

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

07
5811/07
N. REG.DEC.

N. 6189 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6189/2007, proposto dalla AGRIARTE
S.a.s. di Carichino Cristina & C., rappresentata e difesa
dall'Avv. Alfredo Caggiula, con domicilio eletto in Roma, via L.
Mantegazza, 24 presso il cav. Luigi Gardin;

contro

il Comune di Gallipoli, non costituitosi;
la sig.ra Elisabetta Carichino, non costituita;

e nei confronti

dei sigg.ri Sandro, Antonella e Cosimo Quintana, rappresentati e
difesi dall'avv. Pantaleo E. Bacile, con domicilio eletto in Roma,
P.zza Sallustio, 9 presso l'avv. Bartolo Spallina;
del Dirigente pro-tempore Area Demanio e Patrimonio – U.O. n.
8 – Demanio Patrimonio e Progetti Speciali, non costituito;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia - Lecce: Sezione II n. 2484/2007,
resa tra le parti, concernente asta per vendita di immobili;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei Sigg.ri Quintana;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

sc

Visti gli artt. 3 e 9 della legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla camera di consiglio del 25 settembre 2007, relatore il Consigliere Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati Caggiula e Bacile;

FATTO

Agriarte s.a.s. partecipava all'aggiudicazione della porzione di un fondo agricolo messo all'asta dal Comune di Gallipoli e, all'esito delle relative operazioni, si collocava al secondo posto in graduatoria dopo i Sig.ri Quintana risultati i migliori offerenti.

Compiute le necessarie verifiche in sede di accesso, Agriarte s.a.s. impugnava il risultato della gara davanti al TAR Lecce, deducendo tre profili di doglianza: a) l'offerta presentata dagli aggiudicatari avrebbe dovuto essere esclusa *in limine* da qualunque valutazione perchè non sigillata; b) l'offerta avrebbe comunque dovuto essere ritenuta non valida in quanto, pur provenendo essa da un unico centro di interesse (circostanza dimostrata dall'esistenza di un'unica offerta economica), erano allegate tre distinte domande di partecipazione; c) l'offerta avrebbe inoltre dovuto essere esclusa per mancata indicazione, all'esterno della busta, del nome del lotto oggetto della proposta di acquisto.

Gli aggiudicatari controdeducevano con memoria e, nei termini, impugnavano in via incidentale le operazioni di gara rilevando: a) che l'offerta di Agriarte s.a.s. non sarebbe stata

accompagnata dalla necessaria dichiarazione di mancanza di interdizione, di inabilitazione e di fallimento; b) l'offerta sarebbe invalida in quanto la proposta di acquisto sarebbe stata condizionata alla stipula di un mutuo; c) l'offerta sarebbe invalida anche perchè la proposta, provenendo da una società neocostituita, non avrebbe potuto essere ritenuta seria, in tal caso non essendo erogabili mutui.

Viste le deduzioni dell'aggiudicatario, la ricorrente principale presentava a sua volta duplice ricorso incidentale condizionato avverso le operazioni di gara per sentir dichiarare (eventualmente si fosse dubitato della non chiarezza della dichiarazione circa l'assenza di cause ostative alla partecipazione) l'obbligo di consentire alla parte di chiarire che nessuno dei soci era mai stato colpito da alcun divieto di partecipazione, ciò risultando d'altronde dalla normativa civilistica in base alla quale il socio accomandatario e legale rappresentante (colui del quale era nella fattispecie ipotizzata la mancanza di dichiarazione negativa) non può essere l'interdetto o l'inabilitato o il fallito.

La causa veniva decisa dal TAR Lecce con sentenza n. 2484/07 resa in forma semplificata in data 21 giugno 2007. Tale sentenza accoglieva il primo motivo del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario (mancanza di dichiarazione da parte del socio accomandatario e legale rappresentante sig.ra Cristina Carichino circa l'insussistenza a suo carico di interdizione,

inabilitazione o fallimento) e, per l'effetto, dichiarava inammissibile il ricorso principale e quello incidentale condizionato.

Agriarte ha proposto appello con istanza cautelare. Resistono gli originari aggiudicatari. L'Amministrazione intimata non si è costituita.

Verificata la regolarità del contraddittorio ed avvisate le parti circa l'intenzione del Collegio di definire la lite con sentenza in forma semplificata, la causa è passata in decisione alla Camera di Consiglio del 25 Settembre 2007.

DIRITTO

La sentenza di primo grado, nella parte in cui ha stabilito l'ordine di esame delle impugnazioni contrapposte, ha seguito l'orientamento in base al quale lo scrutinio del ricorso incidentale va effettuato con priorità perché, ove accolto, tale mezzo di difesa incide sulla stessa ammissibilità del gravame principale determinandone l'inammissibilità per difetto di interesse.

Il Collegio ritiene che tale orientamento non sia meritevole di adesione. Va ricordato, dal punto di vista processuale, che il ricorso incidentale ha certamente natura subalterna - e, cioè, ha carattere accessorio e condizionato - rispetto al ricorso principale. Non a caso, la sua stessa ammissibilità dipende da quella del ricorso principale (se cade quest'ultimo cade automaticamente anche il ricorso incidentale: *id est* tutte le pronunzie processuali che precludano l'adozione

di una pronuncia sul merito del ricorso principale comportano l'inammissibilità di quello incidentale o, se giustificate da eventi successivi alla notificazione del ricorso principale, la sua improcedibilità, e così pure la riconosciuta infondatezza del ricorso principale conduce alla declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse del ricorso incidentale), mentre i termini per la sua proposizione non sono legati alla conoscenza dell'atto impugnato ma dipendono dal deposito del ricorso principale.

Da questa dipendenza si ricava che il ricorso incidentale va, di regola, esaminato dopo il ricorso principale (a meno che esso introduca un *thema decidendum* idoneo a determinare la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse, in quanto la <<prova di resistenza>> è favorevole al ricorrente incidentale). La subalternità che esiste nella fase di proposizione (il ricorso incidentale in tanto può esser proposto in quanto sia stato proposto un ricorso principale) deve infatti esser mantenuta anche in sede di scrutinio, nel senso che l'esame del ricorso incidentale può aver luogo, non per il mero fatto che sia stato ritualmente proposto un ricorso principale, ma solo una volta che di quest'ultimo sia stata deliberata la fondatezza perché è solo questa (e non la mera proposizione del ricorso principale) che fa sorgere l'interesse della parte all'esame della censura incidentale.

Questa ricostruzione, oltre a scaturire linearmente dal sistema delle disposizioni processuali (cfr. art. 37, comma 6, t.u.

n.1024/1924, che si esprime in termini di "inefficacia", ripetendo la vecchia formula impiegata dal legislatore del 1907) è anche quella che più si sintonizza con i valori costituzionali in gioco. Il diritto alla tutela giurisdizionale postula infatti, quale suo indefettibile corollario, anche quello alla perfetta parità della posizione delle parti in causa e questa non si realizza se, come ritiene l'orientamento seguito dal giudice di primo grado, si riconnette efficacia c.d. paralizzante alla controimputazione del controinteressato: questa impostazione, all'evidenza, finisce con l'assegnare all'aggiudicatario un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento.

Ciò, d'altronde, è tanto più vero nella presente fattispecie nella quale le censure del ricorrente principale attengono alla fase preliminare della procedura di gara considerata sicché il loro esame, anche alla stregua del criterio di priorità logico-temporale, deve precedere quelle proposte in via incidentale dall'aggiudicatario, le quali tutte attengono comunque alla fase valutativa dell'offerta, ovverosia ad una fase logicamente e cronologicamente successiva.

Va dunque esaminato prioritariamente il ricorso principale, non scrutinato nel merito dal TAR Lecce a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario e della sua riconosciuta efficacia "paralizzante".

Fondata ed assorbente risulta la censura, appunto attinente

alla fase preliminare di presentazione delle offerte, con la quale si lamenta che l'offerta economica degli aggiudicatari non è stata presentata in busta sigillata.

La giurisprudenza della Sezione è infatti pacifica nel ritenere che l'offerta non inserita nella busta sigillata è priva dei requisiti minimi per essere qualificata come "valutabile offerta di partecipazione alla gara" e va senz'altro esclusa chiaro essendo che ammettere un'offerta priva degli accorgimenti normativamente previsti per garantire le basilari esigenze di segretezza vuol dire mettere a repentaglio la regolarità dell'intera procedura (Cons. Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 196).

Oppongono gli aggiudicatari che l'offerta oltre ad essere chiusa in busta autoadesiva "era stata sigillata con la stesura di un'ulteriore strato di colla all'esterno". Rileva il Collegio che quella così descritta, essendo riproducibile da chiunque ed in ogni tempo, non è in alcun modo una modalità equipollente alla sigillatura giacché quest'ultima, per definizione, è un segno di autenticità apponibile dal solo presentatore dell'offerta.

In accoglimento del primo motivo del ricorso principale va dunque stabilito che l'offerta degli aggiudicatari andava esclusa dalla gara per esser questa stata presentata senza il rispetto delle necessarie misure garantistiche in materia di chiusura.

Ritenuta la fondatezza del ricorso principale, per quanto osservato in precedenza, si deve ora passare all'esame del ricorso

incidentale. Il relativo scrutinio di merito è peraltro impedito dal partecipato ad una gara o da questa è stato legittimamente escluso (come è nel nostro caso per effetto della presente sentenza) non è legittimato a contestarne gli esiti, in quanto una volta privato della posizione qualificata di partecipante la sua azione si risolverebbe in una non consentita petizione alla legittimità dell'azione amministrativa. Il ricorso incidentale va pertanto dichiarato inammissibile.

Inammissibili per difetto di interesse risultano infine anche i ricorsi incidentali condizionati della ricorrente principale in primo grado.

La particolarità della vicenda consente la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso principale e dichiara inammissibili il ricorso incidentale e i ricorsi incidentali condizionati. Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 25 settembre 2007, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo

Spada, con l'intervento dei signori:

Emidio Frascione	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere est.

L'ESTENSORE

Emidio Frascione

IL PRESIDENTE

Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

Chiarenza Millemaggi Cogliani

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 13-11-07

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

Chiarenza Millemaggi Cogliani

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Quinta)

Addi 13-11-07 copia conforme alla presente è stata trasmessa

a COTUNE - CALZUCCI - SAR - REGIONE

a norma dell'art.87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

Chiarenza Millemaggi Cogliani

