



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9428 del 2009, proposto da:
Comune di Villa Castelli, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Nicolardi, con
domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza 24;

contro

Sme Sc Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio
eletto presso Sticchi Damiani Studio Bdl in Roma, via Bocca di Leone, 78;

nei confronti di

Calo' Impianti Srl, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle
Infrastrutture e dei Trasporti;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE
III n. 02247/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI
RELATIVI A IMPIANTO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sme Sc Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2010 il Cons. Filoreto D'Agostino e uditi per le parti gli avvocati Nicolardi e Saverio Sticchi Damiani, quest' ultimo su delega dell' avv. Ernesto Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Villa Castelli indiceva, con bando pubblicato sulla g.u.c.e. del 24.10.08 e sulla g.u.r.i. del 31.10.08, una procedura aperta per l'affidamento del servizio di “ampliamento, razionalizzazione, adeguamento, potenziamento, risparmio energetico, gestione, esercizio, manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria dell'impianto di pubblica illuminazione, ivi compresa la fornitura di energia elettrica e le attività tese al conseguimento dei risparmio energetico, con l'opzione del finanziamento tramite terzi per la durata di anni trenta”.

Il bando, che indicava in euro 1.686.237 l'importo totale del contratto, prevedeva quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quale termine per la presentazione delle offerte il 22.12.08.

Con nota del 22.1.09, peraltro, l'odierna appellata ricorrente, evidenziava alla p.a. una serie di ritenute anomalie nella disciplina della gara, tale da averle precluso, per la eccessiva gravosità delle condizioni imposte, la partecipazione alla medesima.

Nonostante la conseguente richiesta di sospensione dell'aggiudicazione, la Commissione aggiudicava la gara alla Calò Impianti s.r.l. e respingeva l'istanza della Sme Scarl s.r.l..

2.- Quest'ultima proponeva dunque il ricorso straordinario trasposto in sede giurisdizionale avanti il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Sezione staccata di Lecce per i seguenti motivi:

A) Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 43 d.lgs. 163/06. Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 della direttiva 2004/18/CE. Irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità.

B) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. 163/06. Violazione dell'art. 42 d.lgs. 163/06. Violazione dei principi di imparzialità, par condicio e trasparenza. Eccesso di potere per illogicità.

C) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/06. Violazione dei principi di par condicio e trasparenza. Violazione del principio di concorrenzialità degli appalti pubblici. Eccesso di potere.

D) Violazione e falsa applicazione dell'art. 29 del d.lgs. 163/06. Violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità. Eccesso di potere.

Costituitisi in giudizio il Comune e la controinteressata eccepivano l'inammissibilità del ricorso e comunque, nel merito, ne contestavano la fondatezza.

Il Giudice adito statuiva essere il ricorso in parte fondato e in parte inammissibile. La pronuncia è stata impugnata dal Comune di Villa Castelli.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Vanno preliminarmente esaminate le due eccezioni in rito riproposte in grado appello dalla difesa del Comune di Villa Castelli.

Con la prima si deduce l'inammissibilità del ricorso di prime cure in quanto l'odierna appellata ha impugnato gli atti di una gara alla quale la stessa né ha partecipato né ha presentato all'uopo domanda.

La seconda eccezione si appunta sulla mancata immediata impugnazione del bando di gara, recante, a giudizio della ricorrente di prime cure, clausole impeditive dell'ammissione dell'impresa alla selezione, con ovvi riflessi in tema di ricevibilità dell'originario gravame.

Nella disamina delle su esposte questioni, conviene invertirne l'ordine logico posto che dovrebbe assumere prioritario ed assorbente rilievo la circostanza che il bando di gara non sia stato tempestivamente impugnato. Ove, infatti, se ne acclarasse l'irricevibilità, non avrebbe senso domandarsi se il ricorrente di primo grado avesse titolo a proporre rimedio giurisdizionale avverso procedura ad evidenza pubblica alla quale non aveva espressamente richiesto di partecipare.

L'eccezione di irricevibilità è infondata.

Il bando di gara veniva pubblicato sulla G.U.C.E. il 24 ottobre 2008 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 31 ottobre 2008.

Avverso tali atti Sme s.c.a.r.l. proponeva ricorso straordinario il 20 febbraio 2009, cioè prima della scadenza dei 120 giorni stabiliti a pena di decadenza dall'articolo 9, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199.

L'impugnazione con ricorso straordinario di un atto relativo a una procedura ad evidenza pubblica contemplata dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 era pienamente consentita all'epoca dei fatti e resta legittima e praticabile fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, recante attuazione della direttiva 2007/66/CE che, all'articolo 8, comma 1 lettera b) ha così modificato il comma 1 dell'articolo 245 del citato decreto legislativo n. 163 del 2006: "Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente."

L'avverbio "unicamente" inserito nel contesto dell'attribuzione di una giurisdizione esclusiva ha l'evidente ufficio di escludere ogni altra forma di tutela contenziosa, cioè la possibilità di utilizzare il rimedio amministrativo in sede straordinaria.

Tale impugnazione di atti relativi ad una procedura di affidamento non era, infatti, vietata, all'epoca nella quale fu proposta, ma lo sarà in applicazione della disposizione appena trascritta, che opererà pienamente nell'ordinamento giuridico a far tempo dal 27 aprile 2010.

Ne consegue che, ancorché con una certa incongruenza con i meccanismi acceleratori previsti in linea di principio per la soluzione delle controversie in subiecta materia, come peraltro testimoniato dall'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, l'impugnazione del bando di una gara con ricorso amministrativo (e quindi ben oltre il termine di sessanta giorni stabilito per il rimedio giurisdizionale) era consentita con l'effetto di legittimare in proposito l'iniziativa di Sme s.c.a.r.l.

Anche la prima eccezione di inammissibilità, qui posposta, non consegue favorevole scrutinio.

Sostiene il Comune appellante come fosse indispensabile, per una conforme e coerente incardinazione della lite, che l'impresa ricorrente in primo grado avesse chiesto di partecipare al bando di gara: poiché Sme s.c.a.r.l. non aveva assunto la qualità di concorrente, ne discenderebbe l'inammissibilità del relativo gravame.

Per respingere l'argomentazione è sufficiente richiamare i convergenti insegnamenti dell'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia CE.

Secondo la prima il bando è impugnabile autonomamente nelle parti nelle quali disponga di requisiti e condizioni che impediscono la partecipazione alla procedura (A.p. n. 1/2003), con l'effetto che l'esistenza obiettiva dell'impedimento esonera il soggetto che se ne ritenga illegittimamente inciso dal presentare un'inutile domanda di partecipazione (C.d.S., V, 19 marzo 2009, n. 1624).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, peraltro, ha già da tempo affermato la facoltà di persona esclusa in radice da una procedura di gara di impugnare gli atti

dei quali assuma l'incidenza discriminatoria nei confronti delle proprie domande (12 febbraio 2004, in C n. 230/02; 11 gennaio 2005 in C 26/03; e, implicitamente, 11 ottobre 2007, in C n. 241/06).

L'indirizzo risulta recepito dalla giurisprudenza di questa Sezione (decisione n. 1624 del 19 marzo 2009), che ha ritenuto “di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica (Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005 n. 4207 e 4208; V, n. 7341, 11 novembre 2004; V, 11 febbraio 2005 n. 389; IV, 30 maggio 2005 n. 2804).”

Nel corpo della medesima pronuncia questa Sezione ha tra l'altro ribadito che: “ in tal senso è la decisione 12.2.2004 - C 230/02 della Corte di Giustizia C.E. che ha rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.”

Respinte le eccezioni di rito, lo scrutinio del merito si risolve nella valutazione di conformità o meno della decisione assunta dal Comune di Villa Castelli di richiedere come requisito legittimante di partecipazione alla gara di “ampliamento, razionalizzazione, adeguamento, potenziamento, risparmio energetico, gestione, esercizio, manutenzione ordinaria programmata e straordinaria all'impianto di

pubblica illuminazione” la certificazione relativa al possesso del sistema di qualità della serie europea ISO 14001.

ISO 14001 è disciplina tecnica di livello internazionale che definisce le modalità per predisporre un efficace sistema di gestione ambientale (EMS) efficace. La stessa è preordinata ad affrontare il delicato equilibrio tra il mantenimento del profitto e la riduzione dell'impatto ambientale.

Le metodiche relative impongono, in primo luogo, di individuare gli aspetti dell'attività che hanno un impatto sull'ambiente e di prevedere la definizione degli obiettivi di miglioramento e di un programma di gestione per raggiungerli, con riesami a intervalli regolari per garantire il miglioramento continuo.

E' previsto, pertanto, un sistema di valutazione periodica che impone di verificare la coerenza dei miglioramenti conseguiti con i livelli imposti e, se a norma, di effettuare la certificazione ISO 14001 dello specifico soggetto.

Si tratta all'evidenza di metodiche rivolte ad ambiti propri della gestione generale e specifica dell'ambiente, con effetti e metodiche che ben difficilmente possono essere compattati nell'impianto di illuminazione di una realtà locale con meno di diecimila abitanti.

Tanto si afferma anche in relazione alla dimensione dell'impegno finanziario concretamente destinato alla parte impiantistica che non supera il mezzo milione di euro, cifra sicuramente assai modesta e di lievissima entità rispetto alle metodiche che impongono di norma la verifica periodica ISO 14001.

Va conseguentemente condivisa l'impostazione del Giudice di prime cure che, sulla base dell'evidente sproporzione tra il requisito in concreto richiesto e l'oggetto dell'appalto, ne ha ravvisata la natura sostanzialmente elusiva del favor participationis.

Giova peraltro rammentare, in aderenza a quanto osservato nella sentenza impugnata, che il disposto dell'articolo 44 del decreto legislativo 123 aprile 2006, n.

163, nel prevedere i casi di richieste di specifiche certificazioni relative alla gestione ambientale limiti tale eventualità “unicamente nei casi appropriati”.

La correlazione tra certificato richiesto e appropriata rilevanza del servizio in questione non ha formato oggetto di alcuna valutazione ed esternazione da parte dell'amministrazione appellante che non ha neppure inteso valersi della clausola finale dell'articolo 44 citato secondo la quale le stazioni appaltanti accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici.

La prescrizione contestata si palesa pertanto, da un lato, priva del requisito di proporzionalità alla quale pure la disciplina generale e le specifiche disposizioni del codice dei contratti pubblici positivamente la conformano e, dall'altro, obiettivamente in contrasto con il principio di ampia partecipazione anche al fine di conseguire in concreto la migliore offerta economica.

Non è senza rilievo, peraltro, che alla gara ha partecipato una sola impresa (l'aggiudicataria del servizio) così che è in concreto mancata una qualsivoglia valutazione comparativa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta respinge l'appello.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione