

E' la stessa specifica disposizione di legge, quindi, a prescrivere, espressamente, il ricorso alla procedura evidenziale; a fronte di tale precetto, in base agli ordinari criteri di riparto la posizione attiva del partecipante o dell'aspirante alla partecipazione alla procedura è di interesse legittimo: in ordine alla cognizione di quest'ultima non v'è dubbio che essa spetti al giudice amministrativo, dal che consegue la reiezione della censura.

La configurazione della convenzione in parola alla stregua di fattispecie atipica, estranea alla fattispecie dell'appalto di servizi per il difetto della corrispettività, non incide poi sulla soggiacenza a principi di evidenza pubblica valevoli, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006, per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette (ma nel caso in esame, al contrario, si è al cospetto di una puntuale previsione di legge) a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea

E' legittima una clausola di un bando di gara che limiti la partecipazione a quelle imprese che possono dimostrare di non aver avuto precedenti contestazioni con la Stazione Appaltante?

Quando di può considerare inammissibile un'azione davanti al giudice amministrativo?

E tanto in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione. Detti principi si appellano vieppiù pertinenti nel caso di specie in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta. **Così risolta la preliminare questione di giurisdizione, e passando ad esaminare il merito delle doglianze, appare doveroso alla Sezione soffermarsi sulla questione relativa alla clausola 4, punto B, del disciplinare di gara, della cui legittimità non potrebbe comunque dubitarsi, anche ove espressamente impugnata, in quanto rientrante nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice volta a tutelarsi dalla possibilità di instaurare rapporti negoziali con soggetti di non provata affidabilità.** In ultimo, (circostanza questa che, sebbene successiva alla redazione della appellata decisione ed ai fatti per cui è causa pure non può essere obliata dal Collegio), un riscontro a tale convincimento riposa nel fatto che, il 5.4.2004 (quasi coevamente, quindi, al deposito della decisione per cui è causa) l'appellante iniziò un'azione civile nei confronti dell'appellata, e che con elaborato depositato il 13.4.2007 il CTU nominato dal Giudice Civile ha dato atto della situazione debitoria dell'appellata nei confronti dell'appellante, per un importo di circa 111.000 €. _E ciò proprio in relazione a quei "contrast" dei quali il Tar aveva negato la portata integratrice della clausola soprarichiamata (tutte tali ultime emergenze processuali, portate alla cognizione della Sezione mercè produzione documentale dall'appellato Consorzio non sono state contestate, nella loro realtà storica, dall'appellata). _Per concludere sul punto, ritiene la Sezione che l'appellata non possedesse le condizioni legittimanti per essere invitata alla gara. _La doglianza concernente la omessa pubblicazione del bando è, invece, certamente ammissibile, e postula una più articolata disamina in tema di interesse a sollevarla (i cui approdi, comunque, sono comuni alla censura concernente il ricorso alla trattativa privata tout court). _Deve sul punto evidenziarsi che il presupposto perché venga adita la tutela giurisdizionale riposa nell'interesse alla decisione, derivante da una lesione (né paventata né futura né inattuale) ad una posizione giuridica attiva tutelata dall'ordinamento. _Come è noto, in base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione (<<tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi) e dall'art. 100 c.p.c. (<<per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi un interesse>>), l'interesse processuale presuppone, nella prospettazione della parte istante, una lesione

concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale. **In mancanza dell'uno o dell'altro requisito, l'azione è inammissibile.** Sarebbe infatti del tutto inutile, ai fini giuridici, prendere in esame una domanda giudiziale se nella fattispecie prospettata non si rinvenga affermata una lesione della posizione giuridica vantata nei confronti della controparte, ovvero se il provvedimento chiesto al giudice sia inadeguato o inidoneo a rimuovere la lesione. **in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie aventi ad oggetto selezioni pubbliche indette da una pubblica amministrazione per la scelta del contraente, il giudice adito non può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva, le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendo dichiarare inammissibile il gravame laddove all'esito di una apposita verifica a priori, che è potere-dovere del giudice stesso effettuare, risulti che la parte ricorrente non potrebbe in nessun caso risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso ma fatta salva l'ipotesi della sussistenza di un interesse c.d. strumentale alla ripetizione dell'intera procedura concorsuale, che si assuma e risulti inficiata da un vizio, che la renda illegittima nel suo complesso.** Tale evenienza è proprio quella riscontrabile nel caso di specie: per quanto si è prima esposto, legittimamente l'appellata non venne invitata alla gara; avuto riguardo alla riscontrata circostanza della non assenza di contestazione con riguardo al pregresso svolgimento del servizio di tesoreria, non sarebbe stata legittimata a partecipare neppure ad alcuna altra gara, eventualmente emendata dai denunciati vizi

