



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 33 del 2013, proposto da: Technical Sports di Santin Gianni, rappresentato e difeso dagli avv. Gianluigi Florian, Stefano Trubian, con domicilio eletto presso Alessandro Giadrossi Avv. in Trieste, via S. Caterina Da Siena 5;

contro

Comune di Fontanafredda, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

per l'annullamento

-previa sospensione dell'efficacia e, comunque, emissione dei richiesti provvedimenti cautelari:

a) del bando di gara per l'affidamento "dell'appalto del servizio di trasporto scolastico periodo dal 2013 al 2019" CIG 478062046C pubblicato in Gazzetta Ufficiale della R.I. n. 151 del 28 dicembre 2012, ed in specie: del Disciplinare di Gara, del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati ivi compresi i

successivi chiarimenti forniti dalla Stazione Appaltante n.ri 1 e 2 rispettivamente del 10 e del 21 gennaio 2013;

b) della presupposta determinazione n. 951 del 20.12.2012;

c) della delibera giuntale n. 222 del 12.11.2012;

d) comunque di ogni altro atto a questi presupposto o conseguente, noto o meno alla ricorrente, con declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato;

2) con condanna dell'Amministrazione resistente:

-all'integrale rifacimento delle procedure di gara eventualmente espletate, emendate dei denunciandi profili di illegittimità;

-comunque al risarcimento del danno patito ed eventualmente patiendo, dall'odierno ricorrente: comprensivo del danno emergente, del lucro cessante, della perdita di chances, e delle ulteriori voci di danno, subite e subende da Technical Sports di Santin Gianni, in conseguenza della condotta posta in essere dalla Stazione Appaltante, con rivalutazione ed interessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fontanafredda;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Parte ricorrente espone di avere espletato il servizio di trasporto scolastico in favore del Comune di Fontanafredda nei due lustri antecedenti e di aver partecipato alla procedura aperta a valenza comunitaria per l'aggiudicazione "dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 1 agosto 2012 - 31

luglio 2017" con possibilità di ulteriore proroga triennale a scelta del Comune sino al 31 luglio 2020, per un importo a base d'asta di 1.725.000,00 euro.

Quella procedura concorsuale si concludeva con l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto ad Alibus International s.r.l prima classificata con punti 98,03, mentre la ricorrente risultava seconda con punti 94,14 ma l'aggiudicazione veniva annullata dal TAR con la sentenza n. 355 del 27 settembre 2012, che riteneva fondato e assorbente il vizio circa la rilevata illegittimità dell'operato della Commissione di gara nella parte in cui, successivamente all'apertura delle offerte, aveva provveduto a fissare sub-pesi e sub-criteri, in violazione del dettato di cui art. 83 comma 4^o D.lgs 163/2006.

La Giunta Comunale, con delibera n. 191 del 4 ottobre 2012, ha poi stabilito di "proseguire alle medesime condizioni il rapporto di servizio in essere con la ditta Alibus International per l'intero anno scolastico 2012/2013 e, successivamente, le ha confermato l'affidamento di tale servizio riducendo il periodo a quello necessario alla celebrazione della nuova gara, con atti che sono stati tutti oggetto di nuovo ricorso ancora pendente, nel quale è stata avanzata anche domanda di sospensiva, che però non è stata accolta in ragione dell'imminente espletamento della nuova procedura di gara d'appalto, fissata appunto per i mesi di febbraio - marzo 2013.

Il presente ricorso si rivolge avverso il nuovo bando di gara in ragione di clausole ritenute escludenti, tanto che parte ricorrente espone che, nonostante con il suo precedente ricorso abbia ottenuto il rifacimento della gara, si vedrebbe ora paradossalmente esclusa dalla possibilità di concorrere.

Da ciò la presentazione del presente ricorso che, fra gli altri, deduce il seguente motivo sul mancato rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti di partecipazione in materia di certificazione ambientale: "Eccesso di potere per illogicità manifesta. Eccesso di potere per contraddittorietà tra atti della

medesima amministrazione. Violazione dei principi di correttezza e buona fede dell'agire amministrativo. Violazione di legge: violazione degli artt. 41 e 44 del D.lgs. 163/2006. Difetto di motivazione.”

Si sostiene che l'indizione della nuova procedura di gara relativa al servizio di trasporto conseguirebbe all'accoglimento dell'originario ricorso proposto avverso l'aggiudicazione del servizio assegnato alla ditta Alibus nel settembre passato, che si tratta pertanto dell' analogo servizio già espletato per circa due lustri dalla ricorrente e del medesimo servizio di trasporto degli alunni delle scuole, già messo in gara con l'appalto successivamente fatto annullare dall'odierno ricorrente. Si stigmatizza pertanto che la S.A. avrebbe immotivatamente scelto un criterio di aggiudicazione del tutto difforme, passando dall'offerta economicamente più vantaggiosa al prezzo più basso, e soprattutto prescrivendo – altrettanto immotivatamente - requisiti di partecipazione diversi e di gran lunga più restrittivi rispetto ai precedenti.

In particolare è stato aggiunto tra i requisiti tecnici di partecipazione, da possedere "a pena di esclusione", anche la certificazione di qualità UNI ISO 14001/2004, supplementare rispetto alla già richiesta UNI ISO 9001/2008. Tale scelta sarebbe in primo luogo completamente sprovvista di motivazione, la quale sarebbe stata invece imprescindibile dato che il cambiamento è intervenuto a distanza di un così limitato lasso temporale dalla gara precedente nonché per giustificare in concreto l'introduzione di una deroga rispetto al generale principio di continuità ricavabile dall'art. 84 ultimo comma del Codice dei Contratti.

Tale scelta sarebbe anche manifestamente sproporzionata rispetto alle reali esigenze sottese all'appalto in oggetto, oltre che eccessivamente restrittiva in relazione alla platea dei possibili concorrenti con conseguente lesione dei principi di logicità, pertinenza, congruità, par condicio e massima partecipazione alle procedure selettive, tanto che delle cinque ditte partecipanti alla precedente gara

annullata sulla scorta del ricorso promosso dal signor Santin, ben tre di esse - tra le quali appunto lo stesso ricorrente - non risulterebbero in grado di partecipare.

Invece si sottolinea come, anche a detta dell'Amministrazione resistente, la gara in oggetto sarebbe stata dichiaratamente rifatta al precipuo fine di conformarsi alla pronuncia di annullamento n.355/2012 che ha accolto il ricorso dell'odierno ricorrente, chiaramente rivolto - in una moderna ottica sostanzialistica e costituzionalmente orientata della tutela giurisdizionale amministrativa - non al mero astratto ripristino di una condizione di legalità degli atti impugnati, quanto al concreto soddisfacimento del bene della vita-oggetto di doglianza (cioè, se non la diretta aggiudicazione dell'appalto per lo meno la possibilità di poter nuovamente concorrere alla sua assegnazione), per cui il diniego della possibilità di partecipazione alla nuova gara sarebbe contrario al doveroso generale rispetto dei principi di imparzialità, correttezza e buona fede dell'agire amministrativo e si tradurrebbe, di fatto, nell'annullamento dell'interesse stesso per il quale l'odierno ricorrente aveva precedentemente adito la Giustizia amministrativa.

Né sarebbe concretamente possibile per la ditta ricorrente (che pure espone di avere tempestivamente assunto informazioni in tal senso) attivarsi ora per conformarsi alla richiesta dell'Ente locale, posto che le sarebbe impossibile - pur in presenza dei requisiti sostanziali di qualità - riuscire ad ottenere la formale certificazione richiesta dal Comune prima dello scadere del termine per la presentazione delle offerte.

Tale previsione del bando di gara sarebbe comunque illegittima anche perché l'astratta possibilità della S.A. di richiedere aggiuntive certificazioni ambientali sarebbe codicisticamente disciplinata all'art. 44 del D.lgs. n. 163/2006, che limita la prevista facoltà di carattere eccezionale per la S.A. ai soli "casi appropriati", al fine di evitare un eccessivo restringimento della platea delle ditte che possono partecipare ,obbligando dunque la S.A., a mente dell'art. 44 ultimo comma, per lo

meno ad "accettare parimenti altre prove alternative relative a misure equivalenti in materia ambientale, prodotte dagli operatori economici" , che invece nel caso di specie non sarebbero ammesse in ragione della precisa formulazione restrittiva del bando di gara di cui agli art. 4 e 5.7.

La richiesta di certificazione ISO 14001/2004 si porrebbe anche in manifesta contraddizione con il contenuto del medesimo bando di gara nella parte in cui, pur a fronte di un requisito così stringente, consente poi alla ditta risultata vincitrice di utilizzare per il servizio di trasporto degli alunni, scuolabus con anzianità decennale, chiaramente non rispondenti ai più moderni parametri di sicurezza ed inquinamento ambientale (art. 5 del Capitolato Speciale di Gara).

Il Collegio ritiene che tale censura, nonostante i tentativi della difesa del Comune di giustificare la legittimità delle proprie scelte, sia fondata e assorbente per le considerazioni che seguono.

Va preliminarmente osservato che, nonostante il Comune sostenga che il bando di gara consentirebbe comunque ai concorrenti di documentare alternativamente le loro qualità con riferimento a quanto richiesto dal prescritto possesso della certificazione ISO 14001/2004, tale assunto non risulta supportato dal disposto della lex specialis di gara il cui tenore letterale non permette di capire come ciò sarebbe possibile. Infatti, anche volendo prescindere dal tenore del punto 2.3, i successivi artt. 4 e 5.7. del Disciplinare di Gara richiedono espressamente che ciascun partecipante alla gara inserisca tassativamente "a pena di esclusione" nella propria busta A (documenti amministrativi) " copia conforme all'originale delle certificazioni UNI EN ISO 9001/2008 e 14001 in corso di validità" e quindi impediscono ogni diversa interpretazione.

