

TAR Sardegna, Sezione Seconda, Sentenza n. 523 dell'11 giugno 2025

Concessione di servizi – Soggetto che non partecipa alla gara – Impugnazione bando –
Inammissibilità ricorso per mancata legittimazione a ricorrere

Pubblicato il 11/06/2025

N. 00523/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00030/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), (...) S.r.l. in persona dei loro rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...), non costituito in giudizio;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

previa sospensiva

- della procedura per *“l'affidamento a titolo di canone concessorio del servizio di gestione del parco impianti pubblicitari e segnaletica presenti all'interno del perimetro dell'area del consorzio per la zona industriale Predda Niedda di Sassari, compresa l'installazione e la manutenzione degli stessi per anni cinque”*,
- nonché di tutti gli atti della procedura e, in particolare, il disciplinare di gara, il disciplinare tecnico, i verbali di seduta del seggio di gara, la comunicazione di affidamento del servizio e la determinazione del Commissario Liquidatore n. 33 del 31 dicembre 2024 con i relativi allegati, nonché di ogni ulteriore atto connesso, conseguente e/o presupposto, ancorché non conosciuto, comunque lesivo della posizione della ricorrente

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto di concessione ove eventualmente stipulato *medio tempore*.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalle ricorrenti in data 24 febbraio 2025:

per l'annullamento

- della procedura per *“l'affidamento a titolo di canone concessorio del servizio di gestione del parco impianti pubblicitari e segnaletica presenti all'interno del perimetro dell'area del consorzio per la zona industriale Predda Niedda di Sassari, compresa l'installazione e la manutenzione degli stessi per anni cinque”*, nonché di tutti gli atti della procedura e, in particolare, il disciplinare di gara, il disciplinare tecnico, i verbali di seduta del seggio di gara, la comunicazione di affidamento del servizio e la determinazione del Commissario Liquidatore n. 33 del 31 dicembre 2024 con i relativi allegati, nonché di ogni ulteriore atto connesso, conseguente e/o presupposto, ancorché non conosciuto, comunque lesivo della posizione della ricorrente

e per la declaratoria
di inefficacia del contratto di concessione ove eventualmente stipulato *medio tempore*.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (...) S.r.l. e del Consorzio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2025 il dott. Andrea Gana e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le ricorrenti hanno impugnato gli atti della procedura di gara, indetta dal Consorzio (...), *“per l'affidamento a titolo di canone concessorio del servizio di gestione del parco impianti pubblicitari e segnaletica”* presenti all'interno del perimetro dell'area consortile.

2. Degli impugnati provvedimenti le ricorrenti, premesso di non aver partecipato alla gara aggiudicata dal Consorzio in data 31 dicembre 2024, hanno chiesto la sospensione degli effetti in via cautelare e l'annullamento, lamentando:

I. la violazione e falsa applicazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui agli artt. 1, 2, 3 del D.lgs. n. 36/2023, dell'art. 187 del D. lgs. 36/2023, degli artt. 1, 2, 3 dell'Allegato II.1 del D.lgs. 36/2023, nonché il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta, difetto dei presupposti e per la violazione del principio del giusto procedimento. Le ricorrenti hanno osservato come la procedura seguita dal Consorzio sia da qualificare come affidamento diretto, realizzato in violazione dell'art. 187 del d.lgs. n. 36/2023 che, per l'affidamento delle concessioni di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, prevede che si possa procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando, a condizione che vengano consultati almeno dieci

operatori economici individuati tramite indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, mentre nel caso concreto l'Amministrazione ne ha consultato soltanto tre. Le modalità concrete di svolgimento della procedura, nonché le tempistiche estremamente ristrette evidenzerebbero, a giudizio delle ricorrenti, la volontà di mascherare un affidamento diretto sotto le vesti di una procedura competitiva;

II. la violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. 36/2023, dei principi di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento, proporzionalità, ragionevolezza, nonché dei principi imparzialità e del giusto procedimento (art. 97 Cost.; artt. 3, 7, 10 e 13, l. 241/1990), il difetto di istruttoria e di motivazione. Nel dettaglio, le ricorrenti hanno contestato la qualificazione della procedura come “*un contratto attivo*”, in base alla quale l'Amministrazione ha escluso l'applicazione del d.lgs. n. 36/2023, evidenziando di non aver avuto accesso alla documentazione che giustificerebbe tale affermazione, non supportata da una specifica motivazione. Inoltre, il bando/disciplinare di gara ha previsto un termine irragionevolmente breve per la presentazione delle offerte, non consentendo lo svolgimento di una adeguata competizione.

