

APPALTI - PROCESSO AMMINISTRATIVO - INTERESSE AD AGIRE - BENE DELLA VITA- NON SUSSISTE SE DALL'ANNULLAMENTO NON DERIVA ALCUNA UTILITA' PER IL RICORRENTE

Non sussiste l'interesse all'annullamento degli atti di gara se le censure riguardano asserite illegittimità relative alla sola posizione dell'aggiudicataria, quindi se l'eventuale annullamento degli atti della stazione appaltante non potrebbe recare alcuna utilità concreta al ricorrente.

Una eventuale sentenza di annullamento, in questi casi, caratterizzerebbe in senso oggettivo e non soggettivo il processo amministrativo.

Mentre, l'interesse legittimo strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura si correla con un "bene intermedio" che è, appunto, la rinnovazione della procedura di gara allo scopo di potere ottenere, dopo tale rinnovo, il "bene finale" che è l'aggiudicazione, il che fa emergere «*quel "polimorfismo" del bene della vita alla quale tende per gradualità passaggi l'interesse legittimo*».

Perché sia configurabile tale interesse è necessario, però, che la parte faccia valere vizi generali idonei a rendere illegittima l'intera procedura di gara.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7065/2020

Pubblicato il 16/11/2020

N. 07065/2020REG.PROV.COLL.

N. 04813/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4813 del 2020, proposto da Ivs Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Università degli Studi Cagliari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12; Settore Contratti Pubblici – Concessioni, Direzione Acquisti, Appalti e Contratti dell'Università degli Studi di Cagliari non costituito in giudizio;

nei confronti

D.A.B. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Nicolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

M.D. Caffè Snc di Molon Diego & Vaccargiu Matteo non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza 10 marzo 2020, n. 157, del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione Prima

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università degli Studi Cagliari e di Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e di D.A.B. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli e gli avvocati Andrea Netti e Antonio Nicolini.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Università degli Studi di Cagliari ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b, del decreto legislativo 12 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della

concessione di spazi da destinare al servizio di ristoro mediante distributori automatici di cibi e bevande fredde e calde, per la durata di cinque anni rinnovabile per un altro anno.

All'esito della procedura, la stazione appaltante ha predisposto la seguente graduatoria: Dab s.r.l.; Gruppo Argenta s.p.a.; Ivs s.p.a.; Ge. Os. s.p.a.

2.- Ivs s.p.a ha impugnato tali atti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione prima, deducendo, con il ricorso principale, i seguenti vizi afferenti all'intera procedura di gara: *i)* violazione da parte della stazione appaltante dell'obbligo di specificare nella *lex specialis* di gara i criteri utilizzati di stima; *ii)* violazione della *lex specialis* per non avere la stazione appaltante chiarito se il mancato utilizzo dei contenitori di plastica fosse un requisito di idoneità dell'offerta o soltanto un criterio premiale in termini di punteggio.

La stessa società con ricorso per motivi aggiunti ha dedotto l'erroneità della sentenza e l'illegittimità degli atti impugnati, in quanto: *i)* l'offerta dell'aggiudicazione sarebbe stata depositata tardivamente, oltre il termine perentorio del 7 giugno 2019, ore 13.00, previsto dall'art. 18 del bando, essendo stati inviati plurimi messaggi di posta elettronica, con allegazione di sei cartelle; *ii)* le modalità di presentazione dell'offerta avrebbero violato l'art. 18 della lettera di invito, avendo superato il limite dimensionale dell'offerta; *iii)* l'offerta sarebbe anomala.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 10 marzo 2020, n. 157, ha rigettato il ricorso.

4.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello, deducendo soltanto le censure contenute nel ricorso per motivi aggiunti.

4.1.- Si sono costituite in giudizio le parti intimiate, chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile o comunque rigettato.

5.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 17 settembre 2020.

6.- In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione, sollevata dall'Università resistente, con la quale si è dedotta la mancanza di interesse dell'appellante, in quanto quest'ultima è collocata in terza posizione e non avrebbe coinvolto nel processo la seconda classificata, alla quale, per scorrimento della graduatoria, dovrebbe essere affidato l'appalto in caso di esclusione della aggiudicataria.

L'eccezione è fondata.

Le parti che partecipano ad una procedura di gara sono titolari di un interesse legittimo pretensivo avente ad oggetto il comportamento della pubblica amministrazione strumentale ai fini dell'ottenimento del bene della vita, costituito, nella specie, dall'aggiudicazione dell'appalto.

L'ottenimento della suddetta utilità finale è eventuale in quanto il soddisfacimento della pretesa fatta valere è condizionato dalla preminente finalità di tutelare l'interesse pubblico.

Nel processo, il titolare dell'interesse legittimo ha la legittimazione ad agire e deve avere anche l'interesse ad agire nel senso che deve dimostrare che il comportamento dell'amministrazione ha inciso in modo personale, concreto e attuale sulla sua posizione soggettiva, impedendogli di avere la possibilità di ottenere un risultato favorevole.

Il processo amministrativo, alla luce del quadro costituzionale (art. 23 e 113 Cost.), ha natura, normalmente, soggettiva e non oggettiva, invertendosi il rapporto che normalmente si instaura in ambito sostanziale, nel senso che l'interesse pubblico diventa un interesse solo "occasionalmente" protetto (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321).

Nella fattispecie in esame, l'appellante non ha dimostrato di avere un interesse all'annullamento degli atti di gara. Le censure hanno riguardato, infatti, asserite illegittimità relative alla sola posizione dell'aggiudicataria. L'eventuale annullamento degli atti della stazione appaltante relativi alla suddetta posizione non potrebbero

recare alcuna utilità concreta all'appellante, in quanto la stazione appaltante dovrebbe scorrere la graduatoria ed affidare l'appalto alla seconda classificata, che non è stata evocata nel presente giudizio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3921). Una eventuale sentenza di annullamento, in questi casi, caratterizzerebbe in senso oggettivo e non soggettivo il processo amministrativo.

Né varrebbe rilevare, come fa l'appellante, che le censure prospettate sono finalizzate a fare valere l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

L'interesse legittimo strumentale si correla con un "bene intermedio" che è la rinnovazione della procedura di gara allo scopo di potere ottenere, dopo tale rinnovo, il "bene finale" che è l'aggiudicazione, il che fa emergere *«quel "polimorfismo" del bene della vita alla quale tende per gradualità passaggi l'interesse legittimo»* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19).

Perché sia configurabile tale interesse è necessario, però, che la parte faccia valere vizi generali idonei a rendere illegittima l'intera procedura di gara.

Nella fattispecie in esame, l'appellante non ha dedotto tale tipologia di vizi.

Né varrebbe rilevare che la partecipazione illegittima alla gara dell'aggiudicatario avrebbe "influenzato" illegittimamente l'intera procedura.

Si tratta, infatti, di un dato non rispondente all'effettivo svolgimento della procedura. Non sono state, infatti, prospettate singole censure che presuppongono un coinvolgimento contestuale delle posizioni dei partecipanti alla gara tale che la sola ammissione di un operatore economico sarebbe stata idonea a determinare un'alterazione dell'esito concorsuale.

7.- L'esposta ragione di inammissibilità impedisce che vengano esaminate nel merito le censure prospettate con l'atto di appello.

8.- Per i motivi sin qui riportati, l'appello deve essere rigettato.

9.- La particolarità della vicenda amministrativa esaminata giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con il ricorso in appello indicato in epigrafe;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO