Le clausole di un bando di gara che effettivamente potrebbero impedire la partecipazione, nel cui ambito ordinariamente si collocano quella che stabiliscono il possesso di requisiti di ammissione, devono essere immediatamente impugnate; mentre se il ricorso attiene ai criteri dell'aggiudicazione (sugli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa), l'impresa per fare valere i propri diritti, deve prima presentare domanda di partecipazione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5185 del 7 settembre 2006, in tema di obbligo di immediata impugnazione di alcune clausole, ci insegna che:

<è agevole rilevare che deve essere immediatamente impugnata una clausola del bando di gara che, stabilendo un puntuale requisito di ammissione afferente alle qualità soggettive dell'impresa che aspira a partecipare alla gara, determina fin dalla pubblicazione dell'atto di indizione del concorso una lesione concreta ed attuale nella sfera giuridica del soggetto interessato.

L'attitudine lesiva della clausola in questione non resta in alcun modo condizionata dal successivo svolgimento della gara e da scelte della stazione appaltante di essa applicative.

Va, pertanto, ribadito l'indirizzo al riguardo segnato dall'Adunanza Plenaria nonché dalla conforme giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali, in base al quale in presenza di clausole del bando che per il loro contenuto prescrittivo abbiano attitudine immediatamente lesiva delle posizioni di interesse degli aspiranti con effetto impeditivo della partecipazione – nel cui ambito ordinariamente si collocano quella che stabiliscono il possesso di requisiti di ammissione puntualmente indicati – sorge un onere di immediata impugnazione determinandosi altrimenti la condizione di inoppugnabilità dell'atto che le contiene>

Ma vi è di più.

Qualora, invece, nel ricorso:

<non venga in gioco un requisito soggettivo dell'impresa assunto dal bando a condizione di ammissione alla gara, ma si verte in ordine a criteri stabiliti per la selezione dell'offerta più vantaggiosa in base alle caratteristiche oggettive del bene dedotto nell'offerta medesima>

la condizione per la sua ammissibilità è la partecipazione alla gara:

<Poiché la regola censurata attiene allo svolgimento del procedimento di gara e, segnatamente, alla fase di valutazione dell'offerta, la legittimazione all'impugnativa resta condizionata, ai fini della differenziazione delle situazioni di interesse legittimo ritenute lese, alla necessaria presentazione della domanda di ammissione alla gara>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.5185/2006Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla ** S.r.l., già ** S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Barbara Pirocchi e Alessandro Brozzi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Bagivi, n. 8;

contro

la S.E.A. – Società Esercizi Aeroportuali S.p.a, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, c.so Vittorio Emanuele, n. 349;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, n. 551/2001 del 30.06.2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della S.E.A. S.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 6 giugno 2006 il Consigliere Polito Bruno Rosario;

Uditi per le parti gli avv.ti Pirocchi e Sandulli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1). Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, la Soc. ** impugnava il bando di gara con il quale la S.E.A. S.p.a. aveva indetto gara per l'affidamento della fornitura, installazione, attivazione e manutenzione di "personal computer" per gli scali aeroportuali di Malpensa e Linate, nonché gli atti prodromici e conseguenti.

A sostegno dell'illegitimità dell'atto gravato la Soc. ** deduceva motivi di violazione dell'art. 14, comma terzo, del d.lgs. n. 358/1992, come modificato dall'art. 12 del d.lgs. n. /1998 ; dell'art. 5, comma secondo, del d.P.C.M. n. 55/1991 e del principio generale di proporzionalità dei requisiti di ammissione alla gara con il contenuto e valore del bene oggetto dell'offerta,

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.A.R. adito dichiarava il ricorso irricevibile, perché tardivamente notificato il 26.10.2001 rispetto alla data di pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale (14.03.2001) ed in estratto su quotidiani del 13 e 14 marzo 2001.

Avverso detta decisione la Soc. ** ha proposto atto di appello ed ha dedotto:

- che il bando di gara non conteneva prescrizioni con potenzialità immediatamente lesive dell'interesse dell'appellante alla partecipazione alla gara, perché solo con la piena conoscenza del capitolato tecnico generale, reso disponibile il 06.04.2001, è stato possibile apprezzare l'invalidità della disciplina di gara;

- che in via subordinata il termine di impugnazione doveva avere decorrenza dalla data del 06.04.2001, di inoltre da parte della stazione appaltante, su richiesta di altro concorrente, di elementi chiarificatori sul contenuto prescrittivo della scheda A/1 del capitolato di gara.

La Soc. ** ha poi rinnovato i motivi di doglianza articolati nel ricorso avanti al T.A.R.

La S.E.A. S.p.a., costituitasi in giudizio, ha reiterato le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio ed ha contraddetto nel merito ai motivi di impugnativa.

In sede di note conclusive la Soc. ** ha insistito nelle proprie tesi difensive.

All'udienza del 6 giugno 2006 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2). L'appello è infondato.

Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Lombardia, la Soc. ** aveva censurato - sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità fra le capacità tecnico/economiche richieste dall'Amministrazione aggiudicatrice in capo ai singoli concorrenti ed il valore della gara - clausole del bando inerenti:

a). al fatturato relativo al triennio 1997/1999 non inferiore a £. 24.000.000.000=, oltre I.V.A. (art. 15, comma terzo, del bando di gara);

b). all'elemento di valutazione dell'offerta più vantaggiosa, commisurato al 17 % del punteggio totale (art. 17 del bando), riferito alla quota di mercato del personal computer oggetto della fornitura secondo i criteri stabiliti nella scheda A1 del capitolato tecnico.

