

## **Un'impresa esclusa in fase di prequalificazione non può contestare gli ulteriori atti della procedura concorsuale, poiché la sua posizione resta assimilata a quella di chi non ha presentato istanza di partecipazione o, se invitato, non ha presentato offer**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 4738 del 5 maggio 2007, in tema di impossibilità per un'impresa illegittimamente ammessa ad una procedura di proporre comunque ricorso avverso le norme della lex specialis di gara, ci insegna che:

<Non giova invocare un interesse strumentale al rinnovo della gara, in relazione alla dedotta illegittimità della clausola del bando che, consentendo la valutazione ai fini del punteggio del fatturato per servizi analoghi nel triennio precedente (criterio soggettivo di qualificazione), opererebbe una illegittima commistione tra requisiti di capacità tecnica e parametri oggettivi di valutazione del progetto tecnico.

Si tratta, difatti, di una contestazione che, al pari di tutte le altre concernenti il quomodo della gara, è riservata a coloro che alla gara abbiano legittimamente partecipato, restando preclusa alle imprese che, pur operando nel settore, sono restate o divenute estranee alla procedura e che perciò dalle sue regole non ricevono pregiudizio alcuno diretto e immediato (cfr. C.d.S., Ad. Plen., 29 marzo 2003, n. 1, secondo cui è la partecipazione alla gara che, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, rende il soggetto un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando).>

A cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione I, composto dai signori magistrati:

\*\*\*\*\*

Presidente

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

Referendario rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2876/06 e successivi motivi aggiunti, proposto dal \*\* Soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. \*\*\*\*\* \*, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con il quale elettivamente domicilia in Napoli, viale Gramsci n. 16 presso lo studio del prof. avv. \*\*\*\*\*

CONTRO

la S.e.p.s.a. s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore avv. \*\*\*\*\* \*, rappresentata e difesa dall'\*\*\*\*\*, presso il cui studio elettivamente domicilia in Napoli, via Riviera di \*\*\*\*\* n. 242

e nei confronti di

\*\* 2000 s.r.l., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante sig. \*\*\*\*\*, rappresentata e difesa dall'\*\*\*\*\*, giusta mandato a margine dell'atto di costituzione del 2 maggio 2006, nonché dall'avv. \*\*\*\*\*, giusta procura speciale in calce all'atto di costituzione di difensore del 16 maggio 2006, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Napoli, via G. Melisurgo n. 4

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

a)

della determinazione dirigenziale di aggiudicazione in favore della ditta \*\* 2000 del servizio triennale di pulizia e sanificazione del materiale rotabile, delle stazioni e di tutti gli impianti fissi industriali aziendali;

b)

ove occorra, dei verbali della commissione di gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione n. 11 del 13.1.2006, n. 12 del 16.1.2006, n. 13 del 17.1.2006, n. 14 del 19.1.2006, n. 15 del 20.1.2006, n. 16 del 23.1.2006, n. 17 del 24.1.2006, con i quali la commissione giudicatrice ha valutato le offerte tecniche ed economiche delle ditte concorrenti, sono stati attribuiti i punteggi ed è stata redatta la graduatoria finale, aggiudicando il servizio in via provvisoria alla ditta \*\* 2000;

c)

ove e per quanto occorra, del bando di gara e del disciplinare, nella parte in cui hanno previsto l'attribuzione di un punteggio per i servizi specializzati, identici a quelli oggetto di gara;

d)

di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali

quanto ai motivi aggiunti:

e)

della delibera dell'amministratore delegato della SEPSA n. 1913 del 27.1.2006 di aggiudicazione definitiva del servizio in favore della ditta \*\* 2000

quanto al controricorso con ricorso incidentale condizionato

del bando di gara per l'affidamento del servizio triennale di pulizia e sanificazione del materiale rotabile, delle stazioni e di tutti gli impianti fissi industriali aziendali, nella parte in cui ha esteso ai consorzi ex l. 422/1909 l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui al punto III.2.1.1 lett. u.

Visti il ricorso ed i successivi motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della SEPSA s.p.a. e della \*\* 2000 s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla \*\* 2000;

Visto il ricorso incidentale condizionato proposto dalla ricorrente;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il referendario avv.\*\*\*\*\*o;

Uditi alla pubblica udienza del 21 febbraio 2007 gli avvocati presenti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso introduttivo il \*\* s.c.ar.l., classificatasi al secondo posto in una procedura ristretta indetta con bando del 26 ottobre 2005 dalla S.E.P.S.A. s.p.a. per l'affidamento, col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di pulizia e sanificazione del materiale rotabile, delle stazioni e degli impianti fissi aziendali ed altri servizi accessori, ha impugnato l'aggiudicazione della gara alla \*\* 2000 s.r.l. e gli atti presupposti indicati in epigrafe, al fine di ottenerne l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia.

Deducendo, con quattro motivi di gravame, violazione di legge ed eccesso di potere sotto più profili, il Consorzio ricorrente sostiene che la commissione di gara avrebbe stravolto il peso e la natura degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica stabiliti dal bando, in relazione all'elemento del fatturato per servizi analoghi, al numero del personale addetto ai cantieri ed alle caratteristiche qualitative, metodologiche e tecniche del servizio, consentendo così alla \*\* 2000 di prevalere; in via subordinata deduce (con il secondo motivo) l'illegittima commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e parametri oggettivi di valutazione dell'offerta, appartenendo il fatturato per servizi identici appunto ai criteri di qualificazione.

La controinteressata \*\* 2000 s.r.l. si è costituita in giudizio il 2 maggio 2006; successivamente si è costituita per essa un secondo difensore in aggiunta.

La società \*\*\*\*\* ha resistito con memoria, eccependo la inammissibilità e tardività del ricorso e, comunque, la sua infondatezza nel merito.

Con atto notificato il 10 -11 maggio 2006 e depositato il successivo 16 maggio, la società \*\* 2000 ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del Consorzio ricorrente, sostenendo che:

-

non avrebbe prodotto la documentazione richiesta dal bando a pena di esclusione, giacché, essendo un consorzio di cooperative di produzione e lavoro ex l. 422/90, avrebbe dovuto produrre la dichiarazione avente ad oggetto l'individuazione delle parti del servizio che sarebbero state eseguite, in caso di aggiudicazione, dalle consorziate (lett. III.2.1.1 u del bando, applicabile nella specie in forza della lett. III.2.1.4 b del bando);

-

qualora, invece, il Consorzio fosse stato qualificabile come consorzio ex art. 2602 c.c., le tre cooperative da esso indicate avrebbero dovuto provare il possesso dei requisiti di partecipazione con la produzione di tutte le dichiarazioni e della documentazione richieste ed attestare la titolarità dei requisiti nella misura minima sancita dal bando, in ragione delle quote dell'appalto che ciascuna avrebbe eseguito;

-

in ogni caso, il Consorzio non avrebbe prodotto le dichiarazioni richieste dalle lettere a) ed e) dell'art. 1, paragrafo B.1 del disciplinare.

Il ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata per illegittimità derivata e con separato ricorso incidentale condizionato ha, altresì, gravato la clausola del bando prevista al punto III.2.1.4 lett. b), nella parte in cui ha esteso ai consorzi ex l. 422/1909 l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui al punto III.2.1.1 lett. u), sostenendo nell'ordine: l'illegittimità dell'estensione, perché nel caso dei consorzi ex lege 422/1909 non ricorrerebbero le ragioni che giustificano per i raggruppamenti temporanei di imprese ed i consorzi ex art. 2602 c.c. la previsione, nell'art. 11 del d.lgs. 158/95, dell'obbligo di indicare le parti del servizio che saranno svolte da ciascuna

