

Il concorrente illegittimamente ammesso alla gara non può impugnare l'aggiudicazione dell'appalto

Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Decisione n.° 4 del 7 aprile 2011

Il fatto

Una stazione appaltante indice una gara d'appalto. Ci partecipano le imprese A, B e C. Al termine della gara la stazione appaltante dispone l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa A. Le imprese B e C ricorrono al TAR ed impugnano l'aggiudicazione perché ritengono che A non avesse soddisfatto i criteri di idoneità stabiliti dal bando. A, controinteressata all'annullamento dell'aggiudicazione, si costituisce ed evidenzia, tra l'altro, che neanche B e C erano titolari dei requisiti di idoneità necessari per la partecipazione alla gara. Il TAR accoglie i motivi proposti da A e respinge i ricorsi presentati da B e C. Questi impugnano le decisioni del TAR davanti al Consiglio di Stato.

Il verdetto

Senza successo! Il Consiglio di Stato conferma le sentenze del TAR: dato che le imprese B e C non soddisfano i requisiti di idoneità previsti dal bando, essi dovrebbero comunque essere esclusi dalla gara. Pertanto non potrebbero mai ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Perciò **non sono titolari di una posizione giuridica tutelata e difettano della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione dell'appalto**. Da ciò consegue che i loro **ricorsi devono essere rigettati in via preliminare**, ossia a prescindere dall'eventuale fondatezza nel merito.

La portata della decisione

Il giudice amministrativo deve verificare l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso con esclusivo riguardo all'atto impugnato: se accerta che il ricorrente non possiede un interesse legittimo specificamente violato dal provvedimento censurato deve dichiarare inammissibile il ricorso.

Nel caso in esame le imprese B e C avevano l'originario interesse legittimo all'aggiudicazione del contratto. Tuttavia, siffatto interesse legittimo è venuto meno nel corso del procedimento d'appalto: **siccome le imprese non hanno soddisfatto i criteri di idoneità previsti dal bando, esse hanno perso il loro "diritto" a partecipare alla gara e, con ciò, il loro interesse legittimo ad ottenere l'aggiudicazione**. Così le imprese sono decadute dalla possibilità di impugnare l'aggiudicazione, anche se neppure l'aggiudicatario avesse soddisfatto i criteri di idoneità.

Si tratta solo apparentemente di una lacuna della tutela giurisdizionale: i principi di buon andamento, efficienza, economicità e dell'affidamento giustificano pacificamente la limitazione della tutela (demolitoria) contro provvedimenti amministrativi illegittimi. Ed è altrettanto pacifico che si può senz'altro consolidare un atto amministrativo – seppur illegittimo – in assenza di una impugnazione ritualmente proposta.

Se avessero voluto far valere il loro interesse legittimo all'aggiudicazione, le imprese B e C avrebbero invece dovuto impugnare l'atto da cui sono state effettivamente lese, ossia il bando contenente criteri di idoneità sproporzionati e difficilmente soddisfabili.

Dr. Jakob Brugger