

N. 00243/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00206/2005 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 206 del 2005, proposto da C.O.I.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Parma, Borgo Antini 3;

contro

La Regione Emilia Romagna - Direzione Generale Ambiente e Difesa Suolo, in persona del legale rappresentante pro tempore;

la Regione Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marina Michelessi e Gaetano Puliatti, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Palladini in Parma, vicolo dei Mulini 6;

nei confronti di

C.F.C. Consorzio fra Costruttori S.c.r.l., rappresentato e difeso dagli

avv.ti Franco Bassi e Roberto Miniero, con domicilio eletto presso lo studio de primo, in Parma, via Petrarca 20;

per l'annullamento

della lettera 19/04/05 prot.n.AMB/GPR/05/0032700 con la quale il Responsabile del servizio difesa del suolo della Regione Emilia Romagna rispondeva alla diffida 12/04/05 della C.O.I.S.;

della mancata revoca/annullamento della gara relativa a lavori straordinari e messa in sicurezza del Canale "Rio del Fabbro" in Sant'Andrea Bagni;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale compreso l'atto di affidamento lavori al Consorzio C.F.C. srl;

della lettera 01/12/04 prot.n.34/RIS della Regione Emilia Romagna.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Emilia Romagna e del C.F.C. Consorzio fra Costruttori Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, d.lgs. 104/2010;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 24 maggio 2005 e depositato in data 27 maggio 2005, la ricorrente si duole del fatto che la Regione Emilia-Romagna, a seguito della indizione di una gara a trattativa procedimentalizzata, per l'affidamento dei lavori sull'alveo del fiume Rio Fabbro per l'importo di euro 717.427,61, abbia violato la lettera di invito nella parte in cui prevedeva, a pag. 2, la revoca dell'affidamento nel caso in cui non fosse stato reso operativo il cantiere nei tempi più rapidi decorrenti dallo svolgimento della gara, essendo, tra l'altro, stata prevista la consegna immediata dei lavori.

La ricorrente si è resa conto del mancato inizio dei lavori nonostante fossero passati parecchi mesi dalla scadenza della gara, circostanza questa che avrebbe dovuto determinare la revoca o l'annullamento della procedura di gara.

In ogni caso l'ente ha violato i doveri di correttezza e buona fede, di cui costituiscono attuazione, nella materia dei lavori pubblici, gli articoli 16 ss. della legge 109/1994, 15 ss. nonché 109 e 129 del d.P.R. 554/1999, l'art. 71 del d.P.R. 554/1999, nonché gli artt. 1175, 1375, 1387 1338 c.c., in quanto se è vero ciò che è stato scritto nella lettera dell'ente del 19/04/2005, con riferimento alla circostanza che "i ritardi riscontrati sono da attribuire ad esigenze di natura urbanistica rappresentate dall'Amministrazione comunale e in parte ad altri fattori correlati alla tipologia dei manufatti prefabbricati che, come codesta Ditta ben sa, per quantità e dimensioni non sono reperibili immediatamente sul mercato, ma hanno richiesto l'attuazione di una

specifica produzione”, l’ente non avrebbe dovuto porre in gara i lavori di che trattasi, ma annullare l’intera procedura di gara.

In terzo luogo, la ricorrente lamenta la violazione del principio di buon andamento ed efficacia ai sensi degli artt. 97 Cost. e dell’art. 1 della legge 109/1994, in quanto l’amministrazione avrebbe comunque dovuto tenere conto della sua proposta, con la quale era stato offerto un ribasso più vantaggioso per la stazione appaltante rispetto a quello dell’affidatario dei lavori.

Si è costituita in giudizio l’amministrazione regionale, chiarendo una serie di elementi in punto di fatto.

In particolare si rileva che:

l’impresa ricorrente, sebbene regolarmente invitata, non partecipava alla procedura di gara, che si svolgeva regolarmente secondo le risultanze del verbale di gara in data 14.12.2007, con aggiudicazione alla contro interessata che aveva presentato il prezzo più basso;

successivamente la C.O.I.S. con lettera del 12.04.2005 scriveva alla stazione appaltante e, sulla base della notizia del mancato inizio dei lavori, chiedeva la revoca dell’affidamento e la nuova indizione di una trattativa privata;

l’amministrazione riscontrava la lettera suindicata, informando che i lavori erano attualmente in corso e spiegando le ragioni dei ritardi.

L’amministrazione regionale eccepisce l’inammissibilità del ricorso, in quanto la clausola della lettera di invito che prevedeva la revoca dell’affidamento individua una semplice potestà discrezionale

dell'amministrazione, esercitabile d'ufficio o posta nell'interesse della stessa, non attivabile da un soggetto terzo che non ha partecipato al procedimento di gara.

Si è costituita l'impresa controinteressata, chiedendo anch'essa che il ricorso sia dichiarato inammissibile sotto il distinto profilo della carenza di giurisdizione del giudice amministrativo avendo la ricorrente utilizzato argomenti che riguardano la fase esecutiva del contratto.

Alla pubblica udienza del 25 maggio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio esamina preliminarmente l'eccezione di inammissibilità per mancanza del requisito dell'interesse alla presentazione del ricorso, sollevata dall'amministrazione regionale.

Con tale eccezione si ha riguardo a due distinti profili:

L'impresa C.O.I.S. non aveva un interesse giuridicamente tutelato all'esercizio della potestà di revoca da parte dell'amministrazione, in quanto, pur essendo stata regolarmente invitata, non ha partecipato alla procedura di gara.

inoltre la clausola invocata dalla ricorrente sancisce la facoltà per l'amministrazione di revocare l'affidamento dei lavori alla singola impresa aggiudicataria, ma non di revocare l'intero procedimento di gara, per cui giammai, con la sua applicazione, vi sarebbe stata la riedizione della gara ma solo lo scorrimento della graduatoria.

L'eccezione è fondata.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7402; Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 29 marzo 2011 n. 1928), le condizioni dell'azione che devono sussistere al momento dell'instaurazione del giudizio sono: 1) la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo; 2) l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.); la *legitimatio ad causam*, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo/passivo.

Nel processo in materia di appalti pubblici, la particolare posizione che legittima all'azione è declinata nel senso che è inammissibile per carenza di interesse, il ricorso contro l'aggiudicazione di una gara d'appalto quando, dall'esperimento della c.d. "prova di resistenza", risulti con certezza che il ricorrente non sarebbe comunque risultato aggiudicatario neppure in caso di accoglimento del ricorso.

Infatti, l'interesse tutelato, in materia di appalti pubblici, non può essere quello generico al rifacimento della gara d'appalto, proprio delle imprese rimaste comunque estranee alla selezione, bensì quello specifico ad una competizione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, a cui possono aspirare soltanto i legittimi partecipanti alla procedura di gara, anche attraverso l'eliminazione di clausole della *lex specialis* eventualmente lesive.

Pertanto, nel caso in questione, la ricorrente non presenta uno specifico e qualificato interesse alla presentazione del ricorso, atteso che, nonostante sia stata invitata al procedimento di gara, ha ritenuto di non partecipare alla stessa, come risulta dall'elenco delle ditte invitate e dal verbale di gara in data 14.12.2004.

La giustificazione in base alla quale, asseritamente, la ricorrente ha scelto di partecipare alla procedura di gara – ossia la necessità indicata nella lettera di invito di aprire immediatamente il cantiere pena la revoca dell'affidamento – non determina (a prescindere dalla questione della indimostrabilità della reale ragione di tale scelta), un diverso atteggiarsi dell'interesse al ricorso nel caso di specie, in quanto l'impresa non può attribuire alla stazione appaltante gli effetti negativi della propria scelta di non partecipare alla procedura di gara né può in alcun modo dimostrare che, se avesse partecipato, avrebbe avuto la possibilità di aggiudicarsi l'appalto.

La clausola della lettera di invito contenente l'indicazione della revoca dell'affidamento all'impresa aggiudicataria, nel caso di non attivazione del cantiere entro dieci giorni, non legittima il soggetto che non ha partecipato al procedimento di gara a contestarne gli esiti, in quanto nessun vantaggio sarebbe comunque derivato a tale soggetto dall'atto di revoca, a seguito del quale sarebbe semmai derivato lo scorrimento della graduatoria con una nuova aggiudicazione alla seconda classificata.

Conclusivamente, facendo applicazione dei principi suesposti

all'odierna fattispecie, emerge che nessuna posizione di interesse legittimo è astrattamente enucleabile dall'esame della *causa petendi* del ricorso, perché esso si risolve nella richiesta di tutela di un interesse materiale a contenuto impossibile, in quanto non consente all'impresa di conseguire il bene della vita cui aspira e cioè l'aggiudicazione della gara d'appalto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore della Regione Emilia-Romagna, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)