

Fermo l'onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l'interesse così azionato deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura quando l'interesse fatto valere dal ricorrente sia, come nel caso in esame, esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta

Con il ricorso in epigrafe, la Coop. Ricorrente ha impugnato il bando della gara indetta dal Comune di Valenzano per l'affidamento del servizio di spazzamento, lavaggio strade e derattizzazione del territorio comunale dal 1 gennaio 2006 e per 9 anni. Essa si duole che la partecipazione le è stata impedita dalla previsione, contenuta nel paragrafo del bando concernente "termine e modalità di presentazione dell'offerta", lett. A, clausola n. 6, secondo punto, che impone ai partecipanti di dichiarare, a pena di esclusione, di possedere un "patrimonio netto dell'impresa, che non dovrà essere inferiore ad € 1.000.000,00" e che, in caso di associazione temporanea di imprese, almeno il 60% dell'importo deve essere posseduto e dichiarato dalla mandataria e nella misura minima del 20% dalle imprese mandanti, fermo restando che il raggruppamento deve possedere complessivamente il requisito richiesto. Requisito di cui la ricorrente dichiara di essere priva, pur godendo di ampio affidamento da parte del sistema creditizio e pur avendo una ingente quantità di strumenti e mezzi d'impresa.

Il ricorso si fonda sui seguenti motivi in diritto.

1 - Violazione dell'art 13 comma 3 del Dlgs. 17 marzo 1995 n. 157 ed eccesso di potere per illogicità manifesta, in quanto il bando, pur prescrivendo il possesso di un indice di capacità economica e finanziaria costituito da un patrimonio netto di € 1.000.000,00, tuttavia non prevede espressamente la possibilità per il concorrente di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo.

2 - Violazione dell'art. 17 del Dlgs. n. 157 del 17 marzo 1995 ed eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. Il bando impugnato, nella parte in cui richiede un patrimonio netto non inferiore ad un milione di euro, non introduce nella gara elementi di maggiore qualificazione professionale, ma preclude illogicamente la partecipazione a tutte quelle società che, per essere iscritte nel registro delle imprese esercenti la gestione dei rifiuti per le categorie pari o superiori a quella necessaria per svolgere i servizi in gara, siano state già ritenute in possesso della sufficiente e necessaria capacità economica e finanziaria da parte dell'organismo tecnico di valutazione del citato albo nazionale e finisce semplicemente per limitare irragionevolmente il numero dei potenziali concorrenti, fra i quali la ricorrente. Tale previsione appare chiaramente arbitraria e sostanzialmente contraddittoria anche per altri profili. Non si comprende quale interesse pubblico debba salvaguardare il possesso di un patrimonio netto di così rilevante importo pur in presenza di ulteriori e più dinamici indici sintomatici della capacità economica e finanziaria, occorrendo piuttosto verificare, in concreto, il complesso di tutte le obbligazioni di impresa che potenzialmente possono ridurre e finanche azzerare tale patrimonio. La verità, secondo la ricorrente, è che la previsione di un patrimonio netto di così rilevante importo si configura come un tipico requisito (fotografico), tale da consentire soltanto la partecipazione di un esiguo numero di concorrenti, in violazione del principio della più ampia partecipazione alle gare pubbliche fra soggetti ipoteticamente capaci di essere affidatari dell'appalto in questione.

Il ricorso si conclude con la domanda di annullamento del bando impugnato.

Si è costituito in giudizio il Comune di Valenzano, il quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, non avendo la ricorrente avanzato istanza di partecipazione alla gara di cui si tratta. Ha, comunque, controdedotto nel merito, sostenendo l'infondatezza dell'impugnazione, della quale ha chiesto il rigetto, con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

La domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato, proposta contestualmente al ricorso, è stata respinta con ordinanza n. 971 del 21 dicembre 2005 sul rilievo che “la iscrizione negli elenchi ufficiali di prestatori di servizi non preclude all’Amministrazione di fissare requisiti partecipativi ulteriori rispetto all’iscrizione negli elenchi (C.d.S., Sez. IV 22 ottobre 2004, n. 6967)”.

La causa, nella quale dopo la fase cautelare le parti non hanno svolto ulteriore attività difensiva, è stata chiamata all’udienza pubblica del 16 dicembre 2009, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo?

Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile in accoglimento dell’eccezione sollevata dal Comune resistente, attesa la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara; circostanza non contestata nel corso del giudizio, che priva la ricorrente dell’interesse all’impugnazione.

Costituisce, invero, risalente e diffuso orientamento giurisprudenziale, già consolidato alla data di proposizione del ricorso, quello secondo il quale il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura, quando l’interesse fatto valere dal ricorrente sia, come nel caso in esame, esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta; cosicché, fermo l’onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l’interesse così azionato deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1; Id., sez. V, 11 novembre 2004 n. 7341; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 861; Id., sez. V, 31 ottobre 2008 n. 5455; Id., sez. V, 5 maggio 2009 n. 2807; Id., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404).

Né la società ricorrente - che, dopo l’esito negativo della domanda di sospensiva, non ha svolto ulteriore

attività difensiva - ha addotto ragione alcuna per discostarsi dal riferito orientamento, peraltro già in più occasioni seguito da questo Tribunale (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 giugno 2009 n. 1403; Id., sez. I, 5 giugno 2009 n. 1410; Id., sez. I, 23 luglio 2009 n. 1971).

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 969 del 16 marzo 2010 emessa dal Tar Puglia, Bari

N. 00969/2010 REG.SEN.

N. 01776/2005 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1776 del 2005, proposto da:

Ricorrente s.c. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Bari, via Amendola, 21;

contro

Comune di Valenzano, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Bari, corso ***** n. 242;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara di cui alla determina n. 112/RS del 10/8/2005 del Comune di Valenzano, avente ad oggetto: "affidamento del servizio di spazzamento e lavaggio strade, disinfezione e derattizzazione del territorio comunale, pulizia degli edifici comunali, disinfestazione e derattizzazione degli edifici scolastici e manutenzione del verde";

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Valenzano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. *****;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2009 l'avv. *****; e, per delega dell'avv. ***** , l'*****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la Coop. Ricorrente ha impugnato il bando della gara indetta dal Comune di Valenzano per l'affidamento del servizio di spazzamento, lavaggio strade e derattizzazione del territorio comunale dal 1 gennaio 2006 e per 9 anni. Essa si duole che la partecipazione le è stata impedita dalla previsione, contenuta nel paragrafo del bando concernente "termine e modalità di presentazione dell'offerta", lett. A, clausola n. 6, secondo punto, che impone ai partecipanti di dichiarare, a pena di esclusione, di possedere un "patrimonio netto dell'impresa, che non dovrà essere inferiore ad € 1.000.000,00" e che, in caso di associazione temporanea di imprese, almeno il 60% dell'importo deve

essere posseduto e dichiarato dalla mandataria e nella misura minima del 20% dalle imprese mandanti, fermo restando che il raggruppamento deve possedere complessivamente il requisito richiesto. Requisito di cui la ricorrente dichiara di essere priva, pur godendo di ampio affidamento da parte del sistema creditizio e pur avendo una ingente quantità di strumenti e mezzi d'impresa.

Il ricorso si fonda sui seguenti motivi in diritto.

1 - Violazione dell'art 13 comma 3 del Dlgs. 17 marzo 1995 n. 157 ed eccesso di potere per illogicità manifesta, in quanto il bando, pur prescrivendo il possesso di un indice di capacità economica e finanziaria costituito da un patrimonio netto di € 1.000.000,00, tuttavia non prevede espressamente la possibilità per il concorrente di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo.

2 - Violazione dell'art. 17 del Dlgs. n. 157 del 17 marzo 1995 ed eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. Il bando impugnato, nella parte in cui richiede un patrimonio netto non inferiore ad un milione di euro, non introduce nella gara elementi di maggiore qualificazione professionale, ma preclude illogicamente la partecipazione a tutte quelle società che, per essere iscritte nel registro delle imprese esercenti la gestione dei rifiuti per le categorie pari o superiori a quella necessaria per svolgere i servizi in gara, siano state già ritenute in possesso della sufficiente e necessaria capacità economica e finanziaria da parte dell'organismo tecnico di valutazione del citato albo nazionale e finisce semplicemente per limitare irragionevolmente il numero dei potenziali concorrenti, fra i quali la ricorrente. Tale previsione appare chiaramente arbitraria e sostanzialmente contraddittoria anche per altri profili. Non si comprende quale interesse pubblico debba salvaguardare il possesso di un patrimonio netto di così rilevante importo pur in presenza di ulteriori e più dinamici indici sintomatici della capacità economica e finanziaria, occorrendo piuttosto verificare, in concreto, il complesso di tutte le obbligazioni di impresa che potenzialmente possono ridurre e finanche azzerare tale patrimonio. La verità, secondo la ricorrente, è che la previsione di un patrimonio netto di così rilevante importo si configura come un tipico requisito (fotografico), tale da consentire soltanto la partecipazione di un esiguo numero di concorrenti, in violazione del principio della più ampia partecipazione alle gare pubbliche fra soggetti ipoteticamente capaci di essere affidatari dell'appalto in questione.

Il ricorso si conclude con la domanda di annullamento del bando impugnato.

Si è costituito in giudizio il Comune di Valenzano, il quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, non avendo la ricorrente avanzato istanza di partecipazione alla gara di cui si tratta. Ha, comunque, controdedotto nel merito, sostenendo l'infondatezza dell'impugnazione, della quale ha chiesto il rigetto, con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

La domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato, proposta contestualmente al ricorso, è stata respinta con ordinanza n. 971 del 21 dicembre 2005 sul rilievo che "la iscrizione negli elenchi ufficiali di prestatori di servizi non preclude all'Amministrazione di fissare requisiti partecipativi ulteriori rispetto all'iscrizione negli elenchi (C.d.S., Sez. IV 22 ottobre 2004, n. 6967)".

La causa, nella quale dopo la fase cautelare le parti non hanno svolto ulteriore attività difensiva, è stata chiamata all'udienza pubblica del 16 dicembre 2009, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile in accoglimento dell'eccezione sollevata dal Comune resistente, attesa la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara; circostanza non contestata nel corso del giudizio, che priva la ricorrente dell'interesse all'impugnazione.

Costituisce, invero, risalente e diffuso orientamento giurisprudenziale, già consolidato alla data di proposizione del ricorso, quello secondo il quale il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura, quando l'interesse fatto valere dal ricorrente sia, come nel caso in

esame, esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta; cosicché, fermo l'onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l'interesse così azionato deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1; Id., sez. V, 11 novembre 2004 n. 7341; Id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 861; Id., sez. V, 31 ottobre 2008 n. 5455; Id., sez. V, 5 maggio 2009 n. 2807; Id., sez. VI, 3 giugno 2009 n. 3404).

Né la società ricorrente - che, dopo l'esito negativo della domanda di sospensiva, non ha svolto ulteriore attività difensiva - ha addotto ragione alcuna per discostarsi dal riferito orientamento, peraltro già in più occasioni seguito da questo Tribunale (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 giugno 2009 n. 1403; Id., sez. I, 5 giugno 2009 n. 1410; Id., sez. I, 23 luglio 2009 n. 1971).

Spese e competenze di giudizio seguono la soccombenza, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe indicato.

Condanna la Ricorrente s.c. a r.l. al pagamento delle spese di giudizio a favore del Comune di Valenzano, che si liquidano in via forfetaria nella misura complessiva di € 5000,00 (cinquemila), oltre competenze di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente, Estensore

*****, Consigliere

Giuseppina Adamo, Consigliere

IL PRESIDENTE

ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/fermo-l-onere-di-impugnare-tempestivamente-il-bando-nella-parte-lesiva-l-interesse-cosi-azionato-deve-essere-comprovato-dalla-presentazione-della-domanda-di-partecipazione-nel-termin-fissato-dal-ban/>