



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla s.p.a Fontaneto Autoservizi, in persona
del suo amministratore e legale rappresentante sig. Orlando Fontaneto,
rappresentata e assistita dagli Avv.ti Guglielmo Burrugato, Aldo Travi e
Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in
Roma, via del Viminale n. 43;

contro

la Provincia del Verbano Cusio Ossola, in persona del Presidente p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Guerrizio, Marcello Ottimo e
Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in
Roma, via G. Mercalli, n. 13;

e nei confronti

della s.a.s. Autoservizi Nerini Di Rosangela Ferrari & C. di Verbania, quale
mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con la s.r.l.
Autoservizi Comazzi di Borgomanero, in persona del legale rappresentante,
della s.a.s. Autoservizi Nerini Di Rosangela Ferrari & C. di Verbania, in
persona del legale rappresentante, della s.r.l. Autoservizi Comazzi di
Borgomanero, in persona del legale rappresentante, tutte non costituite in
giudizio;

N.4927/2007

Reg.Dec.

N. 4337 Reg.Ric.

ANNO 2002

Disp.vo n. 448/2007

per l'annullamento e la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez.

II, 31 gennaio 2002, n. 194;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 3 luglio 2007 il Consigliere Roberto Giovagnoli ed uditi altresì gli avvocati Parenti per delega di Lorenzoni e De Portu per delega di Piselli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza del T.a.r. Piemonte n. 194 del 2002 con il quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Fontaneto Autoservizi S.p.A. contro gli atti di affidamento da parte della Provincia del Verbano Cusio Ossola, per il periodo 1 ottobre 2001–31 dicembre 2002, dell'esercizio di tre linee di trasporto pubblico di persone (Stresa-Armeno-Orta, Stresa-Gignese, Omega-Lesa) appartenenti al bacino "Verbano-Sud Stresa", e in particolare del bando di gara, della delibera di approvazione del bando e di indizione della gara, degli atti successivi, ivi compreso il provvedimento di affidamento del servizio all'associazione temporanea di impresa costituita dalla s.a.s. Autoservizi Nerini di Verbania e dalla s.r.l. Autoservizi Comazzi di Borogmanero.

Il T.a.r., con la sentenza appellata, ha dichiarato inammissibile il ricorso perché da parte della ricorrente non era stata presentata domanda di

partecipazione alla procedura. Di conseguenza, secondo il Giudice di primo grado, la ricorrente sarebbe priva di posizione differenziata rispetto alle altre imprese interessate ad aggiudicarsi il servizio.

Avverso tale decisione ha proposto appello la Fontaneto Autoservizi articolando le seguenti censure:

a) la nuova procedura indetta dalla Provincia costituiva la rinnovazione della precedente procedura, annullata dal T.a.r. con sentenza 28 maggio 2001, n. 1190, su ricorso dell'odierna appellante. La parte a favore della quale sia stata pronunciata una sentenza di annullamento è sempre legittimata ed ha sempre interesse a un'attuazione corretta del giudicato, anche quando l'attuazione comporti una rinnovazione della procedura;

b) il suo interesse a ricorrere era già stato riconosciuto nella sentenza di annullamento e non richiedeva ulteriori elementi o ragioni per fondarsi, in relazione all'attività amministrativa che è stata rinnovata dopo l'annullamento e che ha riguardato il medesimo bene della vita;

c) la società appellante, gestiva prima dell'affidamento illegittimo annullato dal T.a.r. una delle tre linee del servizio di autotrasporto oggetto della nuova gara, sicché era anche titolare della posizione differenziata corrispondente a quella del precedente gestore di servizio rispetto agli atti per l'affidamento successivo del servizio medesimo;

d) la Fontaneto Autoservizi non aveva alcuna possibilità di aggiudicazione in quanto il bando stabiliva che l'attività negoziale sarebbe stata rivolta prioritariamente all'a.t.i. che raccoglieva il maggior numero di imprese operanti nel settore in maniera prevalente alla data del 31.12.1999

(ossia, lamenta l'appellante, alla a.t.i. costituita da Autoservizi Nerini e Autoservizi Comazzi). A fronte di una simile clausola, qualsiasi margine per un'offerta dell'appellante per l'affidamento del servizio era escluso, perché la sua offerta sarebbe stata inutile. In questo contesto, il non aver presentato una domanda di partecipazione non privava l'odierna appellante della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione degli atti di gara, perché già il bando, in sostanza, riservava ad altri l'affidamento del servizio di autotrasporto in questione.

e) il T.a.r. ha erroneamente dichiarato inammissibile il ricorso anche in riferimento alla mancata definizione, nel bando e negli altri atti della procedura, delle modalità di trasferimento di beni e personale dal vecchio al nuovo gestore, errando nell'interpretazione dell'art. 18, comma 2, lett. e) D.Lgs. n. 422/1997.

L'appellante ha quindi riproposto i motivi di ricorso formulati in primo grado.

2. Si è costituita la Provincia del Verbano Cusio Ossola chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 3 luglio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello è infondato.

La giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado è tuttora prevalentemente orientata nel senso che solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto l'impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato, ergendosi solo in tal caso essa a titolare di un interesse

legittimo giudizialmente tutelato, che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare (cfr. oltre ad Ap. 29.1.2003 n. 1, V Sez. 4.4.2004 n. 2705 e 23.8.2004 n. 5572).

In tale prospettiva si rileva da un lato che la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza *ex art.* 100 cod. proc. civ. rispetto a quello della generalità dei consociati mediante la proposizione di una domanda di partecipazione alla gara o la formulazione della propria offerta; dall'altro che l'interesse tutelato non può essere quello generico al rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima, anche attraverso l'eliminazione di clausole eventualmente lesive.

A tale prevalente impostazione si è contrapposto – in tema di gare – un indirizzo del quale costituiscono significativa espressione per quanto riguarda il Consiglio di Stato in particolare le decisioni VI Sez. 24.5.2004 n. 3386 e V Sez. 14.2.2003 n. 794 nonché il parere II Sez. 7.3.2001 n. 149, oltre alla sovente citata V Sez. 20.9.2001 n. 4970, in realtà relativa al caso peculiare dell'aggiudicatario di gara annullata che ne impugni la riedizione senza parteciparvi mirando in via principale proprio ad impedire lo svolgimento della seconda gara e ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in virtù della prima procedura esperita dall'Amministrazione.

A sostegno di tale indirizzo si rileva, da un lato, che qualora il ricorrente risulti leso in quanto la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione - a prescindere dalla mancata presentazione della domanda - posto che l'impugnante ha proprio interesse a impedire lo svolgimento della procedura selettiva (sez. V, n. 794 del 2003); dall'altro che in presenza di una clausola preclusiva la presentazione della domanda si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore (parere n. 149 del 2001 cit.).

Nella stessa prospettiva – sia pure con riferimento a pubblico concorso – è stato del resto rilevato sul piano sistematico che la domanda di partecipazione *formale* non costituisce in realtà elemento che diversifica e qualifica la posizione di un soggetto rispetto a quella di tutti gli altri soggetti potenzialmente lesi e dei quali non è dato sapere se abbiano o meno un concreto interesse a partecipare alla procedura e che la legittimazione del ricorrente, in termini di qualificazione e differenziazione, più che al dato meramente formale dell'istanza di partecipazione, deve riconnettersi al possesso di tutti gli altri requisiti previsti dal bando (cfr. VI 20.10.2003 n. 6429).

Con decisione 12.2.2004 in C7230/02 la Corte di Giustizia C.E. ha comunque rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle

prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.

Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

Da tale arresto – del quale hanno preso atto tra l'altro V Sez. 11.11.2004 n. 7341 e VI Sez. (ord.za) 21.12.2004 n. 6110, nonché IV Sez. 30 maggio 2005 nn. 2805, 2807, 2808 2810 e 2811 – discende in generale che non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi.

4. Dal quadro giurisprudenziale sopra sinteticamente ricostruito, emerge che, a parte l'ipotesi da ultimo menzionata in cui la formulazione letterale del bando sia tale da non consentire in maniera assoluta e definitiva, la partecipazione stessa alla gara, vale la regola secondo cui l'impugnativa di un bando di gara e degli atti successivi è consentita solo al soggetto che presenti la domanda di partecipazione alla procedura.

Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso di primo grado presentato dalla Fontaneto Autoservizi sia

inammissibile (come correttamente rilevato dal primo giudice) atteso che, nel caso di specie, nessuna clausola del bando era tale da precludere, in maniera certa e definitiva, la partecipazione alla gara.

Tale effetto preclusivo non può certo riconoscersi, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, alla previsione contenuta nel punto 12, lett. b) del bando di gara in forza del quale l'attività negoziale sarebbe stata rivolta prioritariamente a favore dell'Associazione di imprese *“che raggruppi il maggior numero di aziende operanti ed esercenti in misura prevalente (vetture-Km) la data del 31.12.1999, i sevizi del bacino oggetto del bando”*.

Tale clausola, infatti, incide sulle possibilità di aggiudicazione, ma non preclude la possibilità di partecipazione dell'odierna appellante. La previsione in esame non può essere, quindi, invocata per giustificare la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara. alla gara.

5. Ugualmente non assume alcun rilievo la circostanza che la gara oggetto del presente giudizio sia stata bandita a seguito di una precedente sentenza di annullamento pronunciata dal T.a.r. Piemonte su ricorso dell'odierna appellante. La precedente decisione del T.a.r. si è limitata, infatti, a dichiarare illegittimo il ricorso alla trattativa privata perché non preceduta dalla pubblicazione del bando (e per la conseguente carenza di informazioni circa i contenuti tipici del contratto di servizio), mentre la gara oggetto del presente giudizio, come correttamente rileva la sentenza impugnata, si presenta come una nuova gara, che rispetta le regole legali di pubblicità imposte dal precedente *decisum*, sì da non giustificare una domanda di esecuzione del giudicato.

6. E' del pari irrilevante, venendo qui in rilievo un nuovo giudizio relativo ad una diversa procedura, la circostanza che la precedente sentenza di annullamento avesse già riconosciuto l'interesse a ricorrere dell'odierna appellante.

7. Ugualmente, la circostanza che l'odierna appellante (fino al 31 dicembre 2000) gestisse una delle tre linee del servizio di autotrasporto oggetto della nuova gara non può valere, in assenza della domanda di partecipazione alla nuova procedura concorsuale, a radicare una posizione differenziata.

8. Infondato, infine, è anche il motivo di censura relativo alle modalità di trasferimento di beni e personali dal vecchio al nuovo gestore.

Il Collegio condivide l'interpretazione del Giudice di primo grado, secondo cui il trasferimento di beni e servizi debba essere regolato dall'Amministrazione in via preventiva, all'atto del conferimento del servizio ad una data impresa. Ne discende che la ricorrente non ha interesse a censurare quanto forma oggetto del nuovo rapporto concessorio, al quale è estranea, dovendo invece ricercare nel contratto di servizio a suo tempo sottoscritto le disposizioni relative al suo caso.

9. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate, ricorrendo giusti motivi anche in considerazione alla complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 3 luglio 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei

Signori:

Gaetano TROTTA	Presidente
Carmine VOLPE	Consigliere
Luciano BARRA CARACCILO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere
Roberto GIOVAGNOLI	Consigliere Est.

Presidente

Gaetano Trotta

Consigliere

Roberto Giovagnoli

Segretario

Maria Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....25/09/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria