



REPUBBLICA ITALIANA

N. 950/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 569 REG.RIC.

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

ANNO 2008

DECISIONE

sul ricorso di opposizione di terzo n. 569 del 2008,
proposto dalla De Vizia Transfer s.p.a., rappresentata e difeso
dall'avv. Giovanni Contu, domiciliato in Roma, via Massimi n.
154;

CONTRO

il Co.s.i.r. – Consorzio Servizi Imprese Riunite a r.l.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Antonello
Rossi e domiciliata presso il primo in Roma, via Federico
Confalonieri 5;

E NEI CONFRONTI

del Comune di ORISTANO, rappresentato e difeso
dall'avvocato Sergio Segneri, domiciliato in Roma, via di San
Basilio 61, presso lo studio “Eugenio Piccozza & associati”;

per la riforma

della decisione del Consiglio di Stato, V sezione, 7
novembre 2007, n. 5775 ;

Visto il ricorso per opposizione di terzo con i relativi
allegati;

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

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 21 novembre 2008 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti l'avv. Luigi Manzi per delega dell'avv. Andrea Manzi e l'avv. Segneri per se e per delega dell'avv. Contu, come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Oggetto del ricorso di opposizione di terzo proposta dalla De Vizia Transfer è la decisione specificata in rubrica, con la quale questa sezione, in accoglimento dell'appello proposto dalla società Rossato (in proprio e quale mandataria della "costituenda" associazione di imprese con la società Co.s.i.r.), ha riformato la sentenza di primo grado ed ha annullato il provvedimento d'esclusione della ricorrente dalla gara indetta dal Comune di Oristano per l'appalto del servizio di nettezza urbana.

L'opponente, De Vizia Transfer s.p.a., premesso che non gli venne mai notificato alcun atto concernente tale giudizio e che, nelle more dell'appello davanti a questo Consiglio di Stato, la procedura di gara si concluse con l'aggiudicazione in suo favore, sostiene che il ricorso dalla società Rossato non poteva essere accolto ma avrebbe dovuto essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, non avendo la ricorrente

esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva, cioè all'atto conclusivo dell'intero procedimento.

Contesta poi, nel merito, le motivazioni contenute nella decisione, sostenendo l'infondatezza dell'appello proposto dalla società Rossato.

Conclude, quindi, chiedendo, in riforma della decisione opposta, che venga dichiarata l'improcedibilità o, in subordine, il rigetto del ricorso di primo grado.

E' costituito in giudizio il Comune di Oristano, che aderisce alle impostazioni della opponente e conclude per l'accoglimento del ricorso per opposizione.

E' costituita in giudizio la società Co.s.i.r., che eccepisce, in via preliminare, la tradività del ricorso per opposizione di terzo ed il difetto di interesse della De Vizia Transfer. Nel merito contesta le tesi avversarie e conclude per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

1. Oggetto del ricorso di opposizione di terzo, proposto dalla De Vizia Transfer è la decisione specificata in rubrica, con la quale questa sezione, in accoglimento dell'appello proposto dalla società Rossato (in proprio e quale mandataria della "costituenda" associazione di imprese con la società Co.s.i.r.), ha riformato la sentenza di primo grado ed ha annullato il provvedimento d'esclusione della ricorrente dalla gara indetta dal Comune di Oristano per l'appalto del servizio di nettezza urbana. Al giudizio non ha partecipato, non essendogli

stati notificati gli atti introduttivi né eventuali motivi aggiunti, l'attuale ricorrente in opposizione, che però, nelle more dell'appello, è risultata vincitrice della gara ed aggiudicataria definitiva del servizio.

2. In via preliminare, vanno esaminate le eccezioni prospettate dalla Co.s.i.r. , secondo la quale l'opposizione sarebbe tardiva, perché proposta oltre il termine dimidiato (ex art. 23 bis legge n. 1034 del 1971) per la proposizione dell'appello, decorrente dalla conoscenza della sentenza, ed inoltre inammissibile, perché all'epoca della notificazione del ricorso di primo grado la società non era tecnicamente un controinteressato pretermesso.

Entrambe le eccezioni vanno entrambe disattese, in quanto infondate.

La prima trascura il fatto che, a parte ogni considerazione sull'applicabilità del termine dimidiato ex art. 23 bis legge n. 1034 del 1971 anche al rimedio dell'opposizione di terzo, nel caso di specie non è stata fornita alcuna prova della data in cui la De Vizia Transfer ha avuto piena conoscenza della decisione in questione.

La seconda è basata su di una lettura riduttiva dell'opposizione di terzo, che, in realtà, non è uno strumento per tutelare solo i controinteressati pretermessi, ma anche i controinteressati sopravvenuti, i controinteressati non facilmente identificabili, e in generale i terzi titolari di una situazione

giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza opposta (Consiglio di Stato, IV 23 settembre 2004, IV 3 maggio 1999, n. 773; IV, 22 gennaio 1999, n. 55; IV 11 febbraio 1998, n. 263; IV, 20 maggio 1996, n. 655).

Nel caso di specie, seppur all'atto della proposizione del ricorso avverso l'esclusione dalla gara, la De Vizia Transfer era titolare di un interesse di mero fatto a contrastare l'azione della società Rossato, nel corso del giudizio di appello, l'interesse ha acquistato una valenza giuridica a seguito dell'aggiudicazione definitiva, che ne legittimava la presenza nel giudizio quale controinteressato sopravvenuto e che ne legittima oggi l'intervento in opposizione di terzo.

3. Nel merito, il ricorso è fondato.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, è ferma nel ritenere che, anche se *“l'esclusione dalla gara può (e anzi deve) essere gravata prima dell'aggiudicazione; nell'attuale assetto del sistema di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici (quale esso risulta anche dai principi di derivazione comunitaria), deve essere affermato il principio che l'impugnazione dell'esclusione va estesa, con lo strumento dei motivi aggiunti, anche all'aggiudicazione, non solo quando questa risulti disposta uno actu con l'esclusione, ma tutte le volte in cui essa intervenga e sia conosciuta prima della pronuncia sul relativo gravame. È solo questa infatti la via per garantire il*

soddisfacimento di quelle esigenze di speditezza, di concentrazione processuale e di prevalenza della tutela in forma specifica che permeano e giustificano il peculiare regime normativo della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici.” (Consiglio Stato , sez. V, 01 agosto 2007 , n. 4268).

Nel caso di specie, come correttamente affermato dal ricorrente in opposizione, l'avvenuta aggiudicazione definitiva *“era stata portata a conoscenza di controparte, sia mediante deposito del relativo provvedimento nel giudizio n. 5666/06 conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato oggi opposta, sia attraverso comunicazione diretta da parte del comune di Oristano.”* Ma non risulta sia stato proposto da parte della società Rossato autonomo ricorso davanti al Tar Sardegna, con contestuale richiesta di sospensione del giudizio di appello.

Sostiene, tuttavia, la Co.s.i.r. che l'improcedibilità del ricorso sarebbe impedita dal fatto che, seppur il ricorrente non può più aspirare ad ottenere il bene della vita cui tendeva l'azione giudiziaria, cioè l'aggiudicazione del servizio, tuttavia residua, comunque, un interesse all'accertamento dell'illegittimità della sua esclusione dalla gara ai fini esclusivamente risarcitori.

L'assunto non può essere condiviso, giacché l'annullamento dell'esclusione dalla gara, di per sé solo, non dà luogo al risarcimento del danno, ma solo in una fattispecie concreta nella quale l'interessato dimostri la concreta possibilità, attraverso il rinnovo delle operazioni di gara, di poter

quantomeno avere in astratto titolo all'aggiudicazione. In tal senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare come *“la domanda di risarcimento del danno non può essere valutata in presenza della sola illegittimità dell'esclusione , non rilevando al momento un " danno risarcibile" connesso direttamente a tale illegittimità.”* (Consiglio Stato , sez. IV, 28 febbraio 2005 , n. 751).

Ora, nel caso di specie, la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, per fatto dipendente dal ricorrente, impedisce di far valere il vizio, riscontrato dalla decisione in epigrafe sull'esclusione della società Rossato, sul provvedimento di aggiudicazione definitiva, divenuto ormai inoppugnabile.

Il ricorso in opposizione di terzo, pertanto, deve essere accolto.

Appare tuttavia equo compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta , in riforma della propria decisione 7 novembre 2007, n. 5775, dichiara improcedibile il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 21
Novembre 2008 con l'intervento dei sigg.:

Pres. Cesare Lamberti

Cons. Aldo Fera Est.

Cons. Aniello Cerreto

Cons. Nicola Russo

Cons. Gabriele Carlotti

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Aldo Fera

f.to Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....18/02/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi