

E' mancante di interesse a ricorrere e in ogni caso da rigettare il ricorso proposto in tema di selezione per la scelta dell'altro contraente, quando a priori risulti con certezza che il ricorrente, anche in caso di annullamento degli atti impugnati, non potrebbe risultare vincitore, stante la mancata dimostrazione del c.d. superamento della prova di resistenza e di prova della marginalità dei punteggi

Il Consiglio di stato con la decisione numero 5144 del 6 settembre 2006, ci offre un importante insegnamento in tema di ammissibilità di un ricorso solo qualora il ricorrente riesca a dimostrare che dall'annullamento degli atti considerati illegittimi ne potrebbe derivare la propria aggiudicazione:

<L'interesse a ricorrere contro atti di aggiudicazione di gare pubbliche deve essere escluso quando, in relazione ai vizi dedotti e solo limitatamente accolti dalla parte interessata l'annullamento comporterebbe effetti conformativi – rispetto al computo dei punteggi – incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione, anche meramente strumentale, dell'interesse fatto valere dal ricorrente>

a cura di Sonia Lazzini

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso proposto in appello dal Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ope legis domicilia in Roma alla Via Portoghesi n. 12

contro

“***” ASSOCIAZIONE DIPENDENTI DEL MINISTERO DELLA DIFESA, rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Comegna, domiciliato in Roma alla via Torino n. 122,

e nei confronti di

ASSOCIAZIONE “***” in persona del l.r.p.t., non costituitasi,

per l'annullamento

della sentenza n. 2786/06, depositata in data 18 aprile 2006, con la quale il TAR Lazio, Sezione I Bis, ha accolto il ricorso proposto avverso l'atto del Comando Militare della Capitale – Ufficio Reclutamento in data 23 dicembre 2005, con il quale si è autorizzato il Capo del Servizio Amministrativo del RA.LO.CE a sottoscrivere l'atto di affidamento in concessione del C.R.D.D. del Comando Militare della capitale con l'Associazione **.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del ***;

Visto il Dispositivo di sentenza n. 468 del 19/07/2006;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Relatore alla udienza pubblica del 14 luglio 2006 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi l'avvocato dello Stato D'Elia e l'avv. Carmelo Comegna;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, “***” ASSOCIAZIONE DIPENDENTI DEL MINISTERO DELLA DIFESA”, chiedeva l'annullamento dell'atto del Comando Militare della Capitale – Ufficio

Reclutamento in data 23 dicembre 2005, con il quale si è autorizzato il Capo del Servizio Amministrativo del RA.I.O.CE a sottoscrivere l'atto di affidamento in concessione del C.R.D.D. del Comando Militare della capitale con l'Associazione **.

Invero, nell'ambito del Ministero della difesa risultano istituiti degli Organismi di Protezione Sociale (O.P.S.), fra i quali va annoverato *** Ricreativo Dipendenti Difesa (C.R.D.D.) del Comando Militare della Capitale.

Con legge 23 dicembre 1993, n. 559 veniva previsto l'affidamento in concessione dell'esercizio di detti organismi nei confronti di associazioni costituite fra il personale dipendenti, ovvero di enti o terzi.

Veniva indetta dall'Amministrazione della Difesa una procedura per l'affidamento della gestione del suddetto C.R.D.D., nell'ambito della quale venivano costituite due Commissioni, per la verifica dei requisiti e per la verifica del progetto.

In esito alla valutazione dei progetti della ricorrente Associazione “***” e della controinteressata “**”, interveniva la conclusiva aggiudicazione in favore di quest'ultima.

L'associazione ricorrente in primo grado deduceva la violazione di legge in relazione alla L. 23 dicembre 1993 n. 559, ai decreti interministeriali nn. 521 e 522 del 31 dicembre 1998, alla L. 241/90, nonché della Direttiva SMD-G-023.

I punteggi attribuibili ai partecipanti alla selezione contemplavano le seguenti voci:

- a) attività ricreative e di benessere: da 0 a 40 punti;
- b) gestione del Lido balneare di Maccarese: da 0 a 40 punti;
- c) numero dei soci con riferimento al potenziale bacino di utenza: da 0 a 20 punti.

In relazione alla lettera a) e b) l'Associazione “***” si vedeva attribuiti rispettivamente punti 31 e 30 rispetto ai 23 e 28 dell'Associazione “**”.

In relazione alla lettera c) invece, il miglior risultato veniva attribuito a quest'ultimo con 15 punti rispetto ai 5 attribuiti all'Associazione “***”.

Pertanto, il complessivo punteggio si ragguagliava in 66 punti per entrambe le offerenti.

L'aggiudicazione si concludeva in favore di “**”, in quanto maggiormente rappresentativa.

