

## **Il Consiglio di Stato ribadisce le condizioni dell'azione per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione**

*di Massimo Nunziata*

*Data di pubblicazione: 5-11-2013*

Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131

Presidente Torsello; Estensore Poli

*1. Nelle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle procedure a evidenza pubblica, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti .*

*2. L'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo); II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo).*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 6343 del 2013, proposto dalla società Focard Forniture Sanitarie s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Cristiana Consalvi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, piazza Cavour n. 17;

*contro*

Regione Lazio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefania Ricci e Rosa Maria Privitera, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27; ?Commissario *ad acta* per la gestione dell'emergenza sanitaria della Regione Lazio, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*nei confronti di*

Società Di Nizio Eugenio s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso lo studio Regus in Roma, piazza del Popolo n. 18; ?Azienda Sanitaria Locale Roma C, rappresentata e difesa dagli avv.ti Barbara Bentivoglio, Maria Cristina Tandoi e Gabriella Mazzoli, con domicilio eletto presso Barbara Bentivoglio in Roma, via Primo Carnera n. 1; ?Azienda Sanitaria Locale Roma A, Azienda Sanitaria Locale Roma D, Azienda Sanitaria Locale Roma F, Azienda Ospedaliera San Filippo Neri, non costituite;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per il Lazio – Roma - Sezione III *quater*, n. 5198 del 23 maggio 2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti da attività sanitarie dei presidi ospedalieri, distrettuali e dipartimenti delle aziende sanitarie della regione Lazio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, della società Di Nizio Eugenio s.r.l., della Azienda Sanitaria Locale Roma C e del Commissario *ad acta* per la gestione dell'emergenza sanitaria della Regione Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 il Cons. Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Edoardo Polacco, in dichiarata delega dell'Avvocato Cristiana Consalvi, Stefania Ricci e Andrea Manzi, per delega dell'Avvocato Giuliano Di Pardo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Preso atto che:

a) l'oggetto del presente giudizio è costituito dal provvedimento di aggiudicazione della gara di appalto di servizi di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti da attività sanitarie dei presidi ospedalieri, distrettuali e dipartimenti delle aziende sanitarie della regione Lazio, impugnato da una impresa, gestore uscente del servizio, che ha deciso di non partecipare alla gara medesima ritenendola non remunerativa;

b) l'impugnata sentenza ha dichiarato inammissibile il ricorso in adesione al consolidato indirizzo giurisprudenziale che nega, in casi del genere, la legittimazione ad agire dell'impresa;

Considerato che:

c) sono inaccoglibili le doglianze sollevate dall'appellante alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio che di seguito si sintetizzano (cfr., Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, ad. plen. 27 gennaio 2003, n. 1, e la giurisprudenza successiva che si è adeguata, fra cui, *ex plurimis* e da ultimo, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404; sez. V, 27 marzo 2013, n. 1824; sez. III, 27 settembre 2012, n. 5111; sez. III, 11 giugno 2012, n. 3402; sez. III, 8 giugno 2012, n. 3391; sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1187; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; sez. V, 1 aprile 2011, n. 2033, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.); l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono:

l) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero, come altri dice, la legittimazione a

ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo);

II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo);

III) la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo).

In materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui *res inter alios acta* – venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (circostanza quest'ultima che non ricorre nel caso di specie) .

d) nella specie non viene in discussione, in senso proprio, la legittimazione attiva o l'interesse ad agire dell'originaria ricorrente, bensì la carenza, in capo a quest'ultima e relativamente alle censure in concreto mosse avverso i provvedimenti impugnati, di una posizione differenziata rispetto al *quavis de populo*, qualificabile in termini astratti come di interesse legittimo, in relazione sia alla data di proposizione del ricorso che a quella della odierna decisione; al momento della proposizione del ricorso di primo grado non era configurabile una concreta posizione differenziata della ditta Focard rispetto al *quavis de populo* perché non era stata presentata domanda di partecipazione alla gara; non ricorre alcuna delle tassative eccezioni sopra illustrate che consenta di derogare all'onere di presentazione dell'offerta;

e) in particolare, in fatto, non corrisponde al vero che la ditta aggiudicataria abbia irregolarmente detenuto ed utilizzato ai fini della gara i certificati di sopralluogo redatti nella qualità di mandataria della costituenda a.t.i. con l'impresa ricorrente;

f) nessuna clausola del bando conduce all'oggettiva impossibilità di presentazione di un'offerta; tale adempimento, inoltre, non può considerarsi, alla luce dei principi e delle norme comunitarie e costituzionali, esorbitante, abnorme, discriminatorio ovvero ingiustamente lesivo della libertà di impresa e di concorrenza, risolvendosi nella normale attività di cooperazione strumentale alla partecipazione alla gara che tutte le imprese di settore devono essere in grado di svolgere se intendono competere sul mercato degli appalti pubblici, specie in un momento di acuta crisi finanziaria che rende certo più difficoltose, ma non impossibili, scelte economiche e gestionali fortemente innovative (ragguagliate anche al valore complessivo dell'appalto), da porre a base delle offerte tecniche ed economiche;

