



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8195 del 2009, proposto dalla società Terzo Millennio s.a.s., in persona del presidente e legale rappresentante , rappresentata e difesa dagli avv. Mario Barretta e Daniele Marrama, con domicilio eletto presso Riccardo Riedi in Roma, via Cristoforo Colombo, 436;

contro

Circumvesuviana s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano, con domicilio eletto presso quest'ultimo difensore in Roma, via degli Avignonesi, 5;

nei confronti di

Florida 2000 s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;
la Sacom s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 2612/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI GESTIONE E SORVEGLIANZA DEI PASSAGGI A LIVELLO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Circumvesuviana s.r.l. e della Florida 2000 s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2011 il consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati Marrama, Clarizia e Lirosi, quest'ultimo per delega dell'avvocato Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.E' impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania 13 maggio 2009, n. 2612 che ha dichiarato in parte inammissibile e in parte ha respinto il ricorso proposto dalla Terzo Millennio s.n.c. per l'annullamento del bando di gara predisposto dalla Circumvesuviana s.r.l. per l'affidamento biennale del servizio di gestione e sorveglianza dei passaggi a livello, nonché di ogni altro atto presupposto o consequenziale.

2. Assume l'appellante Terzo Millennio s.a.s. l'erroneità della gravata sentenza nella parte in cui ritiene insussistente l'interesse al ricorso in capo alla società Terzo Millennio s.n.c. per non aver impugnato l'atto di esclusione dalla gara, senza considerare che l'impugnazione del solo bando di gara era autonomamente sorretta dall'interesse alla rinnovazione della gara e non anche al conseguimento dell'aggiudicazione.

3. Di qui i motivi di appello e la richiesta di accoglimento, con l'appello, del ricorso di primo grado, in riforma dell'impugnata sentenza anche nel capo afferente la declaratoria di infondatezza della censura inerente la violazione del giudicato formatosi sulla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania 28 luglio 2005, n. 10436.

4. Si è costituita in giudizio la Circumvesuviana s.r.l. nonché la Florida 2000 s.r.l.. La prima ha altresì interposto appello incidentale e ha fatto valere, in tale sede, la tardività del ricorso di primo grado.

5. All'udienza del 6 maggio 2011 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

6. L'appello è infondato e va respinto.

6.1 L'odierna appellante è stata esclusa dalla gara per cui è giudizio non soltanto perché priva del requisito inerente la esecuzione nel triennio 2002 -2004 di prestazioni identiche a quelle oggetto di gara, ma anche per altri motivi, inerenti omissioni nelle dichiarazioni di gara da produrre sotto comminatoria di nullità. La stessa ha impugnato il bando di gara nella parte in cui richiedeva l'esecuzione di prestazioni identiche a quelle oggetto d'appalto, sull'assunto della natura discriminatoria della prescrizione e del suo carattere irragionevole.

6.2 E' altresì pacifico, in fatto, che la società Terzo Millennio abbia omesso di gravare, come la stessa riconosce nell'atto di appello, la propria esclusione dalla gara, che pertanto è divenuta definitiva ed inoppugnabile.

6.3 Ritiene il Collegio che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, in capo a chi sia stato escluso da una gara con atto non impugnato, non sussiste un interesse al ricorso avverso gli atti della medesima selezione, neppure nella declinazione mediata dell'interesse strumentale alla rinnovazione della intera gara.

Tali conclusioni sono conformi, oltre che alla prevalente giurisprudenza amministrativa di epoca più risalente, con la recente sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n.4 che ha ribadito

l'orientamento per cui l'esclusione da una gara d'appalto pone l'escluso in posizione di fatto non diversa dal non partecipante, perché non fa sorgere il titolo su cui si fonda la legittimazione al ricorso.

6.4 Non può essere pertanto condivisa la prospettazione della società appellante, secondo cui attraverso la impugnazione del solo bando la stessa ha titolo per far valere soltanto il suo interesse strumentale alla ripetizione delle operazioni di gara (cioè indipendentemente dal possesso di un idoneo titolo partecipativo). Una posizione legittimante all'impugnazione del bando può sussistere solo in capo a chi abbia titolo a partecipare alla gara. L'eccezione a questa regola riguarda i requisiti richiesti dalla clausola del bando su cui si appunta l'impugnazione; ma non si configura in capo a chi, come l'odierna appellante, pretenderebbe travolgere l'intera gara per pretesa illegittimità del bando, tralasciando di esser stata definitivamente esclusa dalla gara per difetto di requisiti partecipativi diversi da quelli sui quali si appunta l'impugnazione della *lex specialis*, ovvero per omissioni nella domanda di partecipazione.

In tali casi è evidente il difetto di legittimazione al ricorso del soggetto escluso (che non contesti la propria esclusione), se si considera il dato di base che il processo amministrativo non è un astratto strumento di ripristino della legalità violata indipendentemente da una posizione che configuri un concreto ed effettivo titolo per agire in giustizia.

Nemmeno rileva che l'odierna società appellante, prevedendo di restare esclusa dalla gara a causa della carenza del requisito di capacità tecnica, abbia prodotto la domanda di partecipazione con riconosciuta superficialità (dove le carenze documentali a base della sua esclusione). A rilevare in senso ostativo è il dato oggettivo della carenza di titolo partecipativo in capo alla ricorrente, a causa della sua esclusione dalla gara per fatti e circostanze rimaste inoppugnate, data la mancata proposizione di specifico gravame.

7. In definitiva, l'appello va respinto e va confermata la impugnata sentenza.
8. La reiezione dell'appello principale comporta la declaratoria di improcedibilità, per evidente difetto di interesse, dell'appello incidentale (avente il contenuto proprio di una impugnazione condizionata).
9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello (r.g. n. 8195/2009), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle intime parti costituite delle spese e competenze del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna parte costituita, oltre IVA e CAP come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2011

IL SEGRETARIO

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

