

Il Tar per la Liguria rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della legittimazione ad impugnare gli atti di gara da parte di una impresa che non abbia partecipato alla gara medesima

[Tar Liguria, sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 – Pres. Pupilella, Est. Morbelli](#)

Appalti pubblici – Giustizia amministrativa – Legittimazione a ricorrere – Mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte delle imprese ricorrenti – Difetto di legittimazione alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione della gara – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

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. (1)

(1) I.- Con l'ordinanza in epigrafe, la seconda sezione del T.a.r. per la Liguria, dopo l'esito negativo della analoga questione sollevata dinanzi alla Consulta, rimette alla Corte di giustizia UE, la compatibilità europea del diritto vivente nazionale che, come regola generale, limita – con alcune eccezioni - la legittimazione ad impugnare gli atti di gara in capo alle imprese che non vi abbiano partecipato, ovvero, ne siano state in precedenza escluse con provvedimento divenuto inoppugnabile (sulla conformità al diritto europeo di un tale indirizzo normativo e giurisprudenziale, cfr. [Corte di giustizia dell'UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, GesmbH](#) oggetto della [News US 4 gennaio 2017](#), cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento).

II.- Il precedente incidente di costituzionalità.

La questione è sorta nell'ambito di un complesso contenzioso in cui il medesimo giudice, con ordinanza n. 64 del 21 gennaio 2016, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, comma 1, e 14, comma 1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), nella parte in cui, rispettivamente, fanno coincidere con l'intero territorio ligure l'ambito

territoriale ottimale per il trasporto pubblico regionale e locale e stabiliscono che l'affidamento del relativo servizio avvenga in un unico lotto.

All'esito del relativo giudizio, la [Corte costituzionale, con sentenza 22 novembre 2016 n. 245](#) - oggetto della [News US in data 19 gennaio 2017](#) cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti sul tormentato tema della legittimazione e dell'interesse ad impugnare le gare per l'affidamento di contratti pubblici e, in particolare, sulle oscillazioni della giurisprudenza europea, in relazione alla quale si richiamano le sentenze della [Corte di giustizia UE Puligienica](#), oggetto della [News US in data 7 aprile 2016](#), e *Gesmbh* cit.) - ritenuta l'irrelevanza dello *ius superveniens* stante il principio *tempus regit actum*, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate per difetto di rilevanza, ritenendo non sussistente "la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara" (alla stregua di un consolidato indirizzo del giudice amministrativo, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429, con note di A. TRAVI e G. SIGISMONDI; 7 aprile 2011, n. 4, *id.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; Ad. plen., 27 gennaio 2002, n. 1, *id.*, 2004, III, 344, con nota di MONTANARO; successivamente e da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; Sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181).

In tale pronuncia, il giudice delle leggi ha altresì precisato che, dalla motivazione dell'ordinanza di remissione, non si evincerebbe alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettazione di una lesione solo eventuale - in termini di minori chance di aggiudicazione conseguenti al dimensionamento dell'ambito ottimale su scala regionale e alla previsione del lotto unico - denunziabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione.

III.- La nuova rimessione.

Nel medesimo giudizio, riassunto all'esito dell'incidente di costituzionalità, l'ordinanza in esame, dopo avere evidenziato il consolidamento della soluzione proposta dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza amministrativa - ha sottoposto tale diritto vivente alla verifica del giudice sovranazionale.

Secondo la prospettazione del giudice ligure, la soluzione fatta propria dalla Consulta renderebbe estremamente difficile l'esercizio della tutela giurisdizionale in materia di concorrenza dal momento che, anche nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale fosse fondata a tal punto da indurre il legislatore a mutare, successivamente alla proposizione del ricorso, la disciplina legislativa contestata (cosa che sarebbe avvenuta nel caso di specie, con la modifica della legge regionale nelle more del giudizio di costituzionalità, modifica peraltro reputata irrilevante nel caso in esame dalla stessa Corte

costituzionale in base al principio *tempus regit actum*), il soggetto che l'avesse proposta dovrebbe soggiacere al pagamento di ingenti spese processuali. Tale evenienza scoraggerebbe inevitabilmente la proposizione di simili azioni.

La rimessione fonda la rilevanza della questione, in relazione al caso di specie, anche con il peculiare riferimento al regime delle spese processuali, in quanto il ricorrente, pur non avendo partecipato alla gara avrebbe sollevato una questione fatta propria dal legislatore regionale nelle more del giudizio.