g) l'insussistenza della legittimazione al ricorso, si desume anche dalla circostanza che l'instaurazione del presente giudizio appare finalizzata a tutelare interessi illegittimi (cfr. da ultimo, sul principio generale, Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; sez. V, 12 febbraio 2010, n. 746; sez. V, 7 settembre 2009, n. 5244); nella vicenda odierna l'impresa, per un proprio calcolo di interesse ha deciso di non partecipare alla gara per tentare di paralizzare la positiva iniziativa di una impresa concorrente allo scopo di continuare a gestire il servizio attraverso la proroga dei contratti in essere a condizioni più remunerative per l'impresa, ma meno competitive per il mercato; soprattutto sul piano astratto dell'ordinamento si coglie appieno l'inammissibilità del ricorso proposto in primo grado dalla società: la disciplina europea e nazionale in materia di appalti pubblici mira alla tutela della libertà di impresa e di stabilimento e, per tale via, alla creazione di un mercato unico non a favorire gli operatori già presenti sul territorio evitando di scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato da parte di imprenditori comunitari; nessuna posizione di interesse legittimo è astrattamente enucleabile dall'esame della *causa petendi* dell'originario ricorso della società Focard perché esso si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale *contra ius* se messo in relazione alle norme ed ai principi comunitari che tutelano i valori del libero mercato e della concorrenza;

h) una ulteriore causa di inammissibilità dell'appello si ravvisa nella eccepita (dalla difesa della società contro interessata) formazione di un giudicato *inter partes* formatosi sulla sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 5199 del 2013 che ha dichiarato inammissibile l'impugnativa dei medesimi atti da parte della società Focard; come noto, anche le pronunce che definiscono questioni pregiudiziali o preliminari hanno carattere decisorio (se sono capaci di incidere, come nel caso di specie, su aspetti sostanziali) e possono produrre la cosa giudicata (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5 del 1990; sez. V, n. 4111 del 2009);

i) parimenti inaccoglibile è la richiesta di rimessione della causa alla Corte di giustizia UE; l'obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte UE sancito dall'art. 267, co. 3, Trattato FUE presuppone non solo l'esistenza di un giudice ma anche di un giudizio correttamente instaurato e altrettanto correttamente celebrato ovvero sviluppatosi nel rispetto delle regole processuali del singolo Stato; la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire a tale impostazione riconoscendo la valenza del c.d. "principio di autonomia processuale" e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (cfr. *ex plurimis*, Corte giustizia UE, 22 dicembre 2010, n. 507/08; 1° giugno 1999, n. 126/97; 14 dicembre 1995, n. 312/93; sul versante italiano si vedano le conclusioni cui è giunto Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244/ord.); nella specie non sono stati certamente superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, posto che il giudicato si è formato a seguito di una libera scelta processuale compiuta dalla parte che ha impugnato due volte, in due distinti processi, i medesimi atti; in ogni caso, pur volendo prescindere dalla su illustrata preclusione processuale, nel particolare caso di specie non è configurabile a carico del giudice di ultima istanza l'obbligo di rimettere la questione di interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia; costante nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è l'affermazione secondo cui, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici, spetta unicamente al giudice nazionale, il quale è investito della controversia e deve assumersi la responsabilità della futura pronuncia giurisdizionale, valutare sia la necessità di una decisione in via pregiudiziale ai fini

della pronuncia della propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che esso propone alla Corte; ne discende che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione europea sollevate dal giudice nazionale godono di una presunzione di pertinenza, che può essere esclusa solo in casi eccezionali, qualora risulti manifestamente che la sollecitata interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario non abbia alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale o qualora il problema sia di natura ipotetica o la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per risolvere utilmente le questioni che le vengono sottoposte (in tal senso, Corte giust. 6 novembre 2008, n. 248/07); coerentemente l'obbligo di rinvio pregiudiziale, secondo la stessa Corte di giustizia (cfr. fra le tante, sez. IV, 18 luglio 2013, n. 136/12; 6 novembre 2008, n. 248/07 cit.; 11 settembre 2008, n. 428-434/06; 6 ottobre 1982, n. 283/81; sulla medesima scia la giurisprudenza nazionale, Cons. St., sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649; sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4996; Cass., 22 settembre 2006, n. 20708), non è assoluto allorquando la questione:

I) non può influire sull'esito della causa;

II) è identica ad altra già decisa in via pregiudiziale;

III) quando la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare in concreto alla vicenda contenziosa; alle medesime conclusioni è pervenuta, da ultimo, la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha escluso, da un lato, che sussista il diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sempre sollevata una questione pregiudiziale interpretativa da parte di una corte suprema, dall'altro, e in coerenza con la premessa maggiore, la responsabilità dello Stato membro ai sensi dell'art. 6, § 1, CEDU fatte salve limitate eccezioni che non ricorrono nel caso di specie (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 8 marzo 2012, nn. 3989/97 e 38353/07); nella specie è pacifico che la prospettata questione di rinvio pregiudiziale è stata già esaminata e risolta *funditus* dalla Corte di giustizia (sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02) nel senso che l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze;

Ritenuto, in conclusione, che:

l) sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello e confermare l'impugnata sentenza;

m) le spese di giudizio (limitatamente agli onorari dei difensori, non essendo state dimostrate spese vive ai sensi del d.m. n. 140 del 2012), regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna la società appellante a rifondere in favore della Regione Lazio, della società Di Nizio Eugenio s.r.l., della Azienda Sanitaria Locale Roma C e del Commissario *ad acta* per la gestione dell'emergenza sanitaria della Regione Lazio, le spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori come per legge, in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la pronuncia in rassegna il Consiglio di Stato è tornato ad approfondire la problematica delle condizioni dell'azione nell'ambito di un'azione di annullamento avente ad oggetto i provvedimenti delle procedure a evidenza pubblica. In particolare, oggetto del giudizio era la richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara di appalto di servizi di raccolta, trasporto e conferimento ad impianti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, derivanti da attività sanitarie dei presidi ospedalieri, distrettuali e dipartimenti delle aziende sanitarie della Regione Lazio, impugnato da un'impresa, gestore uscente del servizio, che non aveva partecipato alla gara, ritenendola non remunerativa.

## **IL PERCORSO ARGOMENTATIVO**

Sia la pronuncia di primo grado sia quella del Giudice di seconde cure hanno dichiarato il ricorso inammissibile, sulla base del consolidato indirizzo giurisprudenziale che nega, in casi del genere, la legittimazione ad agire dell'impresa.

Rinviando sulla base del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a. al maggioritario orientamento pretorio (*cf.* Cons. Stato, Ad. Plen., 3.6.2011, n. 10; Id., 7.4.2011, n. 4; Id., 27.1.2003, n. 1, Sez. V, 21.6.2013, n. 3404; sez. V, 27.3.2013, n. 1824; sez. III, 27.9.2012, n. 5111; sez. III, 11.6.2012, n. 3402; sez. III, 8.6.2012, n. 3391; sez. V, 29.2.2012, n. 1187; sez. V, 23.5.2011, n. 3084; sez. V, 1.4.2011, n. 2033), la sentenza ha chiarito che l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; in particolare, tali condizioni sono:

I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo);

II) l'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo);

III) la *legitimitatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo).

Da tali premesse deriva, quale ineludibile corollario, che, con particolare riferimento alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle procedure a evidenza pubblica, il tema della legittimazione al ricorso è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e meritevole di tutela, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; viceversa, chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non può considerarsi legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui *res inter alios acta* – venga nuovamente bandita.

Il Consiglio di Stato ha ribadito le eccezioni a tale regola generale, e cioè quando si contesti in radice l'indizione della gara; quando, al contrario, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; quando, infine, si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza è degna di nota anche per aver affermato che, in disparte le ipotesi di clausole del bando immediatamente escludenti, l'onere di presentazione dell'offerta non può considerarsi, alla luce dei principi e delle norme europee e costituzionali, esorbitante, abnorme, discriminatorio ovvero ingiustamente lesivo della libertà di impresa e di concorrenza, risolvendosi nella normale attività di cooperazione strumentale alla partecipazione alla gara che tutte le imprese di settore devono essere in grado di svolgere se intendono competere sul mercato dei contratti pubblici, specie in un momento di acuta crisi finanziaria che rende certo più difficoltose, ma non impossibili, scelte economiche e gestionali fortemente innovative (ragguagliate anche al valore complessivo dell'appalto), da porre a base delle offerte tecniche ed economiche.

Nel caso di specie l'impresa ricorrente, in base a una propria valutazione di interesse, ha deciso di non partecipare alla gara, tentando, invece, di paralizzare la positiva iniziativa di un'impresa concorrente allo scopo di continuare a gestire il servizio attraverso la proroga dei contratti in essere a condizioni più remunerative per l'impresa, ma meno competitive per il mercato. Ebbene, secondo il Consiglio di Stato si coglie appieno l'inammissibilità del ricorso, soprattutto sul piano astratto dell'ordinamento: la disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici, infatti, mira alla tutela della libertà di impresa e di stabilimento e, per tale via, alla creazione di un mercato unico non a favorire gli operatori già presenti sul territorio evitando di scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato da parte di imprenditori europei.

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha parimenti rigettato la richiesta di remissione della controversia alla Corte di Giustizia in quanto la prospettata questione di rinvio pregiudiziale è stata già esaminata e risolta dalla Corte di giustizia (sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02) nel senso che l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze.