

## Quali sono le clausole della lex specialis di gara che devono essere immediatamente sottoposte a ricorso? come deve venir dichiarata l'improcedibilità di un ricorso per carenza di interesse? In caso di palese ambiguità ed antinomia del complesso delle disp

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Devono essere immediatamente impugnate, a pena di decadenza, le sole clausole del bando che concernono i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva e la cui vincolata applicazione impedirebbe all'impresa interessata di concorrere alla gara, potendo le altre essere gravate unitamente all'atto applicativo sfavorevole. L'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse postula, come affermato da un univoco e consolidato orientamento giurisprudenziale, l'accertamento dell'inutilità della sentenza: tale verifica, a sua volta, esige che la presupposta, rigorosa indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso conduca al sicuro convincimento che la modificazione della situazione di fatto e di diritto intervenuta in corso di causa impedisce di riconoscere in capo al ricorrente alcun interesse, anche meramente strumentale e morale, alla decisione. L'osservanza del principio del favor participationis - consacrato come regola cardine delle procedure di affidamento di appalti pubblici, nei casi di ambiguità delle regole di gara, da un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato - impone di ammettere alla gara l'impresa che, nell'incertezza tra due clausole tra loro confliggenti, ne aveva rispettata una e di soddisfare, così, l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla procedura.

Merita di essere segnalata la decisione numero 532 del 19

febbraio 2008, inviata per la sua pubblicazione in data 25 febbraio 2008, emessa dal Consiglio di Stato per alcuni importanti insegnamenti in essa contenuti:

prima di tutto relativamente all'interesse a ricorrere:

< Così definiti i (rigidi) parametri di valutazione della permanenza dell'interesse al ricorso, e, quindi, alla sua decisione, si rileva che, nel caso di specie, non pare formulabile il necessario giudizio di inutilità della sentenza quale conseguenza dell'omessa impugnazione dell'affidamento ad altra impresa del medesimo servizio oggetto della procedura dalla quale era stata esclusa la BETA.

E' sufficiente, al riguardo, ricordare che l'originaria ricorrente potrebbe richiedere, con separato e successivo ricorso, il risarcimento dei danni (per equivalente) patiti per effetto della sua illegittima esclusione dalla gara in questione (che non può ritenersi impedito dall'avvenuta assegnazione ad altra impresa del servizio), per escludere che la stessa abbia perso interesse alla decisione del ricorso e per affermare, al contrario, che dal suo accoglimento essa possa ricavare una significativa utilità (da identificarsi nell'accertamento di uno dei presupposti dell'illecito in relazione al quale può essere dalla stessa formulata una pretesa risarcitoria)>

Ma vediamo i fatti sottoposti al Supremo Giudice Amministrativo:

i motivi del ricorso sono i seguenti:

Si assume, in particolare, al riguardo, che, al contrario di quanto ritenuto dal t.a.r., il bando di gara imponeva, in maniera chiara ed univoca, il requisito della sussistenza di un rapporto di lavoro con 23 addetti al momento della presentazione dell'offerta, e non consentiva, dunque, all'impresa partecipante di impegnarsi ad impiegare nel servizio personale con il quale avrebbe istaurato un rapporto solo dopo l'aggiudicazione

I giudici di Palazzo Spada ritengono infondate le predette motivazioni in quanto:

< Deve, al riguardo, osservarsi che, mentre il bando di gara esigeva la sussistenza del rapporto di dipendenza al momento della presentazione dell'offerta, la lettera di invito precisava, invece, che "...le risorse professionali impiegate dall'aggiudicatario per l'esecuzione del servizio dovranno essere alle dirette dipendenze della società..." e che, quindi, la disciplina di gara relativa al requisito della disponibilità del personale addetto risulta equivoca e contraddittoria, richiedendosi, in un atto, l'attualità (al momento dell'offerta) del rapporto di lavoro ed ammettendosi, in un altro, (mediante l'utilizzo, univoco, del tempo futuro) la possibilità che il rapporto di lavoro venga instaurato dopo l'aggiudicazione ed in vista dell'esecuzione del contratto.>

Questo perché:

**<Orbene, a fronte della palese ambiguità ed antinomia del complesso delle disposizioni sopra indicate (in quanto tra loro contrastanti e, quindi, intrinsecamente equivocate, nella loro effettiva portata precettiva), l'esclusione dalla gara della concorrente che, in ossequio alla lettera di invito, ha riferito la disponibilità del personale richiesto al momento effettivamente utile all'esecuzione della prestazione dovuta in caso di aggiudicazione della gara restava impedita dall'applicazione del principio del favor participationis>**

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

Riportiamo qui di seguito il testo della decisione numero 532 del 19 febbraio 2008 emessa dal Consiglio di Stato

R  
E  
P  
U  
B  
B  
L  
I  
C  
A

I  
T  
A  
L  
I  
A  
N  
A

N. 532/2008

Reg. Dec.

N. 2446 Reg. Ric.

Anno 2007

## **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

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

## DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 2446/2007, proposto dalla ALFA S.P.A. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, Viale Tiziano 80, presso il secondo;

### contro

la BETA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. \*\*\*\*\* , con domicilio eletto in Roma, Via Crescenzo, 25 presso il medesimo;

### per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA Sezione II n.14011/2006, resa tra le parti, concernente appalto per servizio relativo ad attivita' di gioco e scommesse;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della BETA S.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 563/07;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla

pubblica

udienza

del 4 dicembre 2007,

relatore

il

Consigliere \*\*\*\*\* ed uditi, altresì, gli avvocati \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , su delega dell'avvocato \*\*\*\*\*;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Con la sentenza appellata il t.a.r. del Lazio, in accoglimento del ricorso proposto dalla BETA S.p.A. (d'ora innanzi: "BETA"), annullava l'esclusione della ricorrente (unica impresa rimasta in gara dopo la fase di prequalificazione) dalla procedura di appalto concorso indetta dalla \*\*\*\*\*à Generale di Informatica - \*\*\*\*\* S.p.A. (d'ora innanzi: "ALFA"), con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 15 novembre 2005, per l'affidamento del servizio di supporto specialistico per la gestione ed il controllo delle attività di gioco e scommessa (lotto II - gestione avvenimenti sportivi e non sportivi), giudicando erronei o, comunque, non motivati i rilievi (assunti a sostegno dell'esclusione) relativi alla difformità dell'offerta della ricorrente rispetto alle prescrizioni contenute nella lettera di invito e nel capitolato tecnico circa la natura del rapporto di lavoro del personale impiegato nel servizio e le competenze professionali dello stesso.

Avverso tale decisione proponeva rituale appello la ALFA, riproponendo le eccezioni pregiudiziali (di irricevibilità e di improcedibilità del ricorso di primo grado) già disattese in prima istanza, criticando nel merito la correttezza del giudizio di illegittimità pronunciato dal t.a.r., negando, in particolare, l'erroneità dell'interpretazione e dell'applicazione delle prescrizioni relative ai requisiti di carattere tecnico del personale addetto al servizio offerto, e concludendo per l'annullamento della sentenza impugnata.

Resisteva la BETA, contestando la fondatezza delle censure dedotte a fondamento dell'appello avversario, difendendo il convincimento espresso dai primi giudici circa l'illegittimità della propria esclusione dalla gara ed invocando la reiezione del ricorso.

Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2007 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

### **DIRITTO**

1.- E' controversa la legittimità dell'esclusione della BETA dalla procedura di affidamento dell'appalto avente ad oggetto il servizio di supporto specialistico per la gestione ed il controllo delle attività di gioco e scommessa, sotto il peculiare profilo dell'interpretazione e dell'applicazione delle clausole della lettera di invito e del capitolato pertinenti ai requisiti di capacità tecnica e di esperienza del personale impiegato nel servizio.

I giudici di prima istanza hanno, in particolare, riscontrato l'erroneità e, in ogni caso, l'assenza di adeguato supporto motivazionale dei rilievi (assunti a sostegno dell'esclusione della BETA) relativi al contrasto dell'offerta tecnica di quest'ultima con le suddette prescrizioni.

L'appellante ALFA, dopo aver reiterato le eccezioni di rito già disattese in primo grado, critica la correttezza del predetto giudizio di illegittimità e ne invoca la riforma.

La società appellata difende, di contro, la correttezza della pronuncia gravata e ne domanda la conferma.

2.- Occorre esaminare preliminarmente le questioni di rito sollevate dall'appellante ALFA, siccome logicamente antecedenti a quelle di merito.

2.1- Con una prima censura si insiste nel sostenere la tardività del ricorso di primo grado, per essere stato proposto dopo la consumazione del termine per l'impugnazione della clausola del bando di gara che imponeva l'esistenza, alla data del 30 giugno 2005, di un rapporto di dipendenza con almeno 23 persone impiegate in attività connesse alla gestione di giochi a pronostico.

L'eccezione è infondata e va disattesa.

Mentre, infatti, devono essere immediatamente impugnate, a pena di decadenza, le sole clausole del bando che concernono i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva e la cui vincolata applicazione impedirebbe all'impresa interessata di concorrere alla gara (Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1), potendo le altre essere gravate unitamente all'atto applicativo sfavorevole, la prescrizione in questione risulta dichiaratamente impugnata dalla BETA (si vedano le pagg. 1 e 2 del ricorso di primo grado) solo ove interpretata nel senso di assegnare alla stessa un contenuto precettivo impeditivo della sua partecipazione alla procedura, sicchè, a fronte di un'esegesi (vedi infra) della suddetta previsione della lex specialis che ne esclude ogni valenza preclusiva della partecipazione della società originaria ricorrente, si deve negare la tardività della impugnazione della stessa (per non essersi verificata la condizione ermeneutica alla quale il relativo gravame era stato espressamente subordinato).

2.2- Con un altro ordine di argomentazioni si assume l'improcedibilità del ricorso, per non essere stati impugnati dalla BETA i provvedimenti di non aggiudicazione dell'appalto in questione e di affidamento ad altra impresa, con procedura negoziata, del servizio oggetto della selezione qui contestata e per avere, quindi, dimostrato l'originaria ricorrente, mediante l'acquiescenza ai suddetti atti sopravvenuti, di aver perduto interesse all'annullamento della propria esclusione.

Anche tale eccezione si rivela priva di fondamento.

Deve premettersi che la declaratoria dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse postula, come affermato da un univoco e consolidato orientamento giurisprudenziale, l'accertamento dell'inutilità della sentenza (cfr. ex multis Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5296).

Tale verifica, a sua volta, esige che la presupposta, rigorosa indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso conduca al sicuro convincimento che la modificazione della situazione di fatto e di diritto intervenuta in corso di causa impedisce di riconoscere in capo al ricorrente alcun interesse, anche meramente strumentale e morale, alla decisione (Cons. St., sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4206).

Così definiti i (rigidi) parametri di valutazione della permanenza dell'interesse al ricorso, e, quindi, alla sua decisione, si rileva che, nel caso di specie, non pare formulabile il necessario giudizio di inutilità della sentenza quale conseguenza dell'omessa impugnazione dell'affidamento ad altra impresa del medesimo servizio oggetto della procedura dalla quale era stata esclusa la BETA.

E' sufficiente, al riguardo, ricordare che l'originaria ricorrente potrebbe richiedere, con separato e successivo ricorso, il risarcimento dei danni (per equivalente) patiti per effetto della sua illegittima esclusione dalla gara in questione (che non può ritenersi impedito dall'avvenuta assegnazione ad altra impresa del servizio), per escludere che la stessa abbia perso interesse alla decisione del ricorso e per affermare, al contrario, che dal suo accoglimento essa possa ricavare una significativa utilità (da identificarsi nell'accertamento di uno dei presupposti dell'illecito in relazione al quale può essere dalla stessa formulata una pretesa risarcitoria).

3.- Così disattese le questioni pregiudiziali, occorre procedere all'esame del merito dell'appello.

3.1- Con il primo motivo la ALFA critica la decisione impugnata nella parte in cui è stata ivi ritenuta erronea l'interpretazione del contenuto precettivo della clausola relativa alla natura del rapporto di impiego con il personale addetto alla gestione del servizio.

Si assume, in particolare, al riguardo, che, al contrario di quanto ritenuto dal t.a.r., il bando di gara imponeva, in maniera chiara ed univoca, il requisito della sussistenza di un rapporto di lavoro con 23 addetti al momento della presentazione dell'offerta, e non consentiva, dunque, all'impresa partecipante di impegnarsi ad impiegare nel servizio personale con il quale avrebbe istaurato un rapporto solo dopo l'aggiudicazione.

L'assunto è infondato.

Deve, al riguardo, osservarsi che, mentre il bando di gara esigeva la sussistenza del rapporto di dipendenza al momento della presentazione dell'offerta, la lettera di invito precisava, invece, che "...le risorse professionali impiegate dall'aggiudicatario per l'esecuzione del servizio dovranno essere alle



dirette dipendenze della società...” e che, quindi, la disciplina di gara relativa al requisito della disponibilità del personale addetto risulta equivoca e contraddittoria, richiedendosi, in un atto, l’attualità (al momento dell’offerta) del rapporto di lavoro ed ammettendosi, in un altro, (mediante l’utilizzo, univoco, del tempo futuro) la possibilità che il rapporto di lavoro venga instaurato dopo l’aggiudicazione ed in vista dell’esecuzione del contratto.

Orbene, a fronte della palese ambiguità ed antinomia del complesso delle disposizioni sopra indicate (in quanto tra loro contrastanti e, quindi, intrinsecamente equivoche, nella loro effettiva portata precettiva), l’esclusione dalla gara della concorrente che, in ossequio alla lettera di invito, ha riferito la disponibilità del personale richiesto al momento effettivamente utile all’esecuzione della prestazione dovuta in caso di aggiudicazione della gara restava impedita dall’applicazione del principio del favor participationis.

