comma 5 del d. lgs. n. 50 del 2016) decorrono dalla

pubblicazione nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori mentre, negli altri casi, e in particolare per i contratti relativi ai servizi, come quello oggetto della gara *de quo*, gli effetti decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici.

Le ulteriori norme che disciplinano la pubblicazione dei bandi di gara analoghi a quello di specie non sono idonee a modificare detta conclusione.

Si premette che, in base all'art. 1 comma 2 della l.r. 12 luglio 2011 n. 12, i riferimenti al Bollettino ufficiale della Regione e alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana contenuti nel d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 devono intendersi riferiti alla Gazzetta ufficiale della Regione siciliana e, in base all'art. 24 comma 4 della l.r. 17 maggio 2016 n. 8, i riferimenti al d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 contenuti nella l.r. 12 luglio 2011 n. 12 e nel decreto del Presidente della Regione Siciliana 31 gennaio 2012 n. 13, si intendono riferiti alle omologhe disposizioni previste dal d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dai relativi provvedimenti di attuazione.

Ai sensi dell'art. 73 comma 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 "Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti. Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11".

Per effetto dell'art. 2 comma 1 d.m. 2 dicembre 2016, adottato ai sensi dell'art. 73 comma 4 del d. lgs. n. 50 del 2016, *"le stazioni appaltanti e le centrali di committenza pubblicano gli avvisi e bandi di gara con le modalità di cui agli articoli 72 e 73 del codice. La pubblicazione sulla piattaforma ANAC è effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte della stessa Autorità e riporta la data di pubblicazione dalla quale decorrono i termini per la presentazione delle offerte. Gli avvisi e i bandi sono inoltre pubblicati, non oltre due giorni lavorativi successivi alla pubblicazione sulla piattaforma ANAC, sul «profilo di committente» con l'indicazione della data e degli estremi di pubblicazione sulla stessa piattaforma".*

Non risultando ancora implementata la piattaforma ANAC (ai sensi del successivo comma 5 del medesimo art. 2 del d.m. 2 dicembre 2016 *"L'ANAC, con proprio atto pubblicato in*

Gazzetta Ufficiale, definisce le soglie d'importo, le modalità operative e i tempi per il funzionamento della piattaforma in cooperazione applicativa con la piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement) è vigente la prescrizione di cui al comma 6 dell'art. 2 del d.m. 2 dicembre 2016, in forza della quale *“Fino alla data di funzionamento della piattaforma ANAC, individuata nell'atto di cui al comma 5, gli avvisi e i bandi di gara, sono pubblicati con i medesimi termini di cui al comma 1 nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti con esclusione degli avvisi e bandi di gara relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro che, fino alla medesima data, sono pubblicati nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori”*. E' solo quindi con riferimento alle gare relative a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro che si prevede la pubblicazione nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori.

Detta ultima disposizione contiene altresì la precisazione in base alla quale gli effetti giuridici di cui all'art. 73 comma 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale salvo che, ma non è il caso di specie, per gli appalti di lavori di importo inferiore a euro 500.000, per i quali decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori.

Ai sensi del richiamato art. 73 comma 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 *“gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC”*. La disposizione che regola la pubblicità in ambito nazionale è proprio l'art. 73, intitolato appunto *“Pubblicazione a livello nazionale”* (laddove invece l'art. 72 si occupa della pubblicità a livello eurounitario).

Solo rispetto agli avvisi e ai bandi relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono pertanto dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori mentre, negli altri casi, e in particolare per i contratti relativi ai servizi, come quello oggetto della gara *de quo*, gli effetti decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale.

Del resto, con l'art. 2 comma 6 del d.m. 2 dicembre 2016 è altresì precisato che *“fino alla data di cui al primo periodo del presente comma, per le finalità di cui all'art. 29 del codice, i bandi e gli avvisi sono pubblicati, entro i successivi due giorni lavorativi dalla pubblicazione avente valore legale, sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e trasporti anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni ad essa collegati”*, dal che si desume che, per quanto riguarda i bandi e gli avvisi, la pubblicazione avente valore legale non è quella prevista dall'art. 29. Quest'ultimo infatti reca la precisazione che *“Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”* e gli atti cui si applica l'art. 73 comma 5 sono, come già visto, i bandi di gara.

In ragione di ciò non si attaglia al caso di specie il richiamo di parte appellante alla statuizione dell'Adunanza plenaria, che, decidendo in merito alla diversa fattispecie dell'impugnazione dell'aggiudicazione (che non rientra nella richiamata previsione di cui all'art. 73 comma 5), ha

menzionato in termini generali l'art. 29 del d. lgs. n. 50 del 2016 e ha affermato che *“L'impresa interessata – che intenda proporre un ricorso - ha l'onere di consultare il ‘profilo del committente’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)”* e che *“la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione”* (2 luglio 2020 n. 12).

Del resto, in termini generali anche il principio di effettività della tutela di cui alla direttiva 89/665/CEE depona nel senso che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando *“il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione”* (Corte di giustizia, sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante il comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., poi abrogato dalla legge n. 55 del 2019, e sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante proprio l'art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 120, comma 5, del c.p.a.).

In tale prospettiva, con specifico riferimento all'impugnazione delle regole di gara, la Corte di giustizia ha stabilito che *“l'art. 1, par. 1, comma 3, della Dir. 89/665, e gli artt. 2, 44, par. 1, e 53, par. 1, lett. a), della Dir. 2004/18, devono essere interpretati nel senso che impongono che un diritto di ricorso relativo alla legittimità della gara sia azionabile, dopo la scadenza del termine previsto dal diritto nazionale, da un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente che è stato in grado di comprendere le condizioni della gara unicamente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver valutato le offerte, ha fornito informazioni esaustive sulle motivazioni della sua decisione”*. Al riguardo ha altresì precisato che *“un siffatto diritto di ricorso può essere esercitato fino al momento della scadenza del termine di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto”* (Corte di giustizia UE, sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13), dettando una regola che risulta recepita dall'art. 120 comma 2 c.p.a. e che è applicabile al caso di specie, laddove il termine di impugnazione decorre, per le ragioni sopra illustrate, dall'aggiudicazione (determina 5 gennaio 2021 n. 27, pubblicata il 7 gennaio 2021, così dal ricorso introduttivo), con conseguente tempestività del ricorso (notificato il 3 febbraio 2021).

8.2. Il motivo non è quindi meritevole di accoglimento.

9. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar, accogliendo la censura relativa alla brevità del termine concesso dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte, avrebbe trascurato di considerare la legislazione emergenziale adottata in ragione del diffondersi del Covid 19.

9.1. Il Collegio osserva quanto segue.

Si premette in fatto che l'avviso, con allegato bando di gara, è stato pubblicato il 22 dicembre 2020, per estratto, sulla home page del sito istituzionale del Comune, sezione news, indicando il *“termine e luogo di ricezione offerte - ore 10.00 del 31/12/2020 - piattaforma telematica”*. La

RDO n. n. 2719486, pubblicata su MEPA il 21 dicembre 2020, ha fissato il termine iniziale di presentazione delle offerte il giorno prima dell'avviso pubblico, alle ore 13,30 del 21 dicembre 2020, e quello finale alle ore 10,00 del 31 dicembre 2020.

L'appellante ha posto a fondamento della propria tesi, volta a giustificare il termine assegnato per la presentazione delle offerte, inferiore al termine di trentacinque giorni di cui all'art. 60 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 e anche al dimezzamento di detto termine di cui all'art. 36 comma 9 d. lgs. n. 50 del 2016, gli artt. 25, 26 e 27 del d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018. Dette disposizioni hanno consentito al Consiglio dei ministri, con deliberazione 31 gennaio 2020 (in G.U. n. 26 del primo febbraio 2020), di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali (Covid 19) trasmissibili per la durata di sei mesi (fino al 31 luglio 2020).

Sulla base di ciò il Capo della protezione civile ha, con ordinanza 25 marzo 2020 n. 655, disposto che *“gli Enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possono procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del Codice dei contratti pubblici”* (art. 4).

