TAR Puglia, Sezione Terza, Sentenza n. 263 del 4 marzo 2023

Appalti di forniture – Principio DNSH – Omessa allegazione checklist – Esclusione dalla gara - Legittimità

Pubblicato il 04/03/2024

N. 00263/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00085/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;

sul ricorso numero di registro generale 85 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (…) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (…);

nei confronti

(…) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(…) S.p.A., (…) S.p.A., (…), non costituite in giudizio;

Ministero (…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, 97;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

"per l'annullamento, per la declaratoria di nullità o, in subordine, annullamento, previa sospensione dell'efficacia, e/o adozione di ogni più opportuna misura cautelare adeguata alla fattispecie,

- del verbale di gara del 12 dicembre 2023, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha dichiarato inammissibile l'offerta tecnica di (…) S.r.l., in relazione alla gara, con CIG (…), per l'aggiudicazione della fornitura di bus elettrici per la città di Bari – Misura M2C2 – 4.4.1 del PNRR Rinnovo flotte bus e treni verdi sub investimento Bus;
- della relativa comunicazione di esclusione a mezzo pec del 18/12/2023;
- della *lex specialis* in parte qua, nella parte in cui era previsto, a pena di inammissibilità dell'offerta, che il documento denominato: "check List contenente gli elementi di controllo definiti nella scheda 9 'Acquisto veicoli' (DNSH)", fosse inserito necessariamente in offerta tecnica;
- in via derivata, del provvedimento di aggiudicazione della procedura, adottato in data 20/12/2023 con determina n. 20031/2023 (doc.9), in favore della (…) S.r.l.;

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto ove, nelle more, stipulato tra le controparti, nonché per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante riammissione di (…) S.r.l. alla gara, all'esame della documentazione amministrazione e alla valutazione dell'offerta, e alla conseguente redazione di una nuova graduatoria di gara."

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (…) S.r.l. il31/1/2024:

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

- degli atti impugnati in forza del ricorso introduttivo;
- del verbale di riunione della Commissione giudicatrice del 17.01.2024(doc.11), trasmesso a mezzo pec alla (…) S.r.l. in data 30/1/2024(doc.12), nella parte in cui, esaminata la richiesta di riammissione in gara della (…) S.r.l. del 10/1/2024 (doc.10), ne confermava l'esclusione, motivando con rinvio ad una nota del Presidente della Commissione del15/1/2024, asseritamente allegata quale parte integrante e sostanziale, ma non materialmente unita al suddetto verbale;
- della suddetta nota del Presidente della Commissione giudicatrice del15/1/2024 (doc.13), trasmessa alla (…) a mezzo pec in data31/1/2024 (doc.14);

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto ove, nelle more, stipulato tra le controparti, nonché per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante riammissione di (…) S.r.l. alla gara, all'esame della documentazione amministrazione e alla valutazione dell'offerta, e alla conseguente redazione di una nuova graduatoria di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (…), della (…) S.r.l. e del Ministero (…);
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2024 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;
Dato avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di (…) mediante procedura aperta per la fornitura di n. 99 bus elettrici per la città di (…), in unico lotto, per un importo a base d'asta pari a € 59.400.000,00 oltre IVA.
Nella seduta pubblica del 12 dicembre 2023 la commissione giudicatrice ha

dichiarato inammissibile l'offerta tecnica presentata dalla ricorrente, sulla base della mancanza del documento *check list*, contenente gli elementi di controllo definiti nella scheda 9 "Acquisto veicoli" (DNSH).

Con nota del 18 dicembre 2023, è stata comunicata alla deducente l'esclusione dalla procedura di gara.

In data 10 gennaio 2024 la (…) s.r.l. ha inviato una comunicazione al Comune di (…), segnalando che il documento asseritamente non allegato all'offerta tecnica era stato inserito nella documentazione amministrativa e quindi chiedendo la riammissione in gara e la valutazione della propria offerta.

La deducente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe chiedendone l'annullamento.

A sostegno del gravame, è stato dedotto un unico gruppo di censure: Eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Violazione di legge. Violazione della tipicità e tassatività delle cause di esclusione (art. 10 co. 2 d.lgs. 36/2023).

Il Comune di (…) si è costituito in giudizio per resistere al ricorso del quale ha chiesto il respingimento sulla base di un'articolata memoria difensiva.

La controinteressata (…) si è costituita in giudizio.

La società (…) s.r.l. ha impugnato con motivi aggiunti il verbale di riunione della Commissione giudicatrice del 17 gennaio 2024 nella parte in cui è stata respinta la richiesta di riammissione in gara inoltrata il 10 gennaio 2024 e, conseguentemente, confermata l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, motivando con rinvio ad una nota del Presidente della Commissione del 15 gennaio, del pari impugnata.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento anche di detti ultimi atti ritenendoli affetti da invalidità derivata.

Il Ministero (…) si è costituito in giudizio.

Le parti hanno depositato documenti e hanno prodotto memorie di precisazione delle conclusioni.

