

Legittimazione e interesse a ricorrere dell'offerente definitivamente escluso da una gara pubblica: la CGUE si pronuncia sul caso *Technische Gebäudebetreuung*

di Giorgio Bonerba

Title: Locus standi and interest in bringing proceedings of a tenderer definitively excluded from a procurement procedure: the ECJ decides the *Technische Gebäudebetreuung* case

Keywords: Procurement procedures; Tenderer definitively excluded; Tenderer concerned.

1. – La questione della legittimazione e dell'interesse a ricorrere dei partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici è da tempo oggetto di un'approfondita e contrastata disamina in giurisprudenza e dottrina.

Con la sentenza del 21 dicembre 2016, in causa C-355/15, *Technische Gebäudebetreuung*, la Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata a occuparsi del tema con riferimento all'ammissibilità del ricorso di un operatore economico, già definitivamente escluso da una procedura di gara, avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione. Si tratta di una questione ricostruita dalle parti del giudizio principale e risolta dalla Corte alla luce del pregresso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che qui si espone per sommi capi.

Le maggiori difficoltà interpretative in materia si sono appuntate sulla portata dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE ("direttiva ricorsi"). La disposizione impone agli Stati membri di rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità più opportune, 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. Ci si è chiesti, allora, quali siano i criteri discretivi dell'interesse richiamato dalla direttiva e, ancor più in dettaglio, se ed entro quali limiti l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla riedizione delle procedure di gara sia sufficiente a differenziare la sua posizione da quella di un qualsiasi altro operatore economico del settore.

La questione si è posta in special modo nell'ordinamento italiano per determinare l'ordine che il giudice deve seguire nell'esaminare il ricorso principale del soggetto non aggiudicatario e il ricorso incidentale dell'aggiudicatario che rilevi a sua volta l'illegittimità della partecipazione del ricorrente alla gara (ricorso incidentale c.d. escludente). In tal caso, infatti, il ricorso incidentale mira a contestare la legittimazione del ricorrente, perché la stazione appaltante avrebbe dovuto escluderlo dalla gara, ad esempio, per assenza dei requisiti soggettivi o per vizi dell'offerta. Per altro verso, in caso di accoglimento del ricorso incidentale la decisione di aggiudicazione diventerebbe definitiva anche ove le censure mosse dal ricorrente principale fossero fondate e, quindi, in caso di illegittimità dell'offerta dell'aggiudicatario.

Il Consiglio di Stato, dopo una prima pronuncia del 2008 (ad. plen. 10 novembre 2008, n. 11) che aveva risolto la questione in maniera differente a seconda del numero dei partecipanti alla gara, aveva poi stabilito (ad. plen. 7-4-2011, n. 4) che il ricorso incidentale

escludente dovesse essere sempre esaminato con precedenza rispetto al ricorso principale. A tanto era pervenuto per ragioni di natura processuale. In questi casi, si affermava, il ricorso incidentale attiene a una condizione dell'azione (la legittimazione a ricorrere), che deve essere sempre trattata con priorità rispetto alle questioni di merito. La sussistenza di una causa di esclusione del ricorrente principale, pertanto, deve essere logicamente esaminata prima della medesima questione sull'aggiudicatario-ricorrente incidentale, perché attiene all'esistenza stessa del titolo vantato in giudizio.

Le conclusioni della sentenza esaminata sono state successivamente oggetto del vaglio della Corte di giustizia nella sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, Fastweb. In particolare, il giudice europeo ha ritenuto che l'orientamento fin qui esposto non possa trovare applicazione ove il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente siano stati proposti per motivi identici nell'ambito del medesimo procedimento. In tale evenienza, pertanto, il ricorso principale andrà comunque esaminato anche se dall'esame del ricorso incidentale risulti che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara.

La pronuncia è stata resa nell'ambito di un giudizio principale in cui ricorrente principale e ricorrente incidentale erano le uniche due imprese partecipanti alla gara. Si comprende, dunque, il motivo per cui la successiva sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, ha confermato l'impianto di base della precedente sentenza 4/2011 e ha ritenuto che il principio della sentenza Fastweb sia applicabile unicamente alle ipotesi in cui alla gara abbiano partecipato due operatori economici e ciascuno di loro contesti nel medesimo giudizio l'ammissione dell'offerta dell'altro per gli stessi motivi.

Anche tale decisione, tuttavia, non può essere considerata definitiva. La Corte di giustizia, infatti, nuovamente interpellata sul punto, si è recentemente pronunciata nella sentenza 5 aprile 2016, in causa C-689/13, Puligienica. La Corte ha puntualizzato in questa sede che l'applicazione dei principi contenuti nella sentenza Fastweb non è condizionata al numero dei partecipanti alla gara, né al numero dei ricorrenti, né alla divergenza dei motivi (in termini nettamente critici, v. A. Squazzoni, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 796).

