

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

9 febbraio 2023 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori – Direttiva 89/665/CEE – Articolo 1, paragrafo 3 – Interesse ad agire – Accesso alle procedure di ricorso – Grave illecito professionale a causa di un accordo anticompetitivo – Altro operatore definitivamente escluso dalla partecipazione alla procedura di appalto in questione in assenza dei requisiti minimi richiesti»

Nella causa C-53/22,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), con ordinanza del 7 gennaio 2022, pervenuta in cancelleria il 25 gennaio 2022, nel procedimento

VZ

contro

CA,

nei confronti di:

RT,

BO,

Regione Lombardia,

Regione Liguria,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da D. Gratsias (relatore), presidente di sezione, M. Ilešič e I. Jarukaitis, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per VZ, da J.F.G. Brigandì e C. Mendolia, avvocati;
- per CA, da M.L. Tamborino, avvocatessa;
- per RT, da A. Clarizia, L. Pierallini, L. Sperati e P. Ziotti, avvocati;

- per BO, da A. Borsero, V. Cannizzaro, C. Merani e S. Ventura, avvocati;
- per il governo francese, da R. Bénard e A.-L. Desjonquères, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrůšek e G. Wils, 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 dell'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 (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra una società, VZ, e un'amministrazione aggiudicatrice, CA, in merito al rifiuto di quest'ultima di annullare la decisione di aggiudicazione a RT e a BO di un appalto pubblico relativo al servizio di elisoccorso da effettuare in Lombardia (Italia) e in Liguria (Italia).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 89/665

3 L'articolo 1 della direttiva 89/665, intitolato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio [del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65)] (...).

(...)

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

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, (...) sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno 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.

(...).

4 L'articolo 2 bis di tale direttiva, intitolato «Termine sospensivo», al paragrafo 2, primo e secondo comma, prevede quanto segue:

«La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2014/24/UE (...) non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, prima dello scadere di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto.

Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può essere più oggetto di una procedura di ricorso».

Direttiva 2014/24

5 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punti 2 e 3, della direttiva 2014/24, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 19) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»), ai fini della direttiva 2014/24, si intendono per «autorità governative centrali» le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato I di quest'ultima, nonché i soggetti giuridici che sono loro succeduti qualora siano stati apportati rettifiche o emendamenti a livello nazionale, e per «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali» tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali.

6 L'articolo 4 della direttiva 2014/24, intitolato «Importi delle soglie», dispone quanto segue:

«La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

c) [EUR] 221 000 (...) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; (...)

d) [EUR] 750 000 (...) per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV».

7 L'articolo 57 di tale direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», al paragrafo 4 così prevede:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;

(...)».

8 Né la Regione Lombardia (Italia) né la Regione Liguria (Italia) figurano tra le autorità menzionate nell'allegato I di detta direttiva.

Diritto italiano

9 L'articolo 80, comma 5, lettera c), del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016), come modificato dal decreto-legge del 14 dicembre 2018, n. 135 – Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione (GURI n. 290, del 14 dicembre 2018), così dispone:

«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (...) qualora:

(...)

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

(...)».

10 Ai sensi dell'articolo 35, comma 1, lettera b), dell'allegato 1 al decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 – Codice del processo amministrativo (supplemento ordinario alla GURI n. 156, del 7 luglio 2010), «[i]l giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso (...) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11 Con determina del 18 dicembre 2018, CA ha organizzato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di un servizio di elisoccorso in favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di Regione Lombardia e di Regione Liguria (in prosieguo: la «procedura controversa»), per un valore a base d'asta pari a EUR 205 581 900, IVA esclusa. Il bando di gara

indetto da CA richiedeva agli offerenti, a comprova della loro capacità tecnico-professionale, il possesso di una particolare certificazione.

12 VZ, che non possedeva tale certificazione e che, pertanto, non soddisfaceva i requisiti per partecipare alla procedura controversa, ha contestato, con ricorso depositato il 16 gennaio 2019 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), giudice del rinvio, tale bando di gara, nella parte in cui quest'ultimo richiedeva il possesso di detta certificazione. Con sentenza del 6 maggio 2019, tale giudice ha respinto detto ricorso. Tale sentenza è stata confermata con sentenza del Consiglio di Stato (Italia), del 26 febbraio 2020, ed è quindi passata in giudicato.

13 Con decisione del 13 febbraio 2019, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM, Italia), ha accertato che alcune imprese, tra cui BO, JF e RT, uniche concorrenti nell'ambito della procedura controversa, erano incorse, tra il 2001 e il mese di agosto 2017, in una grave violazione dell'articolo 101 TFUE, consistente, tra l'altro, in un accordo orizzontale anticompetitivo, avente ad oggetto la fissazione dei prezzi dei servizi con elicottero e volto a influenzare le stazioni appaltanti in ordine ai prezzi dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nel loro complesso, ivi inclusa la definizione della base d'asta dei servizi, con valori sovrastimati. L'AGCM ha irrogato sanzioni a BO, a JF e a RT. Ha tuttavia ritenuto che gli elementi raccolti in sede istruttoria non fossero sufficienti ai fini dell'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito della partecipazione alle gare d'appalto per i servizi.

14 CA ha ritenuto che tale decisione dell'AGCM non fosse rilevante ai fini della sua valutazione. Con decisione del 2 marzo 2020, CA ha aggiudicato due lotti dell'appalto oggetto della procedura controversa a RT e un lotto di tale appalto a BO.

15 Con ricorsi proposti dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), BO, RT e JF hanno contestato le sanzioni loro irrogate dall'AGCM. Tali ricorsi sono stati tutti respinti in quanto infondati. BO, RT e JF hanno proposto appello avverso le sentenze di tale tribunale dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo giudice ha confermato la sentenza del suddetto tribunale che aveva respinto il ricorso di JF, così come quella che aveva respinto il ricorso di RT, salvo per quanto riguarda l'importo della sanzione. L'appello proposto dinanzi al Consiglio di Stato da BO è ancora pendente.

16 Il 1° giugno 2020 VZ ha segnalato a CA la pronuncia della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che ha respinto il ricorso di RT avverso la decisione dell'AGCM. VZ ha fatto valere che tale sentenza poteva incidere sulla valutazione relativa all'integrità e affidabilità di RT nell'espletamento del servizio di elisoccorso e configurare un accertamento dell'esistenza di un grave illecito professionale, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici, tale da giustificare l'esclusione dalla partecipazione di RT alla procedura controversa. Ha quindi chiesto, in sostanza, l'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. Con provvedimento del 3 luglio 2020, CA ha considerato che la sentenza notificata da VZ non aggiungeva alcun elemento oltre a quelli già contenuti nel provvedimento dell'AGCM, già conosciuto e analizzato da CA. VZ ha proposto ricorso dinanzi al giudice del rinvio contro il provvedimento di CA.

17 Il giudice del rinvio rileva che, essendo VZ risultata definitivamente esclusa dalla partecipazione alla procedura controversa a seguito del rigetto definitivo del suo ricorso contro il bando di gara di cui trattasi, si deve ritenere, in linea di principio, conformemente alla giurisprudenza italiana, che essa non abbia legittimazione a contestare l'aggiudicazione dell'appalto in questione.

18 Tuttavia, a seguito della pronuncia delle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), nonché dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama* (C-131/16, EU:C:2017:358), la giurisprudenza italiana si sarebbe evoluta, nel senso di ritenere ricevibile, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto cui hanno partecipato solo due concorrenti, un ricorso finalizzato a ottenere la riedizione della procedura di aggiudicazione, presentato dal partecipante escluso per carenza dei requisiti minimi previsti nel bando di gara di cui trattasi. Nondimeno, alla luce della sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), i giudici italiani applicherebbero tale «innovativo orientamento» solo nel caso di «contestazioni incrociate», esaminate nell'ambito di un unico procedimento di ricorso relativo alla decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. Orbene, nel caso di specie, l'esclusione di VZ dalla partecipazione alla procedura controversa sarebbe stata confermata da una decisione giudiziaria che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che VZ proponesse un ricorso contro l'aggiudicazione di tale appalto.

19 Tuttavia, il giudice del rinvio osserva altresì che, nel caso di specie, VZ contesta il rifiuto di CA di annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi per un grave illecito professionale commesso da tutti gli offerenti, i quali, come confermerebbe la sentenza menzionata al punto 16 della presente sentenza, avrebbero partecipato a un'intesa anticoncorrenziale, il che configura un errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale.

20 Infine, il giudice del rinvio ricorda che, nella sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punti 27 e 28), la Corte ha rilevato che a un concorrente classificatosi al terzo posto, che ha presentato un ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, deve essere riconosciuto un interesse legittimo a chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente classificatosi al secondo posto anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, e ciò poiché non si può escludere che l'amministrazione aggiudicatrice interessata, in una simile ipotesi, si trovi a dover constatare l'impossibilità di selezionare un'altra offerta regolare e proceda quindi a organizzare una nuova procedura. Il giudice del rinvio ritiene che la situazione di VZ, ai fini della valutazione del suo interesse a ricorrere, parrebbe pertanto assimilabile a quella oggetto della causa che ha dato luogo alla sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675). Esso rileva, al riguardo, che VZ sostiene, prove alla mano, di essere stata in possesso, a partire dal mese di ottobre 2019, della particolare certificazione richiesta dal bando di gara relativo alla procedura controversa.

21 In tali circostanze, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 osta a che a un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, sia negata la possibilità di ricorrere avverso il diniego di annullamento dell'aggiudicazione, quando intenda dimostrare che l'aggiudicatario, e tutti gli altri concorrenti utilmente graduati, avevano commesso un grave illecito professionale, consistente nell'aver stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale solo successivamente alla sua esclusione, e ciò al fine di conseguire la possibilità di partecipare alla riedizione della procedura;

2) se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 e i principi [di diritto dell'Unione europea] in tema di tutela della concorrenza ostino a che sia precluso al giudice amministrativo lo scrutinio del ricorso presentato da un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante, rispetto agli atti di ammissione

e di aggiudicazione in favore di concorrenti che abbiano stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale, nello stesso settore oggetto della procedura».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

22 Nelle sue osservazioni depositate dinanzi alla Corte, CA fa valere che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile, in quanto le questioni sollevate sono generiche e ipotetiche, e che, in ogni caso, la risposta da fornirvi risulta chiaramente dalla giurisprudenza.

23 Al riguardo, occorre ricordare che spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumere la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte, in linea di principio, è tenuta a statuire. Ne consegue che le questioni sollevate dai giudici nazionali godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti che l'interpretazione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere in modo utile a tali questioni [sentenza del 20 ottobre 2022, Centre public d'action sociale de Liège (Revoca o sospensione di una decisione di rimpatrio), C-825/21, EU:C:2022:810, punto 34 e giurisprudenza ivi citata].

24 Orbene, il giudice del rinvio ha chiaramente indicato che, conformemente alle disposizioni procedurali del diritto italiano, come interpretate dalla giurisprudenza italiana, esso potrebbe essere indotto a respingere il ricorso di VZ per carenza di interesse ad agire, a meno che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, letto eventualmente alla luce delle norme sulla concorrenza del diritto dell'Unione, debba essere interpretato nel senso che esso osta a tale rigetto. Ne consegue che le questioni sollevate presentano un legame diretto con l'oggetto della controversia principale e non possono essere considerate puramente ipotetiche.

25 Inoltre, una domanda di pronuncia pregiudiziale non può essere respinta in quanto irricevibile per il solo motivo che, secondo l'opinione di una delle parti nel procedimento principale, la risposta alle questioni sollevate emerge già dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza del 24 febbraio 2022, Viva Telecom Bulgaria, C-257/20, EU:C:2022:125, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

26 Il governo francese sostiene, dal canto suo, nelle osservazioni depositate dinanzi alla Corte, che la seconda questione deve essere considerata parzialmente irricevibile, in quanto il giudice del rinvio ha ommesso di precisare i «principi [di diritto dell'Unione (...)] in tema di tutela della concorrenza» considerati in tale questione. Orbene, è evidente che i principi considerati sono quelli deducibili dalle norme del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, tra cui in particolare l'articolo 101 TFUE, il che risulta peraltro chiaramente dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio.

27 Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

28 Con le sue questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 debba essere interpretato, alla luce delle regole di concorrenza del diritto dell'Unione, nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfaceva una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara è stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle norme sulla concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

29 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che essi possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa da una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto (sentenza del 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a., C-328/17, EU:C:2018:958, punto 44 nonché giurisprudenza ivi citata).

30 Gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere tali procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione che essa deduce (sentenza del 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a., C-328/17, EU:C:2018:958, punto 45 nonché giurisprudenza ivi citata).

31 Secondo la giurisprudenza della Corte, la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire una condizione da soddisfare per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione di detto appalto, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665. Se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi (sentenze del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 27, nonché del 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a., C-328/17, EU:C:2018:958, punto 46).

32 Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta anche che, nell'ipotesi in cui un operatore non abbia presentato un'offerta in una procedura di aggiudicazione di un appalto che non aveva alcuna possibilità di ottenere, a causa della presenza, nei documenti relativi alla gara d'appalto o nel capitolato d'onori, di talune specifiche che non poteva rispettare, sarebbe eccessivo pretendere che, prima di poter avviare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 per contestare tali specifiche, egli presenti un'offerta nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza del 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a., C-328/17, EU:C:2018:958, punto 47 nonché giurisprudenza ivi citata).

33 Orbene, le questioni pregiudiziali sollevate riguardano l'ipotesi di un operatore che non ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto per il motivo che egli non soddisfaceva un requisito di partecipazione previsto dalla gara d'appalto di cui trattasi e che ha potuto contestare l'inclusione di tale requisito, in tale gara d'appalto, mediante la presentazione di un ricorso contro la gara d'appalto medesima, ricorso che è stato respinto con una

decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto in questione.

34 Alla luce della giurisprudenza citata ai punti 30 e 31 della presente sentenza, non si può ritenere che un simile operatore rientri nella nozione di «chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665.

35 È irrilevante, al riguardo, il fatto che nel frattempo tale operatore abbia adottato le misure necessarie per soddisfare la condizione richiesta dal bando di gara di cui trattasi, cosicché, in caso di annullamento della procedura di aggiudicazione di appalto alla quale non ha potuto partecipare e di organizzazione di una nuova procedura sulla base delle stesse condizioni, egli potrebbe presentare un'offerta e ottenere l'appalto in questione.

36 È vero che, chiamata a interpretare l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, la Corte ha dichiarato che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascun offerente ha un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'offerta degli altri ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, e del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27), indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, nonché del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punti 28 e 29).

37 Tuttavia, come precisato dalla Corte nella sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, punti da 30 a 32), le situazioni in esame nelle cause che hanno dato luogo alle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), erano caratterizzate dal fatto che, da un lato, le offerte dei soggetti interessati non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice interessata e, dall'altro, che ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare.

38 Per contro, qualora, prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, un offerente sia stato definitivamente escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto stesso con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice confermata da una decisione giurisdizionale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 non osta a che a tale offerente sia negato l'accesso a un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del relativo contratto (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, punti 35 e 36; dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, punti da 57 a 59, nonché del 24 marzo 2021, *NAMA e a.*, C-771/19, EU:C:2021:232, punto 42).

39 Infatti, come statuito dalla Corte, è il carattere non ancora definitivo della decisione di esclusione che determina la legittimazione ad agire di un offerente contro una decisione di aggiudicazione (sentenza del 21 dicembre 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, punti 73 e 74, nonché ordinanza del 17 maggio 2022, *Estaleiros Navais de Peniche*, C-787/21, non pubblicata, EU:C:2022:414, punto 25). Orbene, ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665, l'esclusione di un offerente dalla partecipazione a una procedura di gara d'appalto è definitiva se è stata comunicata a quest'ultimo e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso.

40 Inoltre, le considerazioni esposte al punto 38 della presente sentenza sono applicabili anche a un operatore che non abbia presentato offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfaceva una delle condizioni richieste dalla gara d'appalto di cui trattasi e non poteva aggiudicarsi tale appalto pubblico, e il cui ricorso contro tale gara d'appalto, che metteva in discussione la liceità dell'inclusione di tale condizione, sia stato respinto con una decisione che abbia acquisito autorità di cosa giudicata prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico. Infatti, la situazione di siffatto operatore non si distingue sostanzialmente, per quanto riguarda la sua esclusione definitiva da una procedura di aggiudicazione di questo tipo, da quella di un offerente come quello di cui al punto 38.

41 La sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), menzionata dal giudice del rinvio, non può condurre a una diversa conclusione.

42 Come risulta dai punti da 8 a 10 di tale sentenza, quest'ultima non riguarda l'ipotesi di un offerente la cui esclusione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di un appalto sia stata giudicata lecita da una decisione giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, ma lo stesso caso di specie considerato nella giurisprudenza citata al punto 36 della presente sentenza, vale a dire quello di un offerente che contesta la liceità dell'ammissione dell'offerta di uno o più altri offerenti e che si trova esso stesso di fronte a una contestazione dell'ammissibilità della propria offerta, che non è stata decisa in via definitiva.

43 È in tali circostanze che si inseriscono le considerazioni esposte al punto 28 della suddetta sentenza, secondo le quali, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe decidere di annullare la procedura di aggiudicazione di cui trattasi e avviare una nuova procedura, a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese di tale amministrazione aggiudicatrice. Orbene, dette circostanze – che hanno condotto la Corte a statuire, al punto 29 della medesima sentenza, che, in simili circostanze, la ricevibilità del ricorso principale non può, a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665, essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari – non sussistono nel procedimento principale.

44 Infine, la circostanza che un operatore definitivamente escluso dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto invochi, a sostegno del suo ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o contro il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice di riconsiderare tale decisione, la partecipazione di tutti gli offerenti in tale appalto a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza non può giustificare una diversa interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665.

45 Infatti, un operatore che si trovi in una situazione del genere non si distingue, in definitiva, da qualsiasi altro operatore che avrebbe potuto potenzialmente presentare un'offerta. Orbene, dalla giurisprudenza citata al punto 31 della presente sentenza risulta che quest'ultima circostanza non è

sufficiente a giustificare che un operatore siffatto rientri nella nozione di «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», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665.

46 Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

Sulle spese

47 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 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014,

deve essere interpretato nel senso che:

esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle

regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico.

Gratsias

Ilešič

Jarukaitis

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 9 febbraio 2023.

Il cancelliere
A. Calot Escobar

Il presidente di sezione
D. Gratsias

* Lingua processuale: l'italiano.