impresa (i.e., l'esigenza di evitare l'affidamento di quote del servizio a soggetti che non sono in possesso dei relativi requisiti di partecipazione); l'impossibilità per i predetti consorzi di osservare l'obbligo dichiarativo previsto dal punto III.2.1.1 lett u) del bando, costituendo parte integrante della prescritta dichiarazione l'assunzione di un impegno - quello di conferire mandato speciale con rappresentanza ad una delle imprese raggruppate - incompatibile col rapporto consortile; infine, la equivocità che la clausola del bando avrebbe avuto, laddove avesse inteso, invece, operare un rinvio soltanto parziale alla dichiarazione della lettera u), limitata cioè alla sola parte relativa alla indicazione delle parti del servizio affidate a ciascuna impresa consorziata.

La \*\* 2000 ha replicato con memoria.

Alla camera di consiglio del 21 giugno 2006 la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari.

In vista dell'udienza di discussione sono stati depositate memorie e documenti.

Alla pubblica udienza del 21 febbraio 2007 le parti hanno illustrato le rispettive ragioni, con particolare riferimento alle questioni concernenti i due contrapposti ricorsi incidentali, e la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Va disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata con riferimento al fatto che il Consorzio ricorrente sarebbe stato già al corrente dell'aggiudicazione definitiva alla data del 3 febbraio 2006, allorché con telegramma aveva diffidato la S.E.P.S.A. sia dal procedere alla consegna del servizio sia a provvedere al riesame dell'aggiudicazione, facendo valere il suo interesse di concorrente classificatosi al secondo posto in graduatoria.

Il tenore del telegramma non è, infatti, tale da dimostrare che il Consorzio fosse a conoscenza dell'intervenuta aggiudicazione definitiva, poi impugnata con i motivi aggiunti, anziché, semplicemente, della graduatoria finale; ed invero, l'invito rivolto col telegramma alla S.E.P.S.A. a procedere alla verifica della congruità dell'offerta economica della \*\* 2000, di cui denunciava l'anomalia, non appare compatibile con la scienza della delibera di aggiudicazione definitiva della gara, quanto piuttosto con la convinzione che non fosse ancora avvenuta la approvazione degli atti della commissione.

2. Ciò posto, la concorrenza, col ricorso introduttivo, di due ricorsi incidentali contrapposti necessita di precisare l'ordine delle questioni.

Rispetto all'esame del merito del ricorso introduttivo, preliminare è lo scrutinio della fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla \*\* 2000, che, essendo rivolto contro la ammissione alla gara del Consorzio, ne revoca in dubbio la stessa legittimazione a ricorrere; vero è che il Consorzio nega che il gravame incidentale della controinteressata possieda efficacia in toto paralizzante dell'impugnazione

principale: ma sul punto, per ragioni di economia espositiva, ci si soffermerà in seguito.

Rispetto al ricorso incidentale della \*\* 2000 non ha, viceversa, priorità logica il ricorso incidentale del Consorzio (avverso il bando di gara nella parte in cui estendeva ai consorzi ex lege 422/1909 l'obbligo di rendere la dichiarazione prescritta al punto III.2.1.1. lett. u), che, conformemente al suo dichiarato carattere condizionato, va esaminato all'esito di un eventuale giudizio di fondatezza del primo.

3. Il punto III.2.1.4 lettera b) del bando di gara stabiliva che "nel caso di Consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ex L. 422/1909 e s.m. [...] il consorzio dovrà comunque indicare all'atto della richiesta di partecipazione le imprese per le quali intendeva concorrere e produrre per ciascuna di esse le dichiarazioni di cui alle lettere [...] III.2.1.1 u)".

La richiamata lett. u) del punto III.2.1.1 del bando, che prescriveva le dichiarazioni da rendersi dai concorrenti a pena di esclusione, così recitava: "(eventuale, in caso di riunione temporanea di impresa): le parti del servizio che saranno eseguite da ciascuna Impresa raggruppata e l'impegno a conferire, prima della presentazione dell'offerta, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprimerà l'offerta in nome e per conto proprio e della/e mandante/i".

La \*\* 2000 sostiene col proprio ricorso incidentale che, in virtù del combinato disposto delle due clausole, il Consorzio ricorrente sarebbe stato tenuto a specificare le parti del servizio da eseguirsi da ciascuna delle imprese per cui concorreva e che, non avendolo fatto, doveva essere escluso dalla gara e che l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non si era a ciò provveduto determinerebbe il venir meno dell'interesse del Consorzio alla coltivazione del gravame, con conseguente improcedibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

Il Consorzio, come si è detto, ha proposto, a sua volta, un ricorso incidentale condizionato per impugnare il bando di gara in parte qua; nel corso della discussione della causa, la difesa del Consorzio, nell'illustrare le ragioni a fondamento dell'impugnazione (sostenendola ammissibile, perché rivolta contro un atto diverso da quello originariamente gravato e sorretta da un interesse condizionato dal ricorso incidentale di controparte), ha insistito, nell'ordine, sulla inapplicabilità del punto III.2.1.1. lett. u) del bando anche ai consorzi, sull'equivocità del rinvio e, comunque, sulla illegittimità della estensione della clausola anche ai consorzi; in ogni caso, ha negato che un eventuale accoglimento del ricorso incidentale della \*\* 2000 possa determinare l'improcedibilità dell'intero gravame principale, poiché, pur frustrando l'interesse pretensivo al conseguimento dell'aggiudicazione, non inciderebbe sull'interesse strumentale alla ripetizione della gara di cui il Consorzio sarebbe titolare quale impresa del settore e che sarebbe a base del secondo motivo del ricorso introduttivo.

3.1 Ciò detto, occorre, per prima cosa, soffermarsi su quest'ultimo punto.

Posto che il ricorso incidentale della \*\* 2000 è volto a far valere nei confronti del Consorzio ricorrente una causa di esclusione dalla gara, va rilevato che l'impresa esclusa in fase di prequalificazione non può

contestare gli ulteriori atti della procedura concorsuale, poiché la sua posizione resta assimilata a quella di chi non ha presentato istanza di partecipazione o, se invitato, non ha presentato offerta.

Non giova invocare un interesse strumentale al rinnovo della gara, in relazione alla dedotta illegittimità della clausola del bando che, consentendo la valutazione ai fini del punteggio del fatturato per servizi analoghi nel triennio precedente (criterio soggettivo di qualificazione), opererebbe una illegittima commistione tra requisiti di capacità tecnica e parametri oggettivi di valutazione del progetto tecnico.

Si tratta, difatti, di una contestazione che, al pari di tutte le altre concernenti il quomodo della gara, è riservata a coloro che alla gara abbiano legittimamente partecipato, restando preclusa alle imprese che, pur operando nel settore, sono restate o divenute estranee alla procedura e che perciò dalle sue regole non ricevono pregiudizio alcuno diretto e immediato (cfr. C.d.S., Ad. Plen., 29 marzo 2003, n. 1, secondo cui è la partecipazione alla gara che, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, rende il soggetto un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando).

Da ciò la portata integralmente paralizzante del ricorso incidentale della \*\* 2000, il cui accoglimento determinerebbe la improcedibilità dell'intero gravame principale.

4. Venendo dunque allo scrutinio nel merito del ricorso incidentale della \*\* 2000, essa sostiene, come si è detto, che in virtù del combinato disposto del punto III.2.1.4 lettera b) e del punto III.2.1.1. lett. u) del bando il Consorzio ricorrente sarebbe stato tenuto a specificare le parti del servizio da eseguirsi da ciascuna delle imprese per cui concorreva.

Dal testo delle due clausole (riprodotte supra, al § 3) risulta, invero, che i Consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ex L. 422/1909 nella domanda di partecipazione avrebbero dovuto produrre, per ciascuna delle imprese per le quali intendevano concorrere, le dichiarazioni di cui alla lettera III.2.1.1 u), che, a pena di esclusione, imponeva di specificare le parti del servizio che sarebbero state eseguite da ciascuna impresa.

Vero è che la lettera III.2.1.1 u) si riferiva alle riunioni temporanee di imprese, ma il richiamo alle dichiarazioni ivi previste, nel successivo punto dedicato ai Consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ex lege 422/1909 (punto III.2.1.4, lett. b), del bando), serviva appunto a prescriverne l'osservanza anche da parte di questi ultimi.

Non vale in contrario opporre l'impossibilità per il Consorzio (data la sua natura ed il rapporto che lo lega alle imprese consorziate) di produrre la (ulteriore) dichiarazione delle imprese contenenti l'impegno "a conferire, prima della presentazione dell'offerta, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo", dichiarazione pure prevista nel richiamato punto III.2.1.1 lett. u) sulle riunioni temporanee di imprese; tale impossibilità riguardava, difatti, solo questo specifico aspetto e non incideva, perciò, sulla possibilità di rispettare il (diverso) obbligo di cui si discute; e invero, nulla avalla la tesi difensiva del Consorzio, secondo cui la lettera u) del punto III.2.1.1 contemplerebbe una unica

dichiarazione dal contenuto “plurimo ed inscindibile” (consentendo, semmai, l’inserimento in un unico contesto documentale delle due distinte dichiarazioni richieste).

Il Consorzio deduce inoltre, anche da quanto ora detto, una presunta equivocità del bando.

Esso sostiene che ipotizzando che la clausola del bando abbia inteso operare un rinvio parziale alla dichiarazione della lett. u), per la sola parte relativa all’indicazione delle parti del servizio da affidare a ciascuna impresa consorziata, tale clausola presenterebbe profili evidenti di equivocità e non potrebbe, in ogni caso, integrare una causa espressa di esclusione (§1.3 del “controricorso e ricorso incidentale” depositato il 1 giugno 2006).

Della circostanza che la produzione di tutte le dichiarazioni previste al punto III.2.1.1), e dunque anche di quella sub lett. u), fosse prevista dal bando a pena espressa di esclusione si è già accennato supra.

Quanto alla dedotta equivocità della lex specialis, deve in contrario rilevarsi non solo che alcun profilo di incertezza appare risultare dal chiaro e diretto richiamo, da parte del punto III.2.1.4 lett. b), alla dichiarazione di cui al precedente punto III.2.1.1. lett. u); ma anche che nel facsimile di domanda di partecipazione, compilato e sottoscritto dal Consorzio ricorrente in data 25 novembre 2005 (doc. 4 della produzione della \*\* 2000 allegata al ricorso incidentale, dep. il 16.5.06) era prevista la seguente dichiarazione:

“b) [eventuale, in caso di Riunione Temporanea di Imprese]: che, prima della presentazione dell’offerta, come prescritto dall’art. 23 comma 2 lett. a) del D.Lgs. n. 158/1995, verrà conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una delle imprese raggruppate, quale capogruppo, la quale esprimerà l’offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti. Le parti del servizio che saranno eseguite da ciascuna Impresa raggruppata sono le seguenti: Impresa capogruppo ..... Impresa mandante .....” [...]

c) [eventuale, in caso di consorzio]: che le parti del servizio che saranno eseguite dalle consorziate (indicare la ragione sociale, sede legale e partita IVA), per conto delle quali il Consorzio concorre sono le seguenti: Consorziata .... Consorziata .....” ecc.

Non può, perciò, sostenersi che il Consorzio potesse equivocare sulla necessità di rendere tale ultima dichiarazione; ed invero, ha compilato anche l’ora riprodotta lettera c) del facsimile, con la frase: “(vedere dichiarazione “scopo statutario e natura giuridica di CNS - \*\*” allegata)”.

In tale dichiarazione il Consorzio, dopo aver rammentato il proprio scopo di assumere commesse pubbliche da assegnare e fare eseguire alle imprese associate, ha affermato che “in caso di aggiudicazione dell’appalto [...] CNS-\*\* Società Cooperativa provvederà ad affidare l’esecuzione del servizio oggetto dell’appalto alle seguenti proprie associate: Ariete Soc. Coop. [...]; Coop. SAT Soc. Coop. [...]; La Vesuviana Soc. Coop. [...]”.

Esso, pertanto, ancorché avvertito dell'obbligo derivante dalla *lex specialis*, nei termini anzidetti, ha reso una dichiarazione incompleta, in cui ha rappresentato le società alle quali sarebbe stata affidata l'esecuzione del servizio, ma senza specificarne le rispettive parti.

5. Ritenuta, per le ragioni che si sono sin qui esposte, la fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla \*\* 2000, deve ora esaminarsi il ricorso incidentale condizionato del Consorzio ricorrente.

5.1. La \*\* 2000 ne ha contestato in limine l'ammissibilità, in quanto le (scarne) disposizioni che disciplinano l'istituto del ricorso incidentale non ne consentirebbero l'utilizzo da parte del ricorrente principale.

L'art. 37 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamato dall'art. 22, co. 1, della legge 1034/71, stabilisce, infatti, che "nel termine di 30 giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso, l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti, e anche un ricorso incidentale, con le stesse forme prescritte per il ricorso"; mentre l'art. 44 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, prevede che "nel termine di dieci giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso incidentale, l'autorità e il ricorrente principale possono presentare memorie, fare istanze e produrre i documenti che ritengono opportuni".

La legge, dunque, non annovera tra i soggetti legittimati al ricorso incidentale lo stesso ricorrente principale, il quale non potrebbe replicare ad un ricorso incidentale proponendo, a sua volta, ricorso incidentale, ma solo presentare memorie, fare istanze e depositare ulteriori documenti.

Il ricorso incidentale è strumento a disposizione dei controinteressati (non importa, in questa sede, se dei soli controinteressati intimati e se se ne possa avvalere anche l'Amministrazione) che consente loro di far valere un interesse, connesso e contrapposto a quello azionato, che si caratterizza per il fatto di non essere attuale ma futuro ed eventuale, perché dipendente dalla fondatezza del ricorso principale; un interesse, cioè, che non potrebbe farsi valere con una autonoma azione indipendentemente dal ricorso principale, perché è solo dal possibile accoglimento di quest'ultimo che esso trae la sua attualità, seguendone perciò le sorti (art. 37, ult. co., r.d. 1054/24). In tal senso si tratta di uno strumento processuale che assicura al controinteressato la effettività del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, quando, ad esempio, per neutralizzare la pretesa avversaria egli necessita di gravare a sua volta un provvedimento presupposto (si ponga il caso, un atto generale con cui il provvedimento impugnato favorevole al controinteressato sarebbe in contrasto).

Non può, tuttavia, escludersi che analoghe esigenze possano venire in considerazione in situazioni diverse, e nondimeno analoghe.

Nel caso in esame, il Consorzio, ricorrente principale, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara alla \*\* 2000, la quale, a sua volta, ha ampliato il *thema decidendum* impugnando il diverso atto, di natura endoprocedimentale, di ammissione del Consorzio alla gara, facendo valere in proposito

l'inosservanza di una clausola del bando prevista a pena di esclusione; non è dubbio che la \*\* 2000, prima dell'introduzione del presente giudizio, non sarebbe stata legittimata a impugnare in via autonoma la ammissione alla gara del Consorzio, poiché tale atto non era per lei lesivo, diventando (virtualmente) tale solo nella prospettiva di un accoglimento del gravame principale.

