

Legittimazione all'impugnazione degli atti di gara: nuova pronuncia della CGUE

21 Dicembre 2018

Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. III, sent. 28 novembre 2018, 328/17, Amt Azienda Trasporti e Mobilità S.p.A. e altri c. Regione Liguria) ha deciso la questione ad essa rimessa a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal TAR Liguria (Sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263) ed ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione l'onere di previa presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, già richiesto dalla giurisprudenza nazionale, quale presupposto essenziale per radicare la legittimazione ad impugnare gli atti delle relative procedure.

Tuttavia, rimane ferma la possibilità per il giudice nazionale di valutare in concreto se l'applicazione di tale normativa sia in grado di incidere negativamente sull'effettività della tutela giurisdizionale delle imprese coinvolte.

In ogni caso, la legittimazione a ricorrere continua validamente a sussistere in tutti quei casi in cui oggetto di impugnazione siano clausole del bando direttamente pregiudizievoli, in quanto immediatamente escludenti o richiedenti oneri irragionevoli o sproporzionati, tali da impedire la formulazione dell'offerta.

Conformità del principio di diritto interno con l'ordinamento comunitario

Il TAR Liguria ha sottoposto alla CGUE, in via pregiudiziale, la questione relativa alla compatibilità con il diritto comunitario (*id est*, l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665 ed art. 1, par. 3, direttiva 92/2013) della consolidata regola di diritto interno per la quale la legittimazione ad impugnare gli atti di gara sussiste soltanto in capo alle imprese che abbiano presentato domanda di partecipazione.

Al riguardo, per il Giudice comunitario, gli Stati membri, ai sensi della direttiva n. 89/665 (art. 1, par. 3), non sono tenuti a rendere le procedure di ricorso accessibili a qualsiasi operatore economico intenda ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che il soggetto interessato sia stato o rischi di essere leso da una violazione, da esso denunciata, del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto.

La sussistenza di un simile rischio postula necessariamente la presenza, "a monte", di un interesse concreto all'aggiudicazione dell'appalto, interesse radicabile, in linea di principio, proprio in virtù della partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Difatti, in caso di mancata partecipazione, difficilmente l'impresa può dimostrare di avere interesse ad opporsi all'aggiudicazione, o di venire da essa lesa o rischiare di esserlo.

Tuttavia, precisano i giudici comunitari, "*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 (...) impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, sarebbe tuttavia eccessivo esigere che tale impresa (...) 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*".

Così argomentando, la Corte di Lussemburgo mostra di concordare con la giurisprudenza nazionale,

sia amministrativa che costituzionale, pacifica nel ritenere che sussiste eccezionalmente la legittimazione a ricorrere avverso gli atti di gara anche per quelle imprese non partecipanti soltanto quando la contestazione abbia ad oggetto *“clausole del bando immediatamente escludenti, o (...) clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell’offerta”*, ponendo in capo all’impresa l’onere della prova della lesività delle clausole impugnate.

Al di fuori di tale ipotesi, pertanto, potrebbe sussistere il difetto di legittimazione a ricorrere avverso gli atti di gara laddove l’operatore economico abbia omissso di proporre domanda di partecipazione per il solo motivo che la *lex specialis* applicabile alla procedura renda “molto improbabile” la *chance* di aggiudicazione dell’appalto.

Ciò posto, la Corte di giustizia conclude riaffermando la necessità di garantire che la richiesta della preventiva partecipazione alla procedura di gara non costituisca un onere tale da impedire, nel caso concreto, l’effettività della tutela giurisdizionale per i soggetti ricorrenti (tradizionale principio generale dell’ordinamento comunitario secondo la giurisprudenza CGUE).

In tale ottica, permane in capo al Giudice amministrativo il potere di valutare tutti gli specifici elementi di ogni singola controversia, da analizzare caso per caso, proprio al fine di verificare se la disciplina in commento, nell’interpretazione data dalla giurisprudenza interna ed ora sposata anche da quella comunitaria, possa incidere negativamente sul *“diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati”*.

Riferimenti esterni:

? **CGUE, Sez. III, sent. 28 novembre 2018, 328/17, Amt Azienda Trasporti e Mobilità S.p.A. e altri c. Regione Liguria;**

? **Corte Costituzionale, sent. 22 novembre 2016, n. 245.**