

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE QUINTA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 2109/2007 del 12/03/2007, proposto dalla società Xxx rappresentata e difesa dagli avvocati P.S.R. e P.D.R., con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo;

CONTRO

Yyy SPA rappresentata e difesa dall'avv. C.T., con domicilio eletto in Roma;

E NEI CONFRONTI

della REGIONE L. non costituitasi;

dell'Zzz SPA in proprio e nella qualità di mandataria ATI rappresentata e difesa dagli avvocati P.C. e S.V., con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo;

della Kkk S.P.A. in proprio e nella qualità di mandataria ATI, non costituitasi;

della Www S.P.A. non costituitasi;

PER LA RIFORMA

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA: Sezione I TER n.1486/2007, resa tra le parti, concernente APPALTO SERVIZI PER NUOVO SERVIZIO INFORMATIVO REGIONE L.;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 Giugno 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati D.R., C. e T.;

FATTO E DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso con il quale la ricorrente società, terza graduata nella gara di cui è questione, ha impugnato la determinazione dell'amministratore unico di Yyy s.p.a. n. 33 del 28 giugno 2006, recante aggiudicazione in via provvisoria al raggruppamento temporaneo controinteressato della gara per l'affidamento di appalto di servizi inerente alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione del nuovo servizio informativo regionale per le Risorse Umane della Regione L. nonché la graduatoria redatta dalla Commissione di gara, i verbali di gara, i provvedimenti con i quali sono state ammesse a partecipare alla gara il raggruppamento controinteressato e la società Kkk, seconda graduata.

L'Xxx appella contestando gli argomenti posti a fondamento del decisum.

Si sono costituite in giudizio sia la Yyy s.p.a. che il raggruppamento aggiudicatario della gara e la società Kkk.

Alla pubblica udienza del 20 giugno 2008 la causa è stata rimessa in decisione, in esito alla discussione orale.

2. L'appello è infondato.

In forza di un costante indirizzo giurisprudenziale, che declina quieti principi in tema di condizioni dell'azione, il soggetto terzo graduato all'esito di una procedura di gara (quale è l'odierna ricorrente), ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo nel caso in cui le censure da lui dedotte sono tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura o quella finale dell'aggiudicazione in suo favore.

Ciò posto, nel caso di specie, le censure dedotte con il ricorso non sono dirette alla caducazione integrale della procedura ma toccano la

posizione dei soggetti che precedono il ricorrente in graduatoria al fine di ottenere una pronuncia che accerti l'illegittimità della relativa ammissione. Ne deriva che l'infondatezza delle critiche rivolte nei confronti del soggetto secondo graduato implica il venir meno dell'interesse alla contestazione della posizione dell'aggiudicatario.

Ebbene, l'ammissione alla procedura competitiva della Kkk, seconda graduata, è sottoposta a critica in quanto reputata in violazione dell'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, cd. decreto Bersani, poi convertito con legge 4 agosto 2006 n. 248. La norma in esame, nel testo vigente all'epoca della procedura oggetto di contestazione, recitava: "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti."

La disposizione stabilisce poi che dette società "cessano entro ventiquattro mesi (periodo stabilito in forza della novella di cui al comma 720 dell'art. 1 della legge finanziaria per l'anno 2007, in sostituzione dei dodici mesi prescritti dal testo originario del decreto Bersani) dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite" e che "i contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data (la parola "bandite", parimenti introdotte dal citato comma 720 dell'art. 1 della legge finanziaria 2007, in vece della locuzione "perfezionate" di cui al testo originario della normativa in parola).

Tale essendo il chiaro disposto della norma, che fa salve le procedure iniziate anteriormente alla disciplina proibitiva in parola, si deve concludere, in adesione ai rilievi svolti dal Primo Giudice ed a confutazione delle censure svolte in appello, che Kkk, quand'anche in ipotesi destinataria del divieto di cui al primo comma del citato art. 13 del decreto n. 223, è stata legittimamente ammessa alla gara bandita e provvisoriamente aggiudicata prima dell'entrata in vigore del decreto di che trattasi. Ne deriva che la società, in caso di aggiudicazione, sarebbe stata ammessa alla stipulazione di un valido ed efficace contratto, salva l'incidenza, estranea al perimetro del giudizio, della sopravvenienza data dallo scadere del termine di cui al citato comma 3.

Si deve infine convenire con il Primo Giudice nel senso della non pertinenza del richiamo all'art. 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000, dal quale deriverebbe la possibilità, per le società pubbliche ivi previste la possibilità di svolgere attività in ambiti territoriali diversi da quelli dell'ente locale di riferimento solo nell'ipotesi in cui tale attività non ridondi in maggiori costi per la collettività di riferimento e comunque sia collegata al soddisfacimento di una qualche esigenza di quest'ultima. La disciplina dell'art. 113, avente ad oggetto le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali", non è infatti applicabile

al servizio oggetto della gara di cui è questione concernente la realizzazione di un sistema informativo interno alla Regione Lazio e volto alla gestione del proprio personale dipendente. Non si tratta, pertanto, di una gara relativa a servizi pubblici locali.

L'appello deve in definitiva essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e condanna l'appellante al pagamento delle spese relative al giudizio d'appello che liquida nella misura complessiva di 10.000 (diecimila) euro da dividere in parti uguali tra le parti appellate costituite.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Giugno 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Filoreto D'Agostino

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Marco Lipari

Cons. Francesco Caringella Est.