

Pubblicato il 26/06/2020

N. 00801/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01374/2019 REG.RIC.



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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1374 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Enel Sole s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Comune di Arezzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Stefano Pasquini, Lucia Rulli, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Co. Ge.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia 31;

per l'annullamento

- del bando pubblicato nella GUUE in data 20.9.2019, e degli atti di gara, con i quali il Comune di Arezzo ha avviato la "procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 - in modalità telematica - avente ad oggetto l'affidamento in concessione, mediante project financing ai sensi dell'art. 183 D.Lgs. 50/2016, del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica e semaforica comunale";

- nonché di ogni altro atto presupposto o conseguente, nella parte in cui tali atti non hanno tenuto in considerazione ed applicato i Criteri Ambientali Minimi per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica di cui al dm 28.3.2018;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 9.4.2020 :

-del provvedimento n. 413 del 19.2.2020 del Direttore del Progetto di riqualificazione Urbana del Comune di Arezzo con cui è stata aggiudicata alla CO.GE.I. s.r.l. la procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento in concessione, mediante *project financing*, ai sensi dell'art. 183 D.Lgs. 50/2016, del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica e semaforica comunale, CIG 80335474B4 e per la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Arezzo e di Co. Ge.I. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2020 il dott. Luigi Viola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A seguito di una procedura di *project financing* finalizzata all'affidamento del servizio di gestione dell'illuminazione pubblica e semaforica comunale (e che ha già visto l'individuazione, con deliberazione G.M. 22 luglio 2019, n. 297, in Co.Gei. s.r.l. del soggetto promotore), il Comune di Arezzo, con bando pubblicato in data 20

settembre 2019, bandiva la procedura di gara relativa all'affidamento in concessione, mediante procedura di *project financing*, del <<servizio di gestione di illuminazione pubblica e semaforica comunale, inclusa la manutenzione degli impianti, il pronto intervento guasti h 24, la fornitura energia elettrica, la progettazione ed esecuzione interventi di adeguamento normativo, riqualificazione ed efficientamento energetico>>.

La ricorrente non partecipava alla procedura di gara, ritenendo che l'omessa considerazione da parte degli atti di gara dei Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica di cui al d.m. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 28 marzo 2018 rendesse impossibile la formulazione di un'offerta consapevole e congrua ed impugnava il bando di gara, articolando censure di: 1) violazione dell'art. 34 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 e del dm 28.3.2018, eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento ed errore manifesto; 2) violazione degli artt. 34, 35, 165 e 167 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 e del dm 28.3.2018, eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento ed errore manifesto.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione comunale di Arezzo e Co.Gei. s.r.l., controdeducendo sul merito del ricorso ed articolando eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso.

Con ordinanza 21 novembre 2019, n. 678, la Sezione respingeva l'istanza di tutela cautelare proposta con il ricorso, per difetto del requisito del *periculum in mora*, <<in considerazione dell'attuale mancanza di un provvedimento di aggiudicazione della procedura (cui la ricorrente non ha comunque partecipato, in ragione della presenza di prescrizioni ritenute impeditive della possibilità di presentare un'offerta congrua e fattibile) ...(e dell'impossibilità per la stessa di fare valere eventuali "inutili aspettative ed affidamenti" originatisi negli altri due soggetti che hanno presentato domanda di partecipazione alla gara>>.

Con motivi aggiunti regolarmente notificati e depositati in data 9 aprile 2020, la ricorrente impugnava altresì, per invalidità derivata dai motivi già posti a base del ricorso, anche la determinazione 19 febbraio 2020, n. 413 del Direttore del Progetto di Riqualificazione Urbana del Comune di Arezzo, avente ad oggetto l'affidamento a Co.Gei. s.r.l. del servizio in questione; con i motivi aggiunti era anche richiesta l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata.

In accoglimento dell'eccezione di inammissibilità proposta dalle difese dell'Amministrazione comunale di Arezzo e di Co.Gei. s.r.l., il ricorso ed i motivi aggiunti depositati in data 9 aprile 2020 devono essere dichiarati inammissibili per difetto di legittimazione e interesse della ricorrente.

A questo proposito, la Sezione ritiene di non doversi discostare dall'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, peraltro richiamato dalla difesa della stessa ricorrente) che ha affrontato le tormentate problematiche (in realtà, speculari e collegate) della possibilità, per un concorrente che non abbia partecipato alla gara, di impugnare gli atti della procedura e del termine di proposizione delle censure che importino la contestazione di clausole della *lex specialis* relative alla stessa strutturazione della gara e non solo della relativa applicazione data alle stesse dagli organi della procedura.

Decidendo la prima problematica, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha concluso (sulla base di una serie di argomenti ben radicati anche sul diritto comunitario) escludendo che un «soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti", dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione» (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 18.5 della motivazione); del tutto specularmente, il sopra citato intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha poi riaffermato, sulla

base di diverse ragioni sistematiche e di ordine pratico, <<il consolidato principio secondo il quale le clausole del bando che non rivestono certa portata escludente devono essere impugnate dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura di gara>> (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.2.5).

Per quello che riguarda l'individuazione delle clausole di bando caratterizzate da una certa portata escludente, il punto 16.5 del già citato intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha poi richiamato l'ormai tradizionale elaborazione giurisprudenziale (precedente e successiva a Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) che ha attribuito portata immediatamente escludente a:

<<a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti

dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)>> (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4).

Nel caso di specie, il presunto omesso rispetto dei Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica di cui al d.m. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 28 marzo 2018 non viene ovviamente ad integrare una qualche clausola direttamente impeditiva della partecipazione della ricorrente alla procedura; né può sostenersi che l'omesso rispetto dei cd. C.A.M. venga a rendere <<impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara>> (come sostenuto da parte ricorrente, anche nelle memorie conclusionali) risultando del tutto indimostrata la "stima" del valore economico di tale omissione (€ 813.542,00) contenuta nel secondo motivo di ricorso.

Con tutta evidenza, la conclusione raggiunta dalla Sezione con riferimento alla problematica della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione del bando da parte di ricorrente che non abbia partecipato alla procedura non incidono poi per nulla sull'inderogabilità del rispetto dei cd. C.A.M. già affermata dalla Sezione (sulla base del richiamo operato dalla previsione di cui all'art. 34 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) con la precedente sentenza 14 maggio 2018, n. 645, ma con riferimento alla diversa ipotesi del ricorrente che abbia partecipato alla gara e contesti, sotto tale profilo, l'esercizio del potere di aggiudicazione.

Il ricorso ed i motivi aggiunti depositati in data 9 aprile 2020 devono pertanto essere dichiarati inammissibili per difetto di legittimazione ed interesse della ricorrente; le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e sui motivi aggiunti depositati in data 9 aprile 2020, li dichiara inammissibili, come da motivazione.

Condanna la ricorrente alla corresponsione all'Amministrazione resistente della somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Condanna la ricorrente alla corresponsione alla controinteressata costituita della somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze, a mezzo videoconferenza, nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO