



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4248 del 2012, proposto da:

Impresa Assisi Strade Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Silvano De Angelis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Terrazza, in Roma, piazza Adriana, 15;

contro

ATER - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Monica Viarengo, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Ente, in Roma, via Fulceri Paulucci de' Calboli, 20 E;

per l'annullamento

del bando di gara a procedura aperta, pubblicato sulla GURI n. 46 del 20.4.2012, dell'Azienda Territoriale Edilizia Residenziale Pubblica (ATER) di Roma, avente ad oggetto: "Lavori di manutenzione e servizi di pronto intervento da eseguire in immobili di proprietà e/o in gestione dell'ATER del Comune di Roma nel periodo 2012-2014", (lotto di appalto n. 1: Ufficio RM2 – Cod. Cig. AVCP 4142199ABD codice CUP G85112000050005 – Importo a base di appalto euro 6.363.721,12 di cui euro 5.394.292,54 lavori a misura e euro 969.428,58 servizi canonici a misura – Codice Aziendale Gara MO 2012 02 SMO 1; lotto di appalto n. 2: Ufficio RM1 – Cod. Cig. AVCP 4142340F17 codice CUP G85I12000060005 – Importo a base di appalto euro 5.661.703,26 di cui euro 4.695.883,68 per lavori a misura e euro 965.819,58 servizi canonici a misura – Codice Aziendale Gara MO 2012 02 SMO 2; lotto di appalto n. 3: Ufficio RM3 – Cod. Cig. AVCP 41422379F46 codice CUP G88C12000030005 – Importo a base di appalto euro 5.461.986,12 di cui euro 4.497.201,54 lavori a misura e euro 964.784,58 servizi canonici a misura – Codice Aziendale Gara MO 2012 02 SMO 3);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ATER - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica di Roma;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1965 del 5.6.2012 di reiezione dell'istanza cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il cons. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, Impresa Assisi srl, ha impugnato, con il ricorso in epigrafe, il bando della gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 46 del 20.4.2012 avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di manutenzione e servizi di pronto intervento da eseguire in immobili di proprietà e/o in gestione della Stazione appaltante ATER del Comune di Roma nel periodo 2012-2014 (Lotti di Appalto n. 1, n. 2 e n. 3).

L'istante ha chiesto l'annullamento della lex di gara predetta assumendone l'illegittimità, con quattro motivi di gravame, per violazione dell'art. 83, co. 1 e co. 5, del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 53 della Direttiva CE 2004/18, dell'art. 120 e dell'Allegato G del DPR n. 207/2011, nonché dell'art. 97 Cost., e tutto ciò per commistione di elementi qualitativi e quantitativi dell'offerta surrettiziamente concretanti gara al massimo ribasso (benché indetta ai sensi dell'art. 83 del Codice dei Contratti), per utilizzazione, tra i criteri qualitativi, di elementi in realtà costituenti requisiti di partecipazione e riguardanti la fase di valutazione soggettiva, per indeterminatezza di criteri (e mancanza di una griglia) di attribuzione dei punteggi, per anomala previsione di un'offerta con due ribassi percentuali, uno per i lavori e l'altro per i servizi, per mancata indicazione del tipo di progetto posto a base di gara (se definitivo o preliminare) e in ogni caso per indicazione di punteggi per la qualità dell'offerta complessivamente inferiori a 65.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio e ha controdedotto ex adverso, mentre la ricorrente ha insistito nei propri assunti con memoria depositata il 22.10.2012.

Premesso quanto sopra, rileva il Collegio che il proposto ricorso è inammissibile, per i motivi seguenti.

Anche a prescindere invero dall'approfondimento dell'eventuale rilievo preclusivo determinato dalla circostanza che la gara (secondo quanto emerso in sede di discussione in pubblica udienza) è stata ormai definitivamente espletata, senza ulteriori impugnative dei relativi provvedimenti da parte della ricorrente e senza estensione del contraddittorio nei riguardi di soggetti aggiudicatari (cfr. peraltro sulla tematica del "contro interessato sopravvenuto" TAR Genova n. 938/2011 e , per l'effetto direttamente caducante degli atti successivi determinato dall'impugnativa del bando gara, CdS, V, n. 1463/2011), sta di fatto che il provvedimento in questione è stato nella specie contestato in assenza di elementi da esso rivenienti comportanti, per l'istante, sicura, autonoma e diretta lesività.

Al riguardo, in effetti, anche alla luce della pronunzia della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, in base alla quale "salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva", va ribadito che ".. deve essere tenuta rigorosamente ferma la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso) anche prescindendo dal carattere finale e strumentale di tale vantaggio. In altri termini, ai fini della legittimazione al ricorso, l'asserito valore sintomatico derivante dal riscontro fattuale della utilità pratica della decisione di accoglimento presenta un risalto del tutto marginale, in assenza di ulteriori dati significativi".

Di talché, secondo la Adunanza Plenaria, le uniche eccezioni in base alle quali sia possibile riconoscere la legittimazione a impugnare una procedura di affidamento anche da parte di un soggetto che non ha partecipato a tale procedimento, sono esclusivamente le seguenti: a) il soggetto che non ha partecipato alla gara contesta in radice la scelta di indizione della procedura; b) l'operatore economico di settore contesta un affidamento diretto o senza gara; c) l'operatore manifesta la intenzione di impugnare una clausola del bando escludente in relazione alla

illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione (in termini vedi anche CdS, III, n. 5261/2011).

Ebbene, la ricorrente, com'è pacifico in punto di fatto, non ha presentato domanda di partecipazione alla gara di cui trattasi e non rientra in alcuna delle tre ipotesi sopra descritte. Sicuramente non rientra nelle prime due, ma nemmeno nella terza di esse, dal momento che il bando non poteva plausibilmente essere considerato, ex ante, di portata sostanzialmente e sicuramente "escludente" nei riguardi della società interessata.

In proposito, occorre del resto ribadire, in armonia con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, come la regola per cui le clausole dei bandi di gara che prevedono requisiti e modalità di partecipazione sono immediatamente lesive e devono essere impugnate immediatamente dai soggetti interessati, senza attendere l'adozione di appositi provvedimenti di esclusione del concorrente, presuppone che le disposizioni del bando siano assolutamente chiare ed univoche nel loro contenuto precettivo e non richiedano alcuna significativa attività interpretativa né da parte dei destinatari del bando, né degli organi dell'amministrazione che ne debbano fare applicazione. (Consiglio Stato, sez. V, 07 novembre 2007, n. 5776). Nella specie le clausole censurate non precludevano la partecipazione alla gara della società ricorrente. Esse pertanto non erano produttive, di per sé, di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma avrebbero determinato, al più, con la loro applicazione, ove sfavorevole alla ricorrente, se questa avesse partecipato alla gara, soltanto un pregiudizio eventuale, futuro e incerto, per il caso appunto di mancata aggiudicazione.

Né si trattava di clausole subito impugnabili perché volte ad imporre all'interessata ai fini della partecipazione condizioni manifestamente incomprensibili o irrazionali o implicanti oneri partecipativi del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale. Che di ciò non si trattasse, d'altra parte, emerge all'evidenza oltre che dalla piana lettura degli atti di gara e dalle analitiche difese dell'Amministrazione, dalla stessa circostanza, cui si è già sopra fatto cenno, che la gara stessa, secondo quanto è stato (sebbene genericamente) rappresentato in pubblica udienza, pare essersi comunque utilmente conclusa per la stazione appaltante con l'affidamento dell'appalto.

In questa prospettiva, trova quindi conferma, nel caso di cui trattasi, il tradizionale orientamento per cui il bando di gara, o la lettera di invito, sono normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, in assenza di clausole impeditive dell'ammissione del potenziale concorrente alla selezione. In assenza di tali clausole, subito lesive in quanto immediatamente conformanti in termini negativi la posizione del soggetto interessato (e per il quale, dunque, in una situazione del genere, la partecipazione alla gara sarebbe inutile e non potrebbe che portare ad esiti espulsivi o negativi assolutamente prevedibili ed applicativi), il ricorso alla tutela giurisdizionale deve essere rinviato (anche per ciò che attiene alla contestazione della *lex specialis*) all'impugnativa dell'atto conclusivo della procedura ed applicativo del bando stesso.

Nello specifico, certamente non erano immediatamente lesive (a tal punto da rendere inutile ogni possibilità di partecipazione) le modalità di determinazione dei criteri di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che la *lex specialis* peraltro analiticamente specifica) o l'asserita commistione di elementi valutativi dell'offerta sul piano qualitativo con elementi riguardanti le capacità soggettive dei concorrenti (in proposito, nei termini della non immediata impugnabilità del bando per casi del genere, vedi del resto CdS, VI, n. 3740/2010) o, ancora, le connotazioni del progetto e la ripartizione di punti tra elementi qualitativi e quantitativi dell'offerta (sul punto peraltro l'Amministrazione replica con assunti prima facie affatto peregrini), ovvero ancora la determinazione delle modalità dell'offerta con presentazione di ribassi distinti per lavori e per servizi (avendo peraltro in proposito chiarito, la P.A. in sede difensiva, la confluenza, alla stregua di specifiche disposizioni di bando, dei due ribassi in un unico dato numerico).

In definitiva l'Amministrazione, a fronte di un appalto, come quello di cui trattasi, comportante prestazioni

richiedenti celerità ed affidabilità di interventi, si è sicuramente premunita con predisposizioni di regole e requisiti partecipativi rigorosi, e tuttavia, tali elementi, in quanto non automaticamente preclusivi di partecipazione per l'odierna ricorrente, avrebbero bensì potuto essere censurati da quest'ultima, ma solo all'esito di una partecipazione alla gara stessa che si fosse conclusa sfavorevolmente per la medesima società istante.

Alla stregua delle esposte considerazioni, il proposto ricorso deve essere dunque dichiarato inammissibile, per difetto di lesività immediata dell'atto impugnato, mentre le spese di giudizio, che seguono la soccombenza, sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, come da motivazione.

Condanna la ricorrente a pagare euro 1.500,00 (millecinquecento,00) a titolo di spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2012

IL SEGRETARIO

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