

Lesione della sfera soggettiva e interesse a ricorrere. Corretta individuazione degli atti da impugnare.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 9-10-2024

Le note impugnate, a parere del Collegio, non manifestano una portata immediatamente lesiva, che può essere ricondotta, secondo l'ordinaria scansione del procedimento ad evidenza pubblica, al solo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, in quanto idoneo a produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica della parte.

Trattasi, dunque, di una tipica azione in prevenzione, inammissibile nel processo amministrativo alla stregua dell'art. 34, comma 2 c.p.a., secondo il quale: "In nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Publicato il 12/09/2024

N. 16357/2024 REG.PROV.COLL.

N. 07247/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7247 del 2024, proposto da Kam Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9542789E97, 9542848F47 e 9542188EA1, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Terenzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in

Palermo, via Torrearsa n. 24;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Caccioppoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,

- delle PEC inviate da RFI S.p.A. e assunte ai nn. prot. RFI_DAC.ALI/A0011/P/2024/0000339 e RFI_DAC.ALI/A0011/P/2024/0000338 in data 26.06.2024 nell'ambito della procedura n. DAC.0124.2022 del 14.3.2023, avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di risanamento acustico, CUP: J19G02000010001; CPV: 45234100-7; CIG9542188EA1-30, CIG: 9542789E97 E 31; CIG: 9542848F47, con le quali è stato reso parere "non favorevole" alla stipula con la China Merchants Bank (Europe) S.A. della polizza fideiussoria definitiva ed è stato fissato, quale termine ultimo per la presentazione di idonea polizza, la data del 2.07.2024, nonché di tutti gli atti connessi, pregiudiziali e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 120, comma 5 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 agosto 2024 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato:

che nella specie il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata, ai sensi del menzionato art. 60, comma 1, c.p.a., stante la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa;

che sono state espletate le formalità previste dai citati artt. 120, comma 5 e 60 c.p.a.;

Rilevato che:

- la ricorrente Kam Costruzioni S.r.l. (di seguito soltanto "Kam") è risultata aggiudicataria di tre

lotti nell'ambito della procedura ristretta ai soli operatori iscritti nel sistema di qualificazione di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (di seguito "RFI") per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di realizzazione di opere di risanamento acustico mitigazione acustica dagli estremi identificativi indicati in epigrafe;

- l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in data 27 maggio 2024;

- la Kam ha proceduto, dunque, a proporre i nominativi di due istituti disponibili a prestare la cauzione definitiva - Dallbog Insurance e China Merchants Bank (Europe) S.a. - ritenuti inidonei dall'ente aggiudicatore;

- in particolare, quanto al secondo, RFI ha reso un "parere non favorevole", valutazione espressa per mezzo delle note impugnate in questa sede, in quanto l'istituto China Merchants Bank (Europe) S.a. non soddisferebbe i requisiti di solvibilità di cui al par. I) del disciplinare di gara, confermando il termine ultimo per la prestazione della cauzione definitiva fissato al 2 luglio 2024 e preannunciando, in mancanza, la revoca dell'aggiudicazione;

- ad avviso della ricorrente, la richiesta della prestazione di altra idonea garanzia sarebbe illegittima in quanto gli indici utilizzati per valutare la solvibilità dell'istituto proposto non sarebbero previsti dalla *lex specialis* di gara;

- in particolare, il soggetto incaricato della verifica avrebbe attinto agli indici previsti da altra e diversa procedura (la DAC n. 0296/2023), non richiamati per la DAC 0124/2022 oggetto del presente ricorso, ciò che renderebbe palese la ricorrenza di un vizio di eccesso di potere per travisamento del fatto;

- costituendosi in giudizio, RFI ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso giacché le note impugnate non avrebbero carattere provvedimentale; in alternativa, ha chiesto dichiararsi la cessazione della materia del contendere e/o l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, avendo la ricorrente prestato acquiescenza alle richieste di RFI presentando le garanzie richieste per i tre lotti e procedendo nelle more alla stipula dei relativi contratti (circostanze di fatto incontroverse tra le parti); nel merito, l'unico motivo dedotto sarebbe, in ogni caso, infondato, giacché RFI si sarebbe limitata ad applicare i parametri previsti per tutte le proprie procedure di gara;

- alla camera di consiglio del 29 agosto 2024, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione, con avviso alle parti dell'eventualità di una definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata a norma del combinato disposto degli artt. 120, comma 5 e 60 c.p.a.;

Ritenuto che:

- essendo la causa matura per la decisione e non avendo le parti manifestato alcuna opposizione, il giudizio può essere definito con sentenza;

- preliminarmente, va osservato che non sussistono i presupposti per la declaratoria di

cessazione della materia del contendere, atteso che l'oggetto del presente giudizio - per come delimitato dalla ricorrente in virtù del principio dispositivo - non è costituito né dalla pretesa della Kam a conseguire l'aggiudicazione dei tre lotti (posizione di vantaggio già acquisita al proprio patrimonio al momento della proposizione del ricorso), né dalla verifica della legittimità di una revoca della stessa (provvedimento mai intervenuto), bensì dall'impugnazione delle note con le quali RFI ha ritenuto inidonea la cauzione definitiva prestata da China Merchants Bank (Europe) S.a. sulla scorta di una valutazione asseritamente illegittima;

- per le medesime ragioni, non può dirsi che l'interesse alla decisione nel merito del ricorso sia venuto meno, posto che dal suo eventuale accoglimento discenderebbe l'obbligo per RFI di rivalutare l'idoneità della cauzione in questione, ferma l'aggiudicazione già disposta in favore della ricorrente, salvo revoca;

- né può affermarsi che la prestazione della garanzia richiesta e la stipula dei contratti integrino un'ipotesi di acquiescenza, ravvisabile soltanto *"in presenza di atti o comportamenti univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dello stesso, tali da dimostrare la chiara e inconfutabile sua volontà di accettarne gli effetti e l'operatività"* (in questi termini, Cons. St., sez. V, 29 aprile 2024, n. 3853), laddove, nel caso di specie, la condotta osservante dell'operatore economico è stata compulsata dall'ente aggiudicatore;

- ciò nondimeno - pur osservandosi, incidentalmente, che il contestato parere, in effetti, fa riferimento, come dedotto dalla ricorrente, a criteri del tutto avulsi dalla *lex specialis* di gara, atteso che il disciplinare, al par. I), prevede, per gli istituti bancari, una mera clausola di gradimento di RFI e, per gli istituti assicurativi, criteri del tutto diversi da quelli riportati nella tabella contenuta nel predetto parere - è fondata l'eccezione di parte resistente circa l'inammissibilità originaria del ricorso per carenza di interesse;

- infatti, le note impugnate non manifestano una portata immediatamente lesiva, che può essere ricondotta, secondo l'ordinaria scansione del procedimento ad evidenza pubblica, al solo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, in quanto idoneo a produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica della parte;

- invero, di tale circostanza pare essere consapevole la stessa ricorrente, che nell'atto introduttivo del giudizio espressamente riconosce come *"da oggi, 3 luglio, RFI in assenza di polizza definitiva procederà alla revoca dell'aggiudicazione della gara per un ammontare complessivo di euro 37.000.000,00"*;

- trattasi, dunque, di una tipica azione in prevenzione, inammissibile nel processo amministrativo alla stregua dell'art. 34, comma 2, c.p.a., secondo il quale *"In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*;

- la scelta della Kam di procedere comunque all'esborso economico ritenuto indebito, senza riserva di ripetizione o di risarcimento del danno all'esito dell'accoglimento di un'eventuale ricorso avverso la revoca dell'aggiudicazione, pur rispondendo ad un apprezzabile interesse, non può, pertanto, trovare adeguata tutela nelle forme processuali prescelte;

- conclusivamente, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, con compensazione delle spese di lite tra le parti tenuto conto dell'esito della lite e della complessità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 agosto 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Valentino Battiloro, Referendario

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **16357** dello scorso **12 settembre** la **Sezione IV-ter** del **TAR Lazio, Roma**, si è soffermata sulla **corretta perimetrazione dell'interesse a ricorrere** alla luce degli atti impugnati e, dunque, oggetto di ricorso.

Al fine di meglio comprendere la decisione assunta da parte della Corte occorre premettere, in punto di fatto, che la società ricorrente, risultata aggiudicataria di n. 3 lotti nell'ambito di una procedura ristretta ai soli operatori iscritti nel sistema di qualificazione di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di realizzazione di opere di risanamento e mitigazione acustico/a, con il ricorso che ha dato avvio al presente giudizio, impugnava le note con le quali la stazione appaltante ha reso parere non favorevole alla stipula con un preciso ente della polizza fideiussoria definitiva, fissando un ulteriore termine per la presentazione di idonea polizza.

I Giudici hanno ritenuto fondata l'eccezione avanzata da parte resistente e afferente all'**inammissibilità originaria del ricorso per carenza di interesse**.

Le **note impuginate**, a parere del Collegio, **non manifestano una portata immediatamente lesiva**, che può essere **ricondotta**, secondo l'ordinaria scansione del procedimento ad evidenza pubblica, **al solo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione**, in quanto **idoneo a produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica della parte**. Di tale circostanza - invero - pare essere consapevole la stessa società ricorrente che, nell'atto introduttivo del

giudizio, espressamente riconosce come: *“Da oggi, 3 luglio, RFI in assenza di polizza definitiva procederà alla revoca dell’aggiudicazione della gara per un ammontare complessivo di euro 37.000.000,00”*.

Trattasi, dunque, di una **tipica azione in prevenzione, inammissibile nel processo amministrativo** alla stregua dell’**art. 34, comma 2 c.p.a.**, secondo il quale: *“In nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

Come noto, la disposizione è stata introdotta nel Codice del Processo Amministrativo *“al fine di evitare domande dirette ad orientare l’azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri.”* (si veda la Relazione finale del luglio 2010).

Detta norma è considerata *“espressione del **principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri** (e di **riserva dell’amministrazione**)”* ed implica *“il divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell’amministrazione ancorché marginali”* (così, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5).