L’osservanza di tale principio - consacrato come regola cardine delle procedure di affidamento di appalti pubblici, nei casi di ambiguità delle regole di gara, da un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3870) - imponeva, infatti, di ammettere alla gara l’impresa che, nell’incertezza tra due clausole tra loro confliggenti, ne aveva rispettata una e di soddisfare, così, l’interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla procedura (anzi, nel caso di specie, all’affidamento del servizio, essendo rimasta in gara la sola BETA).

3.2- Con il secondo motivo di appello ALFA contesta la correttezza del rilievo, assunto a sostegno del gravato giudizio di illegittimità dell’esclusione della BETA, del difetto di motivazione nella valutazione negativa, espressa dalla sottocommissione e recepita dal seggio di gara, circa il possesso da parte degli addetti appartenenti al profilo C delle necessarie competenze tecniche ed esperienze professionali richieste dal capitolato.

Anche tale deduzione si rivela priva di pregio.

Per quanto, infatti, l’appellante insista nell’argomentare circa la rintracciabilità nei verbali delle ragioni del contestato apprezzamento, dalla lettura degli stessi non si riesce a ricostruire, con la necessaria precisione, il contenuto della valutazione negativa e, in particolare, la consistenza delle carenze riscontrate a carico di ciascuna figura professionale indicata dalla BETA.

Indipendentemente dalla questione circa la sufficienza di un punteggio numerico, a fronte della fissazione di puntuali requisiti tecnici cui riferire il giudizio di idoneità, a soddisfare le esigenze motivazionali alle

quali deve obbedire una determinazione così grave quale l'esclusione da una procedura concorsuale, è decisivo rilevare che le sintetiche e, a volte, equivoche annotazioni apposte a margine dei curricula allegati dalla BETA non servono in alcun modo ad offrire piena contezza del fondamento dei rilievi negativi e, soprattutto, del contenuto delle deficienze riscontrate a carico delle singole posizioni.

Resta, quindi, confermata la sussistenza del vizio di difetto di motivazione accertato dai primi giudici a carico della determinazione controversa.

3.3- Con l'ultima censura si critica il presunto accertamento del possesso dei requisiti di capacità professionale da parte del personale impiegato dalla BETA.

Il motivo si fonda su un equivoco e va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Mentre, infatti, la doglianza presuppone logicamente che i primi giudici abbiano verificato d'ufficio la sussistenza, in capo agli addetti impiegati dalla BETA, delle prescritte competenze tecniche (risolvendosi, infatti, nell'assunto dell'indebita sostituzione del giudice alla sfera di apprezzamento tecnico discrezionale riservata in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice), certo è che dalla lettura del passaggio motivazionale nella specie censurato non è dato di rinvenire la statuizione criticata.

Il t.a.r. si è, infatti, limitato (cfr. pag. 8 della sentenza appellata) a rilevare che, a fronte della puntualità e completezza della relazione tecnica allegata dalla BETA circa la posizione e l'esperienza dei propri addetti, la commissione di gara ha omesso di operare un preciso e doveroso confronto (in ciò esaurendosi la carenza riscontrata) tra le risultanze del predetto documento e la disciplina dell'offerta, ma non ha in alcun modo accertato, in positivo, la sussistenza dei requisiti tecnici postulati dalla lettera di invito e dal capitolato, sicchè la censura in esame si rivela inammissibile, per carenza di interesse, in quanto rivolta avverso un accertamento inesistente e, quindi, privo di quella presunta capacità lesiva che con la censura si mira dichiaratamente a rimuovere.

4.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, la reiezione dell'appello e la conferma della statuizione gravata.

5.- Alla soccombenza consegue, infine, la condanna dell'appellante alla rifusione, in favore della società appellata, delle spese processuali, nella misura liquidata in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge l'appello indicato in epigrafe e condanna la \*\*\*\*\*à appellante a rifondere alla \*\*\*\*\*à appellata le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 dicembre 2007 con l'intervento dei Sigg.ri:

\*\*\*\*\*

-  
Presidente

\*\*\*\*\*

-  
Consigliere

\*\*\*\*\*

-  
Consigliere

Vito Poli

-  
Consigliere

\*\*\*\*\*

-  
Consigliere Est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

GiacomoManzo

**Depositata in Segreteria**

**Il 19/02/2008**

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente

\*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/quali-sono-le-clausole-della-lex-specialis-di-gara-che-devono-essere-immediatamente-sottoposte-a-ricorso-come-deve-venir-dichiarata-l-improcedibilita-di-un-ricorso-per-carezza-di-interesse-in-caso-di-2/>