T.A.R. Puglia, Bari, 5 Giugno 2009, n. 1403

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 925 del 2008, proposto da:
XXX s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. E. N., con domicilio
eletto presso l'avv. M. N. in Bari, via P. 128;

contro

YYY s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. M. M. con domicilio
eletto presso l'avv. M. G. in Bari, via E. 15;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara per l'appalto dei lavori di realizzazione nel
territorio di B. di due cavalcavia ai km 587+173 e 588+919 e un
sottovia al km 595+260 per la soppressione dei passaggi a livello
sulla linea Ancona - Bari, compresa la clausola che indica la
competenza del TAR Lazio per le procedure di ricorso;
dei verbali di gara, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e
definitiva, del contratto ove stipulato, di tutti gli atti esecutivi
inerenti l'espletamento dei lavori nonché di ogni atto antecedente
compreso il prezzario dal quale sono state ricavate le voci di
elenco, il computo metrico estimativo e le analisi dei prezzi;
Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di YYY s.p.a.;

Vista la propria ordinanza n. 405 del 30 luglio 2008;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere Doris Durante;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2009 i difensori
delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La XXX s.r.l., società operante nel settore dei lavori stradali, ha
impugnato il bando della gara indetta dalla YYY s.p.a. per
l'affidamento, mediante procedura aperta e con il criterio del prezzo
più basso sull'importo a base d'asta di euro 6.639.300,00 dei lavori
di realizzazione di due cavalcavia e un sottovia nel Comune di B.
sulla linea Ancona - Bari.

Essa ricorrente premette di non aver presentato domanda di
partecipazione perché i prezzi dei lavori posti a base di gara,
notevolmente inferiori ai prezzi correnti di mercato, non le hanno
consentito di formulare un'offerta seria e partecipare alla gara.
Chiede, in conseguenza, l'annullamento del bando, oltre che di tutti
gli atti di gara ad esso conseguenti, le cui illegittimità sono
affidate ai seguenti motivi:

violazione del d. lgv. n. 163 del 2006 e del D.P.R. n. 554 del 1999
anche in riferimento all'art. 97 della Costituzione; violazione dei
principi generali in materie di gare pubbliche e di correttezza in
materia di trattative commerciali, in quanto i prezzi posti a base di
gara non sarebbero stati aggiornati contrariamente a quanto sancito
dall'art. 133, comma 8 del Codice dei contratti pubblici che impone
l'aggiornamento annuale dell'elenco prezzi dei lavori pubblici (allega
perizia da cui emerge che i prezzi posti a base della presente gara
sono mediamente inferiori del 79/80% a quelli correnti).
eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, carente

istruttoria ed ingiustizia manifesta, sussistendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di motivare l'eventuale scostamento in diminuzione dei prezzi di gara;

sviamento di potere e illegittimità derivata dall'illegittimità del prezzario.

Si è costituita in giudizio YYY s.p.a. che ha eccepito in rito l'inammissibilità del ricorso non avendo la ricorrente partecipato alla gara; l'inammissibilità dell'impugnazione della clausola sul foro competente perché non sostenuta da alcuna censura e, comunque, la sua infondatezza trattandosi del foro competente ai sensi dell'art. 2 della l. n. 1034 del 1971; nel merito, ha dedotto l'infondatezza delle censure.

Tanto premesso in fatto, ritiene il Collegio che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile.

Fondata, invero, è l'eccezione in tal senso sollevata dall'amministrazione resistente, in relazione alla mancata partecipazione della società ricorrente alla gara.

Al riguardo va osservato che, secondo un diffuso e risalente orientamento giurisprudenziale, non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura di gara il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione, poiché l'interesse fatto valere è, in tale ipotesi, esattamente quello di prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta ed allora, fermo l'onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l'interesse così azionato deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando.

Tale orientamento ha trovato da ultimo conferma nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003, n. 1 che, facendo applicazione dei principi generali che regolano l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale, ha affermato che l'interesse sostanziale del ricorrente deve essere contrassegnato dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità e solo con la partecipazione alla gara la situazione giuridica del ricorrente acquista tale qualità che gli consente di sindacare la legittimità del bando.

Ne consegue, secondo l'insegnamento dell'adunanza Plenaria n. 1 del 2003, che la presentazione della domanda di partecipazione dà corpo ed evidenza all'interesse concreto all'impugnazione, facendo del soggetto che ha provveduto a un tale adempimento un destinatario identificato, direttamente pregiudicato dal contenuto del bando.

Alcune decisioni difformi da tale orientamento riguardano invero fattispecie nelle quali l'interesse azionato dal ricorrente era volto a contestare in radice la gara essendo rivolto ad impedirne lo svolgimento (Cons. Stato, sez. quinta, 11 novembre 2004, n. 7341; 14 febbraio 2003, n. 794).

Tale diverso orientamento ha trovato fondamento anche con riferimento a valori comunitari e costituzionali in base ai quali limitare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso da un bando, al mero formalismo della presentazione di una domanda in fattispecie che avrebbe comportato la sicura esclusione, sarebbe in contrasto con la libertà di iniziativa economica privata e con il principio della libera e massima concorrenza e anche in applicazione del principio della economicità dei mezzi giuridici (Corte di Giustizia CE, sent. 12 febbraio 2004, in C. - 230/02; TAR Campania, Napoli, sez. prima, 18 aprile 2002, n. 2206).

Ma, anche a voler condividere l'orientamento giurisprudenziale che introduce un temperamento della tesi tradizionale che esige la presentazione dell'offerta ai fini della sussistenza dell'interesse a

ricorrere, deve ugualmente concludersi per l'inammissibilità del ricorso in esame, atteso che l'apertura giurisprudenziale suddetta si riferisce pur sempre a clausole relative a requisiti soggettivi che sono idonee a manifestare immediatamente la loro attitudine lesiva, incidendo sull'interesse attuale alla partecipazione alla gara. E' escluso invece che siano immediatamente impugnabili anche da colui che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara le clausole sulla formulazione dell'offerta economica o sul metodo di gara (Cons. Stato, Ad. plen. n. 1 del 2003), essendo queste relative ad elementi oggettivi sicché l'effetto lesivo si verifica solo con l'esito negativo della procedura.

Ne consegue che il bene della vita cui è finalizzata l'azione, cioè l'aggiudicazione, non può essere perseguito se non vi sia domanda di partecipazione alla gara.

La ricorrente, nella fattispecie in esame, non lamenta l'esistenza nel bando di clausole "escludenti" che limitino la possibilità di partecipare alla gara, ma contesta il contenuto del bando di gara con riguardo ad un elemento oggettivo qual è il valore economico dell'appalto, di cui assume l'eccessivo scostamento dai prezzi correnti di mercato e l'omesso aggiornamento del prezzario dei lavori pubblici.

Si tratta di censure rispetto alle quali, per i principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza, difetta la legittimazione a ricorrere, non avendo la ricorrente presentato offerta e non ravvisandosi una lesione attuale ed immediata o un interesse diverso da quello all'aggiudicazione della gara che non può essere perseguito ove la ricorrente non abbia presentato domanda di partecipazione. Per le ragioni esposte, il ricorso va dichiarato inammissibile. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione prima, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)