



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2026 del 2009, proposto da:
Terzo Millennio Park S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Daniele Marrama, con
domicilio eletto presso Riccardo Riedi in Roma, via Cristoforo Colombo, 436;

contro

Comune di Vico Equense;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00153/2009,
resa tra le parti, concernente GARA PER INSTALLAZIONE E GESTIONE
PARCOMETRI - RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2011 il Cons. Antonio
Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Gigli, per delega dell'Avv. Marrama;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Vico Equense, in data 25.09.2008, ha bandito una gara per l'installazione e la gestione dei parcometri necessari alla gestione dei parcheggi a pagamento all'interno del Comune stesso.

In data 7 novembre 2008 la Terzo Millennio Park, operante nel settore, ha invitato il Comune ad annullare in autotutela il bando di gara, in ragione di asseriti vizi che avrebbero determinato l'illegittimità grave della lex specialis disciplinante la procedura concorsuale.

Non avendo il Comune di Vico Equense provveduto nel senso richiesto, la Terzo Millennio senza partecipare alla gara ha comunque proposto ricorso al TAR per la Campania, chiedendo l'annullamento del predetto bando di gara.

Con sentenza n. 153/2009, il Tribunale adito ha dichiarato inammissibile il gravame.

Avverso la predetta sentenza la Terzo Millennio ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone la riforma.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.
2. Ed invero, è principio giurisprudenziale consolidato e di recente ribadito dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio, quello secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela .

In questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse “finale” al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse “strumentale” alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta). Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

La situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso (cfr. AD. PLEN. n° 4/2011).

3. Una eccezionale deroga al principio testé annunciato, sempre come precisato dall'Adunanza Plenaria, può peraltro rinvenirsi nella ipotesi dell'operatore del settore a cui sia oggettivamente impedita la partecipazione alla procedura selettiva, in virtù di una specifica clausola direttamente ed immediatamente escludente del bando.

In tali circostanze, infatti, la certezza del pregiudizio determinato dal bando rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione.

4. Sennonché, nella specie, non è oggettivamente ravvisabile una siffatta circostanza.

Infatti, come affermato dallo stesso ricorrente, il bando sarebbe illegittimo per due diverse ragioni.

“In primo luogo, l'art. 21 del C. S. A. prevede la possibilità di attribuire fino ad un max. di 5 punti per il possesso di certificazioni attinenti il servizio messo in appalto espletato in altri Comuni superiori a 20.000 abitanti e fino ad un max. di 3 punti al possesso di certificazione ambientale ISO 14001 :2004-Registrazione EMAS.

In secondo luogo, l'art. 12 del medesimo Capitolato stabilisce testualmente che ciascun concorrente: dovrà presentare in sede di gara apposita dichiarazione rilasciata dal costruttore dei parcometri di corrispondenza degli apparecchi prodotti ai requisiti minimi di cui alle caratteristiche tecniche”.

Per cui, sempre come affermato in ricorso, “il primo fa sì che nell'individuazione del punteggio vengano presi in considerazione elementi che attengono alle caratteristiche soggettive del

concorrente e non, invece, all'offerta contrattuale; il secondo, invece, condiziona la possibilità di prendere parte alla gara non ad una caratteristica oggettiva del bene da fornire quanto alla disponibilità di un soggetto estraneo al procedimento (nel caso di specie il produttore dei parcometri) a rilasciare una dichiarazione di conformità ad un suo cliente”.

Tali clausole, in tutta evidenza, non impedivano oggettivamente la partecipazione della ricorrente alla procedura selettiva, non avendo natura direttamente ed immediatamente escludente.

A prescindere dalla loro asserita illegittimità, infatti, la prima attiene al meccanismo di attribuzione del punteggio, senza quindi incidere minimamente sui requisiti di partecipazione.

La seconda, del pari, attiene alla dichiarazione da rendere da parte del costruttore dei parcometri di corrispondenza degli apparecchi ai requisiti minimi di cui alle caratteristiche tecniche descritte nel Capitolato d'appalto, senza quindi impedire di per sé in via diretta ed immediata la partecipazione alla procedura selettiva.

Laddove, infatti, la Terzo Millennio non fosse stata in grado di ottenere la certificazione richiesta per oggettive ragioni indipendenti dalla sua volontà (asseritamente per rifiuto immotivato della Parkeon ritenuto l'unico costruttore cui potersi riferire), ben avrebbe potuto rappresentare tale evenienza alla stazione

appaltante in sede di partecipazione alla gara, ed impugnare successivamente la sua eventuale esclusione dalla gara stessa per tale motivo.

In buona sostanza, a prescindere dalla sua legittimità, la clausola in questione non impediva in modo oggettivo, diretto ed immediato la partecipazione della Terzo Millennio alla gara potendo determinare, al più ed in via mediata, la sua successiva esclusione dalla gara stessa.

Non v'è dubbio, pertanto, che la Terzo Millennio avesse l'onere di partecipare alla gara, al fine di poter utilmente contestare le clausole del bando ritenute lesive dei propri legittimi interessi.

Del tutto correttamente, di conseguenza, il primo giudice ha dichiarato inammissibile il ricorso da questa proposto, rilevando “che il nostro ordinamento non consente forme di tutela dirette alla mera attuazione dell'interesse oggettivo alla legittimità dell'azione amministrativa, per cui la proponibilità dell'azione è correlata all'esistenza di una posizione qualificata e differenziata rispetto a quella astrattamente riconoscibile alla generalità dei consociati, in mancanza della quale il cittadino che si ritenga leso dall'attività dell'amministrazione non si colloca in una posizione diversa da quella del quisque de populo; che, pertanto, solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'impresa assume una posizione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte operanti nel mondo economico, conseguendo la titolarità di un interesse legittimo giudizialmente tutelato, che l'abilita a sindacare la legittimità del bando della gara, alla quale ha dimostrato in concreto di voler prendere parte”.

5. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, da respingere.

Nulla per le spese, non essendosi costituita in giudizio l'amministrazione appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, lo respinge.

Nulla per le spese .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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