

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/09/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38617-legittimazione-a-ricorrere-anche-al-non-partecipante-alla-gara-ma-solo-in-tre-specifiche-ipotesi>

Autore: Lazzini Sonia

Legittimazione a ricorrere anche al non partecipante alla gara, ma solo in tre specifiche ipotesi

Consiglio di Stato decisione numero 1242 del 25 marzo 2016

condizione essenziale per poter contestare in sede giudiziaria la determinazione negativa della stazione appaltante e per essa della commissione di gara nella nuova gara, è l'avvenuta presentazione nei termini fissati dal bando o dalla lettera d'invito della domanda di partecipazione

sonia lazzini

Nel caso di specie, l'appellante ricorrente Costruzioni s.r.l. non ha partecipato alla gara e, quindi, non ha alcun interesse giuridicamente rilevante a censurarne l'esito al fine di ottenerne la ripetizione, in quanto titolare di un mero interesse di fatto (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

Il principio sopra esposto, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria, può essere derogato riconoscendo la legittimazione a ricorrere anche al non partecipante alla gara, ma solo in tre specifiche ipotesi:

- Quando, a prescindere, dalla partecipazione alla stessa, il ricorrente abbia specificatamente impugnato la scelta dell'amministrazione di indire la gara;
- Quando il ricorrente non abbia potuto partecipare alla gara per mancanza della stessa in quanto l'Amministrazione ha proceduto ad affidamento diretto;
- Infine, quando il bando di gara contenga clausole escludenti per il ricorrente.

Nessuna di dette ipotesi è ricorrente nel caso in esame, con la conseguenza che deve confermarsi l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 1242 del 25 marzo 2016

N. 01242/2016REG.PROV.COLL.

N. 06133/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che, previa **gara** ad evidenza pubblica, l'appellato Consorzio della Bonifica di Burana, in attuazione dell'ordinanza del Presidente della Regione Emilia Romagna 3.7.2013, n. 77, riferita agli eventi sismici del maggio 2012, aveva affidato, con contratto in data 14.2.2014, alla società appellante ricorrente Costruzioni S.r.l. la realizzazione dell'impianto irriguo Sabbioncello di via Sabbioncello n. 10.

Successivamente, in data 3.7.2014, con provvedimento prot. n. 30717/Area 1/Antimafia, il Prefetto della Provincia di Modena aveva adottato un'Informazione Interdittiva Antimafia ex artt. 84, comma 4, e art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159-2011, nei confronti dell'appellante ricorrente Costruzioni S.r.l. per tentativo di infiltrazioni mafiose.

In base a detto provvedimento della Prefettura di Modena, il Consorzio Bonifica di Burana, in ottemperanza all'art. 92, comma 3 e comma 4, d.lgs. n. 159-2011, nel rispetto dell'art. 3.3 (controlli antimafia) delle Linee Guida Antimafia dettate dal Ministero dell'Interno, Comitato di Coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, aveva risolto il predetto contratto d'appalto sottoscritto con la società appellante ricorrente Costruzioni.

Successivamente, l'Amministrazione ha indetto una nuova **gara** ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei lavori sopra indicati, con Deliberazione 22.7.2014, n. 224, lavori che venivano aggiudicati in via definitiva alla società Idraulica Fratelli controinteressata S.r.l., odierni appellati.

Nel contempo, il Gruppo Interforze aveva ritenuto, alla luce della richiesta di riesame inoltrata dal titolare dell'impresa ricorrente Costruzioni s.r.l., in considerazione di sopravvenute circostanze

favorevolmente valutate, non più sussistente il pericolo di condizionamento da parte della criminalità organizzata nei confronti della ricorrente Costruzioni s.r.l. e, pertanto, il Prefetto della Provincia di Modena in data 5.9.2014 provvedeva alla revoca della misura Interdittiva e all'iscrizione della società ricorrente Costruzioni s.r.l. nella cosiddetta White List.

L'appellante ricorrente Costruzioni s.r.l. impugnava quindi l'aggiudicazione definitiva di questa nuova **gara**, instaurando codesto giudizio, al concreto esame del Collegio.

2. Il Collegio rileva che l'appellante si è limitata ad impugnare l'aggiudicazione definitiva della **gara** (Deliberazione del 30.10.2014, n. 359-2014), non impugnando alcun atto presupposto e immediatamente lesivo della sua posizione giuridica, segnatamente la scelta dell'Amministrazione di indire una nuova **gara**, assunta con la Deliberazione 22.7.2014, n. 224 e limitandosi a riportare, nell'oggetto della domanda, una mera clausola di stile "nonché, occorrendo, degli atti presupposti e/o precedenti non ancora cognitivi, essendone negato l'accesso".

La giurisprudenza ha da tempo affermato che l'utilizzo di formule di stile come quelle utilizzate, nonché di formule analoghe, non sono utili ad estendere l'impugnazione nei confronti di atti non specificamente indicati in epigrafe (gli atti presupposti), quale appunto la deliberazione di indizione della nuova **gara** 22.7.2014, n. 224.

Infatti, già ai sensi della previgente norma sancita dall'art. 6, r.d. n. 642-1907 e oggi, *ratione temporis*, dall'art. 40 c.p.a., come interpretato dalla costante giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2417; sez. III, 14 gennaio 2014 n. 101; sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2960; sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6012), nel processo amministrativo l'individuazione degli atti impugnati deve essere operata non con riferimento alla sola epigrafe, bensì in relazione all'effettiva volontà del ricorrente, quale è desumibile dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure dedotte sicché è possibile ritenere che sono oggetto di impugnativa tutti gli atti che, seppure non espressamente indicati tra quelli impugnati ed indipendentemente dalla loro menzione in epigrafe, costituiscono senz'altro oggetto delle doglianze di parte ricorrente in base ai contenuti dell'atto di ricorso; il generico richiamo, nell'epigrafe del ricorso, alla richiesta di annullamento degli atti presupposti, connessi e conseguenti, o la mera citazione di un atto nel corpo del ricorso stesso non sono sufficienti a radicare l'impugnazione, in quanto i provvedimenti impugnati devono essere puntualmente inseriti nell'oggetto della domanda ed a questi devono essere direttamente collegate le specifiche censure; ciò perché solo l'inequivoca indicazione del *petitum* dell'azione di annullamento consente alle controparti la piena esplicazione del loro diritto di difesa.

Nel caso in esame, dal ricorso non si evince in alcun modo, chiaramente ed inequivocabilmente, che parte appellante abbia inteso contestare la decisione di indire la nuova **gara** con la conseguenza che, mancando l'impugnativa del relativo provvedimento (citata Deliberazione 22.7.2014, n. 224), il ricorso di primo grado non può che dichiararsi inammissibile.

Infatti, nel processo amministrativo, ove sussista un rapporto di presupposizione tra atti, l'omessa o tardiva impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale, ove non emerga la deduzione di vizi propri che possano connotare un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6012).

3. Atteso che l'espressione utilizzata dalla difesa avversaria per la sua genericità di formulazione è pertanto inidonea a ricomprendere nell'oggetto del ricorso anche gli atti non espressamente

menzionati e censurati, quale appunto l'atto presupposto ovvero la Deliberazione 22.7.2014, n. 224 di scelta dell'Amministrazione di indire una nuova **gara**, si deve rilevare, come è noto, che condizione essenziale per poter contestare in sede giudiziaria la determinazione negativa della stazione appaltante e per essa della commissione di **gara** nella nuova **gara**, è l'avvenuta presentazione nei termini fissati dal bando o dalla lettera d'invito della domanda di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

Nel caso di specie, l'appellante ricorrente Costruzioni s.r.l. non ha partecipato alla **gara** e, quindi, non ha alcun interesse giuridicamente rilevante a censurarne l'esito al fine di ottenerne la ripetizione, in quanto titolare di un mero interesse di fatto (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

Il principio sopra esposto, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria, può essere derogato riconoscendo la legittimazione a ricorrere anche al non partecipante alla **gara**, ma solo in tre specifiche ipotesi:

- Quando, a prescindere, dalla partecipazione alla stessa, il ricorrente abbia specificatamente impugnato la scelta dell'amministrazione di indire la **gara**;
- Quando il ricorrente non abbia potuto partecipare alla **gara** per mancanza della stessa in quanto l'Amministrazione ha proceduto ad affidamento diretto;
- Infine, quando il bando di **gara** contenga clausole escludenti per il ricorrente.

Nessuna di dette ipotesi è ricorrente nel caso in esame, con la conseguenza che deve confermarsi l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

4. In ogni caso, le censure riproposte nell'odierno atto d'appello avverso gli atti impugnati sono del tutto infondate.

Infatti, la Stazione Appaltante ha risolto il contratto con l'Impresa ricorrente Costruzioni s.r.l. in maniera del tutto legittima a seguito del verificarsi di eventi che, incontestabilmente, integravano cause di risoluzione del contratto, come nella specie il sopraggiungere, nel corso del rapporto contrattuale, del provvedimento Interdittivo Informativo Antimafia della Prefettura di Modena a carico della ricorrente Costruzioni.

In primo luogo, parte appellante pare dolersi non dell'indizione della nuova **gara**, che come detto, non è stata oggetto di alcuna impugnazione, o della risoluzione del contratto a causa del provvedimento Informativo Interdittivo Antimafia, ma esclusivamente dell'eventuale mancato pagamento, da parte della Stazione Appaltante, delle lavorazioni eseguite e del rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione, nei limiti delle utilità conseguite dall'Amministrazione, petitum che attenendo all'esecuzione del contratto, non rientra nella, giurisdizione del giudice adito.

In secondo luogo, l'appellante afferma la natura non vincolata, ma discrezionale del potere di risoluzione/recesso esercitato dal Consorzio di Burana al ricevimento dell'Informativa Interdittiva Antimafia della Prefettura di Modena, affermazione del tutto confutata da un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 9 settembre 2013, n. 4467 e sez. V, 3 ottobre 2005, n. 5247), atteso in particolare che la Stazione appaltante non ha facoltà di sindacare il contenuto dell'Informativa prefettizia, poiché è al Prefetto che la legge demanda in via esclusiva la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in

quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),
definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 2000,00 ciascuno, oltre accessori di legge, a favore del Consorzio e del controinteressato costituiti in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/03/2016

IL SEGRETARIO

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