3. Si sono costituiti in giudizio la controinteressata (...) S.p.A. e il Consorzio (...), rispettivamente in data 29 gennaio 2025 e 31 gennaio 2025, per resistere all'accoglimento del ricorso e della domanda cautelare.

3.1. Con distinte memorie depositate il 3 febbraio 2025, in previsione della trattazione dell'istanza cautelare, la controinteressata e il Consorzio hanno entrambi eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e interesse in capo alla ricorrente, attesa la mancata partecipazione alla gara da parte di quest'ultima.

4. All'udienza camerale del 5 febbraio 2025 il Collegio, con l'accordo delle parti, ha disposto la riunione al merito dell'istanza cautelare.

5. Con ricorso per motivi aggiunti, depositato il 24 febbraio 2025, le ricorrenti

hanno lamentato nuove ragioni di illegittimità degli atti impugnati, emerse a seguito del deposito del contratto stipulato tra l'Amministrazione e la controinteressata all'esito della procedura oggetto del presente giudizio.

In particolare, le ricorrenti hanno lamentato:

I. la violazione e falsa applicazione dell'art. 177 del D. lgs. 36/2023, dell'art. 2 dell'Allegato I.1 del D.lgs. 36/2023, nonché l'erronea qualificazione del contratto oggetto di affidamento, la violazione dei principi di imparzialità e correttezza dell'Amministrazione, l'eccesso di potere per difetto dei presupposti e violazione del principio del giusto procedimento. In sintesi, le ricorrenti hanno esposto che dall'analisi delle clausole contrattuali e della documentazione acquisita con la costituzione della controinteressata emerge in modo inequivocabile che l'affidamento oggetto di contestazione costituisce una concessione di servizi e non un contratto attivo, non dovendosi pertanto applicare l'art. 13 comma 2 D.lgs. 36/2023;

II. la violazione e falsa applicazione degli artt. 13, 182, 183, 184 e 187 del D. lgs. n. 36/2023, degli artt. 1, 2, 3 dell'Allegato II.1 del D.lgs. n. 36/2023, nonché il vizio di eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Le ricorrenti hanno osservato, sotto tale aspetto, che la qualificazione erronea del contratto oggetto di affidamento come contratto attivo e non già come contratto di concessione ha permesso al Consorzio di eludere gli obblighi di gara imposti dal codice dei contratti pubblici, sottraendo l'affidamento alle necessarie procedure di evidenza pubblica.

6. Con istanza formulata ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm., e depositata il 14 aprile 2025, le ricorrenti hanno domandato la condanna del Consorzio all'ostensione dei documenti chiesti in data 20 febbraio 2025. Con successiva memoria depositata il 28 aprile 2025, le ricorrenti hanno dichiarato cessata la materia del contendere in ordine a tale istanza, evidenziando di avere

ricevuto la documentazione da parte dell'Amministrazione.

7. All'udienza pubblica del 4 giugno 2025, in previsione della quale le parti hanno depositato documenti e memorie ai sensi dell'art. 73 cod. proc. amm., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale e i motivi aggiunti sono inammissibili.

1.1. Appare opportuno soffermarsi, al fine di evidenziarne l'inammissibilità, sulle condizioni individuate dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in materia di ammissibilità dell'impugnativa immediata avverso il bando di gara che, in quanto atto amministrativo generale, deve ritenersi non immediatamente impugnabile per difetto di lesività diretta delle sue clausole.

Più nel dettaglio, a partire dalla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003, la giurisprudenza ha progressivamente enucleato le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara. Si è affermato, in particolare, che “[...] *gli orientamenti interpretativi più consolidati affermano la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. La regola, ormai consolidata, subisce, ora, alcune notevoli deroghe, concernenti, rispettivamente:*

- *la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;*
- *la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara;*
- *la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Le diverse deroghe, ampiamente studiate dagli interpreti, si connettono ad esigenze e a ragioni peculiari, inidonee a determinare l'affermazione di una nuova regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso, basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara [...]*” (v. Consiglio di

Stato, Adunanza Plenaria n. 4/2011).

Nell'interpretare queste fattispecie tipologiche, inoltre, si deve sempre tener a mente il chiaro principio interpretativo per cui *“il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo”* (cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen., 26/04/2018, n. 4).

Ciò sta a significare che la *“ratio”* sottesa a tale orientamento è quella di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e l'apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, in virtù della consapevolezza che l'immediata contestazione del bando di gara, nelle limitate ipotesi enunciate, è idonea a garantire, a valle della decisione dell'organo giurisdizionale, un più ampio confronto competitivo tra gli operatori economici ma anche l'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo, assicurando la stabilità degli esiti della procedura di gara.

Orbene, nel caso in esame non ricorre alcuna delle ipotesi derogatorie sopra enunciate.

Infatti, per quanto le ricorrenti abbiano affermato testualmente, nel loro atto introduttivo, che *“[...] la mancata partecipazione è dipesa dalla brevità del termine assegnato e dalla brevità in assoluto della procedura durata complessivamente 12 giorni”*, il Collegio reputa opportuno analizzare partitamente le diverse ipotesi derogatorie alla necessaria partecipazione alla procedura di gara, considerato che le argomentazioni svolte dalle ricorrenti potrebbero sottintendere la sussumibilità del caso concreto in tutte e tre le fattispecie delineate.

Procedendo in tal senso, si osserva che, per quanto concerne la legittimazione alla contestazione immediata della decisione della Stazione appaltante di indire la gara, la stessa può essere riconosciuta soltanto a chi dimostri comunque, una adeguata posizione differenziata, costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto contrattuale incompatibile con il nuovo affidamento contestato (v. Adunanza Plenaria n. 4/2011). Nessuna posizione di tal genere è riconoscibile in capo alle ricorrenti che si sono limitate ad evidenziare come operino nel settore della pubblicità in Sardegna, circostanza di per sé non sufficiente a radicare in capo alle stesse la legittimazione alla contestazione immediata della procedura, non distinguendole da un qualunque altro operatore del settore.

Non può ritenersi integrata neanche l'ulteriore ipotesi derogatoria relativa alla contestazione di un affidamento diretto, o senza gara, da parte di un operatore del settore. Ciò, infatti, non è avvenuto nel caso di specie, in cui l'Amministrazione ha indetto una procedura di gara, per quanto semplificata in applicazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 36/2023, basata sul confronto competitivo tra le diverse offerte pervenute.

Infine, la procedura di gara in esame non ha previsto alcuna clausola immediatamente escludente. Sul punto, il Collegio deve evidenziare che possono essere qualificate come tali soltanto quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale senza bisogno di ulteriori atti applicativi e lo onerano dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale. Tra queste, sono state delineate le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, le condizioni negoziali che rendano il rapporto

contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, le clausole impositive di obblighi *contra ius*.

Da quanto sinora esposto deriva che la qualificazione di una clausola come "immediatamente escludente" può aversi eccezionalmente e solo a fronte di previsioni della legge di gara che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese, precludendo, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara dell'operatore economico e la possibilità di formulare un'offerta oggettivamente competitiva.

Ciò non può affermarsi nel caso concreto, in cui le ricorrenti hanno contestato l'eccessiva brevità dei termini di durata della procedura (pari complessivamente a 12 giorni, di cui 8 per la presentazione delle offerte, in concomitanza con le festività natalizie). Siffatti termini, per quanto contratti, non possono qualificarsi come un oggettivo e insuperabile impedimento alla presentazione delle offerte, come dimostrato anche dall'effettiva partecipazione di tre operatori economici alla procedura di gara. Conseguentemente, sarebbe stato onere della ricorrente partecipare alla gara e, eventualmente, far valere a seguito dell'adozione degli atti applicativi della *lex specialis* la loro eventuale illegittimità, qualora il risultato non soddisfacente della gara stessa fosse da ricondurre all'eccessiva limitatezza dei termini concessi agli operatori economici per la presentazione delle offerte.

Per tutte le ragioni esposte, non ricorrendo alcuna delle ipotesi derogatorie enucleate dalla giurisprudenza, il ricorso principale e i motivi aggiunti sono inammissibili per difetto di legittimazione attiva, non avendo le ricorrenti partecipato alla procedura di gara.

2. Le spese di lite possono essere compensate tra le parti in ragione della complessità della fattispecie trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara

inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Tito Aru, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Andrea Gana, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Andrea Gana

IL PRESIDENTE

Tito Aru

IL SEGRETARIO