

## **Non si dubita dell'esistenza di un interesse autonomo e giuridicamente qualificato del concorrente escluso a impugnare la propria esclusione dalla gara, senza che questi sia tenuto a dimostrare che in caso di riammissione conseguirebbe certamente l'aggiud**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Non si dubita dell'esistenza di un interesse autonomo e giuridicamente qualificato del concorrente escluso a impugnare la propria esclusione dalla gara, senza che questi sia tenuto a dimostrare che in caso di riammissione conseguirebbe certamente l'aggiudicazione

Va ribadito l'indirizzo più volte espresso da questo Consesso in relazione alla sufficienza dell'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenerne la riedizione: nel senso che tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che esso, per effetto dell'esclusione, è privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali; ed invero il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara

Bisogna tener presente lo stretto legame tra l'utilità che si vuole conseguire con il processo e la legittimazione del soggetto ricorrente, al fine di evitare che siano ammessi come parti processuali anche i portatori di un interesse di mero fatto

di essere in condizione di trarre dall'esito favorevole del giudizio un'utilità non significa per nulla provare di essere titolari di una posizione legittimante, la verifica della sussistenza di una posizione legittimante, ai fini del preliminare accertamento della ammissibilità del ricorso, essendo un'operazione che precede e per certi versi è indipendente dalla stima della utilità che il processo è in grado di assicurare (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, nr. 4545; id., 26 novembre 2009, nr. 7441).

Ciò che, quindi, va ben tenuto presente è lo stretto legame tra l'utilità che si vuole conseguire con il processo e la legittimazione del soggetto ricorrente, al fine di evitare che siano ammessi come parti processuali anche i portatori di un interesse di mero fatto.

Le considerazioni che precedono inducono a valutare con estrema attenzione le situazioni di fatto che, in concreto, possano giustificare la permanenza in capo al ricorrente di una pretesa partecipativa idonea a differenziarsi dal generico interesse di fatto di qualsiasi soggetto alla rinnovazione dell'attività amministrativa.

In particolare, può effettivamente parlarsi di un interesse "strumentale", autonomo e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati, allorché l'annullamento richiesto dal ricorrente, ove effettivamente disposto in sede giurisdizionale, sia destinato con certezza e indefettibilmente - per legge o per effetto delle pregresse determinazioni della stessa Amministrazione - a produrre l'effetto di una rinnovazione del medesimo procedimento amministrativo già posto in essere, ovvero di una ripresa di esso a partire dal momento in cui si è verificato il vizio riscontrato dal giudice, e comunque tale iter procedimentale sia destinato a riguardare sempre e soltanto gli stessi soggetti che sono stati interessati al precedente procedimento.

Per questo, non si dubita dell'esistenza di un interesse autonomo e giuridicamente qualificato del concorrente escluso a impugnare la propria esclusione dalla gara, senza che questi sia tenuto a dimostrare che in caso di riammissione conseguirebbe certamente l'aggiudicazione (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, nr. 6507; id., 16 giugno 2009, nr. 3908).

Ben diversa è invece la situazione allorché, come nel caso di specie, la caducazione dell'intero procedimento restituisca integra alla p.a. la propria discrezionalità di determinazione in ordine all'an e al quomodo della propria futura azione: nel caso che qui interessa l'Amministrazione appellante ha evidenziato come, anche in caso di accoglimento della pretesa attorea, essa non sarebbe affatto tenuta a rinnovare la procedura di gara negli identici termini di cui al bando già pubblicato.

A ciò può aggiungersi, a fortiori, che ben potrebbe la Regione, altrettanto legittimamente, pubblicare un bando profondamente diverso da quello precedente, ovvero ricorrere a una tipologia di affidamento diversa rispetto allo schema già seguito della procedura aperta, o addirittura rinunciare all'affidamento (e, quindi, non indire alcuna nuova gara); ancora, all'ipotetica nuova procedura potrebbero partecipare anche operatori ulteriori e diversi rispetto a quelli che sono parte del presente giudizio, con ciò confermando che si tratterebbe di procedura del tutto nuova ed autonoma, rispetto alla quale la posizione delle imprese coinvolte nel presente giudizio non sarebbe in alcun modo distinguibile da quella degli altri operatori presenti sul mercato.