E' ben vero che, come puntualizzato dal Comune, la nuova gara si differenzia radicalmente dalla precedente per la scelta di un differente metodo di aggiudicazione che potrebbe astrattamente giustificare l'imposizione di più cogenti

requisiti soggettivi di partecipazione, tuttavia il Collegio ritiene che tale facoltà deve comunque mantenersi nell'ambito delle scelte discrezionali, la cui rispondenza al pubblico interesse deve essere dimostrata da una evidente proporzionalità e logicità della misura. E' infatti evidente che le potestà di scelta discrezionali che le pubbliche amministrazioni esercitano nell'ambito di atti generali, pur non richiedendo di solito una specifica e puntuale motivazione, sono comunque pur sempre manifestazioni di una potestà discrezionale che, per definizione, non è libera ma deve essere sempre rispondente al pubblico interesse. Nel caso la motivazione non sia espressamente richiesta, pertanto, la logicità e conformità di una decisione al pubblico interesse dovrà essere di evidente chiarezza o comunque evincibile da linee guida o indirizzi strategici o dalla prefissione degli obiettivi da raggiungere, perché l'amministrazione è sempre tenuta ad agire in modo da rendere evidentemente percepibile che le sue scelte non rispondono a motivazioni arbitrarie e che sono funzionali al raggiungimento di qualche interesse pubblico di cui l'amministrazione sia attributaria. Nel caso di specie va ricordato che il Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire che la valutazione da effettuarsi per verificare la rispondenza della richiesta di tale certificazione al requisito della c.d. appropriatezza, previsto a livello legislativo dall'art. 44 del codice degli appalti (d.l.vo n.163 del 2006) e dall'art. 50 Direttiva CEE 2004/18/CE. concerne la potenzialità impattante sull'ambiente del prodotto richiesto e più specificatamente le ricadute virtuose sull'ambiente.

E' stato infatti precisato che: "Ai fini di una tale valutazione deve premettersi che la certificazione ISO 14001 attiene esclusivamente ai processi produttivi utilizzati nella organizzazione imprenditoriale, adeguati a tenere sotto controllo gli impatti ambientali delle attività svolte; pertanto non è una certificazione del prodotto o del suo uso, ma delle metodiche utilizzate, a monte, per la realizzazione del prodotto

senza alcuna ricaduta positiva sui territori e sugli enti destinatari della fornitura, ma al più sui luoghi di produzione.

Pertanto,, la previsione della *lex specialis* in punto di certificazione ISO da parte delle imprese, per usare la lettera dell'art. 44 del codice, non rientra "...nell'ambito di una misura di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la esecuzione del contratto".

La previsione della *lex specialis* pertanto non è ragionevolmente coerente con il criterio della appropriatezza risultando ultronea e sproporzionata e soprattutto inidonea a generare ricadute virtuose "durante la esecuzione del contratto" sull'ambiente direttamente interessato alla fornitura, alla stregua del preciso dettato dell'art. 44 del codice dei contratti." (Cons. St., Sez. III, 7.12.2011 n. 6466; in termini anche: Cons. St., Sez. V, 2.8.2010 n. 5069).

Nel caso di specie la richiesta dell'ISO 14001 risulta per di più manifestamente illogica e contraddittoria rispetto alla possibilità, espressamente prevista nel capitolato speciale all'art. 5, di utilizzare per l'espletamento del servizio di trasporto, scuolabus immatricolati nell'ultimo decennio e quindi sicuramente non all'avanguardia in termini di emissioni inquinanti.

Il Collegio ritiene pertanto *ictu oculi* fondata la censura che denuncia la manifesta sproporzionalità di tale richiesta rispetto al servizio oggetto del bando di gara, che, tra l'altro, è sicuramente lo stesso di cui alla precedente gara, conclusasi con l'aggiudicazione annullata su ricorso del medesimo ricorrente.

Si tratta quindi di richiesta illegittima anche perché di natura sostanzialmente elusiva del *favor participationis*. (come denunciato anche con il terzo motivo di ricorso).

Per quanto sopra il ricorso va accolto con il conseguente annullamento del bando di gara in parte qua, vale a dire per quanto concerne la richiesta di certificazione ISO 14001, che consiste in clausola avente natura sicuramente escludente,

annullamento che è di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse del ricorrente tutelabile mediante il presente ricorso. Il collegio ritiene invece che il ricorso vada dichiarato inammissibile per carenza di interesse con riferimento alle altre clausole di capitolato impugnate, dal momento che la stessa parte ricorrente ne ammette la mancanza di carattere escludente. Né può allo stato ritenersi sussistente alcun danno risarcibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte per gli effetti e nei termini di cui in motivazione e per il resto lo dichiara inammissibile.

Condanna il Comune di Fontanafredda a rifondere a parte ricorrente le spese e competenze del giudizio liquidate in complessivi € 5000,00 + accessori di legge oltre all'importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2013

IL SEGRETARIO

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