

N. 00633/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00487/2014 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 487 del 2014, proposto da:  
Ecolsia - Ecologia Servizi e Igiene Ambientale S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Barbaresco, Thomas Stocco, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25 del DLgs n. 104/2010;

contro

Comune di Abano Terme, U.T.G. - Prefettura di Padova, Ministero dell'Interno;

nei confronti di

Sicurezza e Ambiente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luca Raffaello Perfetti, Annamaria Tassetto, Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso Annamaria Tassetto in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

della delibera G.C. del 20.01.2014 n. 6 con la quale il Comune di Abano Terme ha affidato alla controinteressata la concessione (ex art. 30 D.Lgs. n. 163/2006) del servizio di ripristino delle

condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali, compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali occorsi sulla rete comunale, in virtù di apposita 'convenzione', per la durata di quattro anni a decorrere dalla sottoscrizione della stessa; della delibera, nella parte in cui asseritamente pone a presupposto e richiama 'la nota prefettizia n. prot. 12476 del 1° marzo 2012: "Convenzione per il ripristino delle condizioni di sicurezza della viabilità post incidente stradale – Società Sicurezza e Ambiente S.p.A."; di ogni atto presupposto, connesso o conseguente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sicurezza e Ambiente S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

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

Considerato quanto segue.

Premesso che la ditta ricorrente aveva legittimazione ed interesse ad impugnare l'affidamento oggetto della presente controversia in quanto svolge analoghi servizi a favore di diversi Enti pubblici, il ricorso, divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito della revoca dell'aggiudicazione disposta dal Comune con delibera giunta n. 72/2014, è fondato – lo si precisa esclusivamente ai fini della soccombenza virtuale - sotto il dedotto, assorbente profilo della violazione dell'art. 30, III comma del DLgs n. 163/2006.

1.- Ai sensi della richiamata norma, infatti, nelle gare indette per la concessione di servizi la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato 25 marzo 1957 e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità), previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Le concessioni amministrative sono entrate nell'alveo di applicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici proprio per il fatto che, dal punto di vista della tutela della concorrenza, esse hanno la stessa incidenza sul mercato degli appalti, visto che il concessionario ricava un'utilità sfruttando economicamente servizi o beni pubblici che non sono disponibili in quantità illimitata. E poiché i principi comunitari ostano a normative o prassi amministrative che, attraverso un'assegnazione non competitiva delle concessioni, siano idonee a provocare un'alterazione delle ordinarie dinamiche di mercato, l'art. 30 del DLgs n. 163/2006 impone che l'affidamento delle concessioni (di servizi) sia preceduto da un confronto concorrenziale fra i possibili aspiranti.

Ciò stante, dunque, è pacifico che la scelta del concessionario debba essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale (ispirata ai principi dettati dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea), e non a caso l'art. 2, I comma del codice dei contratti prevede che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza e che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nello stesso codice.

In tale quadro normativo, per effetto del quale anche la disciplina delle procedure per l'affidamento di concessioni di servizi deve essere conforme ai principi che regolamentano in tutta l'Unione Europea l'assegnazione di commesse pubbliche, si inseriscono con portata indubbiamente applicativa ad ogni figura di affidamento – lo si annota per completezza - le disposizioni recate dagli artt. 41 e 42 del codice dei contratti, alla stregua delle quali, ancorché non costituiscano per la stazione appaltante un vincolo diretto, le determinazioni in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità", il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti. Pertanto, il concreto esercizio del potere discrezionale deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal pubblico incanto e deve rispettare i principi del codice dei contratti, con la conseguenza che nella scelta dei requisiti di partecipazione il ricordato principio di non discriminazione impone che la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica e l'intero impianto delle prescrizioni di gara non deve costituire, dunque, una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione e trasparenza di cui al citato art. 2, I comma del codice.

2.- È ben vero che ai sensi dell'art. 57, II comma, lett. b) le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora "per ragioni di natura tecnica....il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato": ma è altresì vero che di ciò esse devono dar conto con adeguata motivazione nella determina a contrarre e, altresì, individuano, se possibile, "gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta".

Trattasi, infatti, di procedura che, derogando all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, riveste carattere di eccezionalità e richiede un particolare rigore nella individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimare il ricorso (cfr., ex multis, Corte giustizia CE, 13 gennaio 2005 n. 84), di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determinazione a

contrarre (art. 57, I comma), in modo da "scongiurare ogni possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate, come un "commodus discessus" dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione che è la sola con carattere di oggettività e trasparenza. In tali ambiti, l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto" (cfr. T.A.R. Lazio Roma, I, 18 febbraio 2009, n. 1656).

3.- Precisato, dunque, che la procedura di evidenza pubblica costituisce un indispensabile presidio a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle Amministrazioni, elementari e indefettibili canoni di legalità (positivizzati, peraltro, nell'art. 57 del codice) impongono alla Pubblica Amministrazione - quando sussistano i presupposti per ricercare sul libero mercato, regolato dal diritto privato, i servizi di cui ha bisogno per il suo funzionamento - di agire in modo imparziale e trasparente, predefinendo criteri di selezione e assicurando un minimo di pubblicità della propria intenzione negoziale e un minimo di concorso dei soggetti in astratto interessati e titolati a conseguire l'incarico.

Orbene, nel caso di specie non soltanto l'Amministrazione ha ommesso qualsiasi motivazione in merito alla pretermissione della procedura concorsuale, ma nemmeno appaiono sussistenti i presupposti previsti dalla norma per il ricorso alla trattativa privata, giacché l'aggiudicataria non agisce in regime di monopolio e, comunque, non presenta caratteristiche esclusive con riferimento all'esercizio dell'attività oggetto della concessione.

4.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso – divenuto improcedibile a seguito della disposta revoca dell'atto impugnato – va affermato fondato ai fini della soccombenza virtuale.

Le spese vanno poste a carico delle parti soccombenti nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Spese a carico delle parti soccombenti nella misura di euro 6.000,00, oltre ad IVA e CPA, con il vincolo della solidarietà.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **14/05/2014**

IL SEGRETARIO

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