La statuizione contenuta in quest'ultima pronuncia, peraltro, si presta a diverse interpretazioni. A un'esegesi più netta, che ritiene il principio applicabile in ogni caso di presentazione di un ricorso principale e di un ricorso incidentale escludente nell'ambito di un medesimo procedimento, si contrappone un altro indirizzo, più moderato, per il quale la valutazione del ricorso principale è comunque subordinata alla sussistenza di un effettivo interesse, quanto meno strumentale, alla riedizione della gara. Un simile interesse non sussisterà, ad esempio, ove alla gara abbiano partecipato più operatori economici e con il ricorso principale si contesti lo stesso motivo di illegittimità della procedura o dell'offerta nei confronti di alcuni soltanto dei partecipanti. In tal caso, infatti, gli altri partecipanti non toccati dal vizio potrebbero aggiudicarsi la gara senza un'ulteriore procedura, con conseguente inutilità dell'esame del ricorso principale (v. in termini Cons. Stato, sez. III, 26-8-2016, n. 3708; in merito, v. anche L. Bertonazzi, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1202).

2. – Le sentenze Fastweb e Puligienica, pur essendosi ampiamente soffermate sulla nozione di “offerente interessato” ai sensi dell'art. 1, par. 3, dir. 89/665/CEE, non hanno affrontato espressamente l'ipotesi di un offerente che, pur definitivamente escluso, presenti un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione del contratto all'unico concorrente rimasto in gara. Il caso alla base della decisione del 21 dicembre 2016 riguarda proprio una simile ipotesi.

L'Universität für Bodenkultur Wien (Università delle risorse naturali e delle scienze della vita di Vienna; di seguito, “BOKU Wien”) aveva avviato nell'ottobre 2012 una gara per

l'aggiudicazione di un appalto pubblico per la conclusione, con un aggiudicatario unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza tecnica degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio.

Alla gara parteciparono soltanto un'associazione temporanea d'impresa, la "Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH" (di seguito, "L'ATI") e la "Vamed Management und Service GmbH & Co. KG in Wien" (di seguito, "Vamed"). L'ATI, tuttavia, fu esclusa dalla procedura per non aver fornito tempestivamente in originale la prova della costituzione di una garanzia bancaria; tale statuizione fu confermata anche in sede giurisdizionale dai competenti organi austriaci, a seguito del ricorso tempestivamente proposto dall'ATI esclusa.

Nel frattempo, la procedura aveva seguito il proprio corso e la BOKU Wien, con provvedimento di aggiudicazione del marzo 2014, aveva affidato il servizio alla Vamed, che aveva iniziato, pertanto, a eseguire le prestazioni dedotte nell'accordo quadro.

L'ATI, nonostante il provvedimento di esclusione dalla gara, impugnò anche la decisione di aggiudicazione, contestando la legittimità dell'offerta della Vamed.

A seguito del rigetto del ricorso in primo grado per difetto di legittimazione, l'ATI si è infine rivolta al Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) evidenziando, tra l'altro, i profili di analogia del proprio caso con quello della sentenza Fastweb e rilevando l'incompatibilità della pronuncia appellata con la soluzione elaborata dalla Corte. Secondo l'ATI, in particolare, anche nel proprio caso vi sarebbero due offerenti egualmente interessati all'esclusione dell'altro concorrente e della sua offerta; il fatto che uno dei due sia stato già escluso dalla gara non sarebbe sufficiente a escluderne la legittimazione.

Il Verwaltungsgerichtshof, dunque, ha formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, pur esprimendo le proprie riserve sulla prospettazione della parte. Nella sentenza Fastweb, infatti, la reciproca contestazione sulla legittimità dell'offerta era avvenuta nel corso dello stesso giudizio e per motivi identici. Nel caso in questione, invece, l'ATI era stata già esclusa dalla gara con provvedimento ormai definitivo.

I dubbi del giudice del rinvio aumentano in considerazione di quanto previsto dall'art. 2-bis, par. 2, della stessa direttiva 89/665/CEE, ai sensi del quale si definiscono "interessati" i soli offerenti che non siano stati già definitivamente esclusi dalla gara. L'art. 331 della legge federale sull'aggiudicazione dei contratti pubblici del 2006, inoltre, subordina la ricevibilità del ricorso alla sussistenza di un interesse del ricorrente alla conclusione del contratto, oltre che di un pregiudizio, attuale o potenziale, in suo danno.

Alla luce di questi inequivocabili referenti normativi, l'estensibilità al caso di specie dei principi elaborati nella sentenza Fastweb sarebbe da escludere in radice. I dubbi del Verwaltungsgerichtshof sembrano attestarsi, dunque, non tanto sulle disposizioni fin qui menzionate, quanto sul più generale principio di parità di trattamento. In altri termini, l'operatore escluso dalla gara potrebbe essere legittimato al ricorso unicamente ove abbia partecipato alla gara soltanto un altro concorrente: in tal caso, infatti, a parità di condizioni, un offerente non potrebbe subire un trattamento diverso e deteriore rispetto a quello accordato all'altro.

3. – La situazione prospettata dal giudice del rinvio austriaco si differenzia *ictu oculi* da quella alla base della sentenza Fastweb, e la Corte di giustizia non poteva che evidenziare un simile divario. In particolare, con argomentazione sintetica la Corte osserva che i principi espressi da quest'ultima e dalla sentenza Puligienica non possono trovare applicazione nel caso che qui interessa per una duplice ragione.

Entrambe le sentenze, infatti, attengono all'ipotesi in cui nessuna delle due offerte sia stata oggetto di un espresso provvedimento di esclusione. Inoltre, le contestazioni di entrambi gli offerenti erano emerse nel corso dello stesso processo per l'annullamento dell'aggiudicazione. In altri termini, ciascuno di loro era titolare di un interesse di eguale consistenza all'esclusione dell'offerta dell'altro.

Nel caso in questione, invece, l'ATI ricorrente ha impugnato la decisione di aggiudicazione dopo essere stata esclusa con un provvedimento confermato dal giudice amministrativo in un autonomo procedimento: l'esclusione, pertanto, ha acquisito il carattere

della definitività. Tale diversità è strutturale e impedisce di ricondurre il caso in questione a quelli giudicati nelle sentenze Fastweb e Puligienica.

L'esigenza di effettività della tutela garantita in queste ultime pronunce si scontra, del resto, con il dato letterale delle norme rilevanti. L'art. 1, par. 3, e l'art. 2-bis dir. 89/665 lasciano ritenere, infatti, che l'offerente escluso possa impugnare anche gli atti successivi al provvedimento di esclusione soltanto finché sia pendente il giudizio per l'annullamento del provvedimento di esclusione, e non anche quando questo si sia concluso con una conferma dell'esclusione. Nel primo caso, l'offerente reimmesso nella gara da una pronuncia favorevole del giudice non deve subire irrimediabili pregiudizi da atti della procedura successivi e non più impugnabili. Nel secondo, invece, l'esclusione definitiva preclude in radice all'operatore la possibilità di impugnare gli atti successivi della procedura.

Così definita la questione, la Corte non si preoccupa di analizzare i profili relativi alla parità di trattamento, pure richiamati dal giudice del rinvio, evidentemente ritenendoli assorbiti nelle precedenti argomentazioni. Presumibilmente, i profili della legittimazione e dell'interesse dell'offerente assumono nel ragionamento della Corte un rilievo pregiudiziale rispetto a quello della parità di trattamento, che attiene strettamente al merito della controversia, sicché, in mancanza dei primi, il secondo perde di rilevanza.

In definitiva, nel delimitare l'ambito di applicazione delle sentenze Fastweb e Puligienica la pronuncia della Corte conferma l'orientamento, espresso anche dalla giurisprudenza italiana, per il quale l'offerente definitivamente escluso dalla gara non è legittimato a ricorrere avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione in quanto privo di una posizione giuridica qualificata. In effetti, già nella citata ad. plen. 4/2011 il Consiglio di Stato aveva concluso nel senso del difetto di legittimazione dell'operatore escluso, nonostante alcune pronunce pregresse di segno contrario (v. ad es. Cons. Stato, sez. V, 20-10-2004, n. 6874, e sez. IV, 15-2-2002, n. 952). L'adunanza plenaria ha ritenuto, infatti, che in tali casi il provvedimento di esclusione pone l'operatore escluso nella medesima situazione di chi non abbia affatto partecipato alla gara. Da ultimo, in base alle stesse argomentazioni la sentenza Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560 ha rigettato una richiesta di rinvio pregiudiziale del tutto analoga a quella del caso esaminato, sostenendo che i principi delle sentenze Fastweb e Puligienica non fossero applicabili al caso di specie.

Con la sentenza in commento, dunque, la Corte di giustizia ha aggiunto un ulteriore tassello alla propria ricostruzione della nozione di "offerente interessato", ponendo peraltro un limite non indifferente alla rilevanza che progressivamente e problematicamente (si rinvia, sul punto, agli scritti già citati) sta assumendo in materia, proprio a seguito delle pronunce Fastweb e Puligienica, l'interesse strumentale alla riedizione delle procedure di gara.