

Per l'impugnazione di un bando di gara da parte di un'impresa, che sarebbe necessariamente esclusa per mancanza dei requisiti di ammissione, è indispensabile la presentazione della domanda di partecipazione alla gara stessa.?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Per agire in giudizio occorre che sussista un interesse attuale e concreto all'impugnativa e nei procedimenti di gara la dimostrazione di una tale posizione differenziata rispetto alla generalità dei potenziali concorrenti non può essere data che dalla domanda di partecipazione: con tale domanda si dà del resto prova di avere un reale interesse all'aggiudicazione dello specifico appalto ed è proprio tale interesse, e non già quello all'astratta legittimità delle clausole del bando, che costituisce l'oggetto della tutela accordata dall'ordinamento_ unico legittimato ad impugnare il bando è colui che ha presentato la relativa domanda di partecipazione.

Merita di essere segnalata la decisione numero 861 del 4 marzo 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< In altre parole l'impresa deve comprovare che, salva la contestazione relativa ai requisiti di ammissione, intende accettare tutte le altre regole poste della lex specialis per ottenere l'aggiudicazione, altrimenti l'impugnazione si potrebbe risolvere in una semplice astratta richiesta di veder rispettata la legge da parte dell'amministrazione.

Va pertanto condivisa l'affermazione del Tar secondo il quale nella fattispecie l'impugnazione era inammissibile per non aver presentato l'impresa interessata domanda di partecipazione alla gara.>

Ma non solo

< L'appellante assume che il ricorso non si sarebbe potuto dichiarare inammissibile per altre due ragioni:
a) la mancata presentazione della domanda era stata determinata dalla poca chiarezza in ordine alla decorrenza (dalla pubblicazione del bando sulla G.U.C.E.
o dal
suo invio per la pubblicazione) del termine per la presentazione della domanda stessa; b)
la medesima appellante gestiva ancora parte del servizio in contestazione e poteva beneficiare di proghe
nella more dell'espletamento della gara.

Quanto al rilievo sub a) va tuttavia osservato che un'eventuale incertezza sulla decorrenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe tutt'al più potuto giustificare un ritardo nella presentazione della domanda stessa, ma non la totale omissione di tale adempimento.

Per quel che concerne il rilievo sub b) deve essere ribadito che unico legittimato ad impugnare il bando è colui che ha presentato la relativa domanda di partecipazione.>

Si legga anche Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 23 gennaio 2003, n. 1:

:

Obbligo di immediata impugnazione per oneri alla partecipazione manifestatamente incomprensibili o sproporzionati

Affermata la persistenza, pur dopo l'esecuzione della opera pubblica, dell'interesse a conseguire l'eventuale risarcimento dei danni

Tre le questioni principali sottoposte dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

a)

se l'intervenuta integrale esecuzione dell'appalto renda inammissibile o improcedibile il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione, ferma restando la proponibilità e la perseguibilità dell'azione risarcitoria;

b)

se le clausole dei bandi di gara o di concorso delle lettere di invito, diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, debbano essere impugnati entro il termine decorrente dalla loro conoscenza legale o se, invece, possano essere impugate con l'atto applicativo, che conclude, per

l'interessato, la procedura selettiva.

c)

se le clausole dei bandi di gara o di concorso della lettera di invito possano essere disapplicate dal giudice in caso di contrasto con il diritto comunitario

Passiamo quindi ad analizzare quanto deciso dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), con la decisione numero 1 del 23 gennaio 2003:

Relativamente al punto a)

Ovvero alla rilevanza dell'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica oggetto dell'appalto ai fini della procedibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione od il diniego di aggiudicazione,

La Quinta Sezione ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione concernente la rilevanza **dell'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica**, ai fini dell'ammissibilità o della procedibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto e contro i connessi atti del procedimento, e con esso il più generale problema del rapporto tra l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento del danno, al fine di stabilire se, nel quadro delineato dal decreto legislativo n. 80 del 1998 e dalla legge n.

205 del 2000, la tempestiva

domanda di annullamento del provvedimento amministrativo che si assume lesivo della situazione soggettiva dell'interessato, **costituisca, o meno**, presupposto di **ammissibilità della domanda risarcitoria**

L'Adunanza "è dell'avviso, conforme a quello della V Sezione, che l'esecuzione, in tutto o in parte, dell'opera pubblica oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione non determini il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale. Tale esito appare, peraltro, riferibile non tanto al semplice interesse morale all'accertamento dell'illegittimità della gara, quanto, piuttosto, alla persistenza, pur dopo l'esecuzione della opera pubblica, dell'interesse a conseguire l'eventuale risarcimento dei danni volti a ristorare il pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità della gara e della sua conclusione"

Pertanto " l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non determina il venir meno dell'interesse all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, ma trasforma l'interesse a tale forma di tutela in quello ad una tecnica di tutela di tipo risarcitorio, il cui esercizio è volto a ristorare l'interessato dell'eventuale pregiudizio patito"

Relativamente al punto b)

Ovvero alla portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva

"L'Adunanza condivide l'avviso espresso dalla V Sezione con l'ordinanza n. 2406 del 2002, e ritiene di conseguenza, che l'onere di **immediata impugnazione** del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti **requisiti soggettivi** di partecipazione. L'Adunanza ritiene, tuttavia, che, non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, **manifestatamente incomprensibili** o implicanti oneri per la partecipazione del tutto **sproporzionati** per eccesso rispetto ai

contenuti della gara o della procedura concorsuale”

In altre parole “La lesione deve, cioè, costituire **una conseguenza immediata e diretta** del provvedimento dell’Amministrazione e dell’assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso”

A

ben giudicare infatti “il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all’impugnazione, dal momento che **egli non sa** ancora se l’astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in **un esito negativo** della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una **effettiva lesione** della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare”

In conclusione, poiché “ **non è la procedura** concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l’effetto lesivo (come avviene nel caso della valutazione dell’anomalia dell’offerta), **ma direttamente il bando**, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.” appare decisivo ritenere immediatamente impugnabili quelle clausole che riguardano **i requisiti soggettivi degli aspiranti** partecipanti al concorso in quanto “ esattamente e storicamente identificate, **preesistenti alla gara** stessa, e non condizionate dal suo svolgimento” e perché “ producono nei confronti dei partecipanti **effetti diretti**, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi”

Tutto quanto sopra esposto in considerazione del fatto che per quanto concerne “**all’interesse protetto**, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall’astratta legittimità del comportamento dell’Amministrazione, ma dalla **possibilità di conseguire l’aggiudicazione**. **L’aggiudicazione costituisce il bene della vita** che l’interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo bene della vita che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell’ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione”

Relativamente al punto c)

Ovvero alla possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare clausole del bando di gara o di concorso eventualmente in contrasto con il diritto comunitario

Nell'emarginata decisione viene osservato che "l'esame di tale argomento risulta assorbito dalla più generale questione riguardante l'esistenza, o meno, di un onere di immediata impugnazione della clausola di esecuzione automatica contenuta nel bando"

Così nella massima ufficiale dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 23 gennaio 2003, n. 1:

L'onere di immediata impugnazione del bando di gara è, normalmente, riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, anche se non può essere escluso in altri limitati casi (ad esempio, quando gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale). Pertanto, è generalmente escluso l'onere di immediata impugnazione nei seguenti casi: a) clausole riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara; b) clausole che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia); c) clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione.

L'esecuzione (integrale o parziale) dell'appalto oggetto di una gara non determina il venir meno dell'interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario, e ciò non solo per la persistenza di un interesse morale, ma anche in relazione ad un eventuale giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità.

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

N. 861/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6173
REG:RIC.

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale,

Quinta
Sezione

ANNO
2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 6173/2006 del 14/07/2006 ,proposto dallaALFA S SYSTEM S.R.L. rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** con domicilio eletto in Roma PIAZZA DI SPAGNA, 35 presso l'avv. *****;

contro

la A.S.L. NA 2, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del **TAR CAMPANIA - NAPOLI :Sezione I n.7088/2006** , resa tra le parti, concernente GARA APPALTO AFFIDAMENTO SISTEMI INFORMATICI ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 15 Giugno 2007 , relatore il Cons. Caro ***** , udito l'avv. ***** , su delega degli avv.ti ***** e D'*****;

Fatto

Con ricorso proposto dinanzi al Tar Campania-Napoli, Sezione I la ALFA S SYSTEM S.R.L. ha impugnato i seguenti atti :

- a) la delibera del Direttore Generale n. 1060 del 28 novembre 2005, recante indizione della gara di appalto per la "gestione quinquennale dei Sistemi di Information Technology dell'A.S.L. Napoli 2";
- b) il bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto;

c) la nota del Responsabile del Procedimento, prot. n. 64/SED dell'11.01.06, recante chiarimenti in merito alla lex specialis;

d) ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e consequenziale;

Nel ricorso sono stati dedotti questi motivi:

-

1) Violazione e falsa applicazione artt. 13 e 14 d. l.vo n. 157/95; eccesso di potere per illogicità - sproporzione - sviamento, in relazione alla fissazione, da parte della stazione appaltante, di requisiti di partecipazione sproporzionati ed inadeguati rispetto all'entità dell'appalto, che avevano illegittimamente impedito alla ricorrente di partecipare alla gara;

-

2) Violazione e falsa applicazione artt. 13 e 23 d. l.vo n. 157/05, perché il requisito rappresentato dalla presenza di specifiche figure professionali, delle quali erano richiesti certificati e curricula, era, allo stesso tempo, requisito d'ammissione alla gara nonché di valutazione, ai fini del punteggio da assegnare per l'offerta tecnica;