2.1). Per quanto riguarda la censura "sub" a) è agevole rilevare che essa investe una clausola del bando di gara che, stabilendo un puntuale requisito di ammissione afferente alle qualità soggettive dell'impresa che aspira a partecipare alla gara, determina fin dalla pubblicazione dell'atto di indizione del concorso una lesione concreta ed attuale nella sfera giuridica del

soggetto interessato. L'attitudine lesiva della clausola in questione non resta in alcun modo condizionata dal successivo svolgimento della gara e da scelte della stazione appaltante di essa applicative. Va, pertanto, ribadito l'indirizzo al riguardo segnato dall'Adunanza Plenaria (cfr. n. 1 del 29.01.2003 e n. 1 del 04.12.1998) nonché dalla conforme giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali, in base al quale in presenza di clausole del bando che per il loro contenuto prescrittivo abbiano attitudine immediatamente lesiva delle posizioni di interesse degli aspiranti con effetto impeditivo della partecipazione – nel cui ambito ordinariamente si collocano quelle che stabiliscono il possesso di requisiti di ammissione puntualmente indicati – sorge un onere di immediata impugnazione determinandosi altrimenti la condizione di inoppugnabilità dell'atto che le contiene (cfr. inoltre Cons. St., Sez. VI[^], n. 4284 del 25.07.2003; n. 1607 del 27.03.2003; n. 2797 del 06.05.2004; Sez. I[^], n. 2168/2003 del 18.06.2003; Sez. V[^], n. 3187 del 14.06.2001).

Correttamente, pertanto, il T.A.R. ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso perché notificato una volta decorso il termine decadenziale da computarsi a partire dalla data di pubblicazione del bando.

2.2). La censura riferita "sub" lett. b) muove da un'evidente travisamento del contenuto prescrittivo della previsione del bando che si contesta.

Con essa la stazione appaltante non ha affatto inteso stabilire un requisito di ammissione alla gara in base alla capacità economica o di impresa o ancora di presenza sul mercato dell'azienda che aspira a prendere parte alla gara.

Come puntualmente posto in rilievo dalla resistente Soc. S.E.A. la scheda A/1 del capitolato tecnico di gara - che fa sistema con l'art. 17 del bando che regola l'attribuzione dei punteggi ai fini della selezione dell'offerta più vantaggiosa - stabilisce un griglia di valutazione in base alla "quota di mercato dei PC forniti". A maggiore penetrazione sul mercato europeo e mondiale del tipo di sistema informatico offerto corrisponderà un più elevato punteggio secondo al progressività stabilita nella scheda A/1. L'Amministrazione appaltante quindi, con scelta discrezionale tecnica che non viene in contestazione, ha ritenuto di collegare alla risposta del mercato ad un determinato tipo di "personal computer" una più elevata idoneità tecnica ed affidabilità dello stesso ed ha fatto rifluire siffatto dato obiettivo nella maggiore convenienza dell'offerta.

Erra, quindi, la Soc. ** quando - sia nel ricorso introduttivo del giudizio che nell'atto di appello - contesta la clausola in esame perché, a suo dire, in violazione dei principi di concorrenzialità, nonché di adeguatezza e congruità delle prescrizioni sui requisiti di ammissione ai pubblici appalti e forniture, imporrebbe all'impresa un numero esorbitante di computer dalla stessa "venduti a livello mondiale", con indebita restrizione della cerchia dei soggetti che possano aspirare all'ammissione al concorso.

L'art. 15 del bando di gara non limita affatto la partecipazione alle imprese produttrici di "personal computer", ma individua i requisiti di partecipazione in relazione a precedenti attività di "manutenzione" e "fornitura" di P.C. L'oggetto della fornitura può liberamente essere reperito sul mercato da chi intenda partecipare al concorso, con l'avvertenza di cui all'art. 15, punto 6) del bando, che deve trattarsi di P.C. realizzato "da produttore in possesso di certificazione ISO 9001 e che nel corso dell'anno 2000 abbia venduto sul mercato europeo almeno 1.000.000= di pezzi riferiti al mercato SOHO (small office home office)".

Il motivo così come proposto si configura inammissibile, perché non viene in gioco un requisito soggettivo dell'impresa assunto dal bando a condizione di ammissione alla gara, ma si verte in ordine a criteri stabiliti per la selezione dell'offerta più vantaggiosa in base alle caratteristiche oggettive del bene dedotto nell'offerta medesima.

Poiché la regola censurata attiene allo svolgimento del procedimento di gara e, segnatamente, alla fase di valutazione dell'offerta, la legittimazione all'impugnativa resta condizionata, ai fini della differenziazione delle situazioni di interesse legittimo ritenuta lesa, alla necessaria presentazione della domanda di ammissione alla gara, onere non assolto dalla Soc. ** con ogni conseguenza sull'ammissibilità della domanda di annullamento ("ex multis" Cons. St., Sez. VI[^], n. 7187 del 10.11.2003; del Sez. V[^], n. 5572 del 23.08.2004).

L'appello va, quindi, respinto.

Le spese del giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il...07/09/2006