

L'impugnabilità del bando di gara da parte dell'operatore terzo: il positivo dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato

di Giacomo Mannocci

Title: The contestability of the tender by the third-party operator: the positive dialogue between the Court of Justice, the Constitutional Court and the Council of State

Keywords: CJEU; Public procurements; Third-party operator.

1. – La sentenza in commento affronta una questione di estremo interesse nell'ambito degli appalti pubblici: la diretta impugnabilità del bando da parte di un operatore economico che non abbia partecipato alla gara, ritenendo – fondatamente o meno – che sussistano delle clausole tali da rendere impossibile la stessa formulazione di un'offerta tecnica.

Nell'ordinamento italiano si tratta di un'ipotesi del tutto residuale, in quanto l'art. 100 del codice di procedura civile, stabilisce che è necessario avere un interesse giuridicamente rilevante per proporre una domanda o per resistere alla stessa: questo principio si applica anche nel processo amministrativo in virtù dell'art. 39 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 in base al quale «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

È la partecipazione alla gara che fonda l'interesse giuridicamente qualificato per proporre un ricorso dinanzi all'Autorità giurisdizionale amministrativa: la Corte Costituzionale ha confermato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui «l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto» (Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2016, n. 245). Dunque la condizione pregiudiziale per la sussistenza dell'interesse ad agire giudizialmente è che l'impresa abbia partecipato o quanto meno abbia chiesto di partecipare alla gara, oppure che essa non ne sia stata esclusa con provvedimento legittimo e non impugnato (Consiglio di Stato, sezione VI, 8 luglio 2011, 4122). Per poter impugnare il bando di gara da parte di terzi, occorre quanto meno il dubbio di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dell'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento della procedura di gara impugnata. In due significative pronunce dell'Adunanza plenaria del 2003 e poi del 2011, Palazzo Spada ha statuito che «la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a

quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato» (Ad. Pl. 29 gennaio 2003 n. 1; Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4). Le uniche deroghe tassative a questo principio e quindi le ipotesi esclusive in cui un bando di gara possa essere impugnato da un soggetto terzo che non ha partecipato alla relativa gara, consistono solamente:

1. nella contestazione in radice della gara;
2. nell'assenza della gara, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento diretto del contratto;
3. nella previsione di clausole specifiche che siano immediatamente escludenti.

Mentre le prime due ipotesi sono oggettivamente molto rare e quasi di scuola, è più probabile che si verifichi il caso di un'impresa che non possa partecipare al bando di gara per la previsione di clausole manifestamente irragionevoli e anticoncorrenziali. Il problema che spesso la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere consiste nel verificare le specifiche fattispecie in cui ciò avvenga.

È in tale contesto che si inserisce la sentenza della Corte di Giustizia in esame, che è interessante da esaminare perché il Giudice del rinvio ha sollevato prima una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale e successivamente una questione di compatibilità delle normativa italiana rispetto a quella euro unitaria sull'impugnabilità dei bandi di gara.

Inoltre è doveroso mettere in evidenza che il caso concreto è stato pure citato dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018 del Consiglio di Stato.

Si tratta di un raro caso in cui sulla vicenda specifica si sono pronunciati il massimo Organo di Giustizia Amministrativa – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato –, la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il caso che ha dato luogo al contenzioso concerne una procedura di gara informale per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico in tutta la Liguria, indetta dall'Agenzia regionale a ciò preposta. Le società che fino ad allora gestivano il trasporto pubblico locale a livello provinciale o comunale, non hanno partecipato alla gara indetta, ritenendo che nessuna di esse fosse in grado di gestire tutto il servizio nell'intero ambito regionale. Queste società, sostenendo di essere state ingiustificatamente penalizzate sulla base di un criterio territoriale del tutto arbitrario, hanno presentato un ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, rivolto in maniera specifica contro il bando inteso a selezionare gli operatori economici. In estrema sintesi, queste contestavano in radice le modalità di indizione e di svolgimento della procedura di gara perché l'Agenzia regionale, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe affidato un appalto in un unico lotto relativo all'intero territorio regionale.

Secondo le ricorrenti, tale decisione avrebbe violato sia la normativa statale (in particolare l'articolo 3 *bis* del decreto-legge n. 138/2011, secondo cui i servizi pubblici locali devono essere gestiti a livello provinciale), sia la Costituzione italiana (in particolare l'art. 117), sia gli articoli 49 e 56 del T.F.U.E.

Il ricorso al TAR è interessante per gli aspetti di principio che esso ha sollevato e non certamente per il merito della vicenda: a quest'ultimo riguardo, occorre solo far presente che l'Azienda Regionale nel frattempo ha deciso di non dar seguito al bando impugnato, perché nel 2016 la Regione Liguria ha approvato una legge che prevede che i terreni e i servizi di trasporto terrestre e marittimo non debbano più essere aggiudicati in un lotto unico che copra l'intero territorio regionale, bensì in quattro lotti relativi a quattro ambiti territoriali omogenei (artt. 9 e 14 della Legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 recante la Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale, così come modificata dalla legge regionale 9 agosto 2016, n. 19).

In sostanza la Regione ha accolto per via legislativa le doglianze delle aziende provinciali del trasporto pubblico e quindi di fatto è cessata la materia del contendere in sede giudiziaria. Ciò non ha però impedito che su questa specifica vicenda venissero investiti prima la Corte Costituzionale e, successivamente alla sua pronuncia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Infatti, prima che la Regione Liguria apportasse la novella legislativa a cui è stato fatto riferimento in precedenza, il Tribunale amministrativo regionale, con ordinanza n. 95 del 21 gennaio 2016, sollevò, in primo luogo, un dubbio sulla legittimità della normativa regionale che prevedeva un unico ambito ottimale per il trasporto pubblico, al posto dei preesistenti ambiti provinciali e locali. Il T.A.R., in particolare, riteneva che ciò contrastasse con gli artt. 3, 97 e 117, I e II comma, lettere e) e s) della Costituzione, in quanto la normativa statale di riferimento imponeva una riserva di amministrazione alle Regioni, visto che l'obbligo di motivazione e la previsione di una complessa istruttoria escludevano la possibilità che la definizione dell'ambito territoriale ottimale per il trasporto pubblico, così come la scelta di affidare il servizio in un unico lotto, potesse avvenire per legge. A giudizio dell'Organo remittente, era infondata l'eccezione di difetto di interesse ad agire per mancanza di presentazione della domanda di partecipazione, in quanto le ricorrenti erano tutte gestori di servizi di trasporto pubblico locale in ambito provinciale o sub-provinciale e perché non era stata adeguatamente motivata la scelta di creare un unico ambito territoriale ottimale.

Nella sentenza n. 245/2016, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile l'ordinanza di rimessione, in quanto ha ritenuto non plausibile la motivazione su cui questa si fondava (*id est* il concreto interesse ad agire delle società ricorrenti) e conseguentemente ha dichiarato le questioni di legittimità costituzionale inammissibili per difetto di rilevanza, non sussistendo la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara.

Va osservato per altro verso che, grazie al TAR Liguria, la Corte Costituzionale ha avuto la possibilità di esprimersi sulle ipotesi in cui sia impugnabile il bando di gara da parte di un operatore economico non partecipante, pronunciandosi, nonostante nel frattempo la normativa regionale fosse stata modificata, sulla base del principio del *tempus regit actum*. La Corte, infatti, ha fatto una ricognizione della consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendola propria e ribadendo che sussistono solo tre deroghe tassative che consentono la facoltà di ricorrere agli Organi di Giustizia Amministrativa a soggetti terzi rispetto alla gara.

La deroga più importante riguarda le «clausole immediatamente escludenti» che – sulla base della citata sentenza della Corte Costituzionale – sono state precisate in modo univoco e dettagliato proprio recentemente, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2018:

- «a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);
- e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)».

È in questo contesto giurisprudenziale interno – di per sé già molto chiaro – che si inserisce la Sentenza della Corte di Giustizia oggi commentata.

Il TAR Liguria, preso atto di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, subito dopo ha investito della questione i Giudici di Strasburgo perché «secondo l'interpretazione del requisito procedurale dell'interesse ad agire accolta in tale sentenza della Corte costituzionale, sarebbe inammissibile il ricorso proposto dall'impresa che non ha partecipato alla gara quando non fosse assolutamente certo ma soltanto altamente probabile che, per effetto della strutturazione della gara, in particolare della divisione in lotti, o per effetto della normativa di gara applicabile, l'impresa non potrebbe conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in questione [...] La possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale sarebbe così, quasi sistematicamente, condizionata alla partecipazione alla gara, partecipazione che comporta di per sé rilevanti oneri, e ciò anche nel caso in cui l'impresa intendesse contestarne la legittimità per essere la gara stessa eccessivamente restrittiva della concorrenza». (TAR Liguria, sez. II, Ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 [e non dell'8.2.2017 come riportato nell'epigrafe della sentenza euro unitaria])

Il TAR giustifica pertanto questa sua seconda ordinanza di rimessione sulla base dell'assunto che la risposta della Corte sarebbe dirimente ai fini dell'ammissibilità dell'originario ricorso, con conseguenti ripercussioni in ordine alla statuizione sulle spese del giudizio.

Al di là delle motivazioni addotte dal Giudice del rinvio, la pronuncia della Corte di Giustizia è molto significativa nell'ambito del sistema degli appalti pubblici. Si statuisce infatti il principio in base al quale la normativa euro unitaria non impedisce agli Stati membri di prevedere una disciplina normativa o regolamentare che neghi agli operatori economici la possibilità di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno liberamente deciso di non partecipare. Va valutato in concreto se la normativa applicabile a tale procedura renda molto improbabile che all'operatore economico possa essere aggiudicato l'appalto in questione. In caso di risposta affermativa, è legittima l'esclusione della facoltà di ricorrere.

La Corte di Giustizia, al tempo stesso, ha precisato però che «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.» (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Terza Sezione, Sentenza 28 novembre 2018).

È interessante osservare che vi è stato un positivo dialogo tra le Corti che, con le loro statuizioni, hanno compiutamente disciplinato una materia sulla quale il legislatore non era intervenuto espressamente. Infatti, la Corte di Strasburgo richiama espressamente la sentenza 245/2016 con cui la Corte Costituzionale italiana afferma che la posizione giuridica dell'impresa che non partecipa alla gara è quella di un mero interesse di fatto e conseguentemente non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze. Al tempo stesso il Consiglio di Stato e diversi Tribunali Amministrativi regionali attendevano questa recente interpretazione della Corte di Giustizia per risolvere diverse controversie sulle Direttive sugli appalti,

più volte invocate dalle parti come parametri di riferimento nei singoli contenziosi giudiziari (T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 20/04/2018, n. 430; Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2018, n. 6).

La necessità di garantire degli standard minimi per la tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti agli appalti pubblici, è sempre stata avvertita dal legislatore europeo (allora) comunitario: risale al 1989 la Direttiva 665 con cui viene imposto agli Stati membri di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano sempre essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile. Sul tema interviene poi la Direttiva 1992/13 che ribadisce il concetto che spetta a ciascun Stato membro disciplinare le procedure in materia di ricorsi su appalti, purché sia sempre garantita l'accessibilità alle procedure di ricorso «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» (art. 1 paragrafo 3 Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992).

Peraltro bisogna rilevare che la giurisprudenza euro unitaria ha però sempre ammesso che il ricorso all'Autorità giudiziaria non può essere riconosciuto a qualsiasi impresa che in astratto possa partecipare ad un procedura di appalto, ma solo a quelle che dimostrano di avere un concreto interesse. In due importanti pronunce del 2003 e del 2004, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere accessibili le procedure di ricorso giurisdizionali a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico: è infatti riconosciuta loro la facoltà di restringere il novero dei aventi titolo, senza che per questo siano lesi i principi della libera concorrenza e della trasparenza. Di conseguenza, gli Stati dell'Unione hanno la facoltà di esigere che la società o l'impresa interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata (Corte di Giustizia, Sentenza 19 giugno 2003, Hackermüller, C-249/01; Corte di Giustizia, Sentenza 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02).

In sostanza viene accolta la tesi secondo cui la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto è la *conditio sine qua non* per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto e 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'avvenuta aggiudicazione.

Con la sentenza in commento, i Giudici di Strasburgo hanno fatto però una ulteriore, significativa specificazione relativamente alla non impugnabilità del bando da parte di un operatore economico terzo: ribadendo la legittimità della normativa nazionale che in linea di principio nega al terzo la facoltà di proporre un ricorso giurisdizionale, hanno puntualmente chiarito che – qualora l'operatore economico non partecipante decida comunque di impugnare il bando – il Giudice nazionale deve valutare in modo circostanziato tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia. Lo scopo di questa “eccezione dell'eccezione” è chiaro: garantire per ogni appalto la libera concorrenza e la massima trasparenza.