

Le eccezioni al requisito della partecipazione alla gara per l'impugnazione del relativo bando

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 29-3-2019

La giurisprudenza amministrativa la quale, come noto, ha elaborato tre ipotesi di deroga al principio per cui la legittimazione ad impugnare atti di procedure di affidamento di contratti pubblici postula necessariamente che ad esse si sia partecipato e cioè: laddove si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata; o si impugnino clausole immediatamente escludenti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sentenze 29 gennaio 2003, n. 1, 7 aprile 2011, n. 4, 25 febbraio 2014, n. 9, 26 aprile 2018, n. 4).

Nella casistica così delineata si fanno rientrare nell'ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, cui è ricondotta quella oggetto del presente giudizio, l'ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con la stessa amministrazione che ha indetto la nuova gara incompatibile con quest'ultima. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene infatti immediatamente pregiudicato l'interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all'alternativa di partecipare alla nuova gara o appunto impugnare quest'ultima.

GUIDA ALLA LETTURA

Nella sentenza in commento, si controverte in ordine all'ammissibilità del ricorso proposto in primo grado, in quanto, secondo la tesi sostenuta dal resistente e riproposta in appello, lo stesso avrebbe dovuto avere ad oggetto il bando di gara e gli atti prodromici di approvazione del progetto preliminare e determinazione a contrarre, e non invece, come nei fatti è avvenuto, l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento della concessione.

Ciò in ragione del fatto che la contestazione sollevata con il predetto ricorso attiene a monte alla decisione dell'amministrazione di avviare la procedura di gara per la realizzazione di un determinato progetto.

Sul punto, tuttavia, il C.d.S. richiama l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa la quale, come noto, ha elaborato tre ipotesi di deroga al principio per cui la legittimazione ad impugnare atti di procedure di affidamento di contratti pubblici postula necessariamente che ad esse si sia partecipato e cioè:

- laddove si contesti in radice l'indizione della gara;

- all'inverso, si contesti che una gara sia mancata;
- o si impugnino clausole immediatamente escludenti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sentenze 29 gennaio 2003, n. 1, 7 aprile 2011, n. 4, 25 febbraio 2014, n. 9, 26 aprile 2018, n. 4).

Nella casistica così delineata si fanno rientrare nell'ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, cui è ricondotta, erroneamente, quella oggetto del presente giudizio, l'ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con la stessa amministrazione che ha indetto la nuova gara incompatibile con quest'ultima. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene infatti immediatamente pregiudicato l'interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all'alternativa di partecipare alla nuova gara o appunto impugnare quest'ultima.

Diversa è invece la posizione in cui si trovano i titolari di contratti con pubbliche amministrazioni diverse da quella che ha indetto la nuova gara e che per effetto di quest'ultima verrebbero a trovarsi a competere con un altro operatore economico. Per questa categoria di soggetti la lesione non deriva dalla nuova gara in sé, rispetto alla cui partecipazione sono indifferenti, ma dal relativo esito, con la selezione del nuovo competitore.

Pertanto, ed è questa l'ipotesi che effettivamente ricorre nella presente fattispecie, non è ravvisabile un onere di immediata impugnazione del bando di gara o – come sostiene l'appellante – dell'atto di approvazione del progetto preliminare.

La lesione da cui deriva ex art. 100 cod. proc. civ. l'interesse a ricorrere deve infatti costituire *«una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso»* (così nella citata sentenza dell'Adunanza plenaria del 29 gennaio 2003, n. 1).

Al contrario, nel caso di attività economica svolta in concorrenza una simile lesione immediata può concretizzarsi solo una volta che di quest'ultime si siano realizzate tutte le condizioni di legge, tra cui l'atto di aggiudicazione da parte dell'amministrazione pubblica competente.

Su tali basi, il C.d.S. respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5538 del 2018, proposto da C.A. Costruzioni Antonioli s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, in proprio in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Betonvaltellina s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Pietro Renato e Federico Canzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi, in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

contro

Panta Rei s.r.l. (già Cerruti Fratelli s.r.l.) e Altair s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio digitale come da p.e.c. da registri di giustizia; Eclipsy s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Regione Piemonte, in persona del presidente *pro tempore* della giunta regionale, rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Carlo Maina e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Antonelli 49; Hysteron s.r.l., Comune di Castellar Guidobono, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione Seconda, n. 613/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Altair s.r.l. e della Panta Rei s.r.l., e della Regione Piemonte;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Canzi, Pafundi, Luca di Raimondo su delega di Scarpone, Colarizi Massimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte le società Cerruti Fratelli s.r.l., Altair s.r.l. e Eclipsy s.r.l. impugnavano gli atti della procedura di affidamento in concessione alle società mediante finanza di progetto ai sensi dell'art. 153, comma 19, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, della progettazione, esecuzione e gestione di un impianto per la cremazione della salme nell'area cimiteriale del Comune di Castellar Guidobono.
2. La gara era aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalle società C.A. Costruzioni Antonioli s.r.l. e Betonvaltellina s.r.l. (con determinazione n. 7 dell'8 giugno 2017), già autrici della proposta di *project financing* dichiarata dal Comune di Castellar Guidobono di pubblico interesse (con delibera consiliare n. 8 del 20 aprile 2015, di contestuale approvazione del progetto preliminare) e sulla cui base veniva indetta la gara (con bando pubblicato il 14 agosto 2015, a sua volta preceduto dalla determinazione a contrarre, n. 4 dell'11 agosto 2015).
3. Le società ricorrenti, operatrici del settore della cremazione di salme, concessionarie degli impianti di cremazione nei Comuni di Valenza, Acqui Terme, Domodossola, Trecate, Serravalle Scrivia e Magliano Alpi, contestavano la realizzazione dell'impianto nel Comune di Castellar Guidobono per violazione dei criteri del piano regionale di coordinamento per la realizzazione di nuovi cimiteri e crematori (approvato con delibera del consiglio regionale n. 61-10542 del 17 marzo 2015), emanato in attuazione della legge 30 marzo 2001, n. 130 (*Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*) e della legge regionale 31 ottobre 2007, n. 20 (*Disposizioni in materia di cremazione, conservazione, affidamento e dispersione delle ceneri*).
4. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale adito accoglieva il ricorso.
5. Dopo avere respinto le eccezioni pregiudiziali delle controinteressate, il giudice di primo grado affermava che il nuovo impianto era in contrasto con i criteri del piano regionale, ed in particolare con il criterio della distanza minima di 50 km da altri impianti preesistenti e con quello del bacino di utenza minimo di 500.000 abitanti. Nel caso di specie il Tribunale accertava infatti che il nuovo impianto di Castellar Guidobono «*disterebbe circa 40 Km da quello di Valenza, e circa 35 Km da quello di Serravalle Scrivia*» e che esso verrebbe «*ubicato nella provincia di Alessandria, la cui popolazione è stimata in circa 440.000 abitanti*» e che nella provincia «*sono già esistenti e operativi altri tre impianti (Serravalle Scrivia, Valenza e Acqui Terme)*».
6. Per la riforma della sentenza di primo grado ha proposto appello la C.A. Costruzioni Antonioli, mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con la Betonvaltellina s.r.l. aggiudicatario della concessione affidata dal Comune di Castellar Guidobono.
7. Si sono costituite in resistenza all'appello le società originarie ricorrenti Panta Rei s.r.l. (subentrata alla Cerruti Fratelli s.r.l.) e Altair s.r.l., ed inoltre la Regione Piemonte.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Costruzioni Antonioli ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché proposto contro l'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento della concessione (determinazione n. 7 dell'8 giugno 2017) e non invece contro il bando di gara e gli atti prodromici di approvazione del progetto preliminare e determinazione a contrattare (di cui alla citata delibera consiliare n. 8 del 20 aprile 2015, nonché alla delibera di giunta comunale n. 12 del 30 marzo 2015, anch'essa espressiva del pubblico interesse dell'opera).

Secondo l'appellante le società concessionarie di altri impianti di cremazione in Comuni vicini avrebbero dovuto immediatamente impugnare *«il bando di gara e gli atti iniziali della procedura di project financing che di quel tempio crematorio stabiliscono l'interesse pubblico, approvandone il progetto preliminare»*, poiché la loro contestazione si riferisce *«a monte»* alla decisione del Comune di Castellar Guidobono *«di avviare le procedure di realizzazione dell'impianto crematorio nel proprio territorio»*. La Costruzioni Antonioli sostiene quindi che il Tribunale sarebbe incorso in un errore di fatto revocatorio, nel dare inizialmente atto in motivazione che il progetto preliminare dell'opera era stato approvato e che le delibere in questione erano tra i provvedimenti impugnati, e nondimeno concludere poi per il rigetto dell'eccezione, sul presupposto che il progetto preliminare non era ancora stato approvato al momento in cui è stata proposta l'impugnazione, per cui l'opera non aveva a quel momento ancora assunto una stabile connotazione tale da valutarne il carattere lesivo per le posizioni giuridiche delle società concorrenti.