Se, invece della \*\* 2000, all'esito della procedura di gara fosse risultato aggiudicatario il Consorzio e la \*\* 2000 avesse impugnato la aggiudicazione facendo valere in via principale le medesime censure che nel presente giudizio ha proposto in via incidentale, nessuno, invero, avrebbe potuto dubitare che il Consorzio sarebbe stato legittimato ad impugnare, con ricorso incidentale, la predetta clausola del bando (atto a sua volta diverso dal provvedimento di aggiudicazione e dall'atto di ammissione alla gara), la cui lesività si sarebbe manifestata nei suoi confronti solo in dipendenza del temuto accoglimento del ricorso principale.

Negare ora, invece, al Consorzio la possibilità di contestare questa stessa clausola del bando - tenendo conto che prima del ricorso incidentale della \*\* 2000 non aveva alcun interesse ad impugnarla e che perciò non poteva o doveva farlo - significherebbe comprimerne ingiustificatamente i diritti di difesa e negare il principio di parità delle parti, in violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Non per ciò deve concludersi, tuttavia, che le norme di procedura che regolano il ricorso incidentale vadano forzate, nella loro indiscutibile portata letterale, a ricomprendere anche lo stesso ricorrente principale, o che invece se ne debba sollevare questione di legittimità costituzionale.

Ciò che importa, infatti, è che il sistema processuale consenta, nelle situazioni che si sono viste, analoga difesa al ricorrente principale.

La legge, invero, consente al ricorrente di ampliare l'oggetto del giudizio con la proposizione di motivi aggiunti, attraverso i quali è possibile sia dedurre ulteriori profili di illegittimità del provvedimento già impugnato, sia impugnare, nell'ambito del medesimo processo, ulteriori provvedimenti sopravvenuti (art. 1 legge 205/00) o anche preesistenti, quando sconosciuti dal ricorrente per causa non imputabile (C.d.S., Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4: "dal punto di vista soggettivo tanto il nuovo provvedimento quanto quello precedentemente esistente, ma incognito, vengono conosciuti solo nel corso del giudizio").

In termini analoghi, deve ritenersi che sia consentito proporre motivi aggiunti anche per impugnare un provvedimento già esistente e conosciuto, ma dal quale la parte non ha patito in concreto lesione alcuna e la cui lesività si manifesti, sia pure su un piano ancora virtuale, in ragione e conseguenza del ricorso incidentale proposto dalla controparte: naturalmente, se ed in quanto (proprio in virtù del fatto che, prima del ricorso incidentale, il ricorrente difettava di un interesse attuale a gravarlo) ciò non si risolva nella violazione del termine decadenziale di impugnazione.

Non contrasta, perciò, con tale tesi l'autorevole orientamento per il quale "nel vigente sistema processuale non è previsto che il ricorrente principale cui sia stato notificato un ricorso incidentale condizionato possa, a propria volta, replicare con altro ricorso incidentale (o con motivi aggiunti

incidentali), deducendo nuove censure subordinate all'eventuale accoglimento del ricorso incidentale ex adverso proposto" (C.G.A. Reg. Siciliana, 20.6.2000, n. 283): esso, infatti, riguarda il caso in cui, per tale via, s'intenda replicare a un ricorso incidentale mediante la proposizione di nuove censure che "si risolvono a tutti gli effetti in nuovi motivi di impugnazione dei provvedimenti già impugnati con l'originario gravame" (CGA n. 283/00; C.d.S., Ad. plen., 28.10.1980, n. 38), con ciò pretendendo di svincolare le stesse dall'ordinario termine di decadenza: il che non è nel caso descritto, in cui parte ricorrente impugna un atto diverso da quello oggetto dell'originario gravame.

5.2. Il ricorso incidentale del Consorzio, che alla stregua di quanto detto va, più correttamente, qualificato come atto contenente motivi aggiunti incidentali, è, tuttavia, infondato.

Con unico complesso motivo di doglianza, il Consorzio ha gravato il più volte ricordato punto III.2.1.4 lett. b) del bando nella parte in cui ha esteso ai consorzi ex l. 422/1909 l'obbligo di rendere la dichiarazione sulle parti del servizio da effettuarsi dalle imprese affidatarie, sostenendo:

-

l'illegittimità dell'estensione, non ricorrendo le ragioni che nel caso dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi ex art. 2602 c.c. giustificano la previsione, nell'art. 11 del d.lgs. 158/95, dell'obbligo di indicare le parti del servizio che saranno svolte da ciascuna impresa;

-

l'impossibilità per i consorzi di osservare l'obbligo posto dalla clausola, costituendo parte integrante della prescritta dichiarazione l'assunzione di un impegno (quello di conferire mandato speciale con

rappresentanza ad una delle imprese raggruppate) incompatibile col rapporto consortile;

-

l'equivocità della clausola del bando, ove intesa nel senso di un rinvio soltanto parziale al punto III.2.1.1. lett. u).

Gli ultimi due profili di censura sono infondati per le ragioni che si sono espone al precedente § 4, alle quali può, dunque, farsi espresso rinvio.

Anche la prima censura, peraltro, non può trovare accoglimento.

Il Consorzio sostiene che, non sussistendo nel caso di consorzi ex lege 422/1909, a differenza delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi ex art. 2602 c.c., un cumulo soggettivo di imprese riunite, non ricorrerebbe l'esigenza di evitare l'affidamento di quote del servizio a soggetti non in possesso dei requisiti di partecipazione, deducendo da ciò che non potrebbe esservi alcuna giustificazione logico-giuridica per esigere la indicazione delle quote di riparto del servizio tra le cooperative per le quali il Consorzio ha dichiarato di concorrere.

Senonché, deve in contrario convenirsi con la difesa della \*\* 2000 che, qualsiasi fosse la ratio della previsione dell'art. 11 d.lgs. 158/95, l'amministrazione aveva il potere di fissare nel bando prescrizioni ulteriori e più stringenti purché non irragionevoli, non irragionevole apparendo, nella specie, l'interesse ad accertare quali imprese in concreto avrebbero svolto le singole parti dell'appalto, consistente nell'espletamento di numerose attività di varia natura (cfr. punto II.1.6 del bando; nel senso che la norma era intesa non solo ad evitare che il raggruppamento costituisse strumento per aggirare le norme di ammissione del bando di gara consentendo la partecipazione di imprese non qualificate, ma anche per permettere all'amministrazione di conoscere "chi esegue cosa", ferma la responsabilità solidale operante su di un diverso piano: T.A.R. Napoli, sez. I, 25 luglio 2003, n. 10090). Né può ritenersi che la prescrizione del bando, imponendo una mera dichiarazione, abbia comportato un aggravio della procedura o determinato una restrizione della concorrenza.

Da ciò il rigetto del gravame.

6. L'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla \*\* 2000 ed il rigetto dei motivi aggiunti incidentali (il "ricorso incidentale") proposto dal \*\* determinano l'improcedibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione della gara e gli atti presupposti, per carenza di interesse.

7. La complessità delle questioni giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione I, così decide: -----  
-----

-

accoglie il ricorso incidentale proposto dalla \*\* 2000 s.r.l.; -----

-

respinge il ricorso incidentale proposto dal \*\* s.c.r.l.; -----

-

dichiara improcedibili il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti. -----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Napoli, nelle camere di consiglio del 21 febbraio e 21 marzo 2007.

Presidente \_\_\_\_\_

Estensore \_\_\_\_\_

<https://www.diritto.it/un-impresa-esclusa-in-fase-di-prequalificazione-non-puo-contestare-gli-ulteriori-atti-della-procedura-concorsuale-poiche-la-sua-posizione-resta-assimilata-a-quella-di-chi-non-ha-presentato-istanza-di/>