

La Corte di Giustizia U.E. boccia il ricorso incidentale escludente

di Francesco Calzetta

Data di pubblicazione: 9-7-2013

Corte di giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12

Presidente Rosas; Relatore Švábý

L'art. 1 paragrafo 3 della direttiva Consiglio C.E.E. 21 dicembre 1989 n. 665, 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 del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007 n. 66, deve essere interpretato nel senso che se in un contenzioso relativo a gara d'appalto l'aggiudicatario, che ha proposto ricorso incidentale, solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere della ditta che ha proposto il ricorso principale, basandosi sul fatto che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa per difformità dalle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, la suindicata disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso principale sia dichiarato inammissibile (e quindi non vagliato nel merito) in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

4 luglio 2013

«Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Ricorso in materia di appalti pubblici – Ricorso proposto contro la decisione di aggiudicazione di un appalto da un offerente escluso – Ricorso fondato sulla motivazione che l'offerta prescelta non sarebbe conforme alle specifiche tecniche dell'appalto – Ricorso incidentale dell'aggiudicatario fondato sull'inosservanza di alcune specifiche tecniche dell'appalto nell'offerta presentata dall'offerente che ha proposto il ricorso principale – Offerte entrambe non conformi alle specifiche tecniche dell'appalto –

Giurisprudenza nazionale che impone di esaminare in via preliminare il ricorso incidentale e, in caso di fondatezza di quest'ultimo, di dichiarare inammissibile il ricorso principale senza esaminarlo nel merito – Compatibilità con il diritto dell'Unione»

Nella causa C 100/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con decisione del 25 gennaio 2012, pervenuta in cancelleria il 24 febbraio 2012, nel procedimento

Fastweb SpA

contro

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,

nei confronti di:

Telecom Italia SpA,

Path-Net SpA,

LA CORTE (decima sezione),

composta da A. Rosas, presidente di sezione, E. Juhász e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: J. Kokott,

cancelliere: A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 6 dicembre 2012,

considerate le osservazioni presentate:

– per Telecom Italia SpA e Path-Net SpA, da A. Lirosi, M. Martinelli e L. Mastromatteo, avvocati;

– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;

– per la Commissione europea, da A. Tokár e D. Recchia, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra Fastweb SpA (in prosieguo: «Fastweb»), da una parte, e l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, nonché Telecom Italia SpA (in prosieguo: «Telecom Italia») ed una controllata di quest'ultima, Path-Net SpA (in prosieguo: «Path-Net»), dall'altra, a proposito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico a tale controllata.

Contesto normativo

3 Il secondo ed il terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue:

«[C]onsiderando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire [l']applicazione [effettiva delle direttive in materia di appalti pubblici] non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

4 Il considerando 3 della direttiva 2007/66 così recita:

«[...] le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo [in particolare della direttiva 89/665] dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate [in particolare dalla direttiva 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114)] (...)».

5 Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 89/665, rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, [per lo meno] a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

(...)».

6 L'articolo 2, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...);

(...)».

7 Il considerando 2 della direttiva 2004/18 è formulato come segue:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato [FUE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme ed ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

8 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

9 L'articolo 32 della direttiva in questione così dispone:

«(...)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. (...)

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. (...)

(...)

4. (...)

Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati:

(...)

– qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onori dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

a) per ogni appalto da aggiudicare le amministrazioni aggiudicatrici consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;

(...)

d) le amministrazioni aggiudicatrici aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onori dell'accordo quadro».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

10 Conformemente al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, «Codice dell'amministrazione digitale» (supplemento ordinario alla GURI n. 112 del 16 maggio 2005), il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) è abilitato a concludere contratti quadro con operatori economici da esso individuati. Le amministrazioni non statali hanno facoltà di attribuire appalti fondati su tali contratti quadro, sulla base delle proprie esigenze di servizio.

11 Il CNIPA ha concluso un contratto quadro di questo tipo, in particolare, con Fastweb e

Telecom Italia. Il 18 giugno 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria ha indirizzato a tali società una richiesta di progetto riguardante «linee dati/fonia» sulla base di un «piano di fabbisogni». Con delibera del 15 settembre 2010, essa ha scelto il progetto presentato da Telecom Italia, concludendo un contratto con una controllata di quest'ultima, Path-Net, il 27 dello stesso mese.

12 Fastweb ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte. Telecom Italia e Path-Net sono intervenute nel procedimento, proponendo ricorso incidentale. La legittimità dell'offerta di ciascuno degli operatori viene contestata dal suo unico concorrente a causa del mancato rispetto di alcune specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni.

13 In esito alla verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società rispetto al piano di fabbisogni, disposta dal giudice del rinvio, è stato constatato che nessuna delle due offerte risultava conforme all'insieme delle specifiche tecniche imposte dal piano. Secondo tale giudice, una simile constatazione dovrebbe logicamente condurre all'accoglimento dei due ricorsi e, di conseguenza, ad annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, dal momento che nessun offerente ha presentato un'offerta idonea a dar luogo ad aggiudicazione. Tale soluzione soddisferebbe l'interesse del ricorrente principale, in quanto la rinnovazione della procedura di aggiudicazione gli procurerebbe una nuova chance di ottenere l'appalto.

14 Il giudice del rinvio rileva tuttavia che, con decisione del 7 aprile 2011, resa in adunanza plenaria, il Consiglio di Stato, a proposito dei ricorsi in materia di appalti pubblici, ha enunciato un principio di diritto secondo il quale l'esame di un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, in quanto illegittimamente ammesso a partecipare alla procedura di aggiudicazione controversa, deve precedere l'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura di aggiudicazione e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale, sia infine dalle richieste dell'amministrazione interessata.

15 Il Consiglio di Stato ritiene infatti che la legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico spetti soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione. Secondo tale giudice, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l'esclusione definitiva di quest'ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa.

16 Secondo questa giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'interesse pratico alla rinnovazione della procedura di aggiudicazione invocato dalla parte che abbia proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico non attribuisce a quest'ultima una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale interesse non si distinguerebbe infatti da quello di qualsiasi altro operatore economico del settore che aspiri a partecipare ad una futura procedura di aggiudicazione. Pertanto, il ricorso incidentale diretto a contestare la

legittimazione del ricorrente principale dovrebbe essere sempre esaminato per primo, anche quando gli offerenti siano solo due, ossia il ricorrente principale, cioè l'offerente escluso e il ricorrente incidentale, cioè l'aggiudicatario.

17 Il giudice del rinvio esprime dubbi sulla compatibilità di tale giurisprudenza, in particolare nella misura in cui essa afferma incondizionatamente la prevalenza del ricorso incidentale su quello principale, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, quali recepiti negli articoli 1, paragrafo 1, e 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665. Secondo tale giudice, infatti, l'esame in via preliminare – ed eventualmente assorbente – del ricorso incidentale attribuisce all'aggiudicatario un vantaggio ingiustificato rispetto a tutti gli altri operatori economici che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione, qualora risulti che l'appalto gli è stato aggiudicato illegittimamente.

18 Alla luce di quanto sopra, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva [89/665], ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

19 Telecom Italia, Path-Net e il governo italiano contestano la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale per diversi motivi. Tuttavia, le quattro eccezioni di irricevibilità sollevate al riguardo non possono essere accolte.

20 In primo luogo, infatti, il presente rinvio pregiudiziale è avvenuto in un caso che rientra perfettamente nella previsione dell'articolo 267 TFUE. Ai sensi del primo e del secondo comma di tale articolo, un giudice di uno Stato membro può domandare alla Corte di pronunciarsi su qualsiasi questione relativa all'interpretazione dei trattati e degli atti di diritto derivato, qualora reputi una decisione su questo punto necessaria per emanare la sua sentenza nella controversia di cui è investito. Orbene, nel caso di specie, dalla decisione di rinvio emerge che il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte esprime dei dubbi in merito alle implicazioni della direttiva 89/665 nel contesto fattuale e processuale della controversia di cui al procedimento principale, prospettando due possibili risposte dalle quali discenderebbero soluzioni diverse di tale controversia.

21 In secondo luogo, la decisione del giudice del rinvio contiene una descrizione sufficientemente chiara del contesto giuridico nazionale, in quanto essa descrive e chiarisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale è fondata sull'interpretazione, fornita da quest'ultimo, dell'insieme delle norme e dei principi processuali di diritto nazionale rilevanti in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nonché delle conseguenze che ne derivano, secondo tale giudice, in merito all'ammissibilità del ricorso principale dell'offerente escluso.

22 In terzo luogo, nonostante il giudice del rinvio non indichi la specifica disposizione di diritto dell'Unione della quale aspira ad ottenere l'interpretazione, esso si riferisce esplicitamente, già nella stessa questione pregiudiziale, alla direttiva 89/665, e la decisione di rinvio contiene un insieme di informazioni sufficientemente completo per permettere alla Corte di individuare gli elementi di tale diritto che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto del procedimento principale (v., per analogia, sentenza del 9 novembre 2006, Chateignier, C 346/05, Racc. pag. I 10951, punto 19 e giurisprudenza citata).

23 Infine, in quarto luogo, non risulta che tale controversia riguardi un appalto pubblico rientrante in una delle eccezioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Pertanto, nella misura in cui l'importo di tale appalto raggiunga la soglia per l'applicazione della direttiva 2004/18 fissata all'articolo 7 di quest'ultima, cosa che spetta al giudice del rinvio accertare, ma di cui nulla al momento induce a dubitare, le due citate direttive sono applicabili ad un appalto come quello di cui al procedimento principale. Va ricordato, in proposito, che il fatto che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico riguardi soltanto imprese nazionali è irrilevante ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/18 (v., in tal senso, sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki, C 213/07, Racc. pag. I 9999, punto 29 e giurisprudenza citata).

Sulla questione pregiudiziale

24 Con la sua questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2, debbano essere interpretate nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, il suddetto articolo 1, paragrafo 3, osta al fatto che tale ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, quando il ricorrente contesta a sua volta la legittimità dell'offerta dell'aggiudicatario con identica motivazione e soltanto questi due operatori economici hanno presentato un'offerta.

25 Va rilevato che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno 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.

26 A questo proposito, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, sentenza del 19 giugno 2003, Hackermüller, C 249/01, Racc. pag. I 6319, punto 24, e giurisprudenza citata).

27 In tal senso, al punto 26 della citata sentenza Hackermüller, la Corte ha affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.

28 Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito del procedimento instaurato a seguito di un ricorso avviato da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedimento, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata (v. sentenza Hackermüller, cit., punto 27).

29 In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere riconosciuto il diritto di contestare dinanzi a tale autorità, nell'ambito di tale procedimento, la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (v., in tal senso, sentenza Hackermüller, cit., punti 28 e 29).

30 Tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso.

31 Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32 Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33 Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

34 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Sulle spese

35 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (decima sezione) dichiara:

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, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia

dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Investita dal giudice nazionale di una domanda di rinvio pregiudiziale circa l'interpretazione della Direttiva 89/665/CEE, la Corte di giustizia UE chiarisce il dubbio riguardante la compatibilità fra i principi espressi dalla decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e quelli di parità delle parti, non discriminazione e libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, sottesi alla medesima Direttiva.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Dopo aver affrontato, e risolto positivamente, il tema della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice individua nel **paragrafo 3 dell'articolo 1 della Direttiva** la norma la cui interpretazione si ritiene necessaria per stabilire la conformità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria al diritto comunitario.

La norma stabilisce che *“gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”*.

La Corte richiama quindi un proprio precedente (sentenza Hackermüller), nel quale affermava che la decisione dell'autorità aggiudicatrice di escludere un offerente da una gara prima dell'inizio della selezione, non può privare costui della legittimazione a ricorrere contro gli atti di quel procedimento, in particolare per contestare i motivi per cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione. In via generale, qualora questi motivi risultino fondati, nessuna obiezione potrebbe sollevarsi di fronte alla conseguenza che le ulteriori censure contenute nel ricorso, dirette a contestare altri atti del procedimento, e in particolare l'aggiudicazione in favore di un altro offerente, siano giudicate inammissibili, in quanto la parte non potrebbe ritenersi lesa da queste ulteriori decisioni.

Nel caso oggetto della sentenza in commento, tuttavia, la Corte rileva una differenza sostanziale dall'ipotesi sin qui descritta, vale a dire la circostanza che, dalla verifica svolta dal giudice del rinvio, fosse emerso che anche l'offerta dell'unico altro concorrente, divenuto poi aggiudicatario, sarebbe dovuta essere esclusa dal procedimento per inadeguatezza tecnica.

Questa eventualità porta la Corte ad affermare che qualora gli unici due concorrenti di una gara contestino con un ricorso giurisdizionale la legittimità dell'offerta altrui, **l'accoglimento del ricorso incidentale non possa comportare la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse**, in quanto ciascuna parte ha interesse ad ottenere l'esclusione dell'altra, per indurre la stazione appaltante a constatare che la commessa non può essere aggiudicata.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento segna un nuovo momento di crisi dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria sulla questione dei ricorsi reciprocamente escludenti, un anno dopo la critica che ad essa aveva rivolto la Corte di Cassazione.

La Corte di giustizia, come già la Cassazione, mostra invece un maggiore gradimento per le conclusioni cui la stessa Adunanza Plenaria era giunta nella precedente decisione n. 11 del 10 novembre 2008, che aveva conferito dignità di interesse legittimo all'interesse c.d. strumentale a ricorrere, vale a dire proprio a quell'interesse all'esclusione dell'offerta altrui in vista dell'annullamento dell'intera procedura, chiamato in causa dalla decisione in commento.

L'ulteriore criterio finalistico cui faceva riferimento la Plenaria del 2008, dell'annullamento della gara nell'ottica di una sua possibile ripetizione, non soddisfaceva la dottrina dell'epoca, e non viene considerato oggi dalla Corte di giustizia. Tale avvenimento è infatti puramente ipotetico, non essendo la stazione appaltante obbligata, se non in rari casi, a indire una nuova procedura, e l'interesse a che ciò avvenga in capo ai due contendenti, una volta annullata la procedura originaria, non è differente da quello che può vantare un qualsiasi operatore del mercato di riferimento. L'affermazione di questa pronuncia della Corte di giustizia è dunque più radicale, poiché sgancia l'interesse delle parti dall'esito della singola procedura, e lo ancora al rispetto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle regole concorrenziali: ogni concorrente ha interesse ad ottenere l'annullamento della gara aggiudicata illegittimamente al suo avversario non perché spera che la gara sia ripetuta, ma perché vuole evitare che quest'ultimo si rafforzi illegittimamente sul mercato in cui entrambi operano.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

D. Archilletti, *La priorità logica del ricorso incidentale di nuovo rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria in un complesso caso di social housing*, in questa Rivista online; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. V, *I contratti pubblici*, Ed. Dike, pp. 151 ss.; F. Caringella, *L'introduzione e lo svolgimento del giudizio*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Ed. Dike, 2012, pp. 619 ss.; M. Giustiniani, *Il potenziamento delle impugnazioni incidentali e la dequotazione dell'interesse strumentale: interesse al ricorso o interesse alla deflazione dei ricorsi?*, in *Il diritto per i concorsi*, n. 6/2011, Ed. Dike; M. Giustiniani, *Tentativi di riquotazione del ricorso principale nei confronti dell'incidentale in materia di appalti pubblici*, in questa Rivista online; F. Moschella, A. Dorigo, *Esame congiunto del ricorso principale e dell'impugnazione incidentale: "ritorno al passato"*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, n. 3/2013, in uscita, Ed. Dike; M. Nunziata, *Tassatività delle cause di esclusione, ambito di applicazione del soccorso istruttorio, legittimazione al ricorso dell'impresa esclusa e rapporto tra ricorso principale e incidentale: tutte questioni rimesse all'Adunanza Plenaria*, in questa Rivista online; G. Pellegrino, *I rapporti fra ricorso principale e incidentale ancora sotto i riflettori nazionali e comunitari*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, n. 1/2012, Ed. Dike; C. Varrone, *Il Consiglio di Stato sull'esame pregiudiziale del ricorso incidentale nelle procedure di evidenza pubblica: presupposti e limiti*, in questa Rivista online.