2. Le censure così sintetizzate sono infondate.

3. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato tre ipotesi in cui in deroga al principio per cui la legittimazione ad impugnare atti di procedure di affidamento di contratti pubblici postula necessariamente che ad esse si sia partecipato e cioè: laddove si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata; o si impugnino clausole immediatamente escludenti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sentenze 29 gennaio 2003, n. 1, 7 aprile 2011, n. 4, 25 febbraio 2014, n. 9, 26 aprile 2018, n. 4). Nella casistica così delineata si fanno rientrare nell'ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, cui è ricondotta quella oggetto del presente giudizio, l'ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con la stessa amministrazione che ha indetto la nuova gara incompatibile con quest'ultima. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene infatti immediatamente pregiudicato l'interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all'alternativa di partecipare alla nuova gara o appunto impugnare quest'ultima.

4. Diversa è invece la posizione in cui si trovano i titolari di contratti con pubbliche amministrazioni diverse da quella che ha indetto la nuova gara e che per effetto di quest'ultima verrebbero a trovarsi a competere con un altro operatore economico. Per questa categoria di soggetti la lesione non deriva dalla nuova gara in sé, rispetto alla cui partecipazione sono indifferenti, ma dal relativo esito, con la selezione del nuovo competitore. Pertanto, nel caso in questione non è ravvisabile un onere di immediata impugnazione del

bando di gara o – come sostiene l'appellante – dell'atto di approvazione del progetto preliminare.

La lesione da cui deriva ex art. 100 cod. proc. civ. l'interesse a ricorrere deve infatti costituire «una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso» (così nella citata sentenza dell'Adunanza plenaria del 29 gennaio 2003, n. 1), mentre nel caso di attività economica svolta in concorrenza una simile lesione immediata può concretizzarsi solo una volta che di quest'ultime si siano realizzate tutte le condizioni di legge, tra cui l'atto di aggiudicazione da parte dell'amministrazione pubblica competente.

Sul punto deve poi aggiungersi che tra tali condizioni vi è anche l'approvazione del progetto definitivo dell'opera, mai intervenuta nella presente fattispecie.

5. In ragione delle assorbenti considerazioni svolte è pertanto irrilevante quanto la Costruzioni Antonioli sottolinea in memoria conclusionale, e cioè che la localizzazione del tempio crematorio nel Comune di Castellar Guidobono all'interno dell'area cimiteriale – elemento su cui si focalizzano le contestazioni delle società originarie ricorrenti - era già stata fissata nel progetto preliminare ed era pertanto percepibile da potenziali competitori già a quel momento la violazione della distanza minima legale stabilita dal piano regionale di coordinamento per la realizzazione di nuovi cimiteri e crematori; così come il mancato rispetto del criterio del bacino di riferimento era percepibile quanto meno già al momento della pubblicazione del bando di gara. Rimane infatti decisiva in contrario la circostanza che queste fasi della procedura di affidamento della finanza di progetto sono prodromiche rispetto alla selezione del contraente privato, mediante aggiudicazione definitiva, e che solo da questo momento si determina una lesione giuridicamente apprezzabile per i competitori nello stesso settore economico, e dunque il ritorno alla regola generale per cui l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici vanno rivolte nei confronti dell'atto conclusivo.

6. Ciò va affermato anche se la contestazione di questi si riferisca in via esclusiva al luogo in cui tale nuova attività economica è destinata ad essere esercitata. Le censure della Costruzioni Antonioli tendono infatti a sovrapporre il momento da cui sorge l'interesse a ricorrere ai sensi del sopra citato art. 100 cod. proc. civ. con il distinto ed autonomo profilo delle ragioni dell'impugnazione (la c.d. *causa petendi*).

7. Con il secondo motivo d'appello la C.A. Costruzioni Antonioli ripropone la questione concernente la legittimazione delle società ricorrenti. Secondo l'aggiudicataria tale condizione dell'azione non sarebbe presente nel caso di specie. Difetterebbe più precisamente la prova che il nuovo impianto crematoria possa determinare un pregiudizio concreto, in termini di sviamento della clientela agli operatori del settore già presenti.

Al riguardo si sottolinea inoltre che il bacino di utenza del nuovo impianto di Castellar Guidobono sarebbe diverso e non interferente con quello dei ricorrenti, come si ricaverebbe dalla distanza di alcuni impianti superiore al limite minimo di 50 Km prescritto dalla disciplina regionale (in particolare quello della Eclipsy, situato nel Comune di Magliano Alpi, a distanza di

131 km da Castellar Guidobono). Secondo la Costruzioni Antonioli anche una distanza inferiore a quella minima stabilita dal piano regionale di settore non sarebbe comunque sufficiente a provare l'esistenza di uno sviamento di clientela per i soggetti già operanti nella cremazione di salme, per cui sarebbe errato l'automatismo ricavato sul punto dal Tribunale.

8. Il motivo è infondato.

9. Anche in questo caso l'appellante nel formulare le proprie censure sovrappone due profili giuridici diversi e che invece devono essere tenuti distinti. Da un lato viene posta la questione della legittimazione ad agire che, quale condizione dell'azione giurisdizionale, si fonda su una plausibile prospettazione circa il fatto di essere titolare di una posizione differenziata e qualificata rispetto alla generalità dei soggetti di diritto e che nel caso di specie è data dall'incontestata qualità di operatore del settore delle società ricorrenti, portatrici della pretesa al rispetto della pianificazione regionale in materia; dall'altro lato la Costruzioni Antonioli introduce questioni di merito, concernenti i pregiudizi effettivamente subiti, che possono eventualmente rilevare ai fini di una condanna al risarcimento del danno, laddove sia accertata l'illegittimità degli atti impugnati.

10. Per il resto, l'appellante riconosce che per due delle tre società originarie ricorrenti, e cioè la Panta Rei s.r.l., originariamente denominata Cerruti Fratelli s.r.l., e Altair s.r.l. è stato violato il criterio della distanza minima da impianti preesistenti, per cui sotto questo profilo la legittimazione ad agire – oltre che il vizio di legittimità accertato dal giudice di primo grado - è pacifica.

11. Con il terzo motivo d'appello la Costruzioni Antonioli censura la mancata dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la situazione conflittuale tra le società ricorrenti, derivante dalla loro qualità di operatori del settore delle cremazioni di salme in concorrenza tra loro.

12. Il motivo è infondato.

13. Le originarie ricorrenti hanno infatti agito in giudizio quali imprese in situazione omogenea rispetto alla nuova iniziativa imprenditoriale, dacché risultano tra l'altro rispettati i requisiti del ricorso collettivo, e sul presupposto implicito della non interferenza dei rispettivi bacini di utenza. A base della duplice prospettazione sta l'assunto per cui in quest'ultimo caso i forni crematori sono stati realizzati in conformità ai criteri stabiliti dal piano regionale, laddove con riguardo all'impianto da realizzare in Castellar Guidobono tale presupposto di legittimità sarebbe stato rispettato. In base alla situazione così descritta non si configura pertanto alcuna situazione di conflitto di interessi tra le società originarie ricorrenti.

14. Con il quarto motivo d'appello la C.A. Costruzioni Antonioli censura l'accoglimento dell'impugnazione avversaria nel merito ed in particolare che la disciplina regionale possa applicarsi all'impianto di cremazione contestato. In contrario l'appellante osserva che in base alla norma transitoria della delibera regionale 61-10542 del 17 marzo 2015: *«Possono essere autorizzati gli impianti di cremazione per la cui realizzazione, prima dell'entrata in vigore del presente piano siano stati avviati dai comuni procedimenti da cui derivino obblighi vincolanti*

per i medesimi» (capitolo 5, comma 6); che nel caso di specie la relativa procedura di affidamento era già stata avviata al momento di tale entrata in vigore (2 aprile 2015), con la presentazione della proposta di *project financing*, dalla quale deriva per l'amministrazione l'obbligo di rispondere entro i tre mesi successivi, ai sensi dall'art. 153, comma 19, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006). Secondo l'appellante sarebbe pertanto errato il criterio seguito dal Tribunale, inteso ad accertare se la procedura fosse giunta «*ad una fase talmente avanzata da vincolare l'amministrazione comunale a portarlo a compimento, esponendosi altrimenti, in caso di revoca della procedura, a richieste risarcitorie o indennitarie da parte del soggetto proponente*».

15. Anche questo motivo è infondato.

16. L'interpretazione data dal giudice di primo grado alla norma transitoria è corretta. Il testuale riferimento in essa contenuto ad «*obblighi vincolanti*» derivanti dai procedimenti per la realizzazione di impianti di cremazione avviati implica che lo stato di questi ultimi sia tale da esporre l'amministrazione aggiudicatrice ad esborsi di denaro rispetto ai quali i privati siano titolari di azioni in giudizio.

Il medesimo riferimento non può pertanto evidentemente essere esteso alla presentazione della proposta di *project financing* da parte del privato, poiché anche dopo la sua dichiarazione di pubblico interesse l'amministrazione resta libera di dare ad essa seguito con l'avvio della procedura di affidamento della relativa concessione (ancora di recente in questo senso: Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820).

17. Ciò precisato, nel caso di specie al momento dell'entrata in vigore del piano regionale la dichiarazione di pubblico interesse in questione non era nemmeno intervenuta, posto che essa è stata emessa dal Comune di Castellar Guidobono con la sopra citata n. 8 del 20 aprile 2015 da parte del competente organo consiliare, per cui l'applicazione del medesimo piano alla procedura di affidamento avviata da quest'ultima amministrazione e conclusa con l'affidamento alla Costruzioni Antonioli è incontestabile.

18. L'appello deve quindi essere respinto, ma la complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente



Umberto Realfonzo, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere