

*LA PAROLA AGLI “ESCLUSI”: LA CORTE DI GIUSTIZIA DIFENDE IL DIRITTO AL RICORSO CONTRO LE DECISIONI DELLE AMMINISTRAZIONI APPALTANTI.*

Nota del dott. Marcello Salerno\*



**Corte di giustizia, VI, 19 giugno 2003, C-249/01, Werner Hackermüller**

*Appalti pubblici – Direttiva 89/665 – Procedure di ricorso – Persone alle quali devono essere accessibili le procedure di ricorso.*

*L'art. 1, n. 3, della direttiva CEE 89/665 del Consiglio del 21-12-1989 (in G.U.C.E., L 395, del 30-12-1989, 33 ss.) 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 CEE 92/50 del Consiglio del 18-6-1992 (in G.U.C.E., L 209, del 24-7-1992, 1 ss.) che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non impedisce che le procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata.*

*La stessa direttiva impedisce che ad un offerente venga negato l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva per contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, per il motivo che tale offerta avrebbe dovuto essere preliminarmente esclusa da detta autorità aggiudicatrice per altre ragioni e che, pertanto, egli non è stato o non rischia di essere leso dall'illegittimità da lui denunciata.*



**Corte di giustizia, VI, 19 giugno 2003, C-410/01, Fritsch**

*Appalti pubblici – Direttiva 89/665 – Procedure di ricorso – Persone alle quali devono essere accessibili le procedure di ricorso – Nozione di interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico.*

*L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 impedisce di considerare venuto meno l'interesse di un imprenditore, che ha partecipato ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ad ottenere detto appalto, per il motivo che prima di avviare la procedura di ricorso prevista da tale direttiva, egli ha omesso di adire una commissione di conciliazione, quale la Bundes-Vergabekontrollkommission, prevista dalla legge federale austriaca del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.*

---

\* Articolo estratto dalla riv. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV/2003, p. 2025-2028.

1. Il diritto di accedere alle procedure di ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto pubblico rappresenta indubbiamente l'elemento fondante sul quale si regge l'intera struttura della dir. 89/665 (che mira al coordinamento delle disposizioni relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, più semplicemente, direttiva ricorsi). Essa, già all'art. 1, impone l'obbligo agli Stati membri di prendere «*i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ... , le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile*», attribuendo poi il diritto di accesso a tali ricorsi «*per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico ... e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata*».

La legittimazione a ricorrere, che rappresenta il risvolto processuale di un interesse ritenuto degno di protezione giurisdizionale, si presenta, già nella lettera della direttiva, in una accezione piuttosto ampia (in tal senso v. G. Morbidelli, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 836). Tale idea può ritenersi avvalorata da almeno due elementi. Il primo è rappresentato dal riconoscimento del diritto di accesso alle procedure di ricorso non solo a chi viene lesa, ma anche a chi «rischi di essere lesa» dalla violazione denunciata; il che permette di ricomprendere anche chi solo in potenza presenta un interesse ad addivenire ad una nuova determinazione ad egli più favorevole. Il secondo elemento si evince dalla presenza, nell'enunciato linguistico, dell'espressione “per lo meno”, che lascia agli Stati membri liberi di allargare ulteriormente la categoria dei soggetti legittimati a ricorrere contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici.

In verità, se si scatta una istantanea sull'intera direttiva ricorsi, si rinvengono, in linea generale, tutti gli elementi che tipicamente permettono di individuare il risultato da raggiungere e lasciano agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità in merito alla forma e ai mezzi di realizzazione. Ciò si giustifica soprattutto per l'estrema diversificazione esistente tra i sistemi giudiziari nei vari Stati membri,

sui quali la direttiva inevitabilmente va ad incidere (cfr. al riguardo L. Balucani, *Il contenzioso in materia di gare d'appalto nella normativa comunitaria*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1994, 260; per una analisi più generale delle procedure di ricorso in materia di appalti si rinvia a S. Arrowsmith (cur.), *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community*, IV, Winteringham, Earls Gate Press, 1993).

2. La concreta determinazione dei soggetti legittimati a ricorrere costituisce indubbiamente un punto di criticità, un importante passaggio procedurale, sul quale rischiano di annidarsi e di proliferare tentativi di discriminazione e di scorretta gestione degli appalti da parte delle amministrazioni pubbliche. Sulla base di questa consapevolezza, le due sentenze in epigrafe rappresentano un importante contributo per puntualizzare taluni irrinunciabili principi.

In entrambe le cause il *Bundesvergabeamt*, organismo competente, secondo la normativa austriaca, a giudicare se un appalto non è stato attribuito al miglior offerente, solleva questione pregiudiziale presso la Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 1 della dir. 89/665. In entrambi i casi l'obiettivo del giudice austriaco è ogni volta quello di stabilire se il ricorrente che si oppone alla decisione di aggiudicazione, abbia effettivamente diritto di accesso alle procedure di ricorso.

