

N. 01443/2011REG.PROV.COLL.
N. 03908/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3908 del 2010, proposto da:

Cisa Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Consorzio (Sisri) per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Matera, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Calculli, Maria Angela Rosaria Petrachi, con domicilio eletto presso Paolo Botzios in Roma, via Cicerone 49; Tecnoparco Valbasento S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Michele Somma, con domicilio eletto presso Maria Federica Della Valle in Roma, via S. Ilaria, N. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00885/2009, resa tra le parti, concernente BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO IN GESTIONE IMPIANTO CONSORTILE DI DEPURAZIONE ED ANNESSA RETE DI COLLEGAMENTO

FOGNARIO (RIS.DANNI)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio (Sisri) Per Lo Sviluppo Industriale della Provincia di Matera e di Tecnoparco Valbasento S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Quinto, Chiarelli, per delega dell'Avv. Calculli, Petrachi e Bencivenga, per delega dell'Avv. Somma;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblico del 12.10.2006 il Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Matera indiceva una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento, fino al 30.12.2016, della gestione di un impianto di depurazione con annessa rete di collegamento fognario.

Tale bando di gara, tra l'altro, prevedeva il divieto di partecipazione alla gara in Associazione Temporanea di Imprese.

La Cisa s.p.a., non possedendo i requisiti di ammissione relativi alla capacità economico-finanziaria ed alla capacità tecnica, ha impugnato, con il ricorso di primo grado, il bando di gara nella parte in cui prevedeva il divieto di partecipazione in ATI, deducendo la violazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 e l'eccesso di potere per erronea e falsa presupposizione, illogicità e manifesta ingiustizia.

Con la sentenza appellata il Tribunale ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

L'appellante contesta le argomentazioni poste a fondamento del *decisum* di primo grado.

Il Consorzio resistente ha altresì proposto appello incidentale.

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

All'udienza del 10 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. La declaratoria di inammissibilità merita conferma pur se alla stregua delle considerazioni integrative che seguono.

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa (vedi da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2010, n. 3017; Cons Stato Ad. Plen. 1/2003) l'impugnazione degli atti relativi ad una procedura di gara richiede una posizione differenziata e qualificata determinata dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura. In ossequio alle coordinate interpretative tracciate dalla giurisprudenza comunitaria, si è ritenuto, ad avviso dell'orientamento pretorio più recente, di prescindere da detto fattore di differenziazione nel caso di impugnazione della *lex specialis* di gara da parte di un'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura che, in base alle prescrizioni del bando ritenute illegittime, verrebbe esclusa. Si è infatti reputato che il soggetto che non ha inoltrato l'istanza di partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto è titolare dell'interesse all'impugnativa laddove si tratti di soggetto operante nel settore, e, quindi, portatore di una posizione differenziata abilitante, che miri con l'impugnativa ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva con quelle regole ingiustamente preclusive.

Si deve soggiungere, a chiarimento della portata di tale deroga, che a fronte di una clausola espulsiva il fattore di differenziazione e qualificazione della sfera soggettiva del ricorrente possa essere rinvenuto nella circostanza che questi operi nel settore specifico e sia, quindi, dotato dei requisiti soggettivi necessari, anche sul piano tecnico e finanziario, per partecipare alla procedura. Di qui la legittimazione alla contestazione di una normativa di

gara che introduca un ostacolo illegittimo ad una partecipazione altrimenti possibile e consentita.

Applicando tali coordinate ermeneutiche si deve concludere per l'inammissibilità del ricorso proposto in prime cure da parte della Cisa s.p.a.

Posto, infatti, che la società ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione, si deve escludere che sussista il fattore di differenziazione alternativo rappresentato dall'operatività nel settore, in relazione allo specifico oggetto della procedura, in guisa da legittimare alla partecipazione alla procedura.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno, infatti, in modo condivisibile e puntuale, evidenziato che la società non ha provato il possesso, neppure in minima parte, dei seguenti requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria: 1) aver conseguito nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando "una cifra di affari in attività di smaltimento reflui non inferiore a 1,5 milioni di €/anno"; 2) aver gestito "da almeno tre anni un impianto di depurazione di tipo biologico, avente almeno le stesse caratteristiche generali dell'impianto che si intende affidare in gestione"; 3) "aver depurato nell'ultimo triennio un quantitativo totale di reflui e/o rifiuti liquidi non inferiore a 1,5 milioni di mc.". La circostanza che la carenza di detti requisiti soggettivi possa essere colmata dall'associazione con altra impresa in ATI, preclusa dalla normativa di gara impugnata, costituisce una mera eventualità ipotetica non idonea a dare corpo in concreto al requisito di legittimazione richiesto anche dalla giurisprudenza più recente propensa a sposare un'interpretazione più liberale *in subiecta materia*. In altri termini, in assenza di una domanda di partecipazione alla procedura in ATI ovvero di qualsiasi altro atto dal quale si desuma la possibilità concreta della partecipazione della ricorrente in associazione con altra o altre imprese, si deve ritenere che la mera astratta

eventualità di costituire una compagine collettiva non sia idonea a colmare, con la necessaria concretezza, il difetto di legittimazione a contestare gli atti della procedura da parte di impresa non dotata *ex se* dei requisiti soggettivi necessari per partecipazione alla procedura specificamente considerata. Lo *status* legittimante non può, in definitiva, essere rivenuto nello svolgimento di una generica attività imprenditoriale ma nell'operatività specifica, in via individuale ed associata, nel settore di mercato che nella specie non risulta adeguatamente e concretamente dimostrata.

3. La sentenza appellata merita quindi conferma, pur se alla stregua di motivazione parzialmente diversa.

L'infondatezza del ricorso principale implica l'improcedibilità, per difetto di interesse, dell'appello incidentale.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara l'improcedibilità di quello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2011

IL SEGRETARIO

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