Né può affermarsi, evidentemente, che un siffatto generico interesse possa dirsi "individualizzato", e quindi differenziato rispetto a quello di altri operatori del settore, per il solo fatto che uno di essi abbia partecipato a una precedente procedura - poi annullata - avente a oggetto il medesimo appalto.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 127 del 12 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 00127/2011REG.SEN.

N. 06441/2010 REG.RIC.

N. 06941/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) nr. 6441 del 2010, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*

2) nr. 6941 del 2010, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*

entrambi per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, nr. 1553/2010, depositata il 23 giugno 2010, non notificata, con cui è stato accolto il ricorso nr. 178/2010 e per l'effetto è stata annullata l'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore di Construcciones y Auxiliar de Ricorrente (RICORRENTE.) S.A., e dichiarata l'inefficacia del contratto sottoscritto il 7 aprile 2010, sulla base di questa stipulato.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Controinteressata S.L. (in entrambi i giudizi), della Regione Autonoma della Sardegna (nel giudizio nr. 6441 del 2010) e di Construcciones y Auxiliar de Ricorrente S.A. (nel giudizio nr. 6941 del 2010);

Viste le memorie prodotte da RICORRENTE. S.A. (in data 20 novembre 2010) e da \*\*\*\*\*  
(in date 19 novembre 2010 e 26 novembre 2010) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 3737 del 28 luglio 2010, con la quale sono state accolte le domande incidentali di sospensione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2010, il Consigliere \*\*\*\*\*;

Uditi gli avv.ti \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* per RICORRENTE. S.A., l'avv. \*\*\*\*\* per \*\*\*\*\* e  
l'avv. \*\*\*\*\* per la Regione Autonoma della Sardegna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I - La società Construcciones y Auxiliar de Ricorrente (RICORRENTE.) S.A. ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. della Sardegna, accogliendo il ricorso proposto dalla società Controinteressata S.L., ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore

della medesima RICORRENTE. all'esito della gara indetta dalla Regione Autonoma della Sardegna per l'affidamento della fornitura di nr. 5 complessi diesel ad assetto variabile con opzione per l'acquisto di ulteriori nr. 3 complessi ed ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la medesima RICORRENTE. S.A.

A sostegno dell'impugnazione, la appellante ha dedotto:

1) error in iudicando; omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione alla reiezione dell'eccezione preliminare di inammissibilità e/improcedibilità del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti per carenza e/o difetto assoluto di interesse, essendo stata Controinteressata S.L. già definitivamente esclusa dalla procedura selettiva);

2) error in iudicando; omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione alla reiezione dell'ulteriore eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità dell'impugnazione, per essere stata impugnata l'aggiudicazione definitiva con autonomo ricorso anziché con motivi aggiunti nel già instaurato giudizio);

3) error in iudicando; omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione all'aver il primo giudice ritenuta illegittima la partecipazione alla gara di RICORRENTE. S.A., reputando in violazione della lex specialis il deposito di alcuni allegati all'offerta tecnica e del certificato ISO 9001 in lingua non italiana);

4) error in iudicando; omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione alla parte in cui il primo giudice ha ritenuto che illegittimamente l'odierna appellante si era avvalsa della dimidiazione della cauzione provvisoria, avendo depositato il certificato ISO 9001 in lingua non italiana);

5) error in iudicando; omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione alla parte in cui il primo giudice ha ritenuto la carenza dell'impegno da parte dell'aggiudicatario alla prestazione secondaria concernente la formazione del personale addetto alla manutenzione e di quello di condotta del gestore del servizio per 600 ore);

6) error in iudicando; carenza assoluta di motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione alla declaratoria di inefficacia del contratto per intervenuto annullamento dell'aggiudicazione).

La società Controinteressata S.L., costituitasi, si è opposta all'accoglimento dell'appello argomentando diffusamente a sostegno della correttezza della sentenza impugnata e concludendo per la sua conferma.

Si è altresì costituita la Regione Autonoma della Sardegna, la quale invece si è associata alle doglianze di parte appellante, chiedendo la riforma della sentenza gravata e la reiezione del ricorso di primo grado.

II - Un secondo appello avverso la medesima sentenza è stato proposto dalla Regione Autonoma della Sardegna, la quale ha articolato i seguenti motivi di impugnazione, sostanzialmente sovrapponibili a quelli dell'appello di RICORRENTE. S.A.:

1) carenza, contraddittorietà e inadeguatezza della motivazione in ordine alle sollevate questioni di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso;

2) error in iudicando; carenza, contraddittorietà e inadeguatezza della motivazione in ordine al dichiarato eccesso di potere per violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 5 e 6 del Disciplinare;



3) irragionevole e carente motivazione in ordine all'inidoneità formale della certificazione ISO 9001 prodotta a consentire la dimidiazione della cauzione provvisoria;

4) error in iudicando; omessa insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in ordine alla ritenuta mancanza dell'impegno allo svolgimento di 600 ore di formazione;

5) error in iudicando; carenza assoluta di motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto per intervenuto annullamento dell'aggiudicazione.

Anche in questo giudizio, si è costituita la società Controinteressata S.L., opponendosi con ampie argomentazioni all'accoglimento dell'appello; al contrario, la società RICORRENTE. S.A. si è costituita per aderire all'appello dell'Amministrazione.

III - All'esito della camera di consiglio del 28 luglio 2010, riuniti gli appelli ai fini cautelari, questa Sezione ha accolto le domande incidentali di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

All'udienza del 7 dicembre 2010, entrambe le cause sono state introitate per la decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta anche nella presente sede di merito la riunione degli appelli in epigrafe, i quali si svolgono tra le stesse parti e si dirigono avverso la medesima sentenza del T.A.R. della Sardegna.

2. In particolare, il presente contenzioso concerne la gara indetta dalla Regione Autonoma della Sardegna per l'affidamento della fornitura di nr. 5 complessi diesel ad assetto variabile, con opzione per l'acquisto di ulteriori nr. 3 complessi, e di alcuni servizi complementari.

La società Controinteressata S.L., già esclusa dalla procedura selettiva, ne ha impugnato gli esiti dinanzi al T.A.R. della Sardegna, il quale ha pertanto annullato l'aggiudicazione disposta in favore della società Construcciones Y Auxiliar de Ricorrente (RICORRENTE.) S.A., nonché dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione con tale società.

Avverso tale decisione insorgono con gli appelli in epigrafe la RICORRENTE. S.A. e l'Amministrazione regionale, articolando una pluralità di motivi di impugnazione.

3. Gli appelli sono fondati e pertanto meritevoli di accoglimento.

4. Più specificamente, è fondato e assorbente il motivo con il quale entrambe le parti appellanti reiterano l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario, censurando le argomentazioni con le quali il giudice di prime cure ha ritenuto la permanenza di interesse all'impugnazione in capo a Controinteressata S.L., malgrado quest'ultima fosse stata esclusa dalla procedura per cui è causa con atto ormai definitivo (il ricorso proposto avverso l'esclusione essendo stato respinto dal medesimo T.A.R. sardo, con sentenza poi confermata da questo Consiglio di Stato).

4.1. Al riguardo, la Sezione ritiene che le affermazioni del primo giudice in ordine alla sussistenza in capo alla ricorrente di un interesse avente a oggetto la ripetizione della gara (la quale si era svolta solo fra due concorrenti) siano fondate - oltre che, come meglio appresso si dirà, su un fraintendimento delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza formatasi in tema di ordine di esame tra ricorso principale e

ricorso incidentale nei giudizi in materia di appalti pubblici – su un’eccessiva dilatazione della nota nozione di interesse “strumentale”, che non può essere condivisa in quanto suscettibile di aprire la via a una sorta di *legitimatio generalis*, non distinguibile dalla generica aspirazione di qualsiasi operatore del mercato alla rinnovazione *ex novo* di una procedura selettiva alla quale sia rimasto estraneo.

In buona sostanza, nella sentenza impugnata si assume che, proprio perché alla gara de qua hanno partecipato due soli concorrenti, l’interesse ad agire della ricorrente in primo grado si identificherebbe nell’interesse a partecipare alla nuova procedura selettiva che l’Amministrazione dovrà indire per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione; tuttavia, se è vero che tale interesse corrisponde a una sia pur generica “utilità” che la società odierna appellante si ripromette di conseguire, è però alquanto discutibile che esso sia idoneo a fondare l’esistenza di una situazione giuridica qualificata e differenziata rispetto alla posizione di *quisque de populo*.

Infatti, come già altrove la Sezione ha avuto modo di osservare, provare di essere in condizione di trarre dall’esito favorevole del giudizio un’utilità non significa per nulla provare di essere titolari di una posizione legittimante, la verifica della sussistenza di una posizione legittimante, ai fini del preliminare accertamento della ammissibilità del ricorso, essendo un’operazione che precede e per certi versi è indipendente dalla stima della utilità che il processo è in grado di assicurare (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, nr. 4545; id., 26 novembre 2009, nr. 7441).

Ciò che, quindi, va ben tenuto presente è lo stretto legame tra l’utilità che si vuole conseguire con il processo e la legittimazione del soggetto ricorrente, al fine di evitare che siano ammessi come parti processuali anche i portatori di un interesse di mero fatto.

4.2. Le considerazioni che precedono inducono a valutare con estrema attenzione le situazioni di fatto che, in concreto, possano giustificare la permanenza in capo al ricorrente di una pretesa partecipativa idonea a differenziarsi dal generico interesse di fatto di qualsiasi soggetto alla rinnovazione dell’attività amministrativa.

In particolare, può effettivamente parlarsi di un interesse “strumentale”, autonomo e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati, allorché l’annullamento richiesto dal ricorrente, ove effettivamente disposto in sede giurisdizionale, sia destinato con certezza e indefettibilmente - per legge o per effetto delle pregresse determinazioni della stessa Amministrazione - a produrre l’effetto di una rinnovazione del medesimo procedimento amministrativo già posto in essere, ovvero di una ripresa di esso a partire dal momento in cui si è verificato il vizio riscontrato dal giudice, e comunque tale iter procedimentale sia destinato a riguardare sempre e soltanto gli stessi soggetti che sono stati interessati al precedente procedimento.

Per questo, non si dubita dell’esistenza di un interesse autonomo e giuridicamente qualificato del concorrente escluso a impugnare la propria esclusione dalla gara, senza che questi sia tenuto a dimostrare che in caso di riammissione conseguirebbe certamente l’aggiudicazione (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, nr. 6507; id., 16 giugno 2009, nr. 3908).

Ben diversa è invece la situazione allorché, come nel caso di specie, la caducazione dell’intero procedimento restituisca integra alla p.a. la propria discrezionalità di determinazione in ordine all’an e al quomodo della propria futura azione: nel caso che qui interessa l’Amministrazione appellante ha evidenziato come, anche in caso di accoglimento della pretesa attorea, essa non sarebbe affatto tenuta a rinnovare la procedura di gara negli identici termini di cui al bando già pubblicato.

A ciò può aggiungersi, a fortiori, che ben potrebbe la Regione, altrettanto legittimamente, pubblicare un bando profondamente diverso da quello precedente, ovvero ricorrere a una tipologia di affidamento diversa rispetto allo schema già seguito della procedura aperta, o addirittura rinunciare all’affidamento (e, quindi, non indire alcuna nuova gara); ancora, all’ipotetica nuova procedura potrebbero partecipare anche operatori ulteriori e diversi rispetto a quelli che sono parte del presente giudizio, con ciò confermando che si tratterebbe di procedura del tutto nuova ed autonoma, rispetto alla quale la posizione delle imprese coinvolte nel presente giudizio non sarebbe in alcun modo distinguibile da quella degli altri operatori presenti sul mercato.

