

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO

4 / 2023

OTTOBRE - DICEMBRE

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 febbraio
2023, n. 311

Eleonora Vailati

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-21

L'operatore economico ritiratosi per sua volontà da una procedura di affidamento difetta della legittimazione a ricorrere avverso gli atti della stessa, in quanto portatore di un interesse di mero fatto.

The economic operator who voluntarily withdraws from a public procurement procedure lacks standing against its acts, as it only carries an interest of mere fact.

Il TAR Lombardia – Milano ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso avanzato dall'operatore economico concorrente in una procedura di gara divisa in più lotti, da cui si ritirava previa comunicazione di mancato rinnovo di validità della propria offerta.

La durata della procedura, infatti, ha imposto per due volte alla Stazione Appaltante – dopo l'apertura delle buste amministrative e, poi, a seguito della formulazione della graduatoria provvisoria – di chiedere ai concorrenti di confermare la validità delle offerte dagli stessi presentate.

La ricorrente, che in un primo momento manifestava la volontà di tener ferma la proposta, comunicava in seguito alla S.A. di non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate con riguardo a tutti i lotti in gara, salvo poi ricorrere avverso gli atti di gara. Tra le censure avanzate con distinti ricorsi, l'erronea determinazione delle basi d'asta – pur non preclusive della partecipazione –, l'eccessiva durata della gara e la mancata valutazione da parte della S.A. rispetto alla non remuneratività di ogni offerta presentata, dato l'aumento dei costi intercorso frattempo. Respinte le domande cautelari, il

giudice ha disposto la riunione dei ricorsi per connessione oggettiva e soggettiva; la ricorrente, infatti, impugnava atti riferibili a differenti lotti della medesima gara, deducendo sostanzialmente identiche censure.

Il T.A.R. ha dunque analizzato distintamente le singole doglianze; la prima, riferita alla illegittimità della predisposizione delle basi d'asta dei lotti, pur non immediatamente escludenti e quindi non impugnabili immediatamente, è stata ritenuta inammissibile per carenza di legittimazione attiva. Il Tribunale ha richiamato la consolidata giurisprudenza amministrativa, secondo cui solo le clausole escludenti devono essere impugnate immediatamente, a differenza di tutte le altre che trovano tutela al termine dello svolgimento della procedura, sostenendo che, ad ogni modo, tali considerazioni non trovano applicazione nei confronti degli operatori non partecipanti, esclusi o che si siano ritirati dalla procedura, parificando dunque la posizione dei soggetti che si trovino in una di queste fattispecie ai fini della legittimazione ad impugnare le clausole di gara, sulla scorta di una recente pronuncia del giudice di secondo grado (Consiglio di Stato, VII, 28 dicembre 2022, n. 11519).

Parimenti sono state valutate carenti la legittimazione attiva e l'interesse ad agire avverso la procedura, relativamente al lotto di cui la ricorrente è risultata prima classificata; il Tribunale ha sostenuto, infatti, che non sussiste un interesse giuridicamente tutelato a ottenere la caducazione del risultato in capo al soggetto aggiudicatario, considerato che la partecipazione alla gara ha come finalità la sua aggiudicazione e che non può quindi essere tutelato il perseguimento di interessi non meritevoli di protezione ed eccentrici rispetto all'interesse legittimo considerato.

Un'ulteriore censura, con cui la ricorrente deduceva l'eccessiva durata della stessa tale da causare un aumento dei prezzi e per cui non era stata prevista una "clausola di revisione dei prezzi" è stata ritenuta in parte infondata e in parte inammissibile. La previsione di cui all'art. 32, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, infatti, consente già agli operatori economici la cui offerta non sia più valida, in ragione del tempo trascorso tra la sua presentazione e la scadenza del termine di vincolatività, di sciogliersi dall'impegno assunto nei confronti della S.A., laddove la procedura dovesse superare i termini da questa previsti, o, in mancanza, dalla legge. D'altra parte, il T.A.R. ha sottolineato come il richiamato istituto della revisione dei prezzi non trovi applicazione che in sede di esecuzione del contratto,

in qualità di strumento “*a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio (...) mentre, nella fase antecedente alla stipula del contratto, l'eventuale insostenibilità dell'offerta si traduce nella possibilità di non sottoscrivere tale accordo*”.

Ancora, inammissibile per carenza di legittimazione è stata ritenuta la censura formulata in tutti i ricorsi, con cui la Società ricorrente asseriva all'insostenibilità delle offerte delle parti controinteressate; essendosi la stessa volontariamente ritirata dalla gara prima della sua conclusione, non le è ammesso contestarne l'esito. La stessa inammissibilità è stata pronunciata avverso il motivo di ricorso con cui la ricorrente lamentava la nomina di un'unica Commissione giudicatrice per tutti i lotti di gara.

La sentenza in commento si conclude con un richiamo alla preclusione del sindacato sulla correttezza della procedura da parte dell'operatore economico che da questa si sia ritirato, non essendo ammessa la verifica della legittimità dell'azione amministrativa in senso oggettivo.

TAR-Lombardia-Milano-Sez.-IV-6-febbraio-2023-n.-311 [PDF sentenza](#)