“***” contestava, infatti, il ragguaglio numerico dei soci, ovvero 34, riconosciuti ad “**”; deduceva altresì, non solo che la propria rappresentatività sarebbe stata maggiore rispetto agli 11 soci riconosciutigli ma che erano stati considerati i soli soci che lavoravano presso il Comando Militare della Capitale, e non anche presso le dipendenze di quest'ultimo, né sarebbero stati inseriti nel computo i soci militari.

Da ultimo “***” rilevava che, in relazione al requisito riguardante l'apertura del C.R.D.D. (con punti riconoscibili da 0 a 8) sarebbero stati attribuiti punti 6 in ragione di una presenza erroneamente ritenuta pari a quattro giorni settimanali, mentre i giorni indicati nella domanda di partecipazione sarebbero stati cinque.

Il Tribunale adito accoglieva il ricorso ritenendo fondate le doglianze prospettate in quella sede, definendo la questione direttamente nel merito ai sensi dell'art. 3, comma I, della L. 21 Luglio 2000, n. 205.

Il Tribunale adito rilevava come con ordinanza n. 376 del 15 marzo 2006 era stata sollecitata l'Amministrazione della Difesa a depositare una relazione di chiarimenti al fine di indicare gli elementi di fatto i quali avevano consentito alla Commissione di gara procedente la determinazione del ragguaglio numerico degli iscritti delle rispettive associazioni, con conseguente attribuzione di punteggio sotto il profilo della rappresentatività, nonché se tali elementi avessero o meno formato oggetto di valutazione e considerazione con riferimento al solo Comando Militare della Capitale, ovvero anche alle varie dipendenze di quest'ultimo.

Dalla documentazione depositata si evinceva che l'esclusiva considerazione riservata ai soci in servizio presso il Comando Militare della Capitale trovava fondamento nella Direttiva SMD-G-023, per la quale “ l'affidamento della gestione degli organismi di protezione Sociale deve essere attuato previo accertamento che le organizzazioni siano costituite da personale facente parte dello stesso organismo del quale richiedono l'affidamento”, di talché, in presenza di “più associazioni di persone nell'ambito dello stesso organismo che richiedono l'affidamento di gestione, il Comandante deve assegnare la gestione a quella associazione più rappresentativa del personale nello stesso organismo di cui si chiede l'affidamento”.

Ai fini dell'individuazione del requisito della rappresentatività, l'Amministrazione procedente affermava di aver considerato il solo personale in servizio presso il Comando Militare della Capitale; inoltre, il personale militare, pur incluso nell'elenco dei soci, poteva essere considerato solo comprensivo degli utenti di servizi offerti e non del personale socio poiché, altrimenti, si sarebbe venuto a creare un "aggiramento" del vincolo previsto dall'art. 8 L. 382/1978, il quale prescrive il preventivo assenso ministeriale per la costituzione di Associazioni fra militari.

Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso, in quanto condivideva la prima delle considerazioni, affermando, invece, essere viziata la seconda per la quale al fine del computo per la rappresentatività sono stati considerati i soli soci civili in quanto, diversamente, si sarebbe creato un "aggiramento" della prescrizione di legge che subordina a preventivo atto autorizzativo la costituzione di associazioni tra militari.

Il TAR Lazio sottolineava altresì, che non veniva in considerazione la costituzione di un'associazione fra militari, bensì esclusivamente il computo degli iscritti ad esistenti associazioni al fine di determinare il peso rappresentativo relativamente a soggetti aspiranti all'affidamento della gestione di un Centro ricreativo.

Inoltre, appariva insuperabile al giudice di prime cure l'argomento secondo il quale i militari in questione rivestivano già la qualità di soci delle relative associazioni, e che pertanto risultava incomprensibile una "declassificazione" di quest'ultimi al rango di meri utenti.

Pertanto, Il TAR Lazio, ritenendo che l'Amministrazione della Difesa aveva errato il computo numerico effettuato, escludendo dal novero degli associati il personale militare, accoglieva il ricorso.

Con l'atto di appello dell'amministrazione della Difesa vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione di legge ed illogicità, in sostanza contestando da un lato che - si tratta della censura accolta in primo grado - il calcolo debba essere effettuato computando anche i militari quali soci e non quali meri utenti; dall'altro canto, viene ribadito il principio condiviso dal primo giudice, della considerazione soltanto dei soci che lavorano presso le dipendenze del Comando della Capitale.

Si è costituito *** Associazione dipendenti del Ministero della Difesa, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla udienza pubblica del 14 luglio 2006, ritenuta assorbita la richiesta cautelare di sospensione della esecutività della sentenza impugnata, questa Sezione ha trattenuto la causa per la decisione di merito.

DIRITTO

1. L'appello è fondato.

La Direttiva SMD-G-023 alla parte prima, paragrafo 2, sottoparagrafo a) comma 1, dispone che il Comandante "deve assegnare la gestione a quella Associazione più rappresentativa del personale dello stesso Organismo, tra quelle che offrono adeguate garanzie di efficienza ed efficacia in base alle offerte presentate".