Né può affermarsi, evidentemente, che un siffatto generico interesse possa dirsi “individualizzato”, e quindi differenziato rispetto a quello di altri operatori del settore, per il solo fatto che uno di essi abbia partecipato a una precedente procedura - poi annullata - avente a oggetto il medesimo appalto.

4.3. A fronte dei rilievi che precedono, appaiono impropri gli ampi richiami giurisprudenziali sulla scorta dei quali il primo giudice e l’odierna appellante assumono la correttezza della conclusione raggiunta in ordine alla sussistenza nella specie dell’interesse a ricorrere, sotto il divisato profilo della pretesa “strumentale” o partecipativa.

Ed invero, come già accennato, la giurisprudenza così invocata è per lo più quella relativa all’ordine di trattazione dei ricorsi in caso di ricorso principale e ricorso incidentale con i quali gli unici due concorrenti in gara tendano a escludersi reciprocamente dalla procedura (questione culminata nella nota decisione dell’Adunanza Plenaria nr. 11 del 10 novembre 2008).

Orbene, non v’è chi non colga la profonda diversità tra la situazione di fatto qui all’esame e quella cui la richiamata giurisprudenza si riferisce: infatti, i ricorrenti principale e incidentale sono comunque due concorrenti attualmente in gara, ciascuno dei quali mira a escludere l’altro dalla procedura, di tal che - in considerazione anche di delicati problemi processuali, involgenti l’ordine di esame delle questioni e il principio di parità delle parti - effettivamente si è in presenza di due situazioni giuridiche egualmente meritevoli di tutela, al punto da imporre una valorizzazione dei rispettivi interessi partecipativi (in altri termini, atteso che la fondatezza di entrambi i ricorsi comporterebbe l’esclusione di tutti i concorrenti in gara, può astrattamente porsi il problema dell’interesse delle parti alle successive determinazioni della stazione appaltante).

Del tutto diverso è il caso in cui siffatta parità di posizioni non vi sia, perché uno dei due concorrenti risulti già legittimamente escluso dalla procedura: in questo caso, egli ha palesemente perduto il titolo legittimante qualsiasi doglianza in ordine al successivo svolgimento della procedura, né tale titolo può rinvenirsi in una generica aspettativa rispetto agli ipotetici ed eventuali accadimenti successivi all’auspicato annullamento della gara.

4.4. In conclusione, va ribadito l'indirizzo più volte espresso da questo Consesso in relazione alla sufficienza dell'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenerne la riedizione: nel senso che tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che esso, per effetto dell'esclusione, è privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali; ed invero il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2010, nr. 3889; id., 29 dicembre 2009, nr. 8969; Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, nr. 7443; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, nr. 5261).

5. I rilievi che precedono, comportando la declaratoria di inammissibilità dell'originario ricorso e dei motivi aggiunti, esonerano la Sezione dall'esame delle doglianze articolate dalle parti appellanti con gli ulteriori mezzi d'impugnazione.

6. Le spese di entrambi i gradi del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate equitativamente in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), riuniti gli appelli in epigrafe, definitivamente pronunciando su di essi, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibili il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti.

Condanna l'appellata Controinteressata S.L. al pagamento, in parti eguali in favore delle appellanti

Construcciones y Auxiliar de Ricorrente S.A. e Regione Autonoma della Sardegna, delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida in complessivi euro 14.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

Raffaele Greco, \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/non-si-dubita-dell-esistenza-di-un-interesse-autonomo-e-giuridicamente-qualificato-d-el-concorrente-escluso-a-impugnare-la-propria-esclusione-dalla-gara-senza-che-questi-sia-tenuto-a-dimostrare-che-in/>