

## Il controinteressato e la posizione giuridica del soggetto che provoca l'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 14-7-2020

*Il soggetto il quale provochi l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere in senso ampio di controllo esercitabile di per sé anche d'ufficio non è controinteressato nel giudizio di impugnazione del provvedimento repressivo emanato di conseguenza.*

### GUIDA ALLA LETTURA

*“Deve ritenersi inammissibile, per difetto di legittimazione, l'impugnativa dell'impresa che sia stata esclusa dalla gara con provvedimento ormai inoppugnabile, non essendo essa più titolare di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela anche nella sua prospettiva più attenuata dell'interesse strumentale alla ripetizione della procedura di affidamento”.*

Seguendo le orme dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato (cfr. Cons. Stato, Sez. I, 23/3/2018, n. 1848), si cercherà di delineare alcuni aspetti per esaminare la sentenza in commento.

In particolare, l'Operatore economico veniva escluso dalla procedura e, a seguito dell'impugnazione del relativo provvedimento, il TAR procedeva a dichiarare il ricorso promosso irricevibile, poiché tardivo: l'inammissibilità del ricorso reggeva sul fatto che lo stesso fosse stato notificato dopo lo spirare del termine previsto dall'art. 120, comma 2 bis c.p.a., vigente all'epoca del giudizio.

Il Giudice Amministrativo di primo grado, per come emergeva per *tabulas*, rilevava che l'O.E. avesse notificato il ricorso in data 8 marzo 2019, laddove la pubblicazione del provvedimento di approvazione dell'elenco dei concorrenti ammessi ed esclusi alle successive fasi di gara fosse avvenuta in data 5 febbraio 2019.

Successivamente, l'O.E. non procedeva ad impugnare la sentenza del Giudice Amministrativo di primo grado, rendendo pertanto se stesso non più titolare di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela per la procedura di gara.

La sentenza in esame, tuttavia, risulta interessante poiché, oltre a chiarire – ancora una volta –

i termini utili previsti per l'impugnazione del provvedimento di esclusione e di ammissione alla procedura di gara, secondo i dettami del già vigente rito super-accelerato, pone l'accento su un ulteriore atto di impulso posto in essere dall'Operatore economico escluso.

In particolare, l'impresa, dopo aver impugnato il provvedimento di esclusione, aveva provveduto ad inviare al RUP apposita comunicazione, invitandolo a verificare i requisiti in capo all'aggiudicatario e se gli stessi fossero realmente corrispondenti a quanto previsto dal disciplinare di gara, con particolare riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, di cui all'art. 86 del D.Lgs. n. 50/2016.

Successivamente, l'Ente procedeva a dichiarare inefficace l'aggiudicazione nei confronti dell'Impresa risultata aggiudicataria. Il provvedimento veniva poi impugnato dinnanzi al Giudice amministrativo, fino al Consiglio di Stato.

Alla conclusione del secondo grado di giudizio, il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, non si è soffermato sull'esito dell'iniziativa promossa dall'Operatore economico e se essa abbia potuto contribuire a delineare un nuovo quadro in merito all'aggiudicazione della procedura, stante la dichiarazione di inefficacia della aggiudicazione stessa. Infatti, il Giudice amministrativo si sofferma sulla qualità che l'operatore economico abbia potuto rivestire durante l'iter promosso per la verifica dei requisiti (a seguito di apposita nota inviata al RUP) e se Esso possa essere qualificato come "controinteressato".

In particolare, l'Impresa appellante, nel giudizio di II grado, promosso dinnanzi al Consiglio di Stato, ha insistito sull'impugnazione, obiettando il fatto che essa stessa fosse controinteressata con particolare riferimento al subprocedimento di verifica dei requisiti da lei avviato.

Il Giudice ritiene di non condividere l'impianto promosso dall'Impresa, atteso che per costante giurisprudenza il soggetto il quale provochi l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere in senso ampio di controllo esercitabile di per sé anche d'ufficio non è controinteressato nel giudizio di impugnazione del provvedimento repressivo emanato di conseguenza: si vedano per tutte C.d.S. sez. IV 16 aprile 2012 n.2153 in materia disciplinare, nonché C.d.S. sez. IV 2 febbraio 2016 n.399 e sez. VI 30 settembre 2015 n.4852 in materia di edilizia, con riferimento all'autore dell'esposto che denuncia presunti abusi.

Secondo il Consiglio di Stato, "l'appellante è stata a suo tempo esclusa dalla gara di cui si tratta, e come si è detto il ricorso da essa proposto contro tale esclusione non ha avuto esito favorevole. Ciò posto, in quanto concorrente esclusa, essa non ha interesse alcuno a contestare l'aggiudicazione della gara, e per conseguenza a contraddire al ricorso contro un provvedimento che l'aggiudicazione abbia posto nel nulla, perché si tratta di un soggetto il quale non potrebbe comunque divenire aggiudicatario: sul punto specifico, per tutte, C.d.S. sez. III 27 febbraio 2019 n.1381, correttamente ricordata anche dalla difesa della ricorrente appellata".

