

La Corte di giustizia dell'Unione europea esamina la questione della legittimazione ad impugnare gli atti di gara da parte di una impresa che non abbia partecipato alla gara medesima.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione terza, sentenza 28 novembre 2018, C – 328/17 – Amt Azienda Trasporti e Mobilità s.p.a.

Unione europea – Contratti pubblici – Mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte di impresa ricorrente – Legittimazione a ricorrere – Esclusione

Sia 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, sia l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13/CEE 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, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto in questione.

Tuttavia, spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia sul rinvio pregiudiziale del T.a.r. per la Liguria, sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 (oggetto della News US del 4 aprile 2017) ed afferma la compatibilità comunitaria dei principi del processo amministrativo – come elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale (rispettivamente, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, oggetto della News US del 10 maggio 2018 e Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245 in Foro it., 2017, I, 75, nonché oggetto della News US in data 19 gennaio 2017 cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza sul tema) – che prescrivono

la presentazione della domanda di partecipazione quale requisito di legittimazione alla impugnazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici relative a procedure d'appalto, salve le ipotesi eccezionali - che spetta al giudice valutare - in cui le clausole del bando rendano «impossibile» la formulazione stessa di un'offerta.

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.

Le società ricorrenti, fino ad allora gestrici di servizi di trasporto pubblico locale a livello provinciale o sub provinciale, contestavano in radice le modalità di indizione e di svolgimento della procedura di gara e, segnatamente, la scelta di affidare l'appalto di cui trattasi in un unico lotto, relativo all'intero territorio regionale.

Ritenendo di non essere in grado di fornire, ciascuna individualmente, il servizio di trasporto pubblico a livello regionale, non presentavano alcuna offerta sostenendo che un operatore economico che contesta in radice i termini di una gara d'appalto alla quale non ha partecipato ha diritto di proporre ricorso ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665, qualora, in base alle norme che disciplinano l'offerta, è certo o altamente probabile che gli sarà impossibile ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

All'esito del relativo giudizio, la Corte costituzionale, con sentenza 22 novembre 2016 n. 245 cit., ritenuta l'irrilevanza 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”*.

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 rimessione alla Corte di giustizia UE.

Nel medesimo giudizio, riassunto all'esito dell'incidente di costituzionalità, con l'ordinanza 29 marzo 2017, n. 263, la seconda sezione del T.a.r. per la Liguria, preso atto dell'esito negativo della analoga questione sollevata dinanzi alla Consulta, ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità europea del diritto vivente nazionale che, come regola generale, riconosce – con alcune eccezioni - la legittimazione ad impugnare gli atti di gara solo in capo alle imprese che abbiano presentato domanda di partecipazione.

In particolare ha chiesto alla Corte se l'articolo 1, paragrafo 3, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665 debbano essere interpretati nel senso che essi conferiscono, in circostanze come quelle del procedimento principale, il diritto di proporre ricorso a un operatore economico che si è astenuto dal presentare un'offerta, in quanto era certo o assai probabile che l'appalto in questione non avrebbe potuto essergli aggiudicato.

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 sia fondata, al 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, come si è detto, dalla stessa Corte costituzionale in base al principio *tempus regit actum*), il soggetto che l'abbia proposta dovrebbe soggiacere al pagamento di ingenti spese processuali. Tale evenienza scoraggerebbe inevitabilmente la proposizione di simili azioni.

La rimessione fondava 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 poi espressamente considerata dal legislatore regionale nelle more del giudizio.

IV. – La decisione della Corte di giustizia UE.

Con la pronuncia in rassegna la Corte di giustizia UE giunge ad affermare la compatibilità comunitaria dei principi del processo amministrativo - come elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nazionale - che prescrivono la presentazione della domanda di partecipazione quale requisito di legittimazione alla impugnazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici relative a procedure d'appalto, rimettendo tuttavia al giudice nazionale la valutazione se, in concreto, l'applicazione di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati.

