

La giurisprudenza formatasi sia prima che successivamente alla Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 ha ritenuto che nelle gare di appalto l'interesse che assurge ad interesse legittimo tutelato in sede giurisdizionale non è quello generico al rifacimento della

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La giurisprudenza della Sezione ha quindi ritenuto inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione della lex specialis quando la impresa non abbia presentato alcuna offerta e quindi si sia autoesclusa dall'ulteriore corso della procedura se le prescrizioni contenute nella stessa procedura non impediscano la partecipazione alla gara, nè rendano impossibile la presentazione dell'offerta (ex plurimis Cons. Stato, V Sez., 12.1.2009 n.102; V Sez., 17.9.2008 n.4393; V Sez., 4.3.2008 n.861; V Sez., 23.1.2006 206. Si veda anche VI Sez., 29. 7. 2008 n. 3786).

Nel caso di specie

è indubbio che il r.t.i. ricorrente ha impugnato

il bando e la lettera di invito senza produrre alcuna offerta non perchè la lex specialis

precludesse la partecipazione o perchè le clausole fossero talmente irragionevoli da non consentire la formulazione di una offerta, ma solo perchè ha ritenuto che il prezzo posto a base d'asta non fosse remunerativo e non coprisse i costi necessari per l'espletamento del servizio oggetto di gara.

E' evidente, che la previsione della lex specialis non incideva sui requisiti soggettivi di partecipazione nè che si determinava alcuna preclusione o arresto procedimentale che avrebbe potuto giustificare l'impugnativa immediata della lex specialis senza la contestuale partecipazione alla gara.

Non valgono a confutazione di quanto sopra le argomentazioni della sentenza di prime cure secondo le quali l'interesse al ricorso sarebbe desumibile dal fatto che il raggruppamento ricorrente aveva comunque presentato domanda di partecipazione alla gara e tale fatto, nel caso di procedura ristretta, sarebbe idoneo a differenziare l'interesse del ricorrente anche in mancanza di presentazione dell'offerta.

Tale circostanza infatti non è idonea a superare le considerazioni svolte sulla necessità, per il ricorrente, di differenziare concretamente la propria posizione giuridica dando dimostrazione di agire per la tutela di un interesse concreto ed attuale rappresentato proprio dall'ottenimento della aggiudicazione.

Ed invero proprio per le modalità di espletamento di tale tipologia di procedura, solo con la presentazione dell'offerta il r.t.i. avrebbe potuto partecipare alla selezione e quindi aspirare all'aggiudicazione mentre non avendo presentato un'offerta il suo interesse non è diverso da quello di un qualunque terzo e in quanto tale non è tutelabile in sede giurisdizionale (Cons. Stato, IV, 8265/2006).

A ben vedere la mancata partecipazione alla procedura da parte del r.t.i. appare frutto di una scelta imprenditoriale dallo stesso effettuata conseguente alla ritenuta non vantaggiosità della gara per motivi di natura interni allo stesso raggruppamento.

Tuttavia, come evidenziato nella ordinanza cautelare della Sezione, la partecipazione di quattro imprese ed il fatto che il r.t.i. facente capo alla soc. si sia aggiudicata la gara con un rilevante ribasso, lascia presumere che il prezzo fissato era competitivo e corrispondeva alle dinamiche del mercato.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2807 del 5 maggio 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 2807/09 REG.DEC.

N. 6643 REG.RIC.

ANNO 2008

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 numero 6643/2008

proposto da: S.S.I.T. , Societa' Ricorrente Imprese Trasporti, Gestione s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Massimo Marcucci, Mario Rampini ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde n.2;

CONTRO

CONTROINTERESSATA s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con C s.p.a., E. Precompressi s.p.a., Salvati s.p.a. e F. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentate e difese dagli Avvocati Domenico Galli ed Andrea Manzi ed elettivamente domiciliate presso il secondo in Roma via Federico Confalonieri n. 5;

e nei confronti di

ANCE Umbria, Consulta Regionale dei Costruttori dell'Umbria, rappresentata e difesa dagli Avvocati Arturo Cancrini e Claudio De Portu, elettivamente domiciliata nello studio degli stessi in Roma, via G.Mercalli n.13;

A & I. CONTROINTERESSATA DUE s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Paravia Ascensori s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore Ferruccio CONTROINTERESSATA DUE, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Bartolomeo CONTROINTERESSATA DUE, con domicilio eletto in Roma, Corso Trieste n.88 presso lo studio dell'Avvocato Giorgio Recchia;

Consorzio Cooperative di Costruzioni,
società cooperativa, con sede in Bologna, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento
di imprese con Cornacchini S.r.l., con sede in Foligno, in persona del legale rappresentante pro-tempore
Omer Degli Esposti, n.c.;

per la riforma

della sentenza del TAR Umbria n.247/2008 del 7.6.2008 con cui in accoglimento del ricorso del r.t.i.
CONTROINTERESSATA s.p.a. è stato annullato il bando di gara e la lettera di invito attraverso cui la SSIT
Gestione s.p.a. aveva indetto una procedura ristretta per l'affidamento in appalto "dei lavori di mobilità
alternativa per Spoleto città aperta all'uomo, ovvero città senz'auto, primo stralcio funzionale,
completamento lavori";

Visto l'appello
con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ANCE Umbria, CONTROINTERESSATA,
Società A & I. CONTROINTERESSATA DUE,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 30 gennaio 2009
il consigliere Roberto Capuzzi ed uditi per le parti gli avv.ti Clarinzia, Marcucci, Rampini e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Nel 1996, il Comune di Spoleto predispose un progetto denominato "Spoleto città aperta all'uomo"
costituito da tre percorsi meccanizzati e relativi parcheggi che avrebbero consentito di raggiungere il
centro storico senza le autovetture da tre diverse zone della città.

Il progetto fu suddiviso in tre lotti funzionali.

Il lotto n. 1 ebbe tuttavia delle vicissitudini giudiziarie, originate dalla risoluzione del precedente rapporto
contrattuale con l'appaltatrice, Asfalti Sintex s.p.a..

In particolare, il primo stralcio funzionale subì diversi rallentamenti anche a causa delle sorprese

geologiche che si susseguirono nel tempo. Furono così predisposte nel tempo tre perizie di variante, con relativo aggiornamento dei prezzi con l'aggiudicatario.

Per ultimare le opere del primo stralcio funzionale ancora non eseguite al momento della risoluzione contrattuale (febbraio 2006), la stazione appaltante S.S.I.T., Società Ricorrente di Imprese Trasporti, Gestione s.p.a., con bando di gara pubblicato in data 11 giugno 2007, indisse una procedura ristretta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel bando fu previsto che il corrispettivo venisse corrisposto a corpo (articolo 53, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 163/2006 e s.m.i.) e determinato mediante offerta a prezzi unitari sulla base della lista di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori (articolo 90 del d.P.R. 554/1999).

In data 16 agosto 2007 venne inviata la lettera d'invito ai soggetti che avevano presentato domanda di partecipazione, compresa (quale mandataria di un r.t.i. costituendo) la ricorrente in primo grado CONTROINTERESSATA s.p.a..

Le imprese del predetto r.t.i. dopo avere tentato invano di ottenere proroghe dei termini, infine non presentarono alcuna offerta.

Tuttavia il r.t.i. CONTROINTERESSATA impugnò il bando di gara e la lettera di invito, prospettando tre ordini di censure, appresso sintetizzati.

Il prezzo di gara è stato determinato adottando un prezzario risalente al 2002, in violazione dell'articolo 133 del Codice dei contratti pubblici, in combinato disposto con gli articoli 34, 43 e 44 del d.P.R. 554/1999.

Il progetto esecutivo posto a base di gara non era in linea con la normativa tecnica sopravvenuta, in violazione dell'articolo 16, comma 1, del d.P.R. 554/1999.

In violazione dell'articolo 34, comma 2, del d.P.R. 554/1999, numerose lavorazioni non sono state scomposte in tutti gli elementi necessari.

Si costituì in giudizio la S.S.I.T. S.p.a. ed intervenne "ad adiuvandum" l'A.N.C.E. Umbria, Consulta regionale dei costruttori dell'Umbria.

Intervennero in primo grado "ad opponendum" la A & I CONTROINTERESSATA DUE S.p.a., la Paravia

Ascensori S.p.a. ed il Consorzio Cooperative di costruzioni - C.C.C. soc. coop., partecipanti alla gara.

Il TAR Umbria con ordinanza collegiale istruttoria n. 9 in data 23 gennaio 2008, dispose l'acquisizione, da parte della stazione appaltante ed in contraddittorio con le altre parti, di documentati elementi di chiarificazione in ordine ad alcuni aspetti dei lavori appaltati e della relativa progettazione.

L'incombente fu eseguito in data 21 marzo 2008 e quindi il

TAR, con la sentenza n. 247 del 2008 dopo avere respinto le varie questioni pregiudiziali sollevate dalle resistenti, accolse il ricorso ed annullò il bando e la lettera di invito.

Con l'odierno atto la SSIT

appella la sentenza del primo giudice sostenendo la irricevibilità del ricorso in prime cure, la erroneità della sentenza per violazione dell'art. 100 c.p.c. e dei principi sottesi al processo amministrativo, la motivazione illogica, la inammissibilità del ricorso per mancata notifica al controinteressato. Ed ancora violazione e falsa applicazione dell'art. 133 del d.lgs. n.133 del 2006, motivazione insufficiente, violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del DPR 554 del 1999 e dell'art. 132 del d.lgs. 163 del 2006.

Conclude la società chiedendo la riforma della sentenza di primo grado .

Si sono costituite in giudizio il r.t.i CONTROINTERESSATA,

la società A. & I. CONTROINTERESSATA DUE in proprio e quale mandataria del r.t.i. composto insieme alla società Paravia Ascensori s.p.a. divenuta nelle more aggiudicataria della gara, l'ANCE Umbria Consulta Regionale dei Costruttori interveniente ad adiuvandum del r.t.i. CONTROINTERESSATA.

Alla camera di consiglio del 30 settembre 2008

la medesima Sezione V del Consiglio di Stato ha accolto la istanza incidentale di sospensione della sentenza appellata.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza del 30 gennaio 2009.

DIRITTO

1.La Società Ricorrente Imprese Trasporti ha appellato la sentenza del TAR Umbria n.247/2008 che aveva accolto il ricorso in primo grado del raggruppamento facente capo alla società CONTROINTERESSATA annullando il bando di gara e la lettera di invito.

2.In punto di fatto occorre evidenziare:

- che la SSIT,

in qualità di stazione appaltante, in relazione

al bando di gara pubblicato in data 11 giugno 2007 aveva indetto una procedura ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

-che per l'effetto trasmetteva alla CONTROINTERESSATA s.p.a., quale capogruppo mandataria, la lettera di invito;

- che si erano succeduti tra la stazione appaltante e le ditte invitate una serie di incontri per chiarire le questioni tecniche ed economiche dell'opera da appaltare come da verbali del 19.9.2007 e 26.9.2007;

- che a tutte le riunioni aveva partecipato la impresa CONTROINTERESSATA che peraltro aveva chiesto inutilmente uno spostamento del termine finale per la presentazione delle offerte;

- che la CONTROINTERESSATA, tuttavia, nei termini previsti, non riteneva di presentare alcuna offerta al momento della scadenza del bando limitandosi ad impugnare quest'ultimo innanzi al TAR Umbria in data 14 novembre 2007.

3. Nell'atto di appello la SSIT con un primo gruppo di motivi sostiene la inammissibilità/irricevibilità del ricorso in prime cure reiterando alcune eccezioni già respinte dal TAR, con un secondo gruppo di motivi sostiene la erroneità delle argomentazioni del TAR per accogliere il ricorso del r.t.i. facente capo alla società CONTROINTERESSATA .

4. La Sezione ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso in primo grado per mancanza di una situazione differenziata tutelabile in capo alla ricorrente in primo grado non avendo il r.t.i. facente capo a CONTROINTERESSATA s.p.a., presentato una offerta al fine di radicare un interesse ex art. 100 c.p.c. per proporre la impugnativa.

5. Il TAR umbro,

citando ampia giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, ritiene

non condivisibile l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale soltanto con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto l'impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre imprese presenti sul mercato divenendo titolare di un interesse legittimo che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare.

5.1. Secondo il primo giudice nel caso in esame occorrerebbe considerare che il

r.t.i. odierno appellato non mirava all'aggiudicazione della gara, ma all'annullamento del procedimento ai fini della sua rinnovazione con regole diverse e che non poteva essere valutato alla stregua di qualsiasi

soggetto potenzialmente interessato all'appalto, trattandosi di uno dei soggetti selezionati ed invitati a presentare l'offerta nell'ambito di una procedura ristretta.

5.2. Che quindi, a seguito della presentazione della domanda di partecipazione, la sua posizione era tale da qualificare e differenziare, di per sé, l'interesse dell'impresa in termini di attualità e concretezza ex art. 100 c.p.c. rispetto a quello, non soltanto della generalità dei consociati, ma anche del più ristretto novero delle imprese potenzialmente qualificabili per l'appalto.

5.3. Infine, sempre secondo il primo giudice, occorrerebbe considerare che poichè il bando e la lettera di invito prevedevano espressamente che le offerte dovessero essere inferiori alla base d'asta, il r.t.i. si trovava in una situazione di impossibilità oggettiva di presentazione di una offerta economicamente sostenibile null'altro potendo fare che presentare un'offerta inammissibile.

6. Tali argomentazioni non vengono condivise dalla Sezione.

6.1. La giurisprudenza formatasi sia prima che successivamente alla Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 ha ritenuto che nelle gare di appalto l'interesse che assurge ad interesse legittimo tutelato in sede giurisdizionale non è quello generico al rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, ma solo quello concreto ed attuale, finalizzato all'ottenimento dell'aggiudicazione cui può aspirare l'aspirante alla gara attraverso la eliminazione delle clausole lesive.

6.2. La giurisprudenza della Sezione ha quindi ritenuto inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione della lex specialis quando la impresa non abbia presentato alcuna offerta e quindi si sia autoesclusa dall'ulteriore corso della procedura se le prescrizioni contenute nella stessa procedura non impediscano

la partecipazione alla gara, nè rendano

impossibile la presentazione dell'offerta (ex plurimis Cons. Stato, V Sez.,

12.1.2009 n.102; V Sez., 17.9.2008 n.4393; V Sez., 4.3.2008 n.861; V Sez., 23.1.2006 206. Si veda anche VI Sez., 29. 7. 2008 n. 3786).

7. Nel caso di specie

è indubbio che il r.t.i. ricorrente ha impugnato

il bando e la lettera di invito senza produrre alcuna offerta non perchè la lex specialis

precludesse la partecipazione o perchè le clausole fossero talmente irragionevoli da non consentire la formulazione di una offerta, ma solo perchè ha ritenuto che il prezzo posto a base d'asta non fosse remunerativo e non coprisse i costi necessari per l'espletamento del servizio oggetto di gara.

8. E' evidente, che la previsione della lex specialis non incideva sui requisiti soggettivi di partecipazione nè che si determinava alcuna preclusione o arresto procedimentale che avrebbe potuto giustificare l'impugnativa immediata della lex specialis senza la contestuale partecipazione alla gara.

8.1. Non valgono a confutazione di quanto sopra le argomentazioni della sentenza di prime cure secondo le quali l'interesse al ricorso sarebbe desumibile dal fatto che il raggruppamento ricorrente aveva comunque presentato domanda di partecipazione alla gara e tale fatto, nel caso di procedura ristretta, sarebbe idoneo a differenziare l'interesse del ricorrente anche in mancanza di presentazione dell'offerta.

8.2. Tale circostanza infatti non è idonea a superare le considerazioni svolte sulla necessità, per il ricorrente, di differenziare concretamente la propria posizione giuridica dando dimostrazione di agire per la tutela di un interesse concreto ed attuale rappresentato proprio dall'ottenimento della aggiudicazione.

8.3. Ed invero proprio per le modalità di espletamento di tale tipologia di procedura, solo con la presentazione dell'offerta il r.t.i. avrebbe potuto partecipare alla selezione e quindi aspirare all'aggiudicazione mentre non avendo presentato un'offerta il suo interesse non è diverso da quello di un qualunque terzo e in quanto tale non è tutelabile in sede giurisdizionale (Cons. Stato, IV, 8265/2006).

8.4. A ben vedere la mancata partecipazione alla procedura da parte del r.t.i. CONTROINTERESSATA appare frutto di una scelta imprenditoriale dallo stesso effettuata conseguente alla ritenuta non vantaggiosità della gara per motivi di natura interni allo stesso raggruppamento.

8.5. Tuttavia, come evidenziato nella ordinanza cautelare della Sezione, la partecipazione di quattro imprese ed il fatto che il r.t.i. facente capo alla soc. CONTROINTERESSATA DUE si sia aggiudicata la gara con un rilevante ribasso, lascia presumere che il prezzo fissato era competitivo e corrispondeva alle dinamiche del mercato.

9. In conclusione l'appello è fondato e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso presentato in primo grado deve essere dichiarato inammissibile.

10. Spese ed onorari tuttavia possono essere compensati.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), ACCOGLIE l'appello in epigrafe meglio indicato e per l'effetto annulla la sentenza di primo grado senza rinvio.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, 30 gennaio 2009

dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Stefano Baccharini

Presidente

Filoreto D'Agostino

Consigliere

Claudio Marchitello

Consigliere

Marzio Branca

Consigliere

Roberto Capuzzi est.

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Roberto Capuzzi

f.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....05/05/09.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

<https://www.diritto.it/la-giurisprudenza-formatasi-sia-prima-che-successivamente-alla-adunanza-plenaria-n-1-del-2003-ha-ritenuto-che-nelle-gare-di-appalto-l-interesse-che-assurge-ad-interesse-legittimo-tutelato-in-sede-giu/>