L'appellante eccepisce l'illogicità dell'argomentazione sostenuta dal giudice di prime cure che - in ordine al requisito prescritto della rappresentatività - ha ritenuto che si tratterebbe di un mero computo degli iscritti e non di costituzione di associazioni militari.

Al contrario, sarebbe errata la sentenza impugnata, nel punto in cui ha concluso per la non applicabilità della richiamata L. 382/1978 e per la non necessità della preventiva autorizzazione ministeriale.

2. Il Collegio osserva che è senz'altro da condividere l'assunto del primo giudice, nel punto in cui ha ritenuto legittimo l'operato dell'amministrazione, che ha considerato solo i soci in servizio presso il Comando Militare della Capitale, sulla base del disposto della disposizione contenuta nella direttiva SMD-G-023, che prevede che "l'affidamento della gestione degli Organismi di protezione sociale deve essere attuato previo accertamento che le Associazioni siano costituite da personale facente parte dello stesso organismo del quale richiedono l'affidamento. In presenza di più Associazioni di persone nell'ambito dello stesso Organismo che richiedono l'affidamento della gestione, il Comandante deve assegnare la gestione a quella Associazione più rappresentativa del personale dello stesso Organismo di cui si chiede l'affidamento".

Il riferimento allo "stesso Organismo" fa concludere nel senso della legittimità della restrizione ai soli soci del Comando Militare della Capitale.

E' pertanto condivisibile il primo passaggio logico effettuato dalla amministrazione - condiviso dal primo giudice - nella effettuazione del computo dei soci ai fini della comprovata maggiore rappresentatività, nel senso di computare solo i soci del Comando Militare della Capitale.

3. In relazione, invece, ai soci da computare ai fini della rappresentatività, l'appellante contesta la conclusione del primo giudice, di ritenere illegittimo il computo effettuato considerando solo il personale civile e non anche quello militare.

L'amministrazione sostiene che i militari non possono essere considerati soci dei servizi offerti (anziché meri utenti), in quanto in tale modo si eluderebbe la regola che impone il previo assenso ministeriale per la costituzione di associazioni fra militari ai sensi dell'art. 8 L.382/1978.

Ritiene in realtà, la Sezione irrilevante, ai fini del decidere, concludere circa la correttezza della computabilità o meno - ai fini della maggiore rappresentatività che determina, in fatto e in diritto, la posizione più favorevole, a parità di condizioni, nella procedura concorsuale in questione - anche dei soci militari, affrontando il problema se tale computo, ai soli fini della rappresentatività, costituirebbe una ingiustificata elusione del principio di cui all'art. 8 L.382/1978.

Infatti, una volta che in fatto, alla aggiudicataria **, sia stato riconosciuto un punteggio in relazione al ragguaglio numerico di 34 soci, mentre alla ricorrente in primo grado sono stati considerati solo 11 soci - in assenza di indicazioni contrarie, di dimostrazioni e asserzioni sul numero dei soci illegittimamente non computati e in presenza dell'accoglimento solo parziale delle censure relative all'operato della amministrazione aggiudicante - viene a mancare la prova dell'interesse a ricorrere, in quanto l'associazione "****" non è in grado di dimostrare che la ripetizione del computo, includendovi anche i soci militari, porterebbe ad un risultato diverso, non essendo stata accolta la censura sui Comandi (oltre quello della Capitale) dei quali tenere conto.

E' mancante di interesse a ricorrere e in ogni caso da rigettare il ricorso proposto in tema di selezione per la scelta dell'altro contraente, quando a priori risulti con certezza che il ricorrente, anche in caso di annullamento degli atti impugnati, non potrebbe risultare vincitore, stante la mancata dimostrazione del c.d. superamento della prova di resistenza e di prova della marginalità dei punteggi (C. Stato, IV, 22.3.2005, n.1192).

L'interesse a ricorrere contro atti di aggiudicazione di gare pubbliche deve essere escluso quando, in relazione ai vizi dedotti e solo limitatamente accolti dalla parte interessata l'annullamento comporterebbe effetti conformativi - rispetto al computo dei punteggi - incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione, anche meramente strumentale, dell'interesse fatto valere dal ricorrente (in tal senso, C. Stato, V, 25.5.1998, n.675).

Nella specie, la sostanziale condivisione in relazione all'erroneo punteggio rispetto ai soci da computare, se i soli civili o anche quelli militari, ritenuti meri utenti dall'amministrazione appaltante, non è sufficiente a superare la prova di resistenza dell'aggiudicazione che comunque avverrebbe a favore di altro partecipante, in quanto verrebbero comunque computati solo i soci del Comando Militare della Capitale, non avendo la ricorrente in primo grado dimostrato di poter godere di un computo superiore alla controinteressata.

4. Per le considerazioni sopra svolte, accoglie l'appello, ritenuta assorbita la richiesta cautelare di esecutività della sentenza impugnata, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso in primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 luglio 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 6 settembre 2006