Merita di essere segnalata la decisione numero 3440 del 4 giugno 2009 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

< Così risolta la preliminare questione di giurisdizione, e passando ad esaminare il merito delle doglianze, appare doveroso alla Sezione soffermarsi sulla questione relativa alla clausola 4, punto B, del disciplinare di gara, della cui legittimità non potrebbe comunque dubitarsi, anche ove espressamente impugnata, in quanto rientrante nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice volta a tutelarsi dalla possibilità di instaurare rapporti negoziali con soggetti di non provata affidabilità.

Premesso che è incontestato che all'appellato istituto di credito, in quanto titolare di una agenzia nella frazione di Palese, possedeva in astratto la condizione legittimante per essere invitata alla gara (rectius: una delle condizioni legittimanti), come puntualmente osservato dai primi Giudici, ritiene la Sezione che si debba esattamente vagliare la sussistenza di tale posizione anche alla luce di tale clausola, mercè la quale l'amministrazione ha richiesto la produzione di certificazione attestante il pregresso svolgimento del servizio di tesoreria, attestante l'immunità del medesimo da contestazioni mosse dall'amministrazione affidataria.

Orbene: l'appellata non avrebbe potuto presentare tale certificazione, perché non versava nella condizione legittimante indicata.

Che vi fosse in atto un contenzioso, proprio tra l'appellante e l'appellata, ed afferente ad alcuni aspetti del pregresso svolgimento del servizio di tesoreria da parte dell'istituto di credito, appare al Collegio indubitabile.

Invero la clausola in oggetto non qualificava la "natura" del contenzioso, né richiedeva che lo stesso fosse stato previamente portato alla cognizione giudiziale.

Richiedeva l'assenza di "contestazioni": queste, seppure in forma garbata, v'erano indubbiamente state, a far data dalla modifica al regime negoziale operata dalla Banca appellata nel 2000 e ancora sino al 2003 (data della disdetta del rapporto)..>

Ma vi è di più

< Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 1210/97).

Anche nel sistema giurisdizionale amministrativo, infatti, sarebbe del tutto inutile eliminare un provvedimento o modificarlo nel senso richiesto dal ricorrente, se questi non possa trarne alcun beneficio concreto in relazione alla sua posizione legittimante.

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, occorre pertanto, che sussista piena corrispondenza tra interesse sostanziale dedotto in giudizio, lesione prospettata e provvedimento richiesto.

A contrario, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (che ne "legittima" l'instaurazione del giudizio).

Inoltre, l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame, che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 475/92).

Non ignora il Collegio che, anche di recente, la sussistenza di tale condizione dell'azione sia stata ravvisata anche al fine di rimettere alla delibazione del Giudice Amministrativo una funzione interpretativa e di orientamento di future determinazioni: un ampliamento concettuale di non poco momento, reso al lodevole fine di prevenire l'insorgere di contenziosi ulteriori e di indirizzare l'attività degli operatori.

A tale encomiabile esigenza ha fornito spesso risposta la giurisprudenza amministrativa, con riferimento comunque a doglianze e posizioni legittimanti che possedevano un carattere di attualità tale da consentire la ravvisabilità dell'interesse a ricorrere in senso tradizionale.

In questo filone ampliativo si inquadra anche l'orientamento, non ignorato dal Collegio, volto a garantire (in ipotesi di procedure evidenziali o comunque comparative) la giustiziabilità dell'interesse strumentale alla ripetizione della selezione.>

Ed ancor più importante è il seguente principio:

< La pretesa a vedere tutelato il proprio interesse (strumentale) alla ripetizione della selezione non diviene fine a se stessa allorché, in ipotesi di ripetizione della procedura, il soggetto insorto possa comunque parteciparvi.

Ciò può avvenire in una molteplicità di ipotesi (esemplificativamente: allorché essa sia stata esclusa dalla procedura irregolarmente celebrata, perché incorsa in omissioni formali in sede di presentazione della domanda, emendabili in ipotesi di reiterazione della procedura; allorché possa successivamente conseguire il requisito prima non posseduto, e/o illegittimamente preteso, etc).

In ipotesi contraria, nessun giovamento discenderebbe, per il soggetto escluso, dalla reiterazione della procedura: ciò perché essa, comunque, non potrebbe essere chiamata a parteciparvi, in quanto carente di un requisito non altrimenti conseguibile.>



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N.3440/09

Reg.Dec.

N. 7677 Reg.Ric.

ANNO 2004

Disp.vo n. 351/2009

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7677/2004 proposto dal CONSORZIO PER LO SVILUPPO INDUSTRIALE E DEI SERVIZI REALI ALLE IMPRESE DI BARI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. prof. Francesco Paparella con domicilio eletto in Roma Corso Trieste n. 88;

contro

BANCA ALFA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Fulvio Mastroviti con domicilio eletto in Roma via Cicerone n. 28, presso l'Avv. Chieco Bianchi;

e nei confronti di

Banca BETA Popolare Veneta – BETA SPA, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per la riforma o l'annullamento

della sentenza del TAR della Puglia sede di Bari Sez. I, n. 1763/2004 dell'8 aprile 2004;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 aprile 2009, relatore il Consigliere Fabio Taormina ed uditi, altresì, l'avv. Paparella e l'avv. Mastroviti;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Il Tar della Puglia -Sede di Bari - con la decisione in epigrafe appellata, ha accolto il ricorso di primo grado (ed il ricorso per motivi aggiunti) proposto dall' odierna appellata avverso gli atti della gara per l'aggiudicazione ed esecuzione del servizio di Tesoreria del Consorzio ASI di Bari per il periodo 2004/2008, nonché del relativo bando, della determinazione con cui è stato deciso di non invitare la Banca ALFA alla predetta gara, degli atti connessi, e dell'atto finale della procedura, consistito nella della deliberazione del Commissario Straordinario n. 634 del 29.12.2003 con cui, in esito alla gara ufficiosa, il Servizio di Tesoreria è stato affidato alla Banca BETA Popolare Veneta S.p.A.

I primi Giudici -disattese in via preliminare le eccezioni di difetto di giurisdizione, e di inammissibilità del ricorso a cagione della asseritamente irregolare instaurazione del contraddittorio formulate dal Consorzio odierno appellante- hanno accolto il ricorso con sentenza in forma semplificata resa in sede di decisione sulla domanda cautelare.

Essi hanno rilevato che ove anche si fosse negato (in ragione del valore dell'appalto, indeterminato ma non indeterminabile), l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 157 del 1995, nondimeno avrebbero dovuto trovare applicazione quelle dell'art. 210 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

In punto di fatto hanno osservato che, ove anche si fosse ammessa la legittimità del ricorso, da parte del Consorzio odierno appellante, alla trattativa privata senza pubblicazione di bando, nondimeno l'esclusione dell'Istituto di credito appellato dall'elenco di quelli da invitare alla gara risultava illegittima, e viziava in via derivata gli atti di gara e l'aggiudicazione, posto che era rimasta incontestata l'allegata circostanza della presenza nella frazione di Palese di un'agenzia della Banca ALFA, e quindi della positiva sussistenza in capo alla medesima del requisito di partecipazione previsto dall'art. 3 del disciplinare di gara approvato con la deliberazione commissariale n. 534 del 31 ottobre 2003, (quest'ultimo, consentiva di presentare offerta in relazione alla "...presenza sul territorio, con almeno un'Agenzia, atta a svolgere il servizio richiesto, in una delle seguenti zone: 1. Zona industriale Bari-

Modugno; 2. Quartiere San Paolo; 3. Quartiere Stanic; 4. Frazioni di Palese e Santo Spirito”: detto requisito era stato peraltro interpretato in senso estensivo essendo state invitate alla trattativa privata, con la medesima deliberazione, istituti che avevano anche solo uno “sportello” nelle suddette zone).

Inoltre, non v’era traccia processuale della asserita ragione della mancata inclusione della Banca ALFA nell’elenco degli istituti di credito invitati alla trattativa privata, (id est: la presunta rottura del rapporto di fiduciarità con il detto Istituto, già tesoriere del Consorzio sino al 31 dicembre 2003).

Secondo il Tar, detta circostanza, oltre a costituire surrettizia integrazione postuma in sede giurisdizionale della motivazione della deliberazione commissariale n. 534 del 31 ottobre 2003, non trovava in quest’ultima alcun effettivo riscontro, poiché nella medesima si rinveniva soltanto la narrazione storica di vicende che hanno motivato non già una risoluzione per inadempimento ma la mera disdetta alla scadenza annuale del contratto, senza alcuna indicazione che tali vicende costituivano ragione giustificatrice del mancato invito della Banca ALFA.

Il Tar ha invece disatteso la domanda risarcitoria spiegata dall’appellata, a cagione della circostanza che mercè l’annullamento degli atti e la rinnovazione della gara l’Istituto di credito odierno appellato aveva conseguito la realizzazione dello specifico interesse pretensivo azionato e quindi la reintegrazione in forma specifica.

L’appellante Consorzio ha proposto una articolata impugnazione sottoponendo a rivisitazione critica l’intero impianto della sentenza di primo grado e richiamando l’inimpugnata prescrizione di cui all’art. 4 del disciplinare di gara. Ha fatto presente di avere in passato intrattenuto rapporti negoziali con l’appellata, alla quale, sin dal 1995, aveva affidato il servizio di tesoreria; che detto rapporto negoziale era stato risolto a cagione delle inadempienze esecutive dell’appellata; che, bandita la selezione per l’affidamento del servizio di tesoreria, erano state puntualmente comunicate alla richiedente appellata, le ragioni per le quali essa non era stata previamente invitata.

Ha riproposto l'eccezione di difetto di giurisdizione, anche avuto riguardo alla circostanza che trattavasi di gara per importo "sottosoglia" (ricorrendo la fattispecie di un contratto a titolo gratuito e nessuna rilevanza contraria rivestendo la possibilità di ottenere un tasso di interesse passivo).

Ha richiamato la impugnata clausola di cui all'art. 4 del disciplinare di gara, e la circostanza che il pregresso rapporto con l'appellata era stato oggetto di disdetta di cui alla nota n. 3801/2003.

In ultimo, la appellata, essendo stata esclusa dalla gara, non aveva interesse a contestarne le modalità di svolgimento (dal che conseguiva l'inammissibilità delle censure volte a contestare il quomodo di svolgimento della medesima quale quella relativa alla omessa pubblicazione del bando).

L'appellante Consorzio ha ribadito e puntualizzato le sopradescritte censure depositando due articolate memorie, riepilogative del contenzioso pendente con l'appellata in relazione al pregresso svolgimento da parte di questa del servizio di tesoreria.

Ha pertanto ribadito che, proprio in virtù delle contestazioni di addebiti mosse all'appellata, costei non possedeva le condizioni legittimanti per essere invitata alla trattativa privata; non ha pertanto ragione di dolersi (visto che in nessun caso avrebbe potuto aggiudicarsi la gara) dell'omessa pubblicazione del bando; che, in ogni caso, detta omessa pubblicazione, da un canto, costituiva dato neutro, posto che tutti gli Istituti bancari in possesso dei prescritti requisiti, erano stati invitati e, sotto altro profilo, l'appellata (che pure per le già esposte ragioni non era in possesso dei requisiti) era venuta a conoscenza del prossimo affidamento del servizio, tanto che aveva presentato domanda di partecipazione.

La appellata si è costituita depositando una diffusa memoria ed evidenziando la infondatezza del ricorso nel merito la correttezza della impugnata statuizione giurisdizionale e la ininfluenza del contenzioso civilistico pendente quale causa legittimante l'omesso invito alla gara dell'appellata medesima, riproponendo le censure proposte in primo grado ed assorbite dall'appellata decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato e deve essere accolto, nei termini di cui alla motivazione che segue, con conseguente annullamento dell'appellata sentenza e reiezione del ricorso di primo grado.

Non v'è contestazione alcuna in ordine agli aspetti fattuali e cronologici sottesi alla causa, né in ordine alle disposizioni applicabili alla fattispecie, il che esonera il Collegio dal rivisitare tali aspetti.

La prima doglianza da prendere in esame è quella attingente il capo della decisione relativo alla affermazione della giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alla controversia in oggetto (all'uopo dovendosi evidenziare che parte appellante non ha riproposto in appello l'ulteriore eccezione preliminare relativa alla irregolare instaurazione del contraddittorio respinta in primo grado).

Essa è infondata.

Invero la censura in oggetto, prende in esame soltanto alcuni degli argomenti utilizzati – a ragione- dal Tar per affermare la propria giurisdizione, omettendo di soffermarsi sul passaggio nodale dell'iter argomentativo percorso nell'appellata decisione (il che, sia detto per incidens, potrebbe condurre ad interrogarsi in ordine alla stessa ammissibilità del motivo di gravame).

Parte appellante, infatti, nulla deduce né con riferimento alla disposizione di cui all'art. 18 comma V del d.lvo n. 65/2000 che (quartultima indicazione) ricomprende espressamente i “Consorzi per le aree industriali” tra gli organismi di diritto pubblico”, né con riferimento all'incidenza del disposto di cui all'art. 210 del TUEL sulla risoluzione della questione di giurisdizione.

Tale disposizione, infatti, così recita:

“L'affidamento del servizio viene effettuato mediante le procedure ad evidenza pubblica stabilite nel regolamento di contabilità di ciascun ente, con modalità che rispettino i principi della

concorrenza. Qualora ricorrano le condizioni di legge, l'ente può procedere, per non più di una volta, al rinnovo del contratto di tesoreria nei confronti del medesimo soggetto.

Il rapporto viene regolato in base ad una convenzione deliberata dall'organo consiliare dell'ente”.

E' la stessa specifica disposizione di legge, quindi, a prescrivere, espressamente, il ricorso alla procedura evidenziale; a fronte di tale precetto, in base agli ordinari criteri di riparto la posizione attiva del partecipante o dell'aspirante alla partecipazione alla procedura è di interesse legittimo: in ordine alla cognizione di quest'ultima non v'è dubbio che essa spetti al giudice amministrativo, dal che consegue la reiezione della censura.

La configurazione della convenzione in parola alla stregua di fattispecie atipica, estranea alla fattispecie dell'appalto di servizi per il difetto della corrispettività, non incide poi sulla soggiacenza a principi di evidenza pubblica vevoli, alla stregua di un principio comunitario da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006, per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette (ma nel caso in esame, al contrario, si è al cospetto di una puntuale previsione di legge) a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea. E tanto in ossequio ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza vevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione. Detti principi si appellano vieppiù pertinenti nel caso di specie in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta

Gli arresti giurisprudenziali, ed i principi di diritto invocati dall'appellante sul punto, si rivelano in realtà inconferti.

Invero i principi in tema di giurisdizione in ipotesi di c.d. “autovincolo”, e con riferimento agli appalti c.d. “sottosoglia”, non appaiono predicabili al caso di specie proprio a cagione della

decisiva circostanza che, nella fattispecie oggetto dell'odierno giudizio (a differenza dei casi citati dall'appellante), v'è una precisa disposizione normativa che prescrive il ricorso alla procedura evidenziale: ciò implica l'insorgenza di una posizione di interesse legittimo, giustiziabile innanzi al plesso giurisdizionale amministrativo.

Così risolta la preliminare questione di giurisdizione, e passando ad esaminare il merito delle doglianze, appare doveroso alla Sezione soffermarsi sulla questione relativa alla clausola 4, punto B, del disciplinare di gara, della cui legittimità non potrebbe comunque dubitarsi, anche ove espressamente impugnata, in quanto rientrante nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice volta a tutelarsi dalla possibilità di instaurare rapporti negoziali con soggetti di non provata affidabilità.

Premesso che è incontestato che all'appellato istituto di credito, in quanto titolare di una agenzia nella frazione di Palese, possedeva in astratto la condizione legittimante per essere invitata alla gara (rectius: una delle condizioni legittimanti), come puntualmente osservato dai primi Giudici, ritiene la Sezione che si debba esattamente vagliare la sussistenza di tale posizione anche alla luce di tale clausola, mercè la quale l'amministrazione ha richiesto la produzione di certificazione attestante il pregresso svolgimento del servizio di tesoreria, attestante l'immunità del medesimo da contestazioni mosse dall'amministrazione affidataria.

Orbene: l'appellata non avrebbe potuto presentare tale certificazione, perché non versava nella condizione legittimante indicata.

Che vi fosse in atto un contenzioso, proprio tra l'appellante e l'appellata, ed afferente ad alcuni aspetti del pregresso svolgimento del servizio di tesoreria da parte dell'istituto di credito, appare al Collegio indubitabile.

Invero la clausola in oggetto non qualificava la "natura" del contenzioso, né richiedeva che lo stesso fosse stato previamente portato alla cognizione giudiziale.

Richiedeva l'assenza di "contestazioni": queste, seppure in forma garbata, v'erano

indubbiamente state, a far data dalla modifica al regime negoziale operata dalla Banca appellata nel 2000 e ancora sino al 2003 (data della disdetta del rapporto).

I primi Giudici hanno ritenuto che la “narrazione storica di vicende”, e la mancata specificazione delle medesime, oltrechè la assenza di deliberazioni risolutive del contratto per inadempimento (si era in presenza unicamente di una “disdetta alla scadenza”) non costituissero evidenza tale da ritenere integrato il disposto della clausola e la rottura del rapporto di fiduciarità (oltre che costituire integrazione postuma della motivazione).

Tale ultimo assunto non è condiviso dal Collegio, proprio con riguardo al contenuto della nota n. 534/2003,(potendosi omettere, in quanto non necessaria, la verifica invocata dall'appellante al possibile ricorso, in funzione “sanante”, al disposto di cui all'art. 21 octies della legge n. 241/1990). In primo luogo la presenza di una situazione “contenziosa” (o se non si volesse utilizzare detto termine, conflittuale) era intercorsa tra le parti stesse; era quindi ben nota all'appellata, e non v'era ragione alcuna di specificare che ad essa doveva ascriversi la “scelta” del mancato invito alla trattativa privata.

In secondo luogo, tali dissidi, ben potevano e possono rientrare nel concetto di “contestazione” di cui alla clausola.

Infine, a tale vicenda si faceva diffuso riferimento nella citata nota del 2003, richiamandosi pregresse condotte reticenti etc dell'appellata, di guisa che non può concordarsi con l'affermazione secondo la quale l'unica ragione per la quale quest'ultima non era stata invitata alla gara riposava nella (erroneamente apprezzata dall'appellante) non localizzazione di filiali nell'area di interesse.

In ultimo, (circostanza questa che, sebbene successiva alla redazione della appellata decisione ed ai fatti per cui è causa pure non può essere obliata dal Collegio), un riscontro a tale convincimento riposa nel fatto che, il 5.4.2004 (quasi coevamente, quindi, al deposito della decisione per cui è causa) l'appellante iniziò un'azione civile nei confronti dell'appellata, e che con elaborato depositato il 13.4.2007 il CTU nominato dal Giudice Civile ha dato atto della situazione

debitoria dell'appellata nei confronti dell'appellante, per un importo di circa 111.000 €.

E ciò proprio in relazione a quei “contrastisti” dei quali il Tar aveva negato la portata integratrice della clausola soprarichiamata (tutte tali ultime emergenze processuali, portate alla cognizione della Sezione mercè produzione documentale dall'appellato Consorzio non sono state contestate, nella loro realtà storica, dall'appellata).

Per concludere sul punto, ritiene la Sezione che l'appellata non possedesse le condizioni legittimanti per essere invitata alla gara.

Alla luce di tale ultima affermazione tutte le ulteriori censure rivolte al modulo evidenziale prescelto contenute nel ricorso di primo grado, e riproposte in appello) ed al quomodo di svolgimento del medesimo (con riguardo alla omessa pubblicazione del bando) sono inammissibili per difetto di interesse.

Deve premettersi che con riferimento alla questione relativa del ricorso alla trattativa privata la giurisprudenza ha già da tempo risalente affermato che “nel procedimento di affidamento dei servizi di tesoreria degli enti locali, l'amministrazione committente non è osservata alle rigide formalità delle gare pubbliche, potendo ricorrere a forme di scelta del contraente riconducibili alla trattativa privata”.(Consiglio Stato , sez. V, 17 luglio 1991, n. 1039); il Tar ha disatteso sul punto, nella appellata decisione, le perplessità dell'appellata, motivando diffusamente sulla legittimità del ricorso alla trattativa privata.

Tale versante motivazionale non è stato oggetto di puntuale critica da parte dell'appellata, che si è limitata a riproporre la censura già presentata in primo grado (il che comunque, al di là della infondatezza della medesima, per le già chiarite ragioni, militerebbe per la declaratoria di inammissibilità in adesione all'orientamento per cui “e' inammissibile il motivo di appello costituente mera riproposizione del motivo di primo grado, senza alcuna critica alla gravata.”Consiglio di Stato , sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4929).

La doglianza concernente la omessa pubblicazione del bando è, invece, certamente ammissibile, e postula una più articolata disamina in tema di interesse a sollevarla (i cui approdi, comunque, sono comuni alla censura concernente il ricorso alla trattativa privata tout court).

Deve sul punto evidenziarsi che il presupposto perché venga adita la tutela giurisdizionale riposa nell'interesse alla decisione, derivante da una lesione (né paventata né futura né inattuale) ad una posizione giuridica attiva tutelata dall'ordinamento.

Come è noto, in base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione («tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e dall'art. 100 c.p.c. («per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi un interesse»), l'interesse processuale presuppone, nella prospettazione della parte istante, una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale.

In mancanza dell'uno o dell'altro requisito, l'azione è inammissibile.

Sarebbe infatti del tutto inutile, ai fini giuridici, prendere in esame una domanda giudiziale se nella fattispecie prospettata non si rinvenga affermata una lesione della posizione giuridica vantata nei confronti della controparte, ovvero se il provvedimento chiesto al giudice sia inadeguato o inidoneo a rimuovere la lesione.

In definitiva, come chiarito dalla migliore dottrina processualcivilistica, «l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto» (cfr., altresì, Cass. Civ., Sez. III, n. 12241/98).

Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione

di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 1210/97).

Anche nel sistema giurisdizionale amministrativo, infatti, sarebbe del tutto inutile eliminare un provvedimento o modificarlo nel senso richiesto dal ricorrente, se questi non possa trarne alcun beneficio concreto in relazione alla sua posizione legittimante.

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, occorre pertanto, che sussista piena corrispondenza tra interesse sostanziale dedotto in giudizio, lesione prospettata e provvedimento richiesto.

A contrario, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (che ne "legittima" l'instaurazione del giudizio).

Inoltre, l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame, che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 475/92).

Non ignora il Collegio che, anche di recente, la sussistenza di tale condizione dell'azione sia stata ravvisata anche al fine di rimettere alla delibazione del Giudice Amministrativo una funzione interpretativa e di orientamento di future determinazioni: un ampliamento concettuale di non poco momento, reso al lodevole fine di prevenire l'insorgere di contenziosi ulteriori e di indirizzare l'attività degli operatori.

A tale encomiabile esigenza ha fornito spesso risposta la giurisprudenza amministrativa, con riferimento comunque a doglianze e posizioni legittimanti che possedevano un carattere di attualità tale da consentire la ravvisabilità dell'interesse a ricorrere in senso tradizionale.

In questo filone ampliativo si inquadra anche l'orientamento, non ignorato dal Collegio, volto a garantire (in ipotesi di procedure evidenziali o comunque comparative) la giustiziabilità

dell'interesse strumentale alla ripetizione della selezione.

A tal proposito è stato di recente osservato che “in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie aventi ad oggetto selezioni pubbliche indette da una pubblica amministrazione per la scelta del contraente, il giudice adito non può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva, le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendo dichiarare inammissibile il gravame laddove all'esito di una apposita verifica a priori, che è potere-dovere del giudice stesso effettuare, risulti che la parte ricorrente non potrebbe in nessun caso risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso ma fatta salva l'ipotesi della sussistenza di un interesse c.d. strumentale alla ripetizione dell'intera procedura concorsuale, che si assuma e risulti inficiata da un vizio, che la renda illegittima nel suo complesso.”(Consiglio Stato , sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2167).

A tale posizione attiva si è richiamata l'appellata nel ricorso di primo grado e nel ricorso in appello.

Nel non disconoscere la esistenza di tale opzione ermeneutica ritiene comunque il Collegio che essa non sia predicabile nel caso di specie.

Per un molteplici ordine di considerazioni.

In disparte quanto osservato dall'appellante circa l'assenza di concreto documento discendente dalla omessa pubblicazione del bando ricavabile dalla circostanza che comunque l'appellata ebbe a presentare la domanda di partecipazione alla selezione, deve evidenziarsi quanto di seguito.

Nel premettere che è rimasto incontestato che tutti gli istituti di credito che possedevano una filiale nell'area furono invitati (ad esclusione dell'appellata), appare dirimente osservare che perché l'indirizzo giurisprudenziale ampliativo cui si richiama l'appellata non si riveli una vana affermazione di principio, per di più distonica rispetto alla premessa maggiore del ragionamento (che è quella che la statuizione demolitoria invoca possa comunque arrecare una qualche utilità)

devono essere osservate alcune condizioni.

La pretesa a vedere tutelato il proprio interesse (strumentale) alla ripetizione della selezione non diviene fine a se stessa allorché, in ipotesi di ripetizione della procedura, il soggetto insorto possa comunque parteciparvi.

Ciò può avvenire in una molteplicità di ipotesi (esemplificativamente: allorché essa sia stata esclusa dalla procedura irregolarmente celebratasi, perché incorsa in omissioni formali in sede di presentazione della domanda, emendabili in ipotesi di reiterazione della procedura; allorché possa successivamente conseguire il requisito prima non posseduto, e/o illegittimamente preteso, etc).

In ipotesi contraria, nessun giovamento discenderebbe, per il soggetto escluso, dalla reiterazione della procedura: ciò perché essa, comunque, non potrebbe essere chiamata a parteciparvi, in quanto carente di un requisito non altrimenti conseguibile.

Tale evenienza è proprio quella riscontrabile nel caso di specie: per quanto si è prima esposto, legittimamente l'appellata non venne invitata alla gara; avuto riguardo alla riscontrata circostanza della non assenza di contestazione con riguardo al pregresso svolgimento del servizio di tesoreria, non sarebbe stata legittimata a partecipare neppure ad alcuna altra gara, eventualmente emendata dai denunciati vizi.

Non appare sussistente alcun concreto interesse a censurare lo svolgimento della medesima, e pertanto, le relative doglianze sono inammissibili.

Conclusivamente, ed armonicamente rispetto a quanto si è esposto nella motivazione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullata l'appellata decisione e deve essere respinto il ricorso di primo grado.

La particolarità e complessità delle questioni devolute all'esame della Sezione consente di ravvisare giusti motivi per disporre la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e per l'effetto annulla l'impugnata decisione e respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 17 aprile 2009 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Aldo Fera	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Fabio Taormina	Consigliere est.

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

FABIO TAORMINA

Segretario

GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2009

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

