

Il concorrente ad una licitazione privata, escluso dalla gara per inosservanza di una clausola concorsuale tassativa, non ha interesse a dedurre l'illegittimità della propria esclusione sotto il profilo della disparità di trattamento nei confronti di altri concorrenti, in quanto, ove sia legittima la sua esclusione in base alla regola della quale l'Amministrazione ha fatto applicazione, nessuna utilità, neppure di natura morale, potrebbe a lui derivare dalla esclusione anche del terzo, essendosi per lui conclusa la procedura concorsuale con l'adozione del provvedimento impugnato in primo grado, e residuandogli soltanto interessi di mero fatto rispetto al bene della vita cui si riferisce la procedura

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6031 del 16 settembre 2004, in tema di interesse in capo ad un'impresa legittimamente esclusa da una procedura, ci insegna che:

<il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non ha alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti, in quanto dalla eventuale illegittimità della mancata esclusione dell'altro concorrente, lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l'esclusione legittima conclude, infatti, per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse meramente di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1337 del 2001, proposto da ATI \*\*\*, con sede in Quarto (NA), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Mario Attanasio, Salvatore Di Carluccio e Alda Colesanti, con domicilio eletto in Roma, via Ofanto, n. 18, presso lo studio del primo;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale "Napoli 5", in persona del rappresentante legale in carica – non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, n. 3123 del 6 dicembre 1999

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 27 aprile 2004, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; nessuno è comparso per le parti! Fine dell'espressione imprevista;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## F A T T O

1.1. La ATI in epigrafe ha presentato la propria offerta alla licitazione privata indetta con deliberazione n. 220 del 10 febbraio 1998 dall'Azienda Sanitaria locale "Napoli 5", per la fornitura del servizio di manutenzione globale, preventiva e correttiva delle apparecchiature biomedicinali e radiologiche in uso presso le diverse dipendenze sanitarie dell'Azienda, per il periodo di mesi 12 e per un importo a base d'asta di Lit. 2.500.000.000.

Ma, nella pubblica seduta del 10 luglio 1998, ne è stata esclusa, per inosservanza delle prescrizioni del bando, in quanto l'offerta conteneva, in unica busta con la dicitura "documentazione", oltre agli elementi corrispondenti alla dicitura, anche la busta con l'offerta economica, mentre la lettera d'invito prescriveva che l'offerta dovesse essere presentata in un plico sigillato con ceralacca, contenente a sua volta tre distinte buste, anch'esse sigillate, recanti ciascuna la dicitura corrispondente al contenuto, in maniera distinta, e cioè l'una, la dicitura "documentazione", l'altra la dicitura "relazione tecnica" e la terza, la dicitura "offerta economica".

1.2. La Sezione Prima del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, davanti al quale è stato impugnato il provvedimento di esclusione, ha respinto il ricorso con sentenza n. 3123 del 6 dicembre 1999, ritenendo essenziale la prescrizione della lettera di invito, non soltanto in base alla specifica clausola del bando, ma anche in forza della finalità sottesa al disposto dall'art. 75 del RD. 23 maggio 1924 n. 827.

2. Avverso l'anzidetta sentenza propone appello l'interessata, deducendone l'illegittimità per falsa applicazione delle norme in materia di appalto ed eccesso di potere per presupposto erroneo, difetto di motivazione e perplessità, in quanto sarebbe mancata, nella lettera d'invito una espressa comminatoria di esclusione, per l'inosservanza della prescrizione, né questa sarebbe rinvenibile nelle clausole del bando.

L'appellante, con un secondo motivo, ripropone le ragioni di impugnazione dedotte in primo grado, in particolare soffermandosi sul dedotto eccesso di potere sotto il profilo della perplessità e della disparità di trattamento in quanto la commissione avrebbe dimostrato una maggiore elasticità nei riguardi di altre ATI concorrenti (specificamente indicate), le cui offerte sono state ritenute valide malgrado fossero a loro volta irregolari talune documentazioni presentate in copia piuttosto che in originale.

Infine il giudice di primo grado avrebbe illegittimamente omesso di trarre le debite conseguenze dal comportamento processuale dell'Azienda costituita in giudizio, la quale ha omesso di depositare, benché richiesta, gli atti ed i documenti relativi alla licitazione in oggetto, nonché la relazione, di cui decisione interlocutoria n. 1089 dell'1 aprile 1999.

3. Non costituitasi l'Azienda appellata, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 27 aprile 2004 e trattenuta in decisione.

## D I R I T T O

1. L'appello è infondato.

2. E' liberamente apprezzata dal giudice, nella fase decisoria, la rilevanza e pertinenza alla controversia di elementi istruttori, senza che vincoli di alcuna natura possano derivare dalla precedente emissione di un ordine istruttorio ancorché emanato nella forma solenne della sentenza interlocutoria.

Correttamente pertanto, il giudice di primo grado ha ritenuto irrilevante, nel giudizio, il mancato deposito della documentazione e della relazione richiesti all'Azienda con sentenza interlocutoria n. 1089 dell'1 aprile 1999, una volta accertata e definita l'incontestata ragione dell'esclusione e l'irrilevanza del mezzo ai fini della decisione.

3. E' irrilevante anche, nel presente giudizio, il comportamento tenuto dalla Commissione nei confronti di altri partecipanti, che il ricorrente afferma essere stati illegittimamente mantenuti nella partecipazione alla procedura, malgrado talune irregolarità della documentazione depositata.

