

N. 03300/2014REG.PROV.COLL.  
N. 02118/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2118 del 2014, proposto da:

Enter S.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Andrea Valli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via del Governo Vecchio, 20,

*contro*

Lombardia Informatica S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio

*nei confronti di*

Regione Lombardia,

in persona del Presidente p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Piera Pujatti e Sabrina Gallonetto ed ex lege domiciliata presso Emanuela Quici, in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO - SEZIONE III n. 02642/2013, resa tra le parti, concernente procedura aperta per selezione di unico operatore per erogazione servizi di rete del sistema informativo socio-sanitario - ris. Danni.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lombardia;

Visto che non si è costituita in giudizio Lombardia Informatica S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dall'appellante a sostegno delle sue domande;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 5 giugno 2014, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Andrea Valli per l'appellante e l'avv. Emanuela Quici, in sostituzione dell'avv. Sabrina Gallonetto, per la Regione;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Lombardia Informatica S.p.A., all'uopo incaricata dalla Regione Lombardia con delibera IX n. 1153 del 29 dicembre 2010, con bando

pubblicato sulla G.U.U.E. 2012/S 36-058459, ha indetto una gara comunitaria a procedura aperta per la selezione di un unico fornitore ( definito “Network Provider” o “NP” ) a livello regionale per l'erogazione dei servizi di rete SSIS da erogare presso le ASL, gli Enti Erogatori Pubblici e i privati accreditati, le strutture socio-sanitarie, gli ambulatorii di MMG/PDF e le farmacie aventi sede in Lombardia.

La società odierna appellante, operatore autorizzato ad installare una rete di comunicazioni elettroniche e ad offrire al pubblico servizi di telefonia, ha impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, il bando ed il disciplinare, con riferimento alle parti ( punto III.2.3 del bando e punto 4.2.1 a.2 del disciplinare ), che prevedono gli specifici requisiti di capacità tecnica, che ciascun concorrente deve soddisfare a pena di esclusione.

Gli atti di gara in questione, esponeva essa col ricorso originario, “sono illegittimi nella parte in cui la lex specialis ha di fatto arbitrariamente ed illegittimamente limitato il numero degli operatori che possono partecipare alla procedura aperta in questione, imponendo – a pena di esclusione – un requisito tecnico sproporzionato.

Si tratta, in particolare, del II.2.3, lett. B del bando, ai sensi del quale è previsto che il concorrente ( o la mandataria di un RTI ) abbia:

(i) realizzato una fornitura di servizi di connettività ( nella specie,

SPC verso una Pubblica Amministrazione ) di valore pari ad almeno euro 1.500.000 nell'ultimo triennio o, in alternativa, (ma, si vedrà, inverosimile),

(ii) realizzato e gestito una infrastruttura di rete geografica per un solo cliente, costituita da 12.000 punti di accesso al servizio” ( pag. 9 ric. ).

Esperita la gara senza la sua partecipazione, la ricorrente, a séguito del provvedimento di aggiudicazione, ha proposto motivi aggiunti, censurando la normativa di gara sotto un “duplice profilo di illegittimità sopravvenuta”, che la rende a suo avviso viziata, in quanto “assecondata a tale aggiudicazione, a seguito di una sua strumentale ed erronea interpretazione, che ha determinato un’asseverazione a posteriori dei requisiti previsti dalla lex specialis al solo fine di legittimare un’offerta altrimenti non meritevole di aggiudicazione” ( pag. 9 mott. agg. ).

2. – Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, con la sentenza indicata in epigrafe, ha dichiarato il ricorso per motivi aggiunti inammissibile ed il ricorso introduttivo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

In particolare, il primo giudice ha ritenuto che, avendo la ricorrente impugnato con i motivi aggiunti l’atto di aggiudicazione definitiva in favore di BT Italia S.p.A. ed avendo omesso di evocare in giudizio l’aggiudicataria, gli stessi dovevano ritenersi inammissibili.

Il T.A.R. ha, inoltre, rilevato come, “conseguentemente”, tanto rende

“improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo”.

3. – La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

Nell’atto di appello è censurata la sentenza, che viene ritenuta “equivoca e contraddittoria” laddove ha statuito l’inammissibilità dei motivi aggiunti per mancata notifica all’aggiudicataria BT, dal momento, si afferma, che “Enter non ha impugnato l’aggiudicazione finale ( rispetto alla quale BT era controinteressata ) né avrebbe potuto in ragione delle condizioni escludenti del bando”.

Nello stesso atto di appello si sostiene, inoltre, che la sentenza è altresì “errata laddove ritiene, alla luce dell’inammissibilità dei motivi aggiunti conseguentemente improcedibile il ricorso introduttivo: il ricorso avverso il bando e gli atti di gara ( senza controinteressati predefiniti perché la gara era rivolta al mercato in generale ) doveva essere trattato e deciso nel merito indipendentemente dai motivi aggiunti ( nella denegata ipotesi di riconosciuta inammissibilità degli stessi )” ( pag. 11 app ).

Nel merito, sono stati riproposti i motivi ( originarii ed aggiunti ) proposti in primo grado e non esaminati dal T.A.R.

3.1 – Si è costituita in giudizio, articolatamente contestando le deduzioni di appello, la Regione Lombardia.

Non si è invece costituita Lombardia Informatica S.p.A.

Con memoria in data 20 maggio 2014 l’appellante ha precisato le sue difese.

Con ulteriore memoria in data 23 maggio 2014 la stessa ha svolto ulteriori considerazioni di sintesi.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 5 giugno 2014.

4. – L'appello non è fondato, nella parte (primo e secondo motivo) in cui censura la declaratoria, da parte del T.A.R., di inammissibilità dei motivi aggiunti.

4.1 – Pacifico che nel caso di specie i motivi aggiunti proposti in primo grado non sono stati notificati all'aggiudicataria definitiva e che la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva dev'essere a questa notificata ritualmente nella sua qualità di controinteressata (Cons. St., IV, 15 febbraio 2002, n. 923; Cons. St., V, 13 maggio 2002, n. 2581; v. anche art. 41, comma 2, c.p.a.), occorre qui stabilire se l'odierna appellante abbia o meno inteso impugnare, con gli anzidetti motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva.

La Sezione ritiene che tale impugnazione, come affermato dal T.A.R., ci sia effettivamente stata.

Sebbene, invero, nell'atto di appello si affermi espressamente che i motivi aggiunti censurassero solo la *lex specialis* (“nell'interpretazione illogica ed irrealistica che ne è stata fatta da Lombardia Informatica a posteriori, al fine di legittimare l'aggiudicazione a BT Italia, dichiaratamente privo dei requisiti previsti dagli atti di gara”) e non anche “il provvedimento finale di

aggiudicazione della gara” ( pag. 7 app. ), non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, che, come correttamente rilevato dal primo giudice, tale atto è il vero ed unico oggetto della impugnazione proposta con il ricorso per motivi aggiunti.

Se pure, infatti, alcun riferimento all'aggiudicazione definitiva si rinviene nell'epigrafe del ricorso stesso ( laddove vengono elencati gli atti impugnati con la sola indicazione del bando di gara e di alcune disposizioni del disciplinare di gara, solo in parte coincidenti con quelle di cui all'epigrafe del ricorso introduttivo ), il contenuto del ricorso stesso, nelle sue parti in “fatto” ed in “diritto” unitariamente considerate, rende evidente come con esso sia complessivamente censurata l'interpretazione della lex specialis data dall'Amministrazione in sede di espletamento della gara quanto ai criteri di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, con conseguente, anche esplicita, contestazione dell'ésito della gara stessa, che ha portato, si afferma in quella sede, a “legittimare un'offerta altrimenti non meritevole di aggiudicazione” ( pag. 9 mott. agg. ).

In definitiva, nell'atto di motivi aggiunti, si afferma che i “parametri di assegnazione della gara” sarebbero stati disattesi dall'offerta della società che ne è risultata aggiudicataria ( ed a tal fine si invocano le conclusioni raggiunte dal T.A.R. in altro giudizio, avente ad oggetto la stessa gara, circa “la non realizzabilità ed incompatibilità dell'offerta proposta da BT con il sistema esistente”: ibidem ), per

ricavarne la pretesa “sopravvenuta incongruenza logica tra la disciplina originaria della procedura e la successiva interpretazione e/o applicazione della stessa ( che, laddove conoscibile, avrebbe inficiato ab origine codesta gara ) che ne ha fatto Lombardia Informatica con il provvedimento di aggiudicazione” ( pag. 12 mott. agg. ): è allora evidente ch’è impugnato l’atto di aggiudicazione, quale provvedimento conclusivo del procedimento affetto da tali supposti vizi.

Né vale a portare a diversa conclusione la constatazione del fatto che la società ricorrente abbia almeno formalmente diretto le sue censure avverso la lex specialis della procedura in oggetto, in quanto la circostanza ch’essa censuri la stessa, come s’è visto, “nell’interpretazione illogica ed irrealistica che ne è stata fatta da Lombardia Informatica con il provvedimento finale di aggiudicazione” ( pag. 12 mott. agg. ), è di per sé idonea a concretare l’individuazione, da parte della ricorrente medesima, dell’aggiudicazione come atto a contenuto lesivo, dal quale essa vede incisa la propria situazione giuridica ( tant’è vero che afferma di aver proposto i motivi aggiunti appunto “al fine di impedire che l’esito della gara si cristallizzasse” ) e che in quanto tale ha fatto oggetto di impugnazione, quale atto conclusivo della procedura già ab origine contestata.

Altra questione, esulante dall’ambito del presente giudizio ( in quanto la verifica dell’integrità del contraddittorio precede quella della



sussistenza dell'interesse a ricorrere ), è quella se la ricorrente, non avendo presentato domanda di partecipazione alla gara (e ciò per esserne impedita da clausole del bando asseritamente escludenti, che aveva immediatamente contestato), fosse legittimata ad impugnare l'esito della gara, o, meglio, quelle clausole della *lex specialis* riguardanti le modalità di svolgimento della procedura ovvero quelle riguardanti la formulazione dei criteri di aggiudicazione, il cui effetto lesivo (anche laddove ricollegabile all'astratta previsione contenuta nel bando; v. i principii partitamente enunciati da Cons. St., Ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1) si è prodotto a séguito del concreto svolgimento della gara, delle relative operazioni e delle opzioni interpretative in tale sede privilegiate dall'Amministrazione, sfociate nel provvedimento di aggiudicazione; ed invero la partecipazione o meno alla gara non rileva ai fini della risoluzione delle questioni pregiudiziali devolute alla cognizione del giudice nel presente giudizio, in cui si discute solo del fatto se la ricorrente, con il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado, abbia o meno impugnato ritualmente l'aggiudicazione.

Una volta individuata, come s'è visto, l'aggiudicazione stessa come oggetto effettivo di tale impugnazione e constatata l'irritualità della stessa, valga peraltro sottolineare che, anche a voler seguire la tesi dell'appellante secondo cui come s'è visto "essa non ha mai impugnato l'aggiudicazione finale", il ricorso per motivi aggiunti in questione sarebbe comunque inammissibile sotto altro profilo,

giacché l'interesse ad impugnare atti precedenti o presupposti rispetto all'atto di aggiudicazione ( salvo si tratti dell'esclusione dalla gara ovvero delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara ) sorge di regola solo a séguito dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, sì che solo con l'impugnazione di quest'ultimo, quale unico atto effettivamente e direttamente lesivo, si possono far valere la lesività ed illegittimità di quegli atti ( nella fattispecie, quelli infraprocedimentali che hanno fatto applicazione dei criteri di valutazione delle offerte e delle modalità di attribuzione del punteggio tecnico ).

5. – Si può passare, quindi, all'esame del terzo motivo di appello, con il quale si deduce l'erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse.

Ricordato che con il ricorso originario la ricorrente ha fatto valere la lesione effettiva, concreta ed attuale del suo interesse giuridicamente rilevante a partecipare alla gara mediante l'immediata impugnativa del bando per la presenza di clausole asseritamente illegittime comportanti la sua inevitabile esclusione dalla selezione, il Collegio, rilevato che a séguito della conclusione del procedimento con l'aggiudicazione della gara l'aggiudicatario è titolare di una posizione di interesse legittimo alla conservazione degli atti del procedimento stesso, ritiene opportuno, ai fini dell'esame di ogni questione in rito e

nel merito attinente al motivo d'appello all'esame ed a quello successivo ( con il quale vengono ribaditi i motivi di illegittimità della lex specialis della gara, di cui al ricorso introduttivo ), ordinare l'intervento del terzo aggiudicatario, ai sensi dell'art. 28, comma 3, c.p.a.

Ciò anche tenuto conto del fatto che con il ricorso d'appello la ricorrente afferma la permanenza del suo "interesse a non lasciare impregiudicato l'esame nel merito degli atti della gara in questione, per i riflessi anche riparatori che ne conseguirebbero" ( pag. 11 app. ); e, com'è noto, in un'eventuale azione di condanna susseguente ad un possibile esito positivo dell'odierno giudizio di annullamento il beneficiario dell'atto illegittimo è parte necessaria del giudizio ( art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a. ).

Occorre pertanto ordinare l'intervento in giudizio dell'impresa aggiudicataria BT Italia S.p.A., cui, a cura dell'appellante, copia del ricorso in appello e della presente decisione devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il termine di giorni trenta dalla data di notificazione ( o, se anteriore, dalla data di ricezione della comunicazione in via amministrativa ) della decisione stessa, con onere, parimenti a pena di decadenza, di provvedere al deposito presso la Segreteria della Sezione di prova dell'intervenuta notifica, entro il termine di giorni quindici dalla data del suo perfezionamento. Fissata per il prosieguo della trattazione della causa l'udienza pubblica dell'11 dicembre 2014, resta riservata al definitivo ogni

ulteriore decisione in rito, sul mérito e sulle spese.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- respinge il primo e secondo motivo di appello e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata, nella parte in cui ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti in primo grado;
- ordina, ai fini dell'esame del terzo e quarto motivo di appello, l'intervento del terzo aggiudicatario, ai sensi dell'art. 28, comma 3, c.p.a., da evocarsi nelle forme e nei termini indicati in dispositivo.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma, addì 5 giugno 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2014

IL SEGRETARIO

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