A tali conclusioni giunge sulla scorta del seguente percorso argomentativo:

- a) ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a garantire che le procedure di ricorso previste da tale direttiva siano

- accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto;
- b) gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata;
 - c) la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire, riguardo all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, una condizione che deve essere soddisfatta per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione di detto appalto. Se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere leso o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi;
 - d) nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero per l'appunto impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, sarebbe tuttavia eccessivo esigere che tale impresa, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza di dette specifiche;
 - e) sia dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano sia dalla sentenza n. 245/2016 della Corte costituzionale risulta che un interesse ad agire può essere eccezionalmente riconosciuto a un operatore economico che non ha presentato alcuna offerta, nelle «*ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta*»;
 - f) si deve pertanto constatare che i requisiti sia dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 sia dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 sono soddisfatti se un operatore che non ha formulato alcuna offerta dispone, in particolare, di un diritto di proporre ricorso qualora ritenga che talune specifiche contenute nella documentazione di gara rendano impossibile la formulazione stessa di un'offerta;

- g) inoltre, poiché è solo in via eccezionale che un diritto di proporre ricorso può essere riconosciuto a un operatore che non ha presentato alcuna offerta, non si può considerare eccessiva la richiesta che quest'ultimo dimostri che le clausole del bando rendevano impossibile la formulazione stessa di un'offerta;
- h) nondimeno, benché il grado di esigenza della prova non sia di per sé contrario al diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, non si può escludere che, tenuto conto delle circostanze specifiche del procedimento principale, la sua applicazione possa comportare una violazione del diritto di proporre ricorso;
- i) a tale riguardo, spetta al giudice del rinvio valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta della normativa italiana relativa alla capacità di agire in giudizio, come interpretata dal Consiglio di Stato e dalla Corte costituzionale, sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva delle ricorrenti nel procedimento principale;
- j) alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte di giustizia dichiara che sia l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 sia l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto in questione;
- k) tuttavia – aggiunge la Corte – spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati.

V. – Per completezza sul tema della legittimazione alla impugnazione degli atti di gara si segnala che:

- l) il diritto vivente nazionale – richiamato dalla pronuncia in rassegna – che esclude la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara, salve talune ipotesi eccezionali via via codificate dalla elaborazione giurisprudenziale, è stato da ultimo ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 cit.; sul punto si registra un consolidato orientamento 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);

- m) nell'ambito della giurisprudenza comunitaria la Corte di giustizia UE, con la sentenza 12 febbraio 2004 in C-230/02 *Grossmann* (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2004, 245, con nota di VACCA; *Giur. it.*, 2004, 1723, con nota di POTO), citata nella motivazione della sentenza in rassegna, ha precisato, in merito alla legittimazione a ricorrere, in via generale, (punti 27-29) la necessità della presentazione della domanda di partecipazione, a meno che l'impresa asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, nel qual caso sarebbe eccessivo esigere un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche. In generale la giurisprudenza comunitaria ha precisato che gli Stati membri non sono tenuti a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata (v. sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, *Hackermüller*, punto 18, citata in motivazione, in *Foro it.*, 2004, IV, 269);
- n) quanto al rapporto tra legittimazione alla impugnazione e provvedimento di esclusione dalla gara cfr. Corte di giustizia dell'UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, *GesmbH* (in *Gazzetta forense*, 2017, 80, con nota di GILIBERTI nonché oggetto della News US del 4 gennaio 2017, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- o) pende tuttora dinanzi alla Corte di giustizia UE altra questione relativa al rapporto tra ricorso incidentale escludente e ricorso principale, in materia di gare d'appalto, sollevata da Cons. Stato, Ad. plen., 11 maggio 2018, n. 6 oggetto della News US del 22 maggio 2018 ai cui ampi approfondimenti si rinvia;
- p) quanto alle problematiche relative alle condizioni dell'azione – con particolare riferimento però al requisito dell'interesse a ricorrere – poste dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. – che impone la immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle gare di appalto – si rinvia agli approfondimenti di cui alla News US del 1 febbraio 2018 redatta a commento di T.a.r. per il Piemonte, sezione I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 che ha rimesso

alla Corte di giustizia dell'UE l'accertamento della compatibilità, con il diritto dell'Unione, di tale disposizione interna. La medesima norma è stata poi rimessa al vaglio della Corte costituzionale da T.a.r. per la Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903 oggetto della News US del 10 luglio 2018 e, successivamente, dalla medesima sezione con ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097 oggetto della News US del 30 luglio 2018 ai cui approfondimenti parimenti si rinvia.