L'efficacia di tale ordinanza è stata nel tempo prorogata fino al 15 ottobre 2020 con delibera del Consiglio dei ministri 29 luglio 2020 e poi, per quel che interessa nella presente sede, fino al 31 gennaio 2021 con delibera del Consiglio dei ministri 7 ottobre 2020.

La predetta disciplina emergenziale non è applicabile al caso di specie.

Invero la gara *de quo* (relativa al trasporto scolastico) non pare connessa con le disposizioni volte ad attuare i provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e ad assicurare la gestione delle situazioni connesse all'emergenza epidemiologica.

L'affidamento del servizio per il trasporto scolastico è stato infatti nel tempo assicurato indipendentemente dalla situazione emergenziale, che anzi ha introdotto alcune istanze di segno opposto, specie in alcune fasi dell'emergenza, allorquando sono rimaste chiuse, almeno in parte, le scuole (nello stesso ricorso in appello si dà conto de *“la incertezza della chiusura delle scuole pubbliche che veniva annunciata giorno per giorno”*) e sono stati evitate o comunque contingentate le situazioni coinvolgenti una pluralità di persone in spazi chiusi, come emerge anche dall'ordinanza contingibile n. 51 del 24 ottobre 2020, con la quale il Presidente della Regione Siciliana ha adottato disposizioni restrittive per il trasporto pubblico degli studenti (art. 1), disponendo la sospensione dell'attività didattica con decorrenza dal 26 ottobre 2020 (art. 2), e dall'ordinanza n. 63 del 28 novembre 2020, avente contenuto almeno in parte analogo .

In ogni caso non si ravvisa la strumentalità o comunque la finalizzazione del trasporto scolastico in funzione del superamento dell'emergenza sanitaria, atteso che il medesimo si

configura piuttosto come una modalità tesa a coadiuvare la frequenza scolastica e quindi come strumento di attuazione del diritto all'istruzione, che è stato bilanciato, in ragione del rango costituzionale e di diritto fondamentale della persona, con il diritto alla salute sotteso alla disciplina emergenziale, ponendosi quindi in una posizione di alterità e non di strumentalità rispetto alle istanze sanitarie.

Proprio nella prospettiva di tale temperamento deve leggersi anche il richiamato (dall'appellante) decreto 3 dicembre 2020, con il quale il Presidente del Consiglio dei ministri ha istituito un "tavolo di coordinamento" presieduto dal Prefetto per la definizione del più idoneo raccordo tra gli orari di inizio e termine delle attività didattiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, in funzione della disponibilità di mezzi di trasporto a tal fine utilizzabili, volto ad agevolare la frequenza scolastica anche in considerazione del carico derivante dal rientro in classe di tutti gli studenti delle scuole secondarie di secondo grado (art. 1, lett. s).

9.2. La censura, pertanto, per come formulata non può essere accolta.

Né depongono in senso contrario le considerazioni relative alle decisioni della Prefettura di Siracusa che sarebbero state concertate con i dirigenti scolastici in data 18 dicembre 2020.

Il relativo comunicato per la stampa infatti contiene il riferimento a due riunioni riguardanti l'organizzazione del rientro a scuola, oggetto di successiva formalizzazione, avvenuta in data 30 dicembre 2020, con la conseguenza che il Comune di Melilli non avrebbe comunque potuto tenerne conto nelle more: se si può ben comprendere – stante la particolarissima condizione del momento a cagione della nota emergenza epidemiologica - l'ansia del Comune di provvedere, non sono di converso persuasive le ragioni giuridiche che supportano la determinazione impugnata ed annullata in prime cure.

A fronte di ciò la determina a contrarre con la quale sono stati approvati la *lex specialis*, l'oggetto della gara e il prezzo è stata adottata il 7 dicembre 2020, mentre l'avviso è del 21 dicembre 2020, con la conseguenza che il Comune non avrebbe comunque potuto tenere conto del documento operativo del 30 dicembre 2020.

10. In conclusione, l'appello deve essere respinto, con conseguente integrale conferma della sentenza di primo grado.

11. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Condanna parte appellante a rifondere a Euro Tour Servizi di Russo Santo & C s.a.s. le spese

del presente grado di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 1.000,00, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Salvatore Zappala', Consigliere

Maria Immordino, Consigliere