

Non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Se si contestano alcune norme della lex specialis di gara che definiscono il contenuto delle prestazioni a carico dell'aggiudicatario ma non anche quelle relative alle condizioni di partecipazione, e non si partecipa comunque, così facendo si impedisce all'interesse virtuale di acquistare i caratteri della concretezza ed attualità che potrebbero legittimare l'impugnazione.

la "condizione di concorrenti" dei partecipanti alla gara può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale_ il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione;_ tra le clausole impeditive vanno annoverate anche quelle che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale;

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4393 del 17 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

<

Nel caso di specie, le clausole la cui legittimità è stata contestata dalla ricorrente in primo grado pongono a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente l'importo di € 1.111.678 oltre *** a titolo di rimborso per l'acquisizione degli impianti costituenti la rete di distribuzione, l'impegno a versare l'ulteriore importo di € 23.000 in favore della società incaricata della procedura di gara nonché un importo annuo da riconoscere ai dipendenti di Euro 66.631. Tali prescrizioni non impedivano la partecipazione della ricorrente alla gara né rendevano impossibile la presentazione dell'offerta, ma definivano il contenuto delle prestazioni a carico dell'aggiudicatario. Per tali ragioni le clausole non dovevano essere impugnate autonomamente ma unitamente all'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale; solo alla definizione della procedura selettiva, infatti, sarebbe stato possibile identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, e considerare attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Parte ricorrente, dopo aver contestato il contenuto della prestazione indicata nella lettera d'invito, si è auto esclusa dall'ulteriore corso della procedura, non presentando l'offerta ed impedendo così all'interesse virtuale di acquistare i caratteri della concretezza ed attualità che avrebbero legittimato l'impugnazione.

Il ricorso di primo grado, pertanto, avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse concreto ed attuale all'impugnazione della lettera d'invito.

Le conclusioni qui raggiunte comportano l'accoglimento dei gravami.>

Si legga anche

Per contestare le clausole di ammissibilità, bisogna partecipare

Non è ammissibile un ricorso avverso alcune clausole (che non impedivano la partecipazione della ricorrente alla gara né rendevano impossibile la presentazione dell'offerta, ma definivano il contenuto delle prestazioni a carico dell'aggiudicatario) indicate nella lettera di invito, senza che, comunque, l'impresa presenti l'offerta: solo con la partecipazione infatti si rende concreto, e non soltanto astratto, il proprio interesse alla legittimazione dell'azione amministrativa

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5059 del 29 agosto 2006, ci sottolinea la necessità di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica al fine di rendere legittimo il proprio interesse ad eventuali ricorsi:

<Ora, nel caso di specie, le clausole la cui legittimità è stata contestata dalla ricorrente in primo grado sono quelle che "pongono a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente l'importo di € 3.487.728 a titolo di rimborso per l'acquisizione degli impianti costituenti la rete di distribuzione, nonché l'impegno a versare l'ulteriore importo di € 23.000 in favore della società incaricata della procedura di gara".

Si tratta, come appare di tutta evidenza di clausole che non impedivano la partecipazione della ricorrente alla gara né rendevano impossibile la presentazione dell'offerta, ma definivano il contenuto delle prestazioni a carico dell'aggiudicatario. Clausole che, appunto, non dovevano essere impugnate autonomamente ma unitamente all'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, poiché solo in tale momento sarebbe stato possibile identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, e considerare attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Ma ciò, come è pacifico tra le parti, non è avvenuto, poiché la ricorrente, dopo aver contestato il contenuto della prestazione indicata nella lettera d'invito, si è auto esclusa dall'ulteriore corso della procedura, non presentando l'offerta. Per cui la stessa ha volontariamente impedito

all'interesse virtuale di cui era titolare di acquistare quel carattere di concretezza ed attualità che l'avrebbero legittimata ad impugnare l'atto conclusivo del procedimento>

A cura di *****

N. 4393/08 REG.DEC

N.8828 E 9463 REG:RIC.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn.8828/07 e 9463/07 proposti,

- quanto al primo, dalla società ALFA -
s.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
***** ed ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma,
alla via F. Confalonieri, n. 5

contro

la società BETA s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, non costituita;

e nei confronti

del Comune di Cardano al Campo, in persona del Sindaco in carica, non costituito;

- quanto al secondo, proposto dal Comune di Cardano al Campo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati *****, ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, viale Giulio Cesare, n. 94;

contro

la società BETA s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita;

e nei confronti

della società ALFA -
s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita;

per la riforma

della sentenza 25 gennaio /20 agosto 2007, n. 5750 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Sede di Milano Sezione 3^,

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione delle parti su indicate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta all'udienza del 24 giugno 2008 la relazione del consigliere Filoreto D'Agostino e uditi altresì per le parti gli Avvocati ***** e Vinti per delega di Ravizzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con procedura di **gara** conforme alla disciplina comunitaria, il Comune di Cardano al Campo indiceva una procedura ristretta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del

servizio di distribuzione del gas metano per una durata complessiva di anni 12 a decorrere dal 1° gennaio 2006.

Il 3 ottobre 2005 l'Amministrazione comunale diramava gli inviti a formulare l'offerta entro l'11 novembre 2005, poi posticipato al 2 dicembre 2005, alle imprese che avevano formulato interesse alla partecipazione.

Una di queste, l'BETA s.p.a., con note 17 ottobre, 22 novembre e 29 novembre declinava l'invito a cagione delle gravose ed arbitrarie condizioni poste a base d'asta e richiedeva un intervento correttivo per conformare le richieste dell'Amministrazione ad un quadro regolatorio più equilibrato e trasparente.

Sette imprese presentavano la propria offerta e la **gara** aveva il proprio naturale seguito con l'aggiudicazione a ALFA s.p.a..

BETA s.p.a. non presentava domanda di partecipazione alla **gara**, ma impugnava avanti il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la lettera d'invito e le comunicazioni del Comune di Cardano al Campo sulle richieste di rettifica del bando e della lettera d'invito.

Con la pronuncia qui gravata il Tar per la Lombardia ha respinto le eccezioni prospettate circa l'assenza di una posizione legittimante in capo ad ASCM s.p.a. sia in relazione alle preclusioni derivanti dall'articolo 14, comma 5 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 sia per mancata presentazione dell'offerta e rinuncia a partecipare alla medesima **gara** e, nel merito, ha accolto il ricorso annullando, per l'effetto, la procedura in questione.

La sentenza è stata appellata sia dall'aggiudicataria (ricorso R.G. 8828/07) sia dal Comune di Cardano al Campo (ricorso R.G. n. 9463/07), che ne chiedono entrambi la riforma.

DIRITTO

Va preliminarmente disposta la riunione del ricorso 9463/2007 al precedente 8828/2007, trattandosi di appelli proposti dalle parti soccombenti in un medesimo processo di primo grado.

Gli appelli sono fondati.

E' sufficiente, al riguardo, osservare come la decisione del Giudice di prime cure di ritenere ammissibile il ricorso giurisdizionale avverso una procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un contratto da parte di impresa che non abbia partecipato alla **gara** non possa essere condivisa. Giova ricordare come la questione concernente l'impugnazione contro il bando e gli altri atti, che danno avvio alla procedura di scelta del contraente nelle pubbliche gare, sia stata esaminata di recente da questa Sezione (decisione n. 5059/ 2006) che ha elaborato principi e osservazioni perfettamente ripetibili per la vicenda in esame.

Quella pronuncia si è mossa nell'alveo degli insegnamenti dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (29 gennaio 2003, n. 1), che ha stabilito alcuni punti fermi pienamente condivisi dal Collegio. Si è, in particolare, osservato in quella decisione come l'Adunanza plenaria abbia chiarito come:

“a) la “condizione di concorrenti” dei partecipanti alla **gara** può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale;

b) i bandi di **gara** e di concorso e le lettere di invito vanno, normalmente, impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;

c) il bando di **gara** o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione;

d) tra le clausole impeditive vanno annoverate anche quelle che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della **gara** o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla **gara** ed il conseguente arresto procedimentale;

e) non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di **gara**, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto. L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla **gara**;

f) a fronte della clausola illegittima del bando di **gara** o del concorso, 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. “

Nel caso di specie, le clausole la cui legittimità è stata contestata dalla ricorrente in primo grado pongono a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente l'importo di € 1.111.678 oltre *** a titolo di rimborso per l'acquisizione degli impianti costituenti la rete di distribuzione, l'impegno

a versare l'ulteriore importo di € 23.000 in favore della società incaricata della procedura di **gara** nonché un importo annuo da riconoscere ai dipendenti di Euro 66.631. Tali prescrizioni non impedivano la partecipazione della ricorrente alla **gara** né rendevano impossibile la presentazione dell'offerta, ma definivano il contenuto delle prestazioni a carico dell'aggiudicatario. Per tali ragioni le clausole non dovevano essere impugnate autonomamente ma unitamente all'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale; solo alla definizione della procedura selettiva, infatti, sarebbe stato possibile identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, e considerare attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Parte ricorrente, dopo aver contestato il contenuto della prestazione indicata nella lettera d'invito, si è auto esclusa dall'ulteriore corso della procedura, non presentando l'offerta ed impedendo così all'interesse virtuale di acquistare i caratteri della concretezza ed attualità che avrebbero legittimato l'impugnazione.

Il ricorso di primo grado, pertanto, avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse concreto ed attuale all'impugnazione della lettera d'invito.

Le conclusioni qui raggiunte comportano l'accoglimento dei gravami.

Quanto alle spese, tenuto conto dei precedenti giurisprudenziali e della decisione di prime cure, sembra equo disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione Quinta, riunito il ricorso in appello 9463/07 al precedente 8828/2007, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe indicata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 giugno 2008 con l'intervento dei signori:

Filoreto D'***** estens.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Filoreto D'*****

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2008

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

p.IL DIRIGENTE

F.to *****

Ric. n. 8828 e9463/2007

<https://www.diritto.it/non-appare-configurabile-un-interesse-autonomo-alla-legittimita-delle-regole-e-delle-operazioni-di-gara-distinto-dalla-pretesa-all-aggiudicazione-o-alla-stipula-del-contratto/>