

Oggettivo impedimento alla partecipazione ed interesse al ricorso (Cons. di Stato N. 00550/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso

la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela

In questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta). Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

Una eccezionale deroga al principio testé annunciato, sempre come precisato dall'Adunanza Plenaria, può peraltro rinvenirsi nella ipotesi dell'operatore del settore a cui sia oggettivamente impedita la partecipazione alla procedura selettiva, in virtù di una specifica clausola direttamente ed immediatamente escludente del bando.

In tali circostanze, infatti, la certezza del pregiudizio determinato dal bando rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione

Passaggio tratto dalla decisione numero 550 del 2 febbraio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

Senonché, nella specie, non è oggettivamente ravvisabile una siffatta circostanza.

Infatti, come affermato dallo stesso ricorrente, il bando sarebbe illegittimo per due diverse ragioni.

“In primo luogo, l’art. 21 del C. S. A. prevede la possibilità di attribuire fino ad un max. di 5 punti per il possesso di certificazioni attinenti il servizio messo in appalto espletato in altri Comuni superiori a 20.000 abitanti e fino ad un max. di 3 punti al possesso di certificazione ambientale ISO 14001 :2004- Registrazione EMAS.

In secondo luogo, l’art. 12 del medesimo Capitolato stabilisce testualmente che ciascun concorrente: dovrà presentare in sede di gara apposita dichiarazione rilasciata dal costruttore dei parcometri di corrispondenza degli apparecchi prodotti ai requisiti minimi di cui alle caratteristiche

tecniche”.

Per cui, sempre come affermato in ricorso, “il primo fa sì che nell’ individuazione del punteggio vengano presi in considerazione elementi che attengono alle caratteristiche soggettive del

concorrente e non, invece, all’offerta contrattuale; il secondo, invece, condiziona la possibilità di prendere parte alla gara non ad una caratteristica oggettiva del bene da fornire quanto alla disponibilità di un soggetto estraneo al procedimento (nel caso di specie il produttore dei parcometri) a rilasciare una dichiarazione di conformità ad un suo cliente”.

Tali clausole, in tutta evidenza, non impedivano oggettivamente la partecipazione della ricorrente alla procedura selettiva, non avendo natura direttamente ed immediatamente escludente.

A prescindere dalla loro asserita illegittimità, infatti, la prima attiene al meccanismo di attribuzione del punteggio, senza quindi incidere minimamente sui requisiti di partecipazione.

La seconda, del pari, attiene alla dichiarazione da rendere da parte del costruttore dei parcometri di corrispondenza degli apparecchi ai requisiti minimi di cui alle caratteristiche tecniche descritte nel Capitolato d'appalto, senza quindi impedire di per sé in via diretta ed immediata la partecipazione alla procedura selettiva.

Laddove, infatti, la Ricorrente non fosse stata in grado di ottenere la certificazione richiesta per oggettive ragioni indipendenti dalla sua volontà (asseritamente per rifiuto immotivato della ALFA ritenuto l'unico costruttore cui potersi riferire), ben avrebbe potuto rappresentare tale evenienza alla stazione appaltante in sede di partecipazione alla gara, ed impugnare successivamente la sua eventuale esclusione dalla gara stessa per tale motivo.

In buona sostanza, a prescindere dalla sua legittimità, la clausola in questione non impediva in modo oggettivo, diretto ed immediato la partecipazione della Ricorrente alla gara potendo determinare, al più ed in via mediata, la sua successiva esclusione dalla gara stessa.

Non v'è dubbio, pertanto, che la Ricorrente avesse l'onere di partecipare alla gara, al fine di poter utilmente contestare le clausole del bando ritenute lesive dei propri legittimi interessi.

Del tutto correttamente, di conseguenza, il primo giudice ha dichiarato inammissibile il ricorso da questa proposto, rilevando "che il nostro ordinamento non consente forme di tutela dirette alla mera attuazione

dell'interesse oggettivo alla legittimità dell'azione amministrativa, per cui la proponibilità dell'azione è correlata all'esistenza di una posizione qualificata e differenziata rispetto a quella astrattamente riconoscibile alla generalità dei consociati, in mancanza della quale il cittadino che si ritenga leso dall'attività dell'amministrazione non si colloca in una posizione diversa da quella del quisque de populo; che, pertanto, solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'impresa assume una posizione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte operanti nel mondo economico, conseguendo la titolarità di un interesse legittimo giudizialmente tutelato, che l'abilita a sindacare la legittimità del bando della gara, alla quale ha dimostrato in concreto di voler prendere parte”

<https://www.diritto.it/oggettivo-impedimento-alla-partecipazione-ed-interesse-al-ricorso-cons-di-stato-n-005502012/>