Alla camera di consiglio del 28 febbraio 2024, è stato dato avviso ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo della possibilità di definire la controversia con sentenza in forma semplificata.

Può prescindersi dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica al Ministero (…) presso l'Avvocatura, per come formulata dalla difesa del Comune di (…).

Il ricorso è infatti infondato nel merito.

Tra i principi a carattere propriamente ambientale va senz'altro annoverato i lprincipio *Do not significant harm*, di recente codificato nell'art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e reca modifica del Regolamento (UE) 2019/2088.

Si tratta del principio in forza del quale è vietato arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali.

Ciò comporta una verifica specifica da effettuare valutando l'impatto ambientale dell'attività economica che assume rilievo di volta in volta e dei prodotti e servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi.

A sua volta, il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza prevede, all'art. 5, punto 2, che *"Il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo».*

La fornitura di bus elettrici per la città di (…) fa parte di una misura preordinata al rinnovo flotte bus e treni verdi, finanziata con fondi PNRR.

Lo stesso bando di gara precisa nel preambolo che "*la fornitura dovrà garantire la conformità al principio del DNSH (Do not significant harm)*".

L'obbligo, per gli operatori economici partecipanti alla procedura di gara in esame di produrre la Scheda tecnica n. 9 – acquisto di veicoli –, che identifica gli elementi

di verifica dei vincoli DNSH, si lascia agevolmente decifrare: si tratta di allegare all'offerta tecnica prodotta in gara un documento qualificante, che si configura alla stregua di elemento essenziale della stessa offerta tecnica, coerentemente alla normativa sovranazionale sopra citata.

In questa prospettiva, l'art. 16 punto c) del disciplinare di gara ha stabilito l'obbligo del concorrente di inserire la documentazione relativa all'offerta tecnica nella piattaforma *a pena di inammissibilità* dell'offerta stessa, la quale deve contenere, tra l'altro, la *check list* contenente gli elementi di controllo definiti nella scheda 9 "Acquisto veicoli" (DNSH)".

Una volta precisato quanto sopra, si rileva che il provvedimento di esclusione dalla gara della società deducente resiste alle censure formulate.

Più in dettaglio, si osserva che, contrariamente alla tesi della ricorrente, secondo la quale "nessuna norma di legge impone la presentazione del documento in questione a pena di esclusione" omette di considerare che la prescrizione del disciplinare di gara sopra esaminata non fa che dare attuazione concreta alla previsione di un Regolamento dell'Unione europea in materia di rispetto del principio di non arrecare danno all'ambiente, da applicare obbligatoriamente in tutti i suoi elementi nel territorio nazionale, ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Non si tratta, pertanto, di introdurre ulteriori cause di esclusione in violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 del decreto legislativo n. 36/2023, ma di prendere atto che il documento richiesto si atteggia quale elemento essenziale dell'offerta tecnica che, una volta non allegato alla medesima, impedisce alla stazione appaltante di compiere la doverosa verifica circa il rispetto del principio *Do not significant harm*.

Ciò rende irrilevanti le ulteriori argomentazioni attorie per le quali la deducente avrebbe inserito il documento all'interno della busta amministrativa, senza allegarlo all'offerta tecnica.

In ogni caso, il Comune ha fornito prova della radicale inesistenza della *checklist* richiesta dalla *lex specialis* all'interno della busta amministrativa.

La Stazione appaltante ha infatti acquisito dalla piattaforma telematica che ha gestito le operazioni di gara – piattaforma Appalti & procurement della società (…) – la documentazione amministrativa dei concorrenti non aggiudicatari e ha visualizzato ed effettuato il *download* del contenuto della busta amministrativa della odierna ricorrente, non riscontrando la sussistenza del file relativo al documento controverso.

Rileva il Collegio che il gravame proposto risulta non assistito neppure da un adeguato principio di prova di natura tale da sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del Giudice amministrativo.

Il ricorso deve infatti contenere l'indicazione dei mezzi di prova, ai sensi dell'art. 40 del codice del processo amministrativo.

Ne deriva che non essendo stato soddisfatto detto onere probatorio minimo, la richiesta di acquisizione istruttoria di documenti eventualmente attestanti il mal funzionamento della piattaforma telematica gestita dalla società (…) non può essere accolta.

Anche i motivi aggiunti di ricorso vanno respinti.

È sufficiente notare in proposito che, con lo strumento processuale dei motivi aggiunti, la società (…) ha impugnato atti nella prospettiva della invalidità derivata dei medesimi.

Ne discende che, una volta riaffermata la legittimità degli atti presupposti, gli atti consequenziali della procedura di gara, non impugnati per vizi propri, resistono alla censura di invalidità derivata.

Alla stregua delle argomentazioni sopra esposte, il ricorso è complessivamente respinto.

Le spese processuali possono essere compensate, tenuto conto della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Silvio Giancaspro, Primo Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Carlo Dibello	**Giuseppina Adamo**

IL SEGRETARIO