Ed infatti:

- si verte sulla tassatività di una clausola, che - come la stessa appellante riferisce, nel riportala, virgolettata, nell'atto introduttivo del presente grado del giudizio - concerne le modalità di presentazione della documentazione ed attiene, dunque, ad un aspetto affatto differente dalla regolarità della documentazione in sé (aspetto questo contestato, dall'appellante, agli altri concorrenti, che l'interessata assume essere stati trattati con una maggiore flessibilità);

- a nessuno di costoro è stato notificato l'atto introduttivo del giudizio, cosicché non può neppure essere presa in esame la contestata disparità di trattamento, che però, nella specie, non è neppure configurabile, attesa la diversità delle situazioni, sopra evidenziata (cosicché, anche, è da dire incidentalmente, il giudice di primo grado ha ritenuto di dovere disattendere l'eccezione di inammissibilità dedotta, per tale profilo, dall'Azienda resistente, in quanto in ogni caso, l'inammissibilità del motivo per mancata notificazione ad almeno uno dei controinteressati, non determina l'inammissibilità del ricorso);

- il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non ha alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti, in quanto dalla eventuale illegittimità della mancata esclusione dell'altro concorrente, lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l'esclusione legittima conclude, infatti, per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse meramente di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado.

4. Quanto poi alla ragione che ha determinato l'esclusione, osserva la Sezione che le modalità di presentazione dell'offerta appaiono tassativamente fissate nella lettera di invito in conformità al bando, in forza della clausola - apposta dopo la puntuale descrizione delle modalità di presentazione della documentazione (esattamente come si è descritto in narrativa, in un unico plico sigillato con ceralacca, contenente tre buste sigillate, ciascuna di differente contenuto e con apposita dicitura) - precisa che "tutta la predetta documentazione deve essere presentata in maniera esattamente conforme a quanto richiesto", riservandone alla Commissione la verifica ed il potere di esclusione in caso di difformità.

Che la clausola abbia ad oggetto solo ed esclusivamente le modalità di presentazione dell'offerta in sé, e non anche il contenuto delle buste, risulta chiaro ed esplicito non soltanto da un punto di vista letterale, ma anche, sostanzialmente, dalla volontà manifestata nella successione delle clausole che riguardano, l'una (quella sopra riferita) la modalità di presentazione dell'offerta in sé, l'altra la conformità del contenuto (ossia della documentazione) a quanto richiesto dal bando, e l'altra ancora, la modalità di presentazione di tale contenuto (con numerazione progressiva e raccolta in unico volume, con legatura che non consenta estrapolazione dei fogli, con indicazione nel frontespizio del totale dei

fogli che lo compongono), con puntuale successione logica delle prescrizioni, distinte quanto all'oggetto.

5. Nella descritta situazione le conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado non appaiono suscettibili di censura, essendo chiaro l'intento dell'amministrazione di procedere separatamente e prima di ogni altra operazione alla verifica della documentazione condizionante la partecipazione alla gara, su un terreno assolutamente neutro, preservando e garantendo la segretezza della relazione tecnica e della offerta economica a tutela della par condicio dei concorrenti.

6. L'appello, pertanto, deve essere respinto.

Nulla per spese in favore dell'appellata non costituita.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe;

Nulla per spese;

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

Così deciso in Roma, addì 27 aprile 2004, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 16 settembre 2004

CONSIGLIO DI STATO -

- Sezione Quinta -

Sent.n. del pos.doc Ord. ndel pos.doc. Par. n.del pos.doc

Presidente: ELEFANTE !Fine dell'espressione imprevista Estensore: MILLEMAGGI  
COGLIANI!Fine dell'espressione imprevista

Parti:ATI \*\*\* c. ASL Napoli 5 !Fine dell'espressione imprevista

Titoletto: Sentenza e decisione – Vizi – Omessa ottemperanza ad ordine istruttorio – Ritenuta irrilevanza ai fini della decisione – Non costituisce vizio della sentenza ex se -!Fine dell'espressione imprevista

Testo massima: E' liberamente apprezzata dal giudice, nella fase decisoria, la rilevanza o meno di elementi istruttori, ai fini della soluzione della controversia, senza che vincoli, in tal senso, possano

derivare, allo stesso giudice, da un precedente ordine istruttorio, ancorché impartito nella forma solenne della sentenza interlocutoria; pertanto non costituisce vizio della sentenza il ripensamento dello stesso giudice sulla pertinenza all'oggetto della documentazione non prodotta dal destinatario dell'ordine.

Il Presidente -

Sezione Quinta –

CONSIGLIO DI STATO -

- Sezione Quinta -

Sent.n. del pos.doc Ord. ndel pos.doc. Par. n.del pos.doc

Presidente: ELEFANTE !Fine dell'espressione imprevista Estensore: MILLEMAGGI  
COGLIANI!Fine dell'espressione imprevista

Parti:ATI \*\*\* c. ASL Napoli 5 !Fine dell'espressione imprevista

Titoletto: Contratti della P.A. – Licitazione privata - Esclusione – Sulla base della corretta applicazione di inosservanza di una clausola tassativa - Disparità di trattamento – Inconfigurabilità - Fattispecie.

!Fine dell'espressione imprevista

Testo massima: Il concorrente ad una licitazione privata, escluso dalla gara per inosservanza di una clausola concorsuale tassativa, non ha interesse a dedurre l'illegittimità della propria esclusione sotto il profilo della disparità di trattamento nei confronti di altri concorrenti, in quanto, ove sia legittima la sua esclusione in base alla regola della quale l'Amministrazione ha fatto applicazione, nessuna utilità, neppure di natura morale, potrebbe a lui derivare dalla esclusione anche del terzo, essendosi per lui conclusa la procedura concorsuale con l'adozione del provvedimento impugnato in primo grado, e residuandogli soltanto interessi di mero fatto rispetto al bene della vita cui si riferisce la procedura.

Il Presidente -

- Sezione Quinta –