

Le caratteristiche tipiche delle prescrizioni “escludenti” sono quelle che impediscono, in modo certo e incondizionato, la partecipazione di determinate imprese alla procedura selettiva, ma non anche quelle relative alla formulazione dell’offerta econo

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La mancata formulazione dell’offerta equivale, sotto il profilo sostanziale, alla omessa presentazione della domanda di partecipazione alla gara, perché evidenzia la carenza di un interesse alla procedura selettiva in contestazione. Poiché

l’attuale appellante non ha presentato alcuna offerta economica, utile all’aggiudicazione, non ha assunto un’autonoma posizione differenziata, idonea a legittimarla al ricorso.

l’impugnazione immediata delle clausole del bando è ammissibile solo in presenza di due condizioni concorrenti: l’impresa interessata ha presentato rituale domanda di partecipazione alla gara; le clausole contestate definiscono in modo puntuale i requisiti soggettivi di partecipazione, impedendo, in modo assoluto, la presenza di determinati soggetti. Il ricorso principale, proposto avverso il bando di gara nella parte ritenuto violativo del divieto di richiedere offerte diseconomiche e non remunerative, tali da configurare un corrispettivo suscettibile di compromettere la qualità del servizio reso, avvantaggiando, inoltre, le imprese di maggiori

dimensioni rispetto agli altri operatori del mercato, in violazione del principio della par condicio, deve stimarsi inammissibile atteso che non sussiste l’attualità della lesione, non potendosi ritenere la clausola relativa alla formulazione dell’offerta in condizione di ledere immediatamente e direttamente l’interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale”

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 5455 del 31 ottobre 2008,

inviata per la pubblicazione in data 3 novembre
2008, emessa dal Consiglio di Stato

3.

Come esattamente rilevato dalla sentenza impugnata, l'attuale appellante non ha presentato alcuna offerta economica, utile all'aggiudicazione. Pertanto, non ha assunto un'autonoma posizione differenziata, idonea a legittimarla al ricorso.

4.

Il Collegio ritiene di aderire all'orientamento interpretativo secondo cui l'impugnazione immediata delle clausole del bando è ammissibile solo in presenza di due condizioni concorrenti:

-

l'impresa interessata ha presentato rituale domanda di partecipazione alla gara;

-

le clausole contestate definiscono in modo puntuale i requisiti soggettivi di partecipazione, impedendo, in modo assoluto, la presenza di determinati soggetti.

5.

Questa linea interpretativa è seguita dalla giurisprudenza più recente di questa Sezione (decisione 4 marzo 2008 n. 861) e si collega al principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione 29 gennaio 2003, n. 1/2003.

La mancata formulazione dell'offerta equivale, sotto il profilo sostanziale, alla omessa presentazione della domanda di partecipazione alla gara, perché evidenzia la carenza di un interesse alla procedura selettiva in contestazione.

6.

In ogni caso, poi, le contestate clausole del bando non presentano le caratteristiche tipiche delle prescrizioni “escludenti”, che impediscono, in modo certo e incondizionato, la partecipazione di determinate imprese alla procedura selettiva.>

A cura di *****

N. 5455/08 REG.DEC.

N.
8946
REG:RIC.

ANNO 2006

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8946/2006, proposto dalla *****à ALFA Distribuzione GAS -***** in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato ***** ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Largo Messico, n. 7;

CONTRO

il comune di ***** in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocato ***** ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. ***** in Roma, Via Siracusa, n. 16;

BETA Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio ***** in Roma, Via Parigi, n. 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione Staccata di Salerno, 12 maggio 2006, n. 651.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1 luglio 2008, il Consigliere *****;

Uditi gli avv.ti Quattrini per delega di Doria, ***** e ***** , come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1.

La sentenza impugnata ha respinto il ricorso e i connessi motivi aggiunti proposti dall'attuale appellante, per l'annullamento del bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale di ***** e per la realizzazione di lavori vari per la messa in esercizio dell'impianto.

2.

L'appellante ripropone le censure disattese dal tribunale. Le parti intime resistono al gravame.

DIRITTO

1.

L'appellante ripropone le censure disattese dal tribunale e contesta la decisione di primo grado nella parte in cui afferma l'inammissibilità dei motivi rivolti contro il bando di gara, in relazione a clausole considerate non immediatamente lesive.

2.

La società appellante non ha formulato l'offerta economica attraverso la seguente giustificazione :
“...risulta materialmente impossibile per le ragioni indicate nel ricorso di impugnativa del bando prodotto contestualmente, formulare un'offerta economica essendo ammesse dal bando di gara solo offerte al rialzo”.

Secondo l'appellante “il Comune ha determinato un corrispettivo a base d'asta eccessivamente oneroso per il gestore, che non tiene in alcun conto i parametri fissati dall'AEEG per la determinazione delle tariffe relative al servizio di distribuzione del gas; un corrispettivo che si pone in violazione con un principio cardine di qualsiasi procedura d'appalto e cioè il divieto di richiedere ai concorrenti offerte diseconomiche, non remunerative; un corrispettivo che, inoltre, rischia di compromettere la qualità del servizio reso e, ciò che più conta, avvantaggia le imprese di maggiori

dimensioni rispetto agli altri operatori del mercato, in violazione del principio della par condicio”.

La sentenza appellata ha giudicato inammissibile il ricorso svolgendo un'ampia e articolata motivazione, di seguito riportata:

“2.a.- Non sfugge al Collegio come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 29 gennaio 2003, nell'affrontare “ la generale questione della esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione del bando di gara o di concorso” abbia condiviso l'avviso espresso dalla V Sezione, ritenendo di conseguenza che l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, e che siffatta soluzione riguardi anche clausole del bando incomprensibili o implicanti oneri eccessivi o sproporzionati rispetto ai contenuti della gara.

Si è quindi, precisato che, in applicazione dei principi che regolano l'ammissibilità del ricorso, la lesione subita dall'interesse sostanziale del ricorrente deve essere contrassegnata dai caratteri della immediatezza, della concretezza e dell'attualità : la lesione deve 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.

La giurisprudenza risalente, applicando questi principi al problema riguardante l'identificazione del momento della tempestiva impugnazione dei bandi di gara, si è storicamente sedimentata intorno al principio che i bandi di gara e di concorso vanno normalmente impugnati con l'atto applicativo e ciò in quanto “il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale...” : in sostanza, è l'atto applicativo che “renderà concreta ed attuale ...una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine ...a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva”.

In siffatta prospettiva, dunque, “ciò che appare decisivo ai fini dell’onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione è **pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva**, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino **esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizione di ledere immediatamente e direttamente l’interesse sostanziale del soggetto** che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale”.

Per tali considerazioni, come precisato dalla citata Plenaria, tali clausole :

-riguardano i requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti al concorso (**e non le loro offerte** o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara);

-**afferiscono ad una situazione preesistente al bando** e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti e non richiede valutazioni o verificazioni particolari;

-ricollegano alla situazione di fatto presa in considerazione un effetto giuridico diretto (**l’impossibilità di prendere parte alla gara o alla procedura concorsuale**) che appare immediatamente lesivo degli interessi sostanziali degli aspiranti, per cui è il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale a determinare esso stesso la lesione dell’interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l’aggiudicazione.

Pertanto, “**le clausole che identificano requisiti di soggettivi di partecipazione degli interessati**, provvedono esse stesse direttamente alla cura dell’interesse pubblico...**escludendo immediatamente dalla platea dei partecipanti** quei soggetti ... e l’eventuale atto dell’Amministrazione procedente, volto ad escludere l’interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi...”.

Muovendo da queste osservazioni, l’Adunanza Plenaria ha, quindi, escluso che il bando debba essere impugnato unitamente all’atto applicativo, nelle ipotesi in cui si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale e ciò in quanto “tali clausole,... riferentesi a presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura concorsuale, appaiono idonee a produrre non una lesione potenziale, ma una lesione già esistente ed efficace nei riguardi dei soggetti che hanno chiesto di prendere parte alla procedura concorsuale.”

Come chiarito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003, occorre precisare che “ quanto 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 tutela giurisdizionale, nell’ipotesi di

illegittimo diniego di aggiudicazione.

2.b.- Trasponendo le riferite acquisizioni al caso di specie e segnatamente l'affermazione, parimenti contenuta nella menzionata Adunanza Plenaria, per la quale non sussiste l'onere dell'immediata impugnazione per quelle clausole del bando di gara "che condizionano anche indirettamente la formulazione dell'offerta economica", il ricorso principale, proposto avverso il bando di gara nella parte ritenuto violativo del divieto di richiedere offerte diseconomiche e non remunerative, tali da configurare un corrispettivo suscettibile di compromettere la qualità del servizio reso, avvantaggiando, inoltre, le imprese di maggiori

dimensioni rispetto agli altri operatori del mercato, in violazione del principio della par condicio, deve stimarsi inammissibile atteso che non sussiste l'attualità della lesione, non potendosi ritenere la clausola relativa alla formulazione dell'offerta in condizione di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale".

In definitiva, rispetto alla questione prospettata, deve convenirsi che è l'atto applicativo che "renderà concreta ed attuale ...una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine ...a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva".

2.a.- Alle medesime conclusioni il Collegio reputa di poter giungere anche alla luce della giurisprudenza comunitaria.

Con decisione 12.2.2004-C7230/02, la Corte di Giustizia C.E. ha rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche clausole che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.

Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di che trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche (Cons. St. 30 agosto 2005 n. 4414).

Tale conclusione, osserva il Collegio, anche nell'ipotesi di sua condivisione, vale però solo per le ipotesi in cui le clausole della legge di gara, così come formulate, **impediscono in maniera, oggettiva ed indiscutibile, direttamente la partecipazione alla gara** (***** 1/03; Cons. St. Sez. V 11 novembre

2004 n. 7341; Sez. VI - ord.-
21 dicembre 2004 n. 6110).

Orbene, nel caso di specie, siffatte condizioni oggettivamente ostative ed insuperabili non ricorrono, anche per quanto di seguito si dirà.

3.- Nella specie, tuttavia, anche a voler giudicare, in ipotesi, ammissibile il ricorso in esame, esso deve stimarsi, comunque, infondato.

3.a.- Si è già precisato, al capo che precede, che,
“ quanto 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 tutela giurisdizionale,”.

Non può dubitarsi, tuttavia, che, nella specie, l’interesse azionato dalla ricorrente sia un mero interesse strumentale all’annullamento dell’intera procedura di gara, che, deve ritenersi sussistente anche in presenza di censure che afferiscono alla invalidazione dell’aggiudicazione alla controinteressata.

La ricorrente, infatti, mira ad una rinnovata edizione del potere utile ad introdurre una diversa legge di gara, tale da poter consentire la presentazione dell’offerta economica conforme agli invocati principi di remuneratività della prestazione.

In siffatta direzione impugna anche l’aggiudicazione alla società controinteressata sospettandola di anomalia.

Come precisato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V 3.10.2005 n. 5267), la circostanza che, con vizi che inficiano in radice il procedimento, siano anche dedotti, in apparente contraddizione logica, vizi che, al contrario, sembrano evidenziare un incompatibile intento conservativo, non rende l’impugnazione inammissibile: in ogni caso è prevalente l’esigenza di tutela giurisdizionale che deve essere salvaguardata e che impone al giudice di prescindere da formule sacramentali.

A ben vedere, le censure mosse, con i motivi aggiunti, anche alla fase dell’aggiudicazione alla controinteressata ed all’esclusione della deducente dalla rosa dei soggetti utilmente collocati, afferiscono sostanzialmente e prevalentemente alle dedotte illegittimità del bando di gara, ivi compresa quella, formulata con i motivi aggiunti, relativa all’anomalia dell’offerta prodotta dall’BETA, anch’essa riconducibile alle censure di diseconomicità del servizio da affidare.”

3.

Come esattamente rilevato dalla sentenza impugnata, l'attuale appellante non ha presentato alcuna offerta economica, utile all'aggiudicazione. Pertanto, non ha assunto un'autonoma posizione differenziata, idonea a legittimarla al ricorso.

4.

Il Collegio ritiene di aderire all'orientamento interpretativo secondo cui l'impugnazione immediata delle clausole del bando è ammissibile solo in presenza di due condizioni concorrenti:

-

l'impresa interessata ha presentato rituale domanda di partecipazione alla gara;

-

le clausole contestate definiscono in modo puntuale i requisiti soggettivi di partecipazione, impedendo, in modo assoluto, la presenza di determinati soggetti.

5.

Questa linea interpretativa è seguita dalla giurisprudenza più recente di questa Sezione (decisione 4 marzo 2008 n. 861) e si collega al principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione 29 gennaio 2003, n. 1/2003.

La mancata formulazione dell'offerta equivale, sotto il profilo sostanziale, alla omessa presentazione della domanda di partecipazione alla gara, perché evidenzia la carenza di un interesse alla procedura selettiva in contestazione.

6.

In ogni caso, poi, le contestate clausole del bando non presentano le caratteristiche tipiche delle prescrizioni “escludenti”, che impediscono, in modo certo e incondizionato, la partecipazione di determinate imprese alla procedura selettiva.

7.

Sono inammissibili e infondate anche le censure, proposte con i motivi aggiunti articolati in primo grado, riguardanti l’asserita violazione delle regole in materia di pubblicità di operazioni di gara e l’asserita anomalia dell’offerta presentata dall’aggiudicataria.

Infatti, l’appellante, essendo stata correttamente esclusa dalla procedura di gara, non ha interesse a contestare le successive fasi della selezione. A tale scopo non potrebbe rilevare l’asserito interesse “strumentale” all’integrale ripetizione del procedimento.

8.

In ogni caso, vanno condivisi anche gli argomenti espressi dal tribunale, per dimostrare l'infondatezza, nel merito, delle censure proposte dall'appellante.

9.

L'inammissibilità delle doglianze articolate dall'appellante comporta la reiezione delle istanze istruttorie formulate dall'appellante dirette ad accertare la congruità delle condizioni economiche di affidamento, anche prescindendo dalla inammissibilità della richiesta, formulata per la prima volta in questo grado di appello, in violazione della regole contenuta nell'articolo 345 del codice di procedura civile .

10.

In definitiva, quindi, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Per Questi Motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello;

condanna l'appellante a rimborsare alla parte appellata le spese di lite, liquidate in euro ottomila;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 1 luglio 2008, con l'intervento dei signori:

*****- Presidente

Filoreto D'*****- Consigliere

*****- Consigliere Estensore