Nella causa C-249/01 il ricorrente è il sig. Hackermüller, che si oppone alla decisione dell'appaltante in quanto non sarebbero stati rispettati i criteri di aggiudicazione previsti dal bando. Ricorso che, in un primo momento, viene respinto dal *Bundesvergabeamt* proprio per mancanza di legittimazione ad agire. Tale decisione deriva da un complesso *iter* argomentativo che è necessario ripercorrere.

La normativa austriaca prevede che può impugnare la decisione adottata dall'autorità aggiudicatrice solo chi ha un interesse alla conclusione di un contratto e se dall'illegittimità della decisione deriva o rischia di derivargli un danno (art. 115, n. 1, della legge federale n. 1997/56 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, emanata in recepimento della dir. 89/665). Secondo il giudice austriaco tale circostanza non ricorre. Infatti, secondo la legge federale

sugli appalti (art. 52, n. 1, p.to 8), l'autorità aggiudicatrice deve, prima di scegliere definitivamente l'offerta, escludere immediatamente, sulla scorta dei risultati dell'esame delle offerte, quelle incompatibili con quanto stabilito nel bando. Nel caso del sig. Hackermüller sussisteva proprio un motivo di esclusione nell'aver inserito, tra gli atti presentati nella partecipazione al bando, indicazioni che consentivano di risalire all'autore (precisamente il proprio nome e cognome). Da tale circostanza il giudice austriaco fa derivare che il progetto dovesse essere escluso sin dalla prima fase della procedura e che quindi, al momento della aggiudicazione dell'appalto, il sig. Hackermüller non poteva più subire alcuna lesione dei suoi diritti e, dunque, non era più legittimato a presentare ricorso.

Tale sentenza viene successivamente annullata dalla Corte costituzionale austriaca per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice; ed è per questo che il *Bundesvergabeamt*, reinvestito della questione, sospende il giudizio per sottoporla alla Corte di giustizia. In particolare al giudice comunitario viene chiesto se, ai sensi dell'art. 1 della dir. 89/665, la legittimazione a presentare un ricorso spetta a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto o, in caso contrario, se tale diritto spetta ad un offerente che si trovi nella situazione descritta.

La soluzione della Corte di giustizia appare per molti versi prevedibile, oltre che ragionevole, soprattutto se letta nell'ottica di un principio generale di "giustiziabilità" degli atti produttivi di effetti giuridici definitivi: principio che di certo appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è entrato a pieno titolo nell'ordinamento comunitario (cfr. Corte giust., sent. 11-1-2001, causa C-1/99, *Cofisa Italia*, in *Racc.*, I-207, p.to 46). Difatti, da un lato, la sentenza richiama ciò che viene stabilito nella dir. 89/665, ossia che il diritto al ricorso non spetta a chiunque, ma solo a chi viene lesa o rischia di essere lesa dalla violazione denunciata; conseguentemente tale disposizione non obbliga gli Stati membri a rendere le procedure di ricorso accessibili a tutti, ma al contrario consente loro di introdurre dei limiti, al fine di esigere che ricorra tale presupposto. D'altro canto però, se ciò vale in linea generale, la Corte di giustizia non ritiene che tale diritto possa essere limitato nel caso in specie. Nella situazione

oggetto del rinvio pregiudiziale, infatti, si nega ad un offerente l'accesso alle procedure di ricorso, adducendo il motivo che l'autorità aggiudicatrice avrebbe dovuto escludere l'offerta prima ancora di procedere alla selezione. Ma lasciar passare un tale principio, secondo la Corte, significherebbe privare l'offerente di qualsiasi possibilità di ricorrere, non solo contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ma anche contro quella di essere escluso dalla selezione. In altri termini la decisione con la quale l'autorità aggiudicatrice esclude l'offerta di un interessato, prima di procedere alla selezione, rientra a pieno titolo tra i provvedimenti contro i quali deve essere possibile ricorrere (la definizione di tali provvedimenti, ai sensi dell'art. 1, n 1, dir. 89/665, è già stata oggetto di interpretazione estensiva da parte della Corte di giustizia; al riguardo cfr.: Corte giust., sent. 18-06-2002, causa C-92/00, *HI*, in *Racc.*, I-5553, p.to 37; Corte giust., sent. 23-01-2003, causa C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki*, in *Racc.*, I-01091, p.to 68). In assenza di una decisione di esclusione, dunque, si è anche negato all'offerente il diritto di contestarne la fondatezza.

Coerentemente con tale linea di principio, la sentenza, quasi suggerendo la corretta procedura da adottare, sottolinea che «certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione, nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata» (p.to 27). Come dire che non è l'aspetto formale (la presenza o meno di una decisione di esclusione) l'elemento sul quale la Corte di giustizia fonda le sue conclusioni, ma l'aspetto sostanziale, costituito dal diritto irrinunciabile del soggetto destinatario della decisione di contestarne davanti a un giudice, non importa in quale sede o circostanza, la fondatezza.

3. Nella causa C-410/01 il ricorrente al *Bundesvergabeamt* è invece un consorzio di offerenti, che si oppone ai criteri di aggiudicazione previsti dal bando, giudicandoli non conformi alla legge. In questo caso l'appaltante contesta al consorzio il diritto di accesso alle procedure di ricorso in quanto non ricorrerebbe uno dei requisiti indispensabili previsti dalla normativa nazionale e comunitaria (prima richiamata) per esercitare tale diritto, ossia l'interesse da parte del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e a concludere il contratto. Un tale assunto viene argomentato dall'amministrazione appaltante sulla base del fatto che il consorzio non aveva adottato tutte le procedure previste dalla legge federale sugli appalti, prima di intentare ricorso al *Bundesvergabeamt*. Più precisamente, la normativa austriaca prevede che, fino al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, una apposita commissione federale di controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (il *Bundes-Vergabekontrollkommission*) sia competente a conciliare le discordanze di valutazione che sorgono tra gli organi di aggiudicazione e gli offerenti. Ciò premesso, poiché il consorzio di offerenti contestava elementi (i criteri di aggiudicazione dell'appalto) di cui era a conoscenza già al momento dell'emanazione del bando, avrebbe dovuto sollevare le proprie eccezioni presso tale commissione di controllo e prima che avvenisse l'aggiudicazione dell'appalto. Tale omissione dimostrerebbe il disinteresse del ricorrente a concludere il contratto e quindi la preclusione del diritto di eccepire vizi di fronte al *Bundesvergabeamt* nella fase successiva all'aggiudicazione.

La questione viene esaminata dalla Corte alla luce delle finalità generali della direttiva ricorsi: rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale che su quello comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti (cfr. secondo *considerando* della dir. 89/665), e fare in modo che tali meccanismi siano rapidi ed efficaci (art. 1, dir. cit., ma cfr. anche Corte giust., sent. 28-10-1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria e a.*, in *Racc.*, I-7671, p.ti 33 e 34; Corte giust., sent. 12-12-2002, causa C-470/99, *Universale Bau e a.*, in *Racc.*, I-11617, p.to 74). Sotto questo punto di vista, subordinare il diritto di ricorso al previo passaggio presso la commissione di conciliazione, comporta inevitabilmente l'effetto di ritardare l'avvio delle procedure di ricorso

e dunque di comprometterne la rapidità. A ciò si collega il fatto che – e questa appare la motivazione più forte a sostegno della tesi della Corte – la commissione di conciliazione di cui si tratta non possiede i poteri che la direttiva obbliga a concedere alle istituzioni responsabili delle procedure di ricorso (il potere di prendere provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti e il potere di annullare o far annullare le decisioni illegittime, cfr. art. 2, n. 1, dir. cit.) e perciò tale organismo non garantisce l’applicazione effettiva delle direttive comunitarie.

Ancora una volta, dunque, la Corte analizza la questione partendo dalla polpa, che in questo caso consiste nella reale possibilità che l’ordinamento dello Stato membro garantisca all’interessato di ricorrere davanti a un giudice, in un contesto di rapidità e di efficacia. Limitare il diritto di accesso alle procedure di ricorso attraverso l’obbligo di adire preventivamente a una commissione di conciliazione, quale quella prevista nell’ordinamento austriaco, costituisce, in quest’ottica, un passaggio procedurale che ostacola la realizzazione degli obiettivi previsti dalla direttiva.

**4.** Le soluzioni adottate nelle sentenze in epigrafe rispecchiano una nozione “ampia” della legittimazione a ricorrere che, oltre a trovare fondamento già nella stessa direttiva ricorsi, è stata costantemente valorizzata nella giurisprudenza comunitaria (Corte giust., sent. 28-10-1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria e a.*, cit., p.to 35; Corte giust., sent. 17-9-1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.*, I-4961, p.to 46). Ciò contribuisce a delineare un atteggiamento della Corte di giustizia che si potrebbe definire “precauzionale”, ossia che nel dubbio se attribuire o meno un diritto di tutela giurisdizionale ai partecipanti alla gara, tende a preferire la soluzione che assicura a questi ultimi le maggiori garanzie. E’ significativo, a tal riguardo, che in entrambe le sentenze i giudici della Corte superano, proprio in senso più garantista, la soluzione prospettata dall’Avv. gen. J. Mischo. Per esempio, nella causa C-410/01 l’Avvocato generale proponeva di interpretare la dir. 89/665 in senso non ostativo rispetto ad una norma nazionale che esclude l’interesse ad ottenere l’appalto, nei confronti di un offerente che non abbia preso tutte le misure che sono

*ragionevolmente* a sua disposizione per evitare che l'appalto sia aggiudicato ad un altro offerente; quindi, suggeriva di rinviare al giudice nazionale il compito di stabilire se, nel caso in specie, il rimedio consistente nell'adire alla commissione di conciliazione fosse, in tale ottica, "ragionevole". Suggerimento disatteso, perché, in entrambe le decisioni in commento, la metodologia funzionalista della Corte di giustizia fa convergere tutte le tensioni verso un unico imperativo: l'offerente «*deve* essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione» (p.to 29, sent. in epigrafe, causa C-249/01; il corsivo è mio), non solo in applicazione dei principi generali di tutela e garanzia giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche, e soprattutto, perché attraverso una maggiore estensione del campo d'azione dei ricorsi si aumenta la dose di effettività nell'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in ogni fase della procedura di aggiudicazione.