



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10577 del 2010, proposto da:
Smeda S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Guido Rodio,
con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria,
2;

contro

Demolizioni Industriali, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo
Dell'Anno, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via
Umberto Saba, 54 Sc. C;

nei confronti di

Comune di Pignataro Interamna, rappresentato e difeso dall'avv.
Sandro Salera, con domicilio eletto presso l'avv. Rosalba Genovese
in Roma, v.le Ippocrate, 92;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA:
SEZIONE I n. 01889/2010, resa tra le parti, concernente
l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza di una ex discarica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Demolizioni Industriali e di
Comune di Pignataro Interamna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il Cons.
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati
Molfetta, per delega dell'Avvocato Rodio, Lentini, per delega
dell'Avvocato Dell'Anno, e Genovese, per delega dell'Avvocato
Salera;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Latina, con la
sentenza n. 1889 del 16 novembre 2010, ha accolto il ricorso
proposto dall'odierna parte appellata Demolizioni Industriali s.r.l. e,
per l'effetto, ha annullato la determinazione n. 187 del 22 ottobre
2009 del responsabile LL.PP. del Comune di Pignataro Interamna, il
bando di gara prot. n. 14906 del 2 novembre 2009, il disciplinare di
gara e i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva,
concernenti la procedura d'appalto per i lavori di messa in sicurezza
d'emergenza e di caratterizzazione dell'ex discarica in località

Falciano; messa in sicurezza di emergenza mediante rimozione dei rifiuti ammassati in superficie – 1° lotto funzionale.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, preliminarmente, l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, in relazione alla circostanza che la ricorrente in primo grado era stata esclusa dalla gara e, con il ricorso, neppure ha contestato la legittimità di tale esclusione.

Secondo il TAR, poiché le censure del ricorrente implicano l'esclusione di tutti i concorrenti ovvero la caducazione dell'intera gara, non sarebbe necessaria la previa impugnazione della propria esclusione.

Nel merito, il TAR rilevava come indubbio che i lavori di cui all'appalto descritto fossero riconducibili alla previsione dell'articolo 212, comma 5, del Codice ambiente, per l'esecuzione dei quali è indispensabile l'iscrizione al registro dei gestori dei beni ambientali; essendo sussumibili nella nozione di bonifica ambientale dell'articolo 212, comma 5, del Codice ambiente e dell'articolo 8 del D.M. 28 aprile 1998, n. 406.

Pertanto, per il TAR, il mancato inserimento nel bando della clausola che imponesse, quale requisito di ammissione alla procedura, tale iscrizione costituisce un vizio di legittimità di esso; né potrebbe opporsi, sempre per il TAR, che tale requisito rilevi a valle, quale requisito di esecuzione, poiché questa tesi appare illogica, dato che nessun senso ha la partecipazione alla gara di chi non è in grado di

eseguire i lavori.

Peraltro, osserva conclusivamente il TAR, l'aggiudicataria è iscritta all'albo dei gestori ambientali per la categoria 9 solo per la classe 4; ciò la abilita a lavori sino a euro 413.165,52 a fronte di un importo complessivo dell'appalto di 836.768,66, di cui 53.000,00 di oneri per la sicurezza.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si costituivano la società controinteressata e il Comune chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 17 aprile 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato, con specifico riferimento al profilo dell'inammissibilità del ricorso in primo grado, la cui eccezione è stata disattesa dal TAR.

Il Collegio deve, in proposito, richiamare la nota sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4, secondo la quale la legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato.

Al contrario, in sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica,

indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante né risulta idonea a determinare, da sola, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso.

In sostanza, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il soggetto contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure l'operatore economico "di settore" contesti un "affidamento diretto" o senza gara, oppure venga contestata una clausola del bando "escludente", in relazione all'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Al di fuori di tali ipotesi tassative, resta fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti 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).

Quale corollario a tale premessa teorica, l'Adunanza Plenaria ha evidenziato che la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso.

La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva.

Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

Nel caso di specie, il ricorrente in primo grado è stato destinatario di un provvedimento di esclusione in quanto non aveva presentato il documento di riconoscimento nella busta dell'offerta.

Tale provvedimento di esclusione non è stato impugnato ed è, dunque, divenuto definitivo, privandolo della legittimazione ad impugnare l'esito conclusivo della gara, anche laddove si faccia valere, come nella specie, un vizio tale da determinare, in astratto, la caducazione completa e l'eventuale successiva riedizione.

L'Adunanza Plenaria citata, infatti, non ha condiviso in radice l'orientamento, definito "estremo", e sostenuto da una parte della giurisprudenza precedente, secondo la quale persino il concorrente definitivamente escluso sarebbe legittimato a proporre una domanda

di annullamento dell'intera procedura.

Con riguardo all'opinione più radicale, nel caso in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara il concorrente, quest'ultimo non ha, come detto, la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità dell'esclusione.

Infatti, la determinazione di esclusione, non impugnata o non annullata, cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente, ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara.

Almeno a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, IV, 23 gennaio 1986, n. 57, si è chiarito, infatti, che “il concorrente legittimamente escluso per inidoneità non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia partecipato e si riprometta di partecipare alla seconda”.

L'esclusione, infatti, ha eliminato, in radice il titolo di partecipazione su cui si fondava la legittimazione al ricorso e il fatto che la precedente domanda di partecipazione abbia dimostrato l'esistenza di una maggiore attenzione dell'impresa verso l'affidamento contestato non è sufficiente per radicare la legittimazione al ricorso.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado.

Tale decisione esime il Collegio dall'esaminare gli ulteriori motivi d'appello.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso.

Compensa, tra le parti, le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2012

IL SEGRETARIO

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