

Il bando di gara è atto impugnabile unitamente ai provvedimenti concreti che ne fanno applicazione, ciò in quanto è in tale specifico momento che la lesione dell'interesse vantato dalla parte acquista il carattere dell'attualità, a meno che non si tratti di clausole del bando che precludano o rendano incerto l'ulteriore corso del procedimento, come quelle che impediscano la partecipazione alla gara fissando particolari requisiti soggettivi dei concorrenti

Il Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 1442 del 24 maggio 2007 ci insegna che:

< E' stato perspicuamente osservato, in giurisprudenza, che in tema di contratti della P.A., devono essere impuginate immediatamente solo le clausole del bando di gara che stabiliscono i requisiti di partecipazione alla procedura e che rivestono, quindi, valenza lesiva concreta, direttamente percepibile dal soggetto che vede pregiudicato subito il suo interesse partecipativo; mentre quelle che concernono le regole della selezione e i criteri di aggiudicazione vanno impuginate unitamente all'atto applicativo, e in particolare all'aggiudicazione, che ne rivela l'effettiva idoneità lesiva ed attualizza l'interesse alla contestazione della loro legittimità>

nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici siciliani:

< Nella specie, la ricorrente ha ritenuto di impugnare il bando dichiarandosi espressamente in possesso di tutti i requisiti di ammissione richiesti dal bando medesimo, sicché, mentre, per un verso, ha riconosciuto la non immediata lesività delle clausole contestate (potendo la ricorrente aggiudicarsi l'appalto anche in applicazione del bando così com'è), per altro verso, si è, comunque, sottoposta all'onere dell'impugnazione dell'eventuale futura aggiudicazione in favore di altra impresa, essendo questo l'atto concretamente lesivo della sua posizione giuridica e dei suoi concreti interessi.

Orbene, essendo pacifico in atti che la gara non è stata aggiudicata alla odierna ricorrente (ma ad altra impresa), la mancata impugnazione di tale provvedimento, concretamente lesivo, ha fatto venir meno qualunque suo interesse alla definizione, nel merito, del ricorso. Tanto più che l'eventuale accoglimento dello stesso implicherebbe, oggi, di caducare l'aggiudicazione in favore di altro soggetto che non risulta nemmeno essere parte del presente giudizio, con obiettiva - quanto evidente - violazione del principio del contraddittorio>

A cura di Sonia LAzzini

## REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente

### SENTENZA

sul ricorso n. 2455/2001, Sezione III, proposto dalla \*\*\* s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, corrente in Caltanissetta, ed elettivamente domiciliata in Palermo Via Mariano Stabile n. 261, presso lo studio degli Avv.ti. M. C. Patrizia D'Aleo e Donata Di Chiara, che la rappresentano e difendono, sia uniti che divisi, per procura a margine del ricorso;

### CONTRO

la Provincia regionale di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

“del bando di gara indetto dalla Provincia regionale di Caltanissetta e pubblicato sulla GURS il 09/04/2001, avente per oggetto «appalto di lavori di indagine e prove per il collaudo dei lavori relativi alla costruenda strada a scorrimento veloce Mussomeli-Caltanissetta (I° lotto)», dell'importo a base d'asta di £. 248.227.000, e precisamente, del paragrafo 3, punti c ed f1, nelle parti in cui individuano rispettivamente la categoria prevalente nella OS21 e tra i requisiti ulteriori l'importo dei lavori analoghi a quelli della categoria prevalente;

“di tutte le clausole ad esse collegate nonché di tutte le operazioni di gara e comunque di tutti gli atti ad esse susseguenti e/o consequenziali”.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Udito, alla pubblica udienza del 20 aprile 2007, il difensore della ricorrente come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

**FATTO**

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la \*\*\* s.r.l., impugna il provvedimento di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, deducendo in fatto:

a) con bando pubblicato nella GURS 09.04.2001, la Provincia regionale di Caltanissetta indiceva pubblico incanto per l'aggiudicazione di “Lavori di indagine e prove per il collaudo dei lavori relativi alla costruenda strada a scorrimento veloce Mussomeli Caltanissetta (I° lotto)”, per un importo a base d'asta di £. 248.227000;

b) il suddetto bando indicava la categoria prevalente nella OS21 (art. 3 punto c) e richiedeva, tra l'altro, ai fini della partecipazione alla gara stessa, il possesso da parte delle ditte partecipanti del requisito attinente l'esecuzione di lavori analoghi a quelli della categoria prevalente e per un importo non inferiore a quello dell'appalto da affidare;

c) la \*\*\* s.r.l. si occupa del controllo di qualità sui materiali da costruzione, è accreditata dal Ministero dei LL.PP. (L. 1086/71, art. 20), ed è laboratorio riconosciuto dal Ministero della Sanità (tali accreditamenti la porrebbero “... tra gli istituti di ricerca e sperimentazione sui materiali da costruzione più avanzati tecnologicamente in Italia);

d) la ricorrente, in possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando di cui sopra, e previa presentazione di una dichiarazione attestante la sussistenza dei superiori requisiti, formulava la sua offerta secondo il criterio indicato nel bando di gara”);

e) a seguito della presentazione di tutte le offerte, la stazione appaltante "... procedeva alla verifica del possesso dei requisiti in capo a dieci ditte partecipanti. sorteggiate ai sensi e per gli effetti dell'art. 10 L. 109/94, e, ciò ovviamente prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte: a tutt'oggi, non essendo maturato il tempo concesso alle ditte sorteggiate, non si è ancora proceduto alla aggiudicazione dell'appalto di che trattasi".

2. In punto di diritto, deduce:

I) Preliminarmente, "sull'interesse a ricorrere", si assume che la categoria prevalente OS21 richiesta dal bando di gara (art 3 punto c) alle imprese partecipanti, sarebbe "... assolutamente in contrasto se non addirittura incompatibile con la natura e la tipologia dell'oggetto dell'appalto". Ciò in quanto, mentre la OS21 riguarda la costruzione di opere destinate a trasferire i carichi di manufatti poggianti su terreni non idonei a reggere i carichi stessi, nonché l'esecuzione di indagini geognostiche, le attività costituenti oggetto dell'appalto si risolverebbero "... in indagini volte ad individuare consistenza e qualità delle opere già realizzate", onde tali indagini dovrebbero "... ascrivere alla categoria dei servizi e non dei lavori"; servizi per i quali, peraltro, la vigente normativa (L. 1086/1971) "... richiede il possesso in capo alle ditte esecutrici di specifiche attestazioni ed autorizzazioni rilasciate da autorità pubbliche all'uopo preposte e di cui non v'è traccia nel bando".

La ditta odierna ricorrente è in possesso del requisito di iscrizione nella categoria prevalente erroneamente richiesta dal bando, ma "... proprio per il raggiungimento dello scopo sociale è, altresì una delle poche ditte in possesso di tutte le certificazioni ed autorizzazioni necessarie per lo svolgimento delle indagini oggetto della gara di che trattasi: pertanto la errata individuazione dei criteri di selezione impugnati pregiudica l'interesse della ricorrente laddove estende a ditte non qualificate la possibilità di partecipazione".

In altri termini, nella specie, sarebbe "... gravemente pregiudicata la legittima aspettativa di aggiudicazione del servizio atteso che la rinnovazione delle operazioni di gara e la partecipazione (per gli specifici requisiti richiesti) di un numero ridottissimo di partecipanti (sono circa cinque le ditte in Sicilia che possiedono i requisiti di trattasi) determinerebbe un considerevole aumento delle possibilità di aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente. Di qui l'interesse a ricorrere. Interesse che si estrinseca nella creazione di una nuova chance di partecipazione ad una gara rinnovata a condizioni diverse da quelle iniziali e certamente più favorevoli alla ricorrente".

Si tratterebbe, altresì, "... di ... clausole del bando che producono effetti distorsivi della concorrenza, ricollegandosi alla libertà di scelta dell'impresa e concretizzandosi nella utilità che discende dalla salvaguardia della libertà negoziale".

II) Violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 34/2000, nonché della L. n. 1086/71 e delle Circolari 346/stc/99 e 349/stc/99

Il bando di gara si rivela emanato in palese difformità al D.P.R. n. 34/2000 laddove individua l'oggetto dell'appalto nelle opere strutturali ricadenti nella OS21, mentre in realtà si tratterebbe di appalto di servizio assolutamente estraneo alla categoria OS21.

Peraltro, il provvedimento impugnato sarebbe in contrasto con la normativa prevista dall'art. 20 della L. n. 1086/71, nonché con le circolari sopra citate laddove è previsto che il Ministero dei LL.PP. debba autorizzare laboratori ad emettere certificazioni ufficiali e relative all'esecuzione di prove su materiali per il controllo dei requisiti richiesti dalla normativa tecnica della sicurezza delle costruzioni.

### III) Eccesso di potere.

Il provvedimento impugnato, finirebbe "... con il richiedere lo svolgimento di attività di controllo a chi ha realizzato le opere e cioè, paradossalmente si rivolge, per l'esecuzione del servizio oggetto dell'appalto, al controllato e non al controllore, vanificando il senso stesso delle indagini e risolvendo l'attività richiesta in una mera attività di autocertificazione".

3. L'Amministrazione, ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

4. Con ordinanza collegiale n. 1003 del 27 giugno 2001 è stata respinta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato.

5. La ricorrente ha depositato memoria il 6 aprile 2007 insistendo per l'accoglimento del gravame.

6. Alla pubblica udienza del 20 aprile 2007, presente il difensore della ricorrente - che si è riportato agli scritti difensivi, insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

### DIRITTO

1. La ricorrente impugna il bando della gara a cui ha partecipato in pendenza dell'esito della relativa gara. Contesta, in particolare, l'individuazione tra i requisiti di ammissione: del possesso della categoria prevalente OS21 (paragr. 3 lett. "c" del bando) e dei "lavori analoghi" a quelli della categoria prevalente, per un importo "non inferiore all'importo dell'appalto da affidare" (paragr. 3, lett. "f1" del bando). Assume, infatti, che nella specie tratterebbesi non di appalto di lavori, ma di "servizio" relativo al collaudo statico di opere già realizzate ex L. 1086/1971.

La ricorrente (che pure si dichiara in possesso dei requisiti contestati) evidenzia, preliminarmente, che l'interesse perseguito sarebbe quello - strumentale - di fare indire una nuova gara con una più ristretta platea di concorrenti implicante maggiori possibilità di aggiudicazione.

Tuttavia, sull'esito della gara, tenutasi nel 2001, la ricorrente nulla ha ritenuto di precisare in corso di giudizio, nemmeno nella recente memoria depositata il 6 aprile 2007, in vista dell'udienza di discussione; e sta di fatto, comunque, che dal contenuto della detta memoria si inferisce con certezza che la ricorrente non è risultata aggiudicataria della gara.

2. Ciò posto, il Collegio ritiene che il ricorso, siccome proposto avverso clausole non immediatamente lesive del bando, debba ritenersi improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, stante l'omessa impugnazione del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione, ovviamente in favore di altra impresa.

E' noto che, di regola, il bando di gara è atto impugnabile unitamente ai provvedimenti concreti che ne fanno applicazione, ciò in quanto è in tale specifico momento che la lesione dell'interesse vantato dalla parte acquista il carattere dell'attualità, a meno che non si tratti di clausole del bando che precludano o rendano incerto l'ulteriore corso del procedimento, come quelle che impediscano la partecipazione alla gara fissando particolari requisiti soggettivi dei concorrenti (Cfr. Cons. St., Ad. Plen. dec. n. 1/2003).

E' stato perspicuamente osservato, in giurisprudenza, che in tema di contratti della P.A., devono essere impuginate immediatamente solo le clausole del bando di gara che stabiliscono i requisiti di partecipazione alla procedura e che rivestono, quindi, valenza lesiva concreta, direttamente

percepibile dal soggetto che vede pregiudicato subito il suo interesse partecipativo; mentre quelle che concernono le regole della selezione e i criteri di aggiudicazione vanno impugnate unitamente all'atto applicativo, e in particolare all'aggiudicazione, che ne rivela l'effettiva idoneità lesiva ed attualizza l'interesse alla contestazione della loro legittimità (Cons. St., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012 ).

Nella specie, la \*\*\* S.r.l. ha ritenuto di impugnare il bando dichiarandosi espressamente in possesso di tutti i requisiti di ammissione richiesti dal bando medesimo, sicché, mentre, per un verso, ha riconosciuto la non immediata lesività delle clausole contestate (potendo la ricorrente aggiudicarsi l'appalto anche in applicazione del bando così com'è), per altro verso, si è, comunque, sottoposta all'onere dell'impugnazione dell'eventuale futura aggiudicazione in favore di altra impresa, essendo questo l'atto concretamente lesivo della sua posizione giuridica e dei suoi concreti interessi.

Orbene, essendo pacifico in atti che la gara non è stata aggiudicata alla odierna ricorrente (ma ad altra impresa), la mancata impugnazione di tale provvedimento, concretamente lesivo, ha fatto venir meno qualunque suo interesse alla definizione, nel merito, del ricorso. Tanto più che l'eventuale accoglimento dello stesso implicherebbe, oggi, di caducare l'aggiudicazione in favore di altro soggetto che non risulta nemmeno essere parte del presente giudizio, con obiettiva - quanto evidente - violazione del principio del contraddittorio.

3. In conclusione, per effetto della omessa impugnazione dell'aggiudicazione della gara in favore di altra impresa (peraltro, non evocata in giudizio) il ricorso non appare oggi sorretto dal necessario interesse e dev'essere dichiarato improcedibile.

Nulla è a statuirsi per le spese stante la mancata costituzione in giudizio della controparte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 20 aprile 2007, con l'intervento dei sigg. magistrati:

- Calogero Adamo   Presidente
- Calogero Ferlisi   Consigliere-estensore
- Mara Bertagnolli   Referendario

\_\_\_\_\_Presidente

\_\_\_\_\_Estensore

\_\_\_\_\_Segretario

Depositata in Segreteria il\_24 maggio 2007\_\_

Il Direttore della Sezione