La Corte di giustizia dell'UE ritorna sulla questione della legittimazione dell'impresa "non definitamente" esclusa da una gara di appalto (con soli due concorrenti) ad impugnarne gli esiti, ribadendo, al contempo, importanti principi in materia di soccorso istruttorio

Corte giust. comm. ue, sez. VIII, 10 maggio 2017, n. C-131/16, *Archus*

Unione europea – Gara – Appalti pubblici – Offerte – Integrazione e regolarizzazione – Differenze

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

Il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'oneri e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. (1)

La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale

che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. (2)

---

(1) I.- Con la prima massima in rassegna la Corte di Giustizia torna sulla questione della compatibilità del dovere di soccorso con il principio di parità di trattamento e precisa che:

a) l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico implica, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate da tale amministrazione aggiudicatrice;

b) il principio di parità di trattamento impone, segnatamente, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano sottoposte alle medesime condizioni per tutti i concorrenti;

c) il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza implicano che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente;

d) il principio di parità di trattamento non osta a che un'offerta possa essere corretta o completata su singoli punti, qualora quest'ultima necessiti in modo evidente un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti:

i) una richiesta di chiarimenti di un'offerta, che può intervenire soltanto dopo che l'amministrazione aggiudicatrice abbia acquisito conoscenza di tutte le offerte, deve, in linea di principio, essere rivolta in modo equivalente a tutti gli offerenti che si trovino nella stessa situazione e deve riguardare tutti i punti dell'offerta che richiedono un chiarimento;

ii) tale richiesta non può condurre, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta;

iii) nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone per quanto attiene alla facoltà di chiedere ai candidati di chiarire la loro offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare i candidati in maniera uguale e leale, di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato di quest'ultima, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è stata rivolta;

iv) una richiesta di chiarimenti non può, tuttavia, ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, poiché l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati.

Dopo aver richiamato i principi espressi dalla propria giurisprudenza come sopra sintetizzati, la Corte rimette al giudice del rinvio la verifica in concreto se nelle circostanze del procedimento principale (avente per oggetto una gara per l'affidamento di servizi per la digitalizzazione di archivi cartacei), la sostituzione effettuata dalle imprese concorrenti (sostituzione con un nuovo campione di microfilm di quello che esse avevano allegato alla loro offerta e che non era conforme alle specifiche del capitolato d'oneri) sia rimasta nei limiti della rettifica di un errore manifesto inficiante l'offerta.

II.- Sul potere di soccorso in materia di gare di appalto e sul principio di tassatività delle cause di esclusione, per completezza si segnala:

e) Corte giust. UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, oggetto della News US in data 5 luglio 2016, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento anche in relazione alla disciplina nazionale;

f) Corte giust. UE, sez. X, 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda,* in *Urbanistica e appalti*, 2015, 137 con nota di PATRITO; *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento;

g) Tar per il Lazio, ordinanza sez. III, 3 ottobre 2016, n. 10012 (oggetto della News US in data 5 ottobre 2017, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento anche in relazione alla disciplina nazionale), che ha rimesso alla Corte di giustizia la questione della compatibilità, col diritto europeo, della disciplina recata dal vecchio codice degli appalti nella parte in cui ha previsto il c.d. soccorso istruttorio oneroso;

h) l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 - Codice dei contratti pubblici - nel testo novellato dal primo decreto delegato correttivo 19 aprile 2017, n. 56 (su cui v. il parere reso da Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782).

(2) I. - La questione di cui alla seconda massima è stata sollevata nel corso di una gara per l'affidamento del servizio di digitalizzazione di archivi cartacei con due soli partecipanti, in cui due imprese, concorrenti in ATI (da quanto è dato intendere dalla motivazione), hanno presentato entrambe ricorso avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di esclusione della loro offerta impugnando al contempo la decisione di ammissione dell'offerta dell'altra unica partecipante.

Il giudice del rinvio:

a) premette che l'operatore economico che ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora la sua offerta sia ricusata, non ha un interesse ad agire avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico. Di conseguenza, se è vero che un offerente quale l'ATI ricorrente ha certamente un

interesse a contestare una decisione che rifiuta la propria offerta, nella misura in cui, in tal caso, lo stesso conservi una possibilità che l'appalto gli sia aggiudicato, non ha più, invece, interesse nella fase successiva del procedimento di aggiudicazione dell'appalto dal momento in cui la sua offerta sia stata definitivamente rigettata, perlomeno nell'ipotesi in cui una pluralità di offerte sia stata presentata e selezionata;

b) sulla scorta di tale premessa domanda se la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, possa riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, atteso che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 prevede che gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che spetta agli Stati membri determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un «determinato appalto» e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

II. -Sul punto la Corte, operando una sintesi delle proprie precedenti pronunce rese sul tema, evidenzia:

c) di avere già statuito (sentenze 4 luglio 2013, n. 100, *Fastweb,* in *Foro it.*, 2015, IV, 311, n. con nota di CONDORELLI e 5 aprile 2016 C- 689/13, *Puligenica*, *id.*, 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza) che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso; da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto;

d) innova il proprio indirizzo precisando che nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico che ha dato luogo alla presentazione di due sole offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea, recanti rispettivamente il rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto all'altro offerente, all'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario per mancanza di conformità di quest'ultima alle specifiche del capitolato d'oneri che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare;

e) ribadisce quanto affermato dalla sentenza 21 dicembre 2016, C- 355/15, *GesmbH*, nel senso che a un offerente la cui offerta sia stata esclusa dall'amministrazione

aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può tuttavia essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora la decisione di esclusione di tale offerente sia stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto si pronunci, in modo tale che detto offerente debba essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione;

f) evidenzia che nel caso portato all'esame dal giudice del rinvio le imprese ricorrenti hanno proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, *adottate contemporaneamente*, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico; in una situazione del genere, la nozione di «un determinato appalto» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 può, dunque, riguardare anche l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

III. Per la ricostruzione del dibattito e per i riferimenti di dottrina e di giurisprudenza sul controverso tema si rinvia alle seguenti News US:

g) 4 gennaio 2017 avente ad oggetto Corte UE 21 dicembre 2016 *GesmbH* (secondo cui «*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*»);

h) 7 aprile 2016 avente ad oggetto Corte UE 5 aprile 2016, *Puligienica cit.*, (secondo cui «*L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 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, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme*

processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente»);

i) 19 gennaio 2017 avente ad oggetto Corte cost., 245 del 2016 pubblicata altresì in *Foro it*., 2017, I, 75, secondo cui è inammissibile, salvo casi eccezionali, l'impugnativa di una procedura di gara da parte di una impresa che non vi abbia partecipato o chiesto di partecipare;

l) 4 aprile 2017 avente ad oggetto Tar per la Liguria ordinanza n. 263 del 2017 (secondo cui «*Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione»).*