Ricevibilità del ricorso principale anche a seguito dell’accoglimento di quello incidentale

9 Settembre 2019

Con la sentenza del 5 settembre u.s. la Corte di Giustizia UE ha dichiarato incompatibili con l’art. 1, par. 1, comma 3, e par. 3, della direttiva 89/665/CEE (come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) le norme e le prassi giurisprudenziali nazionali tendenti a considerare, in presenza di altre imprese partecipanti alla gara (ma estranee al giudizio *de quo*), irricevibile per sopravvenuto difetto d’interesse il ricorso principale, proposto dal concorrente non aggiudicatario, volto ad escludere l’aggiudicatario di una gara pubblica, in conseguenza del preventivo accoglimento del ricorso incidentale proposto dal medesimo aggiudicatario, a sua volta tendente all’esclusione del primo.

La questione era stata rimessa alla Corte in via pregiudiziale dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale in materia ha rilevato orientamenti contrastanti all’interno della giurisprudenza amministrativa nazionale.

In particolare, secondo un primo filone, l’esame del ricorso principale dovrebbe avvenire a prescindere dall’avvenuto accoglimento del ricorso incidentale, non dovendosi tener conto né del numero delle imprese partecipanti alla procedura, né dei vizi prospettati come motivi del ricorso principale. Invece, secondo altra parte della giurisprudenza nazionale, l’esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove l’accoglimento dello stesso fosse idoneo a procurare un vantaggio reale al ricorrente, il che presupporrebbe che le offerte degli altri offerenti (estranei al procedimento giudiziale) siano affette dal medesimo vizio posto alla base della decisione di accoglimento del ricorso principale.

Il tutto in virtù delle norme procedurali nazionali che prevedono l’esame prioritario del ricorso incidentale.

In assenza di altre imprese partecipanti non sussistono perplessità sull’obbligo per il giudice di scrutinare la fondatezza del ricorso principale, anche a seguito dell’accoglimento di quello incidentale. Infatti, in questo caso l’interesse sussiste *in re ipsa,* in quanto, in caso di accoglimento di entrambi i ricorsi, l’amministrazione aggiudicatrice sarebbe costretta ad una riedizione della gara.

I dubbi si sono posti per la diversa ipotesi in cui alla procedura avessero

partecipato altre imprese. In tal caso l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non comporterebbe automaticamente la caducazione della gara, in quanto si potrebbe procedere ad uno scorrimento della graduatoria. Pertanto, secondo alcuni, non sussisterebbe un interesse concreto ed attuale del ricorrente principale volto ad escludere l'aggiudicatario/ricorrente incidentale. Tale interesse si configurerebbe solamente in capo alle altre imprese, classificatesi in posizione tale da ambire all'aggiudicazione in caso di esclusione del primo classificato.

Il Consiglio di Stato ha devoluto la questione alla Corte.

In particolare, è stato sottoposto il seguente quesito: «*Se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva [89/665] possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (articolo 112 del codice di procedura civile), prova dell'interesse affermato (articolo 2697 del codice civile), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (articolo 2909 del codice civile*)».

Dopo aver ricostruito il quadro normativo comunitario ed italiano, la Corte di Giustizia UE ha affermato che**, nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione, gli interessi perseguiti sono considerati in linea di principio equivalenti. Conseguentemente, sussiste in capo ai giudici l'obbligo di non dichiarare il ricorso principale irricevibile a causa del preventivo accoglimento di quello incidentale.**

Tale principio, ha aggiunto la Corte, «*risulta applicabile anche quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione. Infatti, l'offerente che, come nel presente caso, si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare,*

l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara. In particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa».

In altri termini, secondo il giudizio della Corte, la possibilità che dall'esclusione dell'aggiudicataria derivi un provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara (stante la non rispondenza delle altre offerte alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice), giustifica l'interesse alla proposizione del ricorso. Infatti, in tale ipotesi, essa potrebbe partecipare all'eventuale riedizione della gara.

Invero, la CGUE ha specificato che la ricevibilità del ricorso principale non è subordinata né alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella del ricorrente siano parimenti irregolari, né alla condizione che il suddetto fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà necessariamente indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico.

Alla luce di quanto precede, la Corte ha concluso dichiarando che: «*l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi*».

A ben vedere, una tale interpretazione, oltre a tutelare le prerogative del ricorrente principale per i motivi anzidetti, risponde anche ad esigenze di celerità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché a criteri di giustizia sostanziale.
Infatti, da un lato gli altri partecipanti alla gara vengono dispensati dal proporre ricorso avverso l'aggiudicataria, confidando nel preventivo accoglimento del suo ricorso incidentale (in quanto altrimenti il primo sarebbe giudicato irricevibile per carenza d'interesse). Dall'altro, si garantisce l'esclusione

dell’aggiudicatario/ricorrente incidentale, nell’ipotesi di presentazione di offerta irregolare, salvaguardando così l’interesse al ripristino della legalità nelle procedure ad evidenza pubblica, nonché la *par condicio* tra i partecipanti. Infatti, in presenza di due offerte viziate, risulterebbe iniquo escludere il solo ricorrente principale/non aggiudicatario.

37022-Sentenza CGUE ricorsi escludenti.pdfApri