-

3) Violazione e falsa applicazione art. 9 co. 1 d. l.vo n. 157/95, perché v'era contrasto, quanto alla presenza nell'oggetto dell'appalto della fornitura di software, tra capitolato speciale d'appalto e i chiarimenti, forniti con la nota del responsabile del procedimento impugnata sub c), tra l'altro neppure sottoposta ad idonee forme di pubblicità;

4) Violazione art. 9 d. l.vo n. 157/95, perché la ricorrente aveva fatto affidamento sul termine di presentazione dell'offerta, previsto dal disciplinare di gara (52° giorno successivo alla pubblicazione del bando di gara sulla *****), avvenuta il 12.12.05), mentre in seguito era venuta a sapere che detto termine scadeva, in realtà, il 24.01.2006, il che le aveva impedito di costituire un'*****', onde poter partecipare in forma associata alla gara de qua;

Si è costituita nel giudizio dinanzi al Tar l'A.S.L. Napoli 2, depositando memoria difensiva e documenti, eccependo l'inammissibilità del gravame, per non avere, la società ricorrente, presentato alcuna domanda di partecipazione alla gara, nonché affermando, in ogni caso, l'infondatezza del medesimo ricorso, quanto al merito.

Il Tar, aderendo all'eccezione sollevata dalla A.S.L. ha dichiarato inammissibile il ricorso.

Avverso detta sentenza ha proposto appello (ric n.6173/2006) la ALFA S SYSTEM S.R.L., contestando la tesi del Tar sull'inammissibilità del ricorso e riproponendo i motivi di gravame non esaminati in primo grado.

L'amministrazione intimata non si è costituita nel giudizio d'appello.

DIRITTO

La questione principale posta con l'appello in esame consiste nello stabilire se per l'impugnazione di un bando di gara da parte di un'impresa, che sarebbe necessariamente esclusa per mancanza dei requisiti di ammissione, sia indispensabile la presentazione della domanda di partecipazione alla gara

stessa.

Il Collegio ritiene di aderire all'autorevole posizione assunta al riguardo, con decisione n. 1 del 2003, dall'Adunanza Plenaria.

Secondo tale decisione l'eventuale atto dell'Amministrazione procedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale, ha valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto già prodottosi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura medesima, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara. Nella stessa decisione è precisato che " La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario".

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria conferma un consolidato orientamento del giudice amministrativo, secondo cui per agire in giudizio occorre che sussista un interesse attuale e concreto all'impugnativa e nei procedimenti di gara la dimostrazione di una tale posizione differenziata rispetto alla generalità dei potenziali concorrenti non può essere data che dalla domanda di partecipazione.

Con tale domanda

si dà del resto prova di avere un reale interesse all'aggiudicazione dello specifico appalto ed è proprio tale interesse, e non già quello all'astratta legittimità delle clausole del bando, che, secondo quanto chiarito dalla predetta decisione dell'Adunanza Plenaria, costituisce l'oggetto della tutela accordata dall'ordinamento .

In altre parole l'impresa deve comprovare che, salva la contestazione relativa ai requisiti di ammissione, intende

accettare tutte le altre regole poste della lex specialis per ottenere l'aggiudicazione, altrimenti l'impugnazione si potrebbe risolvere in una semplice astratta richiesta di veder rispettata la legge da parte dell'amministrazione.

Va pertanto condivisa l'affermazione del Tar secondo il quale nella fattispecie l'impugnazione era inammissibile per non aver presentato l'impresa interessata domanda di partecipazione alla gara.

L'appellante assume che il ricorso non si sarebbe potuto dichiarare inammissibile per altre due ragioni: a) la mancata presentazione della domanda era stata determinata dalla poca chiarezza in ordine alla decorrenza (dalla pubblicazione del bando sulla G.U.C.E.

o dal suo invio per la pubblicazione) del termine per la presentazione della domanda stessa; b) la medesima appellante gestiva ancora parte del servizio in contestazione e poteva beneficiare di proghe nella more dell'espletamento della gara.

Quanto al rilievo sub a) va tuttavia osservato che un'eventuale incertezza sulla decorrenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe tutt'al più potuto giustificare un ritardo nella presentazione della domanda stessa, ma non la totale omissione di tale adempimento.

Per quel che concerne il rilievo sub b) deve essere ribadito che unico legittimato ad impugnare il bando è colui che ha presentato la relativa domanda di partecipazione.

L'appello deve dunque essere respinto.

Sussistono ragioni, in considerazione della particolarità della fattispecie, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 Giugno 2007
con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. *****

Cons. *****

Cons.*****i

Cons. Caro *****.

Cons. *****

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Caro *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 04/03/08

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

**IL
DIRIGENTE**

f.to *****

<https://www.diritto.it/per-l-impugnazione-di-un-bando-di-gara-da-parte-di-un-impresa-che-sarebbe-necessa>

riamente-esclusa-per-mancanza-dei-requisiti-di-ammissione-e-indispensabile-la-presentazione-della-
domanda-di-parteci/