



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2011, proposto da:
Eredi Giuseppe Mercuri S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.
Nicola De Marco, Pietro Ballerini Puviani, con domicilio eletto
presso Pietro Ballerini Puviani in Bologna, via Castiglione N.101;

contro

Ferrovie Emilia Romagna S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.
Franco Pellizzer, Giacomo Santi, Elena Guiducci, con domicilio
eletto presso Franco Pellizzer in Bologna, via Collegio di Spagna, 15;

nei confronti di

Ecm S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Ubaldi, Marino
Bianco, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada
Maggiore 53;

Mermec S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con

domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

per l'annullamento

- della nota di Ferrovie Emilia Romagna S.r.L. del 20 novembre 2009, come conosciuta dalla ricorrente in seguito della menzione di essa fatta in memoria difensiva depositata nel ricorso n. 1445/2010 (definito con sentenza n. 42/2011) in data 10 gennaio 2011 prot. 223.

- dell'ammissione uti singula della ECM alla procedura alla seduta pubblica del 10 dicembre 2009; - - degli atti, dei documenti e dei provvedimenti successivi insino, se disposta, all'aggiudicazione, anche solo in via provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie Emilia Romagna S.r.l. e di Ecm S.p.A. e di Mermec S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Riferisce la ricorrente di aver conseguito in A.T.I., con la

mandataria ECM, il C.I.P. (certificato di idoneità preliminare) per la partecipazione a gare per la realizzazione di applicazioni specifiche di sottosistemi di terra SCMT (Sistema di controllo della marcia del treno) dalla Rete Ferroviaria Italiana (RFI).

Di detta circostanza aveva notiziato altresì la FER (Ferrovie Emilia Romagna) che aveva indetto una procedura per la realizzazione di un sottosistema di terra (SST) di sicurezza e segnalamento per il controllo della marcia del treno (SCMT) sulla rete ferroviaria regionale.

Conosciuta, a seguito di un ricorso in materia di accesso agli atti, l'esistenza della nota del 20/11/2009 con la quale la società ECM era stata inviata anche in forma singola, in quanto in possesso dei requisiti del C.I.P. alla partecipazione della suddetta procedura, presentava ricorso al T.A.R., dopo avere inviato un preavviso di ricorso ex art. 243 bis del D.lgs 163/2006, il codice dei contratti pubblici, deducendone l'illegittimità.

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e le controinteressate ECM e Mermec, che rilevavano l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

2. L'istanza cautelare veniva respinta in primo grado con ordinanza 242/2011, rilevando la "natura non provvedimento dell'atto impugnato" nonché il mancato possesso in modo autonomo del C.I.P. "per cui non potrebbe concorrere in modo autonomo" alla procedura.

L'appello avverso l'ordinanza cautelare veniva respinto con ordinanza del Consiglio di Stato 2047/2011 il quale sottolineava che l'eventuale inadempimento dell'obbligo di partecipare alla gara nella forma dell'A.T.I. poteva eventualmente rilevare nei rapporti tra le parti, ma non nei confronti della stazione appaltante.

La causa veniva trattenuta in decisione all'odierna udienza in cui veniva depositato atto di rinuncia al ricorso sia pure non notificato alle controparti.

Tuttavia va valutata la soccombenza virtuale avendo le parti intimamente richiesto la refusione delle spese di causa.

3. Il ricorso è inammissibile.

In linea di diritto va osservato che nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice, tanto è vero che il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa in quanto tale.

Conseguentemente il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

Infatti, il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di

merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

La legittimazione al ricorso, pertanto, presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato.

In linea di principio, gli orientamenti interpretativi più consolidati affermano la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione o della possibilità di partecipazione illegittimamente preclusa 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 ma ciò solo se sussista, in concreto, la ragionevole possibilità di ottenere l'utilità richiesta.

3.1. In definitiva la situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura o dalla possibilità di partecipazione, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso (Cons. stato., Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4).

4. Nel caso concreto tale legittimazione non sussiste per l'impresa

ricorrente.

La stessa, infatti, come esattamente rilevato nell'ordinanza cautelare del T.A.R., non è in possesso in modo autonomo del C.I.P. che costituisce un requisito indispensabile per la partecipazione e, pertanto, non ha interesse a contestare gli atti impugnati, con i quali si consente alla ECM di partecipare autonomamente alla procedura, ove in possesso dei requisiti in modo autonomo.

4.1. Non è rilevante, ai fini dell'impugnativa, il possesso del C.I.P. in A.T.I con E.C.M. la quale, rispetto alla stazione appaltante non ha alcun obbligo di partecipare alla procedura in A.T.I. e, pertanto, ove sussistano particolari impegni contrattuali tra le parti in tal senso, non prodotti in questa sede ed irrilevanti nel presente giudizio, ciò potrà essere fatto valere nei rapporti interni (come rilevato dal Consiglio di Stato in sede di appello all'ordinanza cautelare), ed ove sussista un inadempimento, dovrà essere contestato nella sede civile competente.

5. In conclusione il ricorso è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito della rinuncia al ricorso non notificata nè accettata da controparti.

6. Le spese seguono la soccombenza virtuale essendo il ricorso inammissibile e vengono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per le ragioni indicate in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di causa che si liquidano in Euro 3.000(tremila), oltre C.P.A. ed I.V.A. in favore della stazione appaltante ed in euro 3.000 (tremila), oltre C.P.A. ed I.V.A. in favore della E.C.M S.P.A. e ed in euro 3.000 (tremila), oltre C.P.A. ed I.V.A. in favore della Mermec S.P.A..

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

IL SEGRETARIO

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