



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4421 del 2012, proposto da ACER – Associazione dei Costruttori Edili di Roma e Provincia, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Barberis, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via A. Pollaiuolo n. 3;

contro

il Consorzio Industriale Tiburtino, in qualità di soggetto aggiudicatore ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. 163/2006 e s.m., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Paolo d'Incecco Bayard de Volo, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Roma, via Giovanni da Empoli 6/B;

nei confronti di

- Edil Moter s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Satema s.r.l., Soc. Cesa, Officine G. N. A., Cegis di De Dominicis, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Nicola Marcone, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate, in Roma, piazza dell'Orologio n. 7;
- Plenzich s.r.l.;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, comunicato ai sensi dell'art. 75, comma 5, del D.Lgs. 163/2006 e s.m. in data 27 aprile 2012, dell'appalto per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria relative al P.I.P. 2° "Tavernelle" – secondo intervento (€ 9.588.992,88) CIG 14649101F9;
- dei provvedimenti di ammissione alla gara delle imprese controinteressate ATI Edil Moter e Plenzich, di approvazione della graduatoria conclusiva della gara, di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara;
- dell'eventuale silenzio o rigetto dell'Amministrazione in ordine alla diffida ex art. 243-bis D.Lgs. 163/2006 (come introdotto dal D.lgs. 53/2010) trasmessa dalla ricorrente, anche se successivamente intervenuto;
- di ogni altro atto ulteriore, preliminare, successivo e comunque connesso a quelli impugnati, ivi compreso il bando di gara e il disciplinare ove interpretati in senso difforme a quello rappresentato nel presente ricorso

NONCHÈ PER LA DECLARATORIA

di inefficacia del contratto, se stipulato nelle more e per la adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 del D.Lgs. 104/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Industriale Tiburtino e di Soc Edil Moter Srl e della predetta parte controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2013 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Premette parte ricorrente che il Consorzio Industriale Tiburtino, ai sensi della deliberazione del Consiglio Comunale di Guidonia Montecelio n. 9 del 13 marzo 2007, è stato individuato quale soggetto attuatore del Piano Insediamento Produttivo denominato "Tavemelle" – 2° intervento (€ 9.588.992,88 oneri della sicurezza inclusi) per conto di una pluralità di operatori economici assegnatari dell'area e del relativo piano di sviluppo industriale.

In tale veste il Consorzio, quanto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione comprese nel piano di sviluppo industriale, ha operato quale soggetto aggiudicatore ai sensi dell'art. 32, comma 1, lettera g) del D.Lgs. 163/2006.

In base alla predetta previsione normativa, il Consorzio Industriale Tiburtino ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della "Realizzazione delle Opere di Urbanizzazione Primaria del P.I.P. 2° Tavemelle", di importo complessivo pari ad € 9.588.992,88, di cui oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso per € 351.224,35.

Contesta parte ricorrente che abbiano partecipato alla gara *de qua* le imprese imprese Edil Moter s.r.l. e Plenzich s.r.l., facenti parte del consorzio medesimo: le quali, all'esito dell'espletamento delle operazioni di gara, si sono classificate ai primi due posti della graduatoria finale.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto in favore di Edil Moter, la ricorrente Associazione – nel sostenere la propria legittimazione in quanto il "bene" tutelato con la presente impugnativa consisterebbe nella regolarità delle procedure di evidenza pubblica e nella esclusione di modalità di aggiudicazione idonee ad alterare i principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento tra gli operatori economici del settore degli appalti pubblici – deduce i seguenti profili di censura:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. 163/2006 e s.m. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, lettera g), del D.Lgs. 163/2006 e s.m. Violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 8, del D.Lgs. 163/2006 e s.m. Violazione dell'art. 97 della Costituzione in materia di correttezza dell'azione amministrativa. Violazione dei principi generali in materia di concorrenza, parità di trattamento e trasparenza delle procedure per l'affidamento di lavori pubblici.

L'attrazione del titolare del programma urbanistico (nella specie, programma di sviluppo industriale) nel novero dei soggetti aggiudicatori preclude, ad avviso di parte ricorrente, la circostanza che il medesimo si proponga anche quale esecutore diretto delle opere oggetto di appalto.

Ciò in quanto:

- l'identificazione tra soggetto aggiudicatore ed impresa appaltatrice contravverrebbe ai principi di trasparenza, correttezza dell'azione amministrativa, concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici sanciti dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.;

- la confusione dei ruoli tra soggetto aggiudicatore e imprese esecutrici determinerebbe una fattispecie di "contratto con se stesso", in contrasto con lo spirito che informa il quadro normativo dinanzi menzionato, atteso che il Legislatore nazionale ha inteso escludere che l'operatore economico titolare del permesso di costruire possa realizzare in proprio i lavori di urbanizzazione a servizio del programma urbanistico (ed ha imposto, per converso,

che i medesimi vengano immessi sul mercato delle opere pubbliche affinché ne beneficino operatori terzi individuati a seguito di regolare procedura di evidenza pubblica).

Il principio generale per cui non può sussistere alcun tipo di collegamento, nemmeno mediato, tra chi indice la gara e chi partecipa alla medesima è rivolto, ad avviso della ricorrente, a scongiurare il possibile verificarsi di situazioni idonee ad alterare la regolarità della procedura di gara sotto il particolare profilo della parità di trattamento tra i partecipanti alla medesima.

Nella fattispecie, in particolare, la potenzialità di un'alterazione delle regole della concorrenza sarebbe assurda a livello di assoluta certezza, atteso che il concorrente (aggiudicatario) è parte integrante (e non già mero incaricato di un'attività strumentale e propedeutica quale la progettazione) del soggetto che ha indetto la gara e che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'affidamento dei lavori ad un componente del Consorzio dei soggetti titolari del permesso di costruire determinerebbe – secondo quanto dalla parte ricorrente argomentato – una palese violazione del disposto dell'art. 32, lettera g), del D.Lgs. 163/2006, il quale ha inteso evitare che le opere di urbanizzazione vengano realizzate in house dagli stessi soggetti che sono titolari del permesso di costruire, richiedendo, per converso, che le medesime vengano realizzate da soggetti terzi a seguito di procedura di evidenza pubblica.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Si sono costituiti in giudizio il resistente Consorzio Industriale Tiburtino e la predetta parte controinteressata, eccependo la carenza di legittimazione della ricorrente Associazione e confutando, nel merito, le censure articolate con il presente mezzo di tutela.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale respinta con ordinanza n. 2446, pronunciata nella Camera di Consiglio del 6 luglio 2012. Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 30 gennaio 2013.

DIRITTO

L'inammissibilità del presente mezzo di tutela, per carenza di legittimazione attiva in capo alla ricorrente, preclude l'esame nel merito dell'unico, articolato, argomento di doglianza, con il quale ACER – Associazione dei Costruttori Edili di Roma e Provincia ha inteso sottoporre a sindacato giurisdizionale l'esito della gara precedentemente indicata.

Non può esimersi il Collegio, al riguardo, dal ribadire le considerazioni dalla Sezione già rassegnate in sede di deliberazione dell'istanza cautelare dalla stessa ACER proposta:

- sia per quanto conceme l'iscrizione di una delle imprese partecipanti all'ATI aggiudicataria (CE.SA. s.r.l.) all'associazione ricorrente
- sia con riguardo all'esorbitanza dell'interesse da ACER dedotto in giudizio rispetto a posizioni comuni della categoria unitariamente considerata e rappresentata, nella fattispecie sostanziatosi nella proposizione di questioni connesse alla legittimità della procedura di gara, in quanto tali non rientranti nelle finalità tutelate da un'associazione di costruttori edili.

È noto che le associazioni di categoria sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto, solo quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della categoria stessa, oppure si tratti di perseguire comunque dei vantaggi, sia pure di carattere strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria unitariamente considerata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2010 n. 7074).

La perimetrazione della sollecitabilità del sindacato giurisdizionale, ad opera delle anzidette associazioni, viene

per l'effetto ad essere contrassegnata, in ragione della esclusiva tutelabilità degli interessi collettivi dei propri associati, in ragione di atti che si assumano lesivi di tali interessi (Cons. Stato, V, 11 luglio 2008, n. 3451).

La titolarità di interessi collettivi non comporta, infatti, un mutamento dei presupposti perché tali interessi possano essere fatti valere in giudizio, richiedendosi sempre che la lesione degli stessi abbia il carattere dell'immediatezza, dell'attualità e della concretezza.

Deve, conseguentemente, ritenersi preclusa la sollecitazione del sindacato giurisdizionale con riferimento a fattispecie di tutela giudiziale riferita alla astratta legalità dell'azione amministrativa, non essendo le associazioni, allo stato attuale, legittimate ad agire per la difesa "obiettiva" dell'ordinamento violato, ma solo a presidio di situazioni soggettive concretamente e direttamente incise dalle violazioni del diritto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2011 n. 1540).

Va poi soggiunto che, per ciò che attiene la possibile varietà degli interessi, la legittimazione a ricorrere delle associazioni di categoria incontra il limite del divieto di tutela degli interessi di singoli associati o di gruppi di associati, atteso che, in tale evenienza, la categoria verrebbe divisa in posizioni disomogenee (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007 n. 4692).

Deve, quindi, escludersi che l'associazione sia legittimata ad insorgere in giudizio per far valere gli interessi solo di una parte dei suoi componenti (trascurando quelli, eventualmente, di segno contrario: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2804 e 14 giugno 2005 n. 3113; sez. VI, 12 dicembre 2006 n. 7346; sez. V, 17 luglio 2004 n. 5138),

La Sezione non può, alla stregua di quanto sopra esposto, omettere di richiamarsi al consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto, soltanto allorché venga invocata la violazione di norme poste a tutela della intera categoria; e non anche quando si verta su questioni concernenti singoli iscritti, ovvero su questioni capaci di dividere la categoria in posizioni contrastanti (Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2005 n. 1240), atteso che l'interesse collettivo della associazione sindacale deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con interessi di singoli associati o di gruppi di associati (Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2006 n. 7346 e sez. V, 9 luglio 2007 n. 4692).

Se, infatti, si riconoscesse all'associazione di categoria la legittimazione ad agire anche in questi ultimi casi, verrebbe a configurarsi una vera e propria ipotesi di sostituzione processuale, in violazione dell'art.81 c.p.c., secondo cui nessuno può fare valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui se non nei casi espressamente previsti dalla legge (cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 2 aprile 2004 n. 1826; sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8918, 23 settembre 2010 n. 7074 e 26 ottobre 2011 n. 5709; nonché, da ultimo, sez. III, 7 marzo 2012 n. 1301).

Quanto precedentemente esposto induce il Collegio a ribadire l'anticipato giudizio di inammissibilità del presente gravame, sotto il duplice profilo:

- della reclamata tutelabilità, ad opera della ricorrente ACER, di interessi propri di taluni soltanto degli appartenenti alla categoria (circostanza, in punto di fatto, incontrovertita, anche a fronte dell'appartenenza alla stessa associazione della parte odierna controinteressata);
- della evocazione di un sindacato giurisdizionale a tutela dell'astratta legalità dell'*agere* pubblico in materia di ammissibilità alla partecipazione alle pubbliche procedure selettive, in difetto della dimostrata presenza e consistenza di un interesse attuale e concreto alla tutela in sede giurisdizionale con riferimento all'esito della gara sottoposta a censura.

Ribadita, per effetto di quanto sopra esposto, l'inammissibilità dell'impugnativa per carenza di legittimazione

attiva, rileva conclusivamente il Collegio la presenza di giusti motivi per compensare fra le parti costituite le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Sezione Seconda Ter) dichiara inammissibile, per carenza di legittimazione attiva, il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2013

IL SEGRETARIO

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