La veste di controinteressato per la sussistenza sia del c.d. elemento sostanziale (titolarità di un interesse analogo e contrario alla posizione legittimante il ricorrente) sia del c.d. elemento

formale (indicazione nominativa nel provvedimento di colui che abbia un interesse qualificato alla conservazione) non si palesa in capo all'Operatore Economico per il giudizio in esame, poiché esso non risulterebbe quale possibile aggiudicatario della procedura, in quanto escluso *ab origine* con un provvedimento ormai definitivo.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3312 del 2020, proposto dalla società Ecologia Oggi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Francesco Bevilacqua, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

***contro***

la società Logica S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

***nei confronti***

della Regione Calabria, non costituita in giudizio;

***per la riforma previa sospensiva***

della sentenza del TAR Calabria, sede di Catanzaro, sezione I, 3 febbraio 2020 n.183, che ha accolto il ricorso n.1588/2019 R.G. proposto per l'annullamento dei seguenti atti della Regione Calabria:

a) del decreto 18 settembre 2019 n.1127, conosciuto in data imprecisata, con il quale il Dirigente del Dipartimento ambiente e territorio, settore 7- rifiuti ha dichiarato inefficace il decreto 30 maggio 2019 n.6507, di aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento

del servizio di gestione dell'impianto di trattamento rifiuti urbani sito in località San Pietro Lametino del Comune di Lamezia Terme e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale "CIG 76365611F – CUP J82F18000130007;

b) della nota 25 settembre 2019 prot. n.332383 di comunicazione del decreto;

di ogni atto o provvedimento presupposto, connesso o correlato, e in particolare:

c) della nota 4 settembre 2019 prot. n.305553 del Responsabile unico di procedimento – RUP, concernente il sub-procedimento di comprova requisiti di ordine generale, tecnico ed economico-finanziario;

nonché per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Logica S.c.a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2020 il Cons. Francesco Gambato Spisani e con la presenza per l'appellante dell'avvocato Francesco Bevilacqua ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 d.l. 28 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con il decreto 18 settembre 2019 n.1127 meglio indicato in epigrafe, la Regione intimata appellata ha dichiarato inefficace il decreto 30 maggio 2019 n.6507, di aggiudicazione -a favore di un consorzio da costituire, e ora costituito nella persona della società ricorrente appellata- della procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di trattamento rifiuti urbani sito in località San Pietro Lametino del Comune di Lamezia Terme e dei connessi lavori di "riefficientamento funzionale".

2. A fondamento della dichiarazione di inefficacia predetta, la Regione ha indicato la presunta carenza di un requisito richiesto in capo all'aggiudicataria.

2.1 Il disciplinare di gara all'art. 13, lettera b), punto 4 prevedeva infatti tra i requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti ai sensi dell'art. 86 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 quello

di “gestire almeno un impianto di smaltimento in grado di assicurare il ricevimento degli scarti di lavorazione prodotti per tutta la durata dell’appalto, per un quantitativo almeno pari a 95.000 t di rifiuti, suddiviso nei seguenti codici CER: 19.12.12, 19.05.01, 19.05.03”. Ad avviso della Regione, questo requisito non sarebbe stato soddisfatto per presunta carenza di capacità ricettiva nell’impianto messo a disposizione da una delle consorziande, certa Mi.Ga. S.p.a. (fatti non controversi, si veda la sentenza di I grado § 2 della motivazione).

2.2 Non è poi contestato che la Regione abbia eseguito la verifica dei requisiti di cui sopra su segnalazione dell’attuale appellante, intervenuta nel I grado di giudizio. Quest’ultima aveva partecipato a sua volta alla procedura, ne era stata esclusa, aveva impugnato il relativo provvedimento con ricorso dichiarato irricevibile perché tardivo con sentenza TAR Calabria Catanzaro sez. I 15 aprile 2019 n.844 non impugnata, e dopo questi fatti aveva indirizzato una segnalazione 18 aprile 2019 (doc. 8 in I grado interveniente appellante) al Responsabile unico di procedimento – RUP, invitandolo appunto a verificare i requisiti del consorzio aggiudicatario.

3. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR ha accolto il ricorso proposto dal consorzio aggiudicatario contro il predetto provvedimento di dichiarazione di inefficacia. In rito, il TAR ha anzitutto respinto l’eccezione di inammissibilità del ricorso per asserita omessa notifica al soggetto controinteressato, negando che l’attuale appellante rivesta questa qualità; nel merito, ha poi ritenuto che la richiesta capacità residua della discarica in realtà esistesse.

4. Contro questa sentenza, ha proposto impugnazione la società esclusa dalla gara, che come si è detto era intervenuta in I grado, con appello che contiene due motivi:

- con il primo di essi, ripropone l’eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica a lei stessa quale presunta controinteressata;

- con il secondo motivo, sostiene che nel merito i requisiti di partecipazione non vi sarebbero stati.

5. La Regione non si è costituita.

6. Il consorzio ha resistito, con atto 29 aprile e memoria 12 giugno 2020, ed ha chiesto che l’appello sia dichiarato inammissibile e comunque respinto nel merito; in rito, ha sottolineato che il soggetto escluso da una procedura di gara è ormai ad essa estraneo, e quindi non è da ritenere controinteressato nel giudizio di impugnazione degli atti ad essa relativi; nel merito, ha poi difeso la motivazione della sentenza di I grado.

7. Con memoria 19 giugno 2020, l’appellante ha insistito sulle proprie presunte ragioni, sottolineando di ritenersi controinteressata non nel procedimento di gara, ormai concluso, ma in quello di verifica dei requisiti.

8. Alla camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, è stato disposto l’abbinamento al merito della domanda cautelare.

9. Su note 29 giugno 2020 della ricorrente appellata e 1 luglio 2020 dell’appellante, che ha

chiesto lo stralcio della precedente in quanto tardiva, all'udienza del 2 luglio 2020, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

10. In via preliminare, va respinta la richiesta di stralcio ovvero espunzione delle note di udienza 29 giugno 2020 della ricorrente appellata, formulata dall'appellante nelle proprie note 1 luglio 2020, in quanto le precedenti costituirebbero una non ammissibile replica alla replica. È evidente infatti che, se le note ai sensi dell'art. 84 comma 5 del d.l. 17 marzo 2020 n.18 sono un sostituto della discussione, così come ammette anche l'appellante, non vi sono limiti precostituiti al loro contenuto. Nel caso di specie, peraltro, il contenuto delle note 29 giugno 2020 è limitato ad un'ordinata sintesi delle difese precedenti, che però nulla ad esse aggiunge, sì che nessuna inammissibilità si potrebbe comunque ravvisare.

11. Ciò posto, l'appello va dichiarato inammissibile, per le ragioni che seguono.

11.1 Come si ricorda per chiarezza, l'attuale appellante è intervenuta nel giudizio di I grado chiedendo la reiezione del ricorso, e quindi in quella sede era interveniente ad opponendum, secondo la giurisprudenza legittimata in astratto ad appellare la sentenza relativa, ove titolare di una posizione giuridica autonoma: sul punto, per tutte, C.d.S. sez. V 18 agosto 2010 n.5832. Si tratta quindi di verificare se in concreto l'attuale appellante sia titolare di una posizione così qualificabile, e ad avviso del Collegio la risposta è negativa.

11.2 In primo luogo, l'appellante è stata a suo tempo esclusa dalla gara di cui si tratta, e come si è detto il ricorso da essa proposto contro tale esclusione non ha avuto esito favorevole. Ciò posto, in quanto concorrente esclusa, essa non ha interesse alcuno a contestare l'aggiudicazione della gara, e per conseguenza a contraddire al ricorso contro un provvedimento che l'aggiudicazione abbia posto nel nulla, perché si tratta di un soggetto il quale non potrebbe comunque divenire aggiudicatario: sul punto specifico, per tutte, C.d.S. sez. III 27 febbraio 2019 n.1381, correttamente ricordata anche dalla difesa della ricorrente appellata.

11.3 L'appellante ha inteso superare l'obiezione di cui sopra osservando che essa sarebbe controinteressata non nel procedimento di gara, che ammette essere ormai concluso nei suoi riguardi, ma nel presunto subprocedimento di verifica dei requisiti da lei avviato. Si tratta però di un punto di vista non condivisibile, atteso che per costante giurisprudenza il soggetto il quale provochi l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere in senso ampio di controllo esercitabile di per sé anche d'ufficio non è controinteressato nel giudizio di impugnazione del provvedimento repressivo emanato di conseguenza: si vedano per tutte C.d.S. sez. IV 16 aprile 2012 n.2153 in materia disciplinare, nonché C.d.S. sez. IV 2 febbraio 2016 n.399 e sez. VI 30 settembre 2015 n.4852 in materia di edilizia, con riferimento all'autore dell'esposto che denuncia presunti abusi.

12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano così come da dispositivo nei confronti della ricorrente appellata. Nulla per spese nei confronti della Regione, che non si è costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.3312/2020), lo dichiara inammissibile.

Condanna l'appellante a rifondere all'appellata costituita Logica S.p.a. le spese del giudizio, spese che liquida in € 5.000 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

Nulla per spese nei confronti della Regione Calabria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020 costituita ai sensi dell'art. 84 comma 5 del d.l. 17 marzo 2020 n.18.