

## Ricorso giurisdizionale in tema di appalti

**Autore:** Biamonte Alessandro

**In:** Giurisprudenza commentata

Con l'ordinanza di rinvio della questione pregiudiziale il T.A.R. Liguria ha chiesto alla UE se sia l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, sia l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 ostino a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente agli operatori economici di proporre un **ricorso giurisdizionale** contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una **procedura d'appalto** alla quale essi hanno deciso di non partecipare, poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto pubblico di cui trattasi.

### Le procedure del ricorso

Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a garantire che le procedure di ricorso previste da tale direttiva **siano accessibili** «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata del diritto dell'Unione in materia di **appalti pubblici o delle disposizioni nazionali** che attuano tale diritto (v., in tal senso, sentenze del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punto 25, e del 5 aprile 2016, PFE, C 689/13, EU:C:2016:199, punto 23). Essi non sono dunque tenuti a rendere dette 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 da essa denunciata (v., in tal senso, sentenze del 19 giugno 2003, Hackermüller, C 249/01, EU:C:2003:359, punto 18 e del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punto 26).

### L'aggiudicazione di un appalto

La partecipazione a un procedimento di **aggiudicazione di un appalto** può, in linea di principio, validamente costituire, riguardo all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, una condizione che deve essere soddisfatta per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o 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'aggiudicazione di cui trattasi (sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punto 27).

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 per l'appunto impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, sarebbe tuttavia eccessivo esigere che tale impresa, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, 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 (v., in tal senso, sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punti 28 e 29).

Nella sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service (C 230/02, EU:C:2004:93), la considerazione in base alla quale le possibilità per la Grossmann Air Service di aggiudicarsi l'appalto erano nulle era legata al fatto, ricordato al punto 17 di tale sentenza, che essa non disponeva di aerei di grandi dimensioni, per cui non era, per definizione, in grado di fornire tutte le prestazioni richieste dall'**amministrazione aggiudicatrice**.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e anche per effetto della sentenza n. 245/2016 della Corte costituzionale l'interesse ad agire può essere eccezionalmente riconosciuto a un operatore economico che non ha presentato alcuna offerta, nelle «ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta».

Si deve pertanto constatare che i **requisiti sia dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665** sia dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 sono soddisfatti se un operatore che non ha formulato alcuna offerta è titolato in termini di legittimazione qualora ritenga che talune specifiche contenute nella documentazione di gara rendano impossibile la formulazione stessa di un'offerta.

Tuttavia un siffatto ricorso siffatto non può porsi a detrimento degli obiettivi di rapidità ed efficacia contemplati sia dalla direttiva 89/665 sia dalla **direttiva 92/13**, così da ritenersi esperibile una volta che la decisione di aggiudicazione dell'appalto sia stata adottata dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punto 37).

Inoltre, poiché è solo in via eccezionale che un diritto di proporre ricorso può essere riconosciuto a un operatore che non ha presentato alcuna offerta, non si può considerare eccessiva la richiesta che quest'ultimo dimostri che le clausole del bando rendevano impossibile la formulazione stessa di un'offerta.

Nondimeno, benché il grado di esigenza della **prova** non sia di per sé contrario al diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, non si può escludere che, tenuto conto delle circostanze specifiche del procedimento principale, la sua applicazione possa comportare una violazione del diritto di proporre ricorso che le ricorrenti nel procedimento principale derivano sia dall'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 sia dall'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13.

**Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/ricorso-giurisdizionale-in-tema-di-appalti/>