

Consiglio di Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3844

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 2238/2008 del 20/03/2008, proposto dal Comune "XXX" rappresentato e difeso dall'Avv. F.P., con domicilio eletto in Roma, Via ___ n. 3, presso l'Avv. M.S.;

CONTRO

l'A. S.p.A. in P. e Q. MANDAT. COSTITUENDA ATI rappresentata e difesa dall'Avv. M.Z., con domicilio eletto in Roma, Via del M. n. 72;

l'ATI - "YYY" S.p.A. e in proprio, non costituitasi;

e nei confronti della

M.T. S.p.A. rappresentata e difesa dagli Avv. M.C. e P.P.P. con domicilio eletto in Roma, Vicolo O. n. 31 presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI - Sezione prima n. 448/2008;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 3 marzo 2009, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli Avv. F.C. per delega di M.Z.;

FATTO E DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto da A. s.p.a., in proprio e quale capogruppo di ATI costituenda con "YYY" S.p.A., avverso gli atti relativi alla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di "gestione delle aree di sosta a pagamento per 800 posti auto", per cinque anni, indetta dal Comune "XXX" e culminata con l'aggiudicazione in favore di M. s.p.a..

Appella il Comune "XXX".

Si sono costituite le parti in epigrafe specificate.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 3 marzo 2009 la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è infondato.

2.1. Non merita accoglimento, in primo luogo, la censura tesa a denunciare la tardività del ricorso di primo grado. I vizi dedotti nei confronti della disciplina di gara, in punto di omessa indicazione delle notizie relative a luogo ed ora di apertura dei plichi, non sono infatti tali da impedire *ex ante* un esito favorevole della procedura per il ricorrente e, quindi, da produrre una lesione immediata della relativa sfera giuridica, concretizzatasi solo a seguito dell'esito negativo della procedura. Deve quindi escludersi la natura immediatamente lesiva della *lex specialis* con il connesso effetto preclusivo sortito dalla relativa omessa impugnazione in via immediata.

2.2. Sono del pari infondate le censure tese a denunciare il merito della decisione di primo grado.

Si deve rammentare, in punto di fatto, che il bando di gara, licenziato dall'Amministrazione Comunale "XXX", per l'affidamento della gestione delle aree di sosta a pagamento nel territorio dell'ente (800 posti auto), non reca l'indicazione alcuna circa data, ora e luogo di apertura delle offerte. Detta omissione è parimenti riscontrabile nel capitolato speciale e nel disciplinare.

Segnatamente, tale ultimo atto di gara prevede, al fol. 9, che la gara avrebbe avuto inizio "nella data e alle ore di cui al bando di gara, presso il Comando Polizia Municipale della stazione appaltante, sito in (...), Piazza Vescovado 2", senza alcuna indicazione in ordine alla data ed all'ora dell'apertura delle buste vista l'assenza di ogni indicazione in seno al bando di gara al quale si fa un incomprensibile rinvio.

Tali essendo i connotati della vicenda che occupa in punto di fatto, si deve convenire con l'assunto del Primo Giudice secondo cui dette carenze degli atti di gara in punto di specificazione della data e dell'ora fissata per l'apertura dei plichi e per l'esame dei requisiti d'ammissione alla procedura hanno finito per rendere riservata, anziché pubblica, in violazione della qualificazione come pubblica recata dal disciplinare, la prima seduta della Commissione, tenuta in data 13 giugno 2007. Detta condotta integra la denunciata violazione dell'inderogabile pubblicità delle sedute di gara.

Segnatamente, anche ad accedere alla tesi dell'appellante secondo cui, vertendosi in tema di concessione di servizi, non troverebbe applicazione il disposto letterale dell'art. 64, comma 4, del codice dei contratti pubblici, deve comunque ritenersi che venga in rilievo, anche per dette procedure, il principio generale, sotteso a tale norma, che impone un'adeguata comunicazione delle notizie relative a data, luogo ed ora delle operazioni, sì da consentire l'effettiva pubblicità e la concreta possibilità di partecipazione da parte dei soggetti interessati.

Detti parametri di adeguatezza e proporzionalità delle misure informative non risultano nella specie rispettate per effetto della mera affissione all'albo pretorio. In disparte il difetto della relativa prova, deve infatti ritenersi che detta misura generale di pubblicità, non presenti la stesso grado di conoscibilità della *lex specialis*. In assenza di un rinvio a detta formalità da parte degli atti di gara ed in mancanza di indicazioni puntuali in seno a detti ultimi, si deve opinare che solo un atto avente la medesima pubblicità del bando ovvero una comunicazione personalizzata avrebbe potuto rispettare il principio generale di trasparenza sotteso alla normativa primaria.

Si deve aggiungere che non assume rilievo alcuno il dato della presenza dei rappresentanti di due delle quattro imprese partecipanti, posto che, al contrario, proprio l'assenza di due dei quattro soggetti interessati dimostra l'insufficienza delle misure comunicative adottate. È poi un'illazione sguarnita di alcun supporto probatorio l'affermazione secondo cui la mandante "YYY" s.p.a., avente sede presso lo stesso Municipio "XXX", avrebbe dovuto avere notizia della pubblicazione di tali informazioni all'albo dell'ente.

Si deve allora concludere che risulta nella specie violato il principio della pubblicità di talune fondamentali fasi della gara, con conseguente invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilievi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili *ex post* (vedi Consiglio Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 901).

3. Le considerazioni svolte conducono alla reiezione del ricorso. In difetto di rituale appello non sono invece suscettibili di esame le ulteriori censure mosse alla sentenza di prime cure dalla controinteressata M. s.p.a..

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a carico dell'appellante, in favore dell'A., nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio nella misura in motivazione specificata.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 3 Marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Marzio Branca
Cons. Aniello Cerreto
Cons. Francesco Caringella Est.
Cons. Giancarlo Montedoro
Cons. Giancarlo Giambartolomei

ESTENSORE

F.to Francesco Caringella

IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 16/06/2009