

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Atti e/o operazioni - Impugnazione in s.g. - Da parte del concorrente classificatosi al terzo posto della graduatoria - Ammissibilità - Condizioni.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 12 novembre 2021, n. 2528

1. “[...] È ormai *ius receptum* il principio secondo cui la terza classificata si ritiene portatrice di un interesse attuale e concreto, idoneo a connotare l’impugnazione in termini di ammissibilità, qualora la stessa, agendo in giudizio, proponga censure dirette all’esclusione e/o alla postposizione nella graduatoria di tutti i concorrenti che la precedono, ovvero quando spenda motivi volti a contestare in toto la legittimità della gara. Nel primo caso, l’interesse azionato in giudizio è quello a ottenere l’aggiudicazione, nel secondo quello “indiretto” alla riedizione della procedura, cui conseguono nuove chances di futura aggiudicazione [...]”.

2. “[...] La terza classificata può efficacemente coltivare, attraverso il giudizio, l’utilità dell’aggiudicazione solo in quanto dimostri l’illegittimità del posizionamento delle due imprese che l’hanno preceduta in graduatoria, salva la piena ammissibilità delle censure che tendono ad invalidare l’intera procedura, poiché, attraverso di esse, è coltivato un interesse diverso da quello all’aggiudicazione, sub specie strumentale alla riedizione dell’intera gara. Il principio costituisce espressione di quello più generale dell’interesse ad agire, indefettibile condizione dell’azione che nel processo amministrativo si collega alla «lesione della posizione giuridica del soggetto» e sussiste qualora sia individuabile un’utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento. Alla luce di tali principi il ricorso avverso il provvedimento d’aggiudicazione non solo è inammissibile in radice se non contiene doglianze dirette nei confronti di tutti gli operatori collocati in graduatoria in posizione migliore del ricorrente, ma neppure può trovare accoglimento nel caso di rigetto di tutte le censure avverso uno di tali controinteressati, la cui posizione peggiore si consoliderebbe pregiudicando di per sé la possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita perseguito» [...]”.

FATTO

1. Il Comune di Valle Salimbene indiceva una procedura di gara avente per oggetto l’«Affidamento del servizio di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni alle norme del Codice della Strada e degli illeciti amministrativi di competenza della Polizia Locale» per una durata di 24 mesi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Capitolato speciale di appalto, all’art. 1 prevedeva che: «[...] l’aggiudicatario si impegna all’installazione di n. 2 (due) telecamere lettura targhe (rilevamento revisioni e assicurazione), per ogni territorio comunale (Valle Salimbene, Linarolo e Torre de’ Negri), ad implementazione del servizio di sorveglianza esistente, con spese a carico dell’aggiudicatario stesso. I luoghi di posizionamento saranno preventivamente concordati con la Polizia Locale. Il posizionamento di

tutte le telecamere dovrà essere effettuato e concluso entro e non oltre il termine perentorio di 6 (sei) mesi dal provvedimento di aggiudicazione, pena la decadenza dell'affidamento [...]».

Con determinazione n. 159 del 28 maggio 2021 la gara veniva aggiudicata alla società Fintel Engineering S.r.l., classificatasi prima nella relativa graduatoria; al secondo posto si posizionava la Open Software S.r.l., mentre al terzo si collocava la Sarida S.r.l.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, Sarida S.r.l. impugnava l'aggiudicazione a Fintel, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare dell'efficacia per i seguenti motivi:

I) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11-quaterdecies della Legge 2 dicembre 2005 n. 248 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 22 gennaio 2008 n. 37. Eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto e di istruttoria. Travisamento. Sviamento di potere. Perplessità. Violazione dei principi di imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.»*, ove si rilevava la carenza, in capo a Fintel, dei requisiti di cui agli artt. 1 e 3 D.M. 22.1.2008 n. 37 per l'installazione delle telecamere previste dall'art. 1 del capitolato di gara;

II) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del D. Lgs. 446/97. Eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto e di istruttoria. Travisamento. Sviamento di potere. Perplessità. Illogicità ed irrazionalità. Violazione dei principi di trasparenza, buon andamento e pubblicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Violazione del principio della par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica»*, col quale si rilevava la mancata iscrizione della seconda classificata Open Software S.r.l. all'Albo dei soggetti abilitati alla riscossione di cui all'art. 53 D. Lgs. 446/1997;

III) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. Eccesso di potere per difetto assoluto di presupposto e di istruttoria. Travisamento. Sviamento di potere. Perplessità. Violazione del principio di imparzialità, trasparenza, buon andamento e pubblicità di cui all'art. 97 Cost.»*, con cui la ricorrente deduceva la carenza istruttoria degli atti di gara, che non avevano rilevato il difetto dei requisiti di partecipazione per le prime due ditte graduate, con riferimento alle circostanze evidenziate con i primi due motivi di ricorso;

IV) *«Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 6 della Legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i. Eccesso di potere per difetto assoluto di presupposto e di istruttoria. Travisamento. Sviamento di potere. Perplessità. Illogicità ed irrazionalità manifeste. Violazione dei principi di imparzialità, buona andamento, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.»*, ove la

ricorrente chiedeva che si ordinasse al Comune la produzione della determinazione di aggiudicazione, non comunicata alla società.

Si costituivano in giudizio il Comune di Valle Salimbene e la società Fintel Engineering S.r.l., resistendo al ricorso. L'Amministrazione provvedeva, tra l'altro, al deposito della Determinazione di aggiudicazione, come richiesto con il quarto motivo di ricorso.

All'udienza camerale da remoto del 29 luglio 2021 la Sarida S.r.l. rinunciava alla domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 4 novembre 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Occorre *in primis* svolgere alcune brevi considerazioni in ordine all'interesse a ricorrere in capo a Sarida, terza classificata nella procedura.

1.1. È ormai *ius receptum* il principio secondo cui la terza classificata si ritiene portatrice di un interesse attuale e concreto, idoneo a connotare l'impugnazione in termini di ammissibilità, qualora la stessa, agendo in giudizio, proponga censure dirette all'esclusione e/o alla postposizione nella graduatoria di tutti i concorrenti che la precedono, ovvero quando spenda motivi volti a contestare *in toto* la legittimità della gara. Nel primo caso, l'interesse azionato in giudizio è quello a ottenere l'aggiudicazione, nel secondo quello "indiretto" alla riedizione della procedura, cui conseguono nuove *chances* di futura aggiudicazione.

1.2. Nel caso di specie, la Sarida S.r.l. non ha proposto motivi di gravame dal cui accoglimento possa scaturire l'annullamento radicale della procedura e la ripetizione della stessa.

L'unico interesse fatto valere in giudizio è quello all'aggiudicazione, coltivato mediante censure volte a rilevare l'illegittimità dell'ammissione alla procedura delle prime due ditte in graduatoria.

1.3. Orbene, la ricorrente, in quanto terza classificata nella gara, potrà conseguire il soddisfacimento di detto interesse solo ove risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle spese nei confronti della seconda graduata. Solo in tal modo, invero, la Sarida potrebbe divenire aggiudicataria dell'appalto e ottenere un effetto utile dall'accoglimento del proprio gravame.

Ne consegue che, laddove il Tribunale accerti la regolarità della posizione di una delle due concorrenti collocate in posizione peggiore, verrebbe meno l'interesse della parte ricorrente a contestare l'ammissione alla gara dell'altra partecipante classificatasi in posizione a essa sovraordinata (l'eventuale esclusione dalla procedura della seconda ditta, invero, non le apporterebbe utilità di sorta).

L'eventuale consolidamento del posizionamento di una delle ditte che precedono in graduatoria la Sarida, pertanto, rendendo impossibile per quest'ultima il conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto, determinerebbe la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione delle censure proposte avverso l'ammissione alla gara dell'altra concorrente che la precede in graduatoria. Con tutto quanto ne discende in termini di parziale improcedibilità del gravame.

Le considerazioni che precedono sono state efficacemente compendiate, in giurisprudenza, nei termini che seguono: *«La terza classificata può efficacemente coltivare, attraverso il giudizio, l'utilità dell'aggiudicazione solo in quanto dimostri l'illegittimità del posizionamento delle due imprese che l'hanno preceduta in graduatoria, salva la piena ammissibilità delle censure che tendono ad invalidare l'intera procedura, poiché, attraverso di esse, è coltivato un interesse diverso da quello all'aggiudicazione, sub specie strumentale alla riedizione dell'intera gara. Il principio costituisce espressione di quello più generale dell'interesse ad agire, indefettibile condizione dell'azione che nel processo amministrativo si collega alla «lesione della posizione giuridica del soggetto» e sussiste qualora sia individuabile un'utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento. Alla luce di tali principi il ricorso avverso il provvedimento d'aggiudicazione non solo è inammissibile in radice se non contiene doglianze dirette nei confronti di tutti gli operatori collocati in graduatoria in posizione migliore del ricorrente, ma neppure può trovare accoglimento nel caso di rigetto di tutte le censure avverso uno di tali controinteressati, la cui posizione peggiore si consoliderebbe pregiudicando di per sé la possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita perseguito»* (TAR Puglia, Bari, II, 19 febbraio 2021 n. 308).

2. Tanto premesso, si procede con la disamina della posizione della prima classificata, Fintel.

Le censure spese nei confronti dell'aggiudicataria, relative alla carenza dei requisiti di cui agli artt. 1 e 3 D.M. 22.1.2008 n. 37, sono destituite di fondamento, per le ragioni di seguito illustrate.

2.1. L'art. 1 del D.M. 37/2008 *«Ambito di applicazione»* stabilisce che: *«1. Il presente decreto si applica agli impianti posti al servizio degli edifici, indipendentemente dalla destinazione d'uso, collocati all'interno degli stessi o delle relative pertinenze. Se l'impianto è connesso a reti di distribuzione si applica a partire dal punto di consegna della fornitura. 2. Gli impianti di cui al comma 1 sono classificati come segue: a) impianti di produzione, trasformazione, trasporto, distribuzione, utilizzazione dell'energia elettrica, impianti di protezione contro le scariche atmosferiche, nonché gli impianti per l'automazione di porte, cancelli e barriere; b) impianti radiotelevisivi, le antenne e gli impianti elettronici in genere; c) impianti di riscaldamento, di climatizzazione, di condizionamento e di refrigerazione di qualsiasi natura o specie, comprese le*

opere di evacuazione dei prodotti della combustione e delle condense, e di ventilazione ed aerazione dei locali; d) impianti idrici e sanitari di qualsiasi natura o specie; e) impianti per la distribuzione e l'utilizzazione di gas di qualsiasi tipo, comprese le opere di evacuazione dei prodotti della combustione e ventilazione ed aerazione dei locali; f) impianti di sollevamento di persone o di cose per mezzo di ascensori, di montacarichi, di scale mobili e simili; g) impianti di protezione antincendio. 3. Gli impianti o parti di impianto che sono soggetti a requisiti di sicurezza prescritti in attuazione della normativa comunitaria, ovvero di normativa specifica, non sono disciplinati, per tali aspetti, dalle disposizioni del presente decreto».

Il riportato art. 1, nell'individuare l'ambito di applicazione del decreto, stabilisce al primo comma che la normativa invocata da Sarida opera per i soli dispositivi che siano posti al servizio di un edificio, e dunque che siano funzionali ad arrecare una qualche utilità all'immobile ove sono installati.

2.2. Venendo al caso di specie, il Tribunale è chiamato ad accertare la sussistenza del detto presupposto applicativo con riferimento alle telecamere di rilevazione del numero di targa che il Capitolato d'appalto prevede debbano essere installate.

Orbene, le telecamere sopra descritte non presentano le caratteristiche richieste dal comma 1 della disposizione. Invero, gli impianti che rilevano le targhe dei contravventori al codice della strada non possono dirsi *"al servizio"* di un immobile (come lo sono invece, ad esempio, le telecamere di videosorveglianza). Gli impianti oggetto dell'appalto per cui è causa non hanno invero rapporti funzionali con alcun edificio, non apportano utilità di sorta a qualsivoglia immobile, e come tali non verificano il presupposto di cui al comma 1. In difetto di ciò, come sopra precisato, si è fuori dal campo di operatività del D.M. 37/2008.

Stante la non applicabilità del suddetto decreto alla fattispecie di causa, il primo e il terzo motivo di ricorso (quest'ultimo nella parte rivolta a contestare l'ammissione alla gara di Fintel) si appalesano infondati.

3. Risulta dunque consolidata la posizione della ditta prima classificata.

La ricorrente, per conseguenza, viene a trovarsi nella condizione (meglio descritta al precedente punto 1) di non poter conseguire alcun effetto utile in virtù di un'eventuale pronuncia che dovesse accertare l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della seconda graduata, Open Software S.r.l. L'aggiudicazione non ne sarebbe infatti intaccata.

Allo stato, la Sarida non ha dunque un interesse attuale e concreto alla decisione del ricorso, con riferimento alle censure volte a contestare la posizione di Open Software, come ritualmente eccepito

dalla parte resistente e dalla Fintel. Il ricorso risulta pertanto, *in parte qua*, improcedibile ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera c) c.p.a.

4. Per tutto quanto sopra esposto, ritiene il Collegio che l'atto introduttivo del giudizio:

- vada respinto, siccome infondato, con riferimento alla posizione di Fintel e comunque per quanto dedotto al precedente punto 2;
- debba essere dichiarato improcedibile riguardo alla posizione di Open Software S.r.l. (punti 1 e 3).

5. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, considerata la vicenda nel suo complesso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, per le ragioni espresse in motivazione, in parte lo respinge e lo dichiara improcedibile nella restante parte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO