La Corte di Giustizia ritorna sulla (non) legittimazione dell'impresa definitamente esclusa da una gara di appalto ad impugnarne gli esiti, quand'anche i concorrenti siano solo due

Corte giust. comm. ue, sez. VIII, 21 dicembre 2016, n. C- 355/15, *GesmbH*

Unione europea – Gara – Appalti pubblici – Offerente escluso – Legittimazione a ricorrere – Condizioni

L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa (1).

---

(1) I. - Nel rispondere ad una quesito sollevato da un giudice austriaco, la Corte affronta un particolare e delicato aspetto dei meccanismi di ricorso nel c.d. contezioso appalti che, come meglio si vedrà in prosieguo, ha dato la stura ad orientamenti oscillanti nell'ambito della stessa giurisprudenza europea.

La questione proposta dal giudice austriaco riguarda il caso di un offerente, escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito di un provvedimento della dell'amministrazione divenuto definitivo (e quindi ormai privo della qualità di "offerente interessato"), cui sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del medesimo appalto e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente due imprese (ovvero l'offerente escluso e l'aggiudicatario), e la contestazione dell'offerente escluso sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

II. - La sentenza enfatizza le diversità del caso di specie rispetto a quelli che hanno occasionato i propri più recenti precedenti: sez. X, 4 luglio 2013, n. 100, *Fastweb* (in *Foro it*. 2014, IV, 395 con nota di TRAVI) e Grande sezione, 5 aprile 2016 C- 689/13, *Puligenica* (in *Foro it*., 2016, IV, 324, con nota critica di G. SIGISMONDI, ed oggetto della **News US** in data 7 aprile 2016 ***allegata***, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento di dottrina e

giurisprudenza e la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale ed europea).

La Corte ribadisce che affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

Rileva, in particolare, come ai punti 26 e 27 della sentenza *Puligenica* siano state svolte alcune precisazioni in merito alla portata dei principi elaborati dalla sentenza Fastweb; tale pronuncia riguardava i casi in cui, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentino ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione. In una simile situazione, infatti, ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Orbene, secondo la sentenza in epigrafe il caso ora proposto è diverso, meritando quindi soluzione differente.

Nel caso Fastweb, da un lato, non vi era stata l'esclusione dell'offerente che invoca la legittimazione a ricorrere e, dall'altro lato, ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto.

Nel caso in esame, invece, l'offerente ha in primo luogo impugnato l'esclusione, avendo solo in seconda battuta contestato l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Quindi, la soluzione adottata nel 2013, come rettificata nel 2016, non è ritenuta applicabile, atteso che nella specie, non avendo tempestivamente impugnato l'esclusione, il soggetto ricorrente deve essere considerato come un offerente definitivamente escluso ovvero un soggetto che non ha preso parte alla procedura competitiva.

Viene in definitiva operata una delimitazione dell'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, proposti dalle imprese offerenti; tale obbligo non sussiste nel caso in cui l'offerta di parte ricorrente – e quindi non aggiudicataria – sia stata esclusa con un provvedimento non tempestivamente impugnato.

III. - Le conclusioni cui è pervenuta la sentenza in commento, sono state anticipate dal Consiglio di Stato in una sequela di pronunce successive alla sentenza *Puligenica*, fra cui si segnalano:

a) Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560, secondo le quali è inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis*, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedimentali; il suo interesse protetto, invero, da

qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara;

b) sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, secondo cui non potrebbe ammettersi l'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara da parte di un'impresa che certamente da un tale annullamento non potrebbe ricavare alcun vantaggio anche di ordine strumentale perché relativo alla possibilità di ripetizione della gara, perché, ad esempio, non ha partecipato alla medesima gara, o non ha proposto censure nei confronti di tutte le imprese che la precedono in graduatoria (ovvero non le ha evocate in giudizio) e di cui si lamenta, però la illegittimità della mancata esclusione.

Tutte le menzionate sentenze si muovono nel solco dei principi elaborati da Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.,* 2014, III, 429, con note di A. TRAVI e G. SIGISMONDI, ed in particolare di quello secondo cui, nell'ordinamento processuale nazionale, non è ammissibile, di norma, l'interesse strumentale ad agire in giudizio.