

La pregiudizialità tra pronunzie e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse

Gara a due contraenti- pregiudizialità tra pronunzie- legittimazione ad agire- difetto di interesse- “offerente non interessato”-effetti retroattivi delle sentenze amministrative- preclusione della tutela giurisdizionale

In materia di contratti pubblici, la pregiudizialità tra pronunzie determina la dichiarazione di inammissibilità del ricorso in primo grado per difetto di interesse, laddove il giudice di appello dichiara il ricorrente definitivamente escluso dalla gara. Tale pregiudizialità si traduce nella riaffermazione degli effetti *ex tunc* delle sentenze amministrative. Per costante orientamento giurisprudenziale, l'incidenza del giudicato di appello che attiene a una questione pregiudiziale rispetto a quella proposta nel ricorso dinanzi al giudice di prime cure, avverso l'aggiudicazione della gara, conduce alla dichiarazione di inammissibilità dello stesso per carenza di interesse, ai sensi dell'art. 35 c.p.a. L'interesse del ricorrente alla prosecuzione del giudizio caducatorio viene “degradato” a mero interesse di fatto all'annullamento della selezione. Il ruolo del ricorrente, a seguito della definitiva esclusione in via giudiziale, coincide con quello di un “offerente non interessato”, ossia un qualsiasi operatore del settore che non ha partecipato alla gara e sia privo di titolo a impugnare gli atti della stessa.

La fattispecie in esame concerne la proposizione di gravame avverso una determinazione del Comune di Mantova da parte di una società esclusa in una gara aggiudicata poi all'unica contro interessata. La particolarità della controversia è dettata dalla proposizione di due distinti ricorsi. Il primo, contestando l'esclusione della società suddetta e la mancata esclusione della contro interessata; ha avuto esito negativo sia in primo grado che in appello, che si è pronunciato sulla legittimità della esclusione medesima. Il secondo, oggetto dell'odierna riflessione, è definito con la consequenziale dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse ai sensi dell'art. 35 c.p.a.

La non operatività della linea ermeneutica delle sentenze della Corte di Giustizia europea

In punto di interesse, nel secondo ricorso la parte ricorrente ha evidenziato che la decisione non fosse subordinata all'esito del giudizio di appello, relativo alla legittimità dell'esclusione dalla gara. Tuttavia, i principi in tema di legittimazione a agire affermati nelle note sentenze *Fastweb* e *Puligenica* della Corte di Giustizia europea, non sono stati ritenuti applicabili nella fattispecie, sussistendo elementi eterogenei rispetto ai casi suddetti. La condizione per riconoscere operatività alle sentenze comunitarie è affermata dalla stessa Corte europea: occorre che le censure incrociate siano promosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva. La pronuncia in appello emessa dal Consiglio di Stato risulta essere decisiva poiché determina la non applicabilità delle sentenze citate, nel momento in cui legittima in via definitiva l'esclusione della ricorrente dalla gara. In virtù di tale incontrovertibile statuizione la posizione della ricorrente difetta quindi della legittimazione a agire, essendo venuto meno l'interesse alla prosecuzione del giudizio avverso l'aggiudicazione. La società è considerata alla stregua di un qualsiasi operatore non partecipante alla gara che vanta al più un interesse di mero fatto alla presentazione della propria offerta nell'ipotesi di riedizione della gara.

L'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 3 della direttiva 89/665 del Consiglio europeo, come modificata dalla direttiva 2007/66 del Parlamento europeo e del Consiglio non può dirsi operante

nella fattispecie sottoposta alla T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I alla luce delle considerazioni svolte, relative alla mancanza degli elementi differenziali concorrenti espressi nelle sentenze della Corte di Giustizia europea.

Il Collegio esplica la *ratio* del rito super accelerato in materia di appalti pubblici ex art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a. mediante il richiamo del parere n. 782/2017 reso dal Consiglio di Stato, secondo cui esso risponde alla “finalità di determinare in modo definitivo e non più contestabile l’ambito dei partecipanti a una gara” in una fase anteriore al contenzioso nell’aggiudicazione. La portata necessariamente retroattiva delle sentenze rese dal giudice amministrativo inoltre determina il “venir meno *ex tunc* dell’interesse alla prosecuzione del giudizio ovvero l’aggiudicazione”. La tutela giurisdizionale è preclusa poiché il ricorrente è da considerarsi quale offerente non interessato dal momento in cui la sua esclusione dalla gara è stata dichiarata legittima in via definitiva. Per effetto di tale esclusione, il soggetto rimane privo sia del titolo a partecipare alla gara che a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali.