

Il Giudice Amministrativo, in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie, aventi ad oggetto selezioni pubbliche per la scelta del contraente dell'Amministrazione, non può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva, le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendo dichiarare inammissibile il gravame laddove, in esito ad una verifica a priori, risulti che la parte ricorrente non sarebbe aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso; con la conseguenza che sarebbe inammissibile per carenza d'interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica ove non emerga che l'impresa ricorrente risulterebbe aggiudicataria, in caso di accoglimento del gravame

merita di essere segnalato il seguente pensiero espresso dal Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 5681 del 25 maggio 2007:

< conclusasi la gara di appalto con esito sfavorevole alla ricorrente, non vi sia più un interesse idoneo a sorreggerne il ricorso >

specialmente nel caso in cui:

< la gara, cui ha partecipato la ricorrente, è stata aggiudicata mediante il criterio del massimo ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara, vale a dire mediante un meccanismo di natura matematica e/o automatica di selezione dell'offerta migliore.

In questo contesto, una particolare attenzione deve essere focalizzata sull'esistenza (ovvero sulla persistenza) di un interesse concreto ed attuale a ricorrere.>

Ma vi è di più

< Applicando i criteri ermeneutici delineati alla fattispecie concreta, ne deriva che la società ricorrente, in virtù della posizione di particolare conoscenza della propria offerta, è onerata di assumere l'esistenza del proprio interesse a ricorrere – consistente nella possibilità di risultare aggiudicataria, a seguito della ripetizione della gara – nonché di allegare il fatto dimostrativo di detto interesse (cioè l'aver presentato un'offerta che, per il suo coefficiente percentuale, qualora inclusa nel circuito, assolutamente vincolato, delle operazioni aritmetiche che la commissione aggiudicatrice ha svolto e che sarebbe tenuta a rifare in caso di accoglimento del gravame, condurrebbe all'aggiudicazione in suo favore dell'appalto).>

in altri termini è importante riflettere sul fatto che:

<è da escludere che un candidato abbia un interesse giuridicamente rilevante ad impugnare la propria esclusione, qualora l'invocata riammissione in gara non comporti alcun concreto beneficio per il ricorrente, ma determini l'aggiudicazione in favore di un terzo >

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE  
AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA CAMPANIA – NAPOLI PRIMA SEZIONE

Primo Ref., rel. ed est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3947/2006, proposto da:

- E. \* S.R.L.

- MINISTERO DELL'INTERNO

in persona del Ministro – legale rappresentante p. t.

- UFFICIO TERRITORIALE DEL GOVERNO – PREFETTURA DI BENEVENTO

in persona del Prefetto – legale rappresentante p. t.

- della nota riservata amministrativa della Prefettura di Benevento, prot. n. 24432/Area I/9.B.4/1/Ant. del 25.10.05, di contenuto ignoto, con la quale la Prefettura ha informato la Provincia di Benevento della sussistenza, a carico della ricorrente, di presunti elementi di fatto, ritenuti rilevanti ai fini antimafia,

- della successiva determinazione prot. n. 320/06 del 10.03.06, della Provincia di Benevento, trasmessa alla ricorrente in data 27.03.06, con la quale è stata disposta l'esclusione di quest'ultima dal prosieguo delle procedure di gara, relative all'aggiudicazione dei lavori di: 1) "Ammodernamento della S. P. ex S. S. 369 – Fortorina – I lotto: Tratto S. Bartolomeo in G. – Ponte Sette Luci";

- di tutti gli atti e provvedimenti ad essi preordinati, connessi e consequenziali, ed in particolare della comunicazione d'avvio del procedimento, di cui alla nota prot. n. 14944/S. I. del 22.11.05, della nota prot. n. 1413 del 6.02.06 del Settore Avvocatura Provinciale, nonché del Protocollo di Legalità e del Bando di Gara ove e per quanto lesivi;  
nonché per il risarcimento dei danni,

- ex art. 35 l. 80/98, come modificato dalla l. 205/2000, subiti e subendi dalla ricorrente, per effetto degli impugnati provvedimenti;

nonché per l'annullamento

(giusta atto di motivi aggiunti)

- di tutti gli atti impugnati con il ricorso principale, ed inoltre:

- della determina di aggiudicazione della Provincia di Benevento, n. 433/06 del 3-7/04/06, con allegati verbali di gara nn. 1 e 2, comprovanti l'avvenuta aggiudicazione della gara;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso e con l'atto di motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intime;

Viste le memorie, depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Udito il relatore, Primo Ref. Paolo Severini;

Uditi altresì per le parti i relativi difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna la determinazione del 10 marzo 2006, prot. n. 320/06, con cui è stata disposta, da parte della Provincia di Benevento, l'esclusione della stessa dalla gara di appalto relativa all'aggiudicazione dei lavori di ammodernamento della S. P. Fortorina – I lotto, unitamente agli atti preordinati e consequenziali.

L'impugnato provvedimento si origina sulla base della nota riservata della Prefettura di Benevento – anch'essa impugnata - prot. n. 24432/Area I/9.B.4/1/Ant. del 25 ottobre 2005, indirizzata alla Provincia resistente (acquisita in atti), avente ad oggetto: "Richiesta di comunicazione antimafia ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252", e l'allegata informazione aggiuntiva, relativa al legale rappresentante della prefata società.

Parte ricorrente denuncia l'illegittimità dei riferiti atti, deducendo motivi di violazione di legge (d. l.vo 252/98; d. l.vo 490/94; art. 97 Cost.; l. 241/90; art. 1 e ss. l. 726/82), d'incompetenza

territoriale della Prefettura di Benevento; d'inapplicabilità, alla gara, del Protocollo di Legalità stipulato tra la Provincia e la Prefettura di Benevento; d'illegittimità e falsa applicazione del bando di gara; d'eccesso di potere (per carenza d'istruttoria, sviamento, illogicità, ingiustizia manifesta, inesistenza dei presupposti in fatto e in diritto, motivazione inesistente; erroneità, incompletezza e mancato aggiornamento delle notizie poste a fondamento dell'informativa atipica).

Resistono in giudizio sia l'Amministrazione degli Interni che la Provincia intimata, eccedendo l'inammissibilità del ricorso e concludendo per la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 18 aprile 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

#### DIRITTO

L'oggetto del presente ricorso è costituito, per un verso, dalla decisione di esclusione della società ricorrente dalla gara di appalto dei lavori menzionata e dall'aggiudicazione della medesima gara, in favore di altra ditta; dall'altro, dalla nota della Prefettura di Benevento, sopra specificata, indirizzata all'Amministrazione provinciale del capoluogo sannita, avente ad oggetto l'informativa atipica antimafia, rilasciata a carico dell'amministratore della società ricorrente.

Così delineato il duplice oggetto del presente ricorso, quest'ultimo deve essere dichiarato inammissibile, per le ragioni che seguono.

Ed, invero, quanto al primo aspetto avverso cui si dirige la spiegata impugnazione, deve evidenziarsi come, conclusasi la gara di appalto con esito sfavorevole alla ricorrente, non vi sia più un interesse idoneo a sorreggerne il ricorso.

Va sul punto precisato che la gara, cui ha partecipato la ricorrente, è stata aggiudicata mediante il criterio del massimo ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara, vale a dire mediante un meccanismo di natura matematica e/o automatica di selezione dell'offerta migliore.

In questo contesto, una particolare attenzione deve essere focalizzata sull'esistenza (ovvero sulla persistenza) di un interesse concreto ed attuale a ricorrere.

Non vi è dubbio, infatti, che il Collegio, in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie, aventi ad oggetto selezioni pubbliche per la scelta del contraente dell'Amministrazione, non possa prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva, le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendo dichiarare inammissibile il gravame laddove, in esito ad una verifica a priori, risulti che la parte ricorrente non sarebbe aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso; con la conseguenza che sarebbe inammissibile per carenza d'interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica ove non emerga che l'impresa ricorrente risulterebbe aggiudicataria, in caso di accoglimento del gravame (in questo senso cfr. T. A. R. Toscana, sez. II, 17 marzo 2004, n. 767, nonché T. A. R. Emilia Romagna Parma, 21 marzo 2002, n. 178).

Applicando i criteri ermeneutici delineati alla fattispecie concreta, ne deriva che la società ricorrente, in virtù della posizione di particolare conoscenza della propria offerta (posizione nella quale sono nella piena disponibilità della parte gli elementi, atti a sostenere la fondatezza della domanda giudiziale azionata, onde la regola generale dell'onere della prova può e deve trovare integrale applicazione pure nel processo amministrativo – v. C. d. S., sez. V, 11.05.98, n. 551), è onerata di assumere l'esistenza del proprio interesse a ricorrere – consistente nella possibilità di risultare aggiudicataria, a seguito della ripetizione della gara – nonché di allegare il fatto dimostrativo di detto interesse (cioè l'aver presentato un'offerta che, per il suo coefficiente percentuale, qualora inclusa nel circuito, assolutamente vincolato, delle operazioni aritmetiche che la commissione aggiudicatrice ha svolto e che sarebbe tenuta a rifare in caso di accoglimento del gravame, condurrebbe all'aggiudicazione in suo favore dell'appalto – cfr. T. A. R. Basilicata, 17 aprile 1999, n. 119).

Osserva il Collegio che la ricorrente nulla ha addotto al riguardo.

Orbene, in proposito è, anzitutto, da escludere che nella specie il ricorso sia sorretto da un interesse di tipo cd. strumentale.

Tale interesse, infatti, sussiste quando l'impugnativa è diretta alla ripetizione dell'intera procedura concorsuale, che sia inficiata da un vizio che la rende illegittima nel suo complesso.

Nella specie, la ricorrente contesta la propria esclusione, il cui eventuale annullamento non travolgerebbe la gara dal suo inizio, ma comporterebbe unicamente l'esigenza di computare l'offerta originariamente esclusa, ricalcolare le medie e ricavarne il nuovo aggiudicatario.

E' evidente che un concorrente conosce la propria offerta, per cui è legittimato a dolersi della propria esclusione a condizione che alleggi formalmente che, per effetto dell'ammissione dell'offerta presentata, essa sarebbe risultata aggiudicataria.

Infatti è da escludere che un candidato abbia un interesse giuridicamente rilevante ad impugnare la propria esclusione, qualora l'invocata riammissione in gara non comporti alcun concreto beneficio per il ricorrente, ma determini l'aggiudicazione in favore di un terzo.

Una contraria soluzione, che ammettesse tale possibilità, rischierebbe di prestarsi a strumentalizzazioni che non si palesano in armonia con le norme ed i principi che regolano lo svolgimento delle procedure concorsuali (cfr. T. A. R. Campania – Napoli, Prima Sezione, n. 3574/05).

Quanto al secondo profilo impugnatorio, giova osservare che la nota della Prefettura di Benevento, di cui in epigrafe, rientra, invero, nella categoria delle cd. informative atipiche, di cui all'art. 1 septies del d.l. 6.9.1982, n. 629, convertito in legge, con modificazioni, con l'art. 1 della legge 12.10.1982, n. 726, che consistono nella mera comunicazione di elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione dei requisiti soggettivi dei soggetti interessati, rendendo partecipi le amministrazioni destinatarie di talune circostanze relative a tali soggetti e del pericolo di legami con la criminalità organizzata.

Esse, in quanto atti meramente partecipativi di circostanze di fatto, la cui valutazione è rimessa alla potestà discrezionale della stazione appaltante, non determinano un divieto legale a contrarre e non comportano, necessariamente ed inevitabilmente, l'adozione di provvedimenti pregiudizievoli per il privato, non arrecando, perciò, a quest'ultimo un pregiudizio immancabile (C. d. S., sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 149; C. d. S., sez. V, 24.10.2000, n. 5710).

Questo Tribunale ha già avuto modo di affermare che l'informativa atipica "si configura come manifestazione di pura conoscenza, alla quale è estranea qualunque connotazione volitiva di tipo provvedimentale e, quale atto meramente preparatorio ed endoprocedimentale, è inidoneo a formare oggetto d'impugnazione giurisdizionale in via autonoma" (T. A. R. Napoli, sez. I, n. 1627/05).

Da tali conclusioni il Collegio non ravvisa ragione per discostarsi, sicché, potendosi ragionevolmente ritenere che è venuta meno la possibilità per la ricorrente di conseguire il bene della vita sperato (l'appalto), il ricorso va dichiarato inammissibile, per carenza di interesse.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Prima Sezione di Napoli, dichiara il ricorso emarginato inammissibile, per carenza di interesse.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Napoli, nella Camera di Consiglio del 18 aprile 2007.

Il Presidente

(dott. Antonio Guida)

L'estensore

(dott. Paolo Severini)