Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione)

21 dicembre 2016*

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 89/665/CEE — Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici — Articolo 1, paragrafo 3 — Interesse ad agire — Articolo 2 bis, paragrafo 2 — Nozione di "offerente interessato" — Diritto di un offerente definitivamente escluso dall'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere avverso la successiva decisione di aggiudicazione dell'appalto»

Nella causa C-355/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria), con decisione del 20 maggio 2015, pervenuta in cancelleria il 13 luglio 2015, nel procedimento

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH,

contro

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da M. Vilaras, presidente di sezione, M. Safjan e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

— per la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, da J. Schramm, Rechtsanwalt;

— per l'Universität für Bodenkultur Wien, da O. Sturm, Rechtsanwalt;

— per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;

* Lingua processuale: il tedesco.

— per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;

— per la Commissione europea, da B.-R. Killmann e A. Tokár, 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 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU 2007, L 335, pag. 31) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (in prosieguo, nel complesso: il «gruppo»), da un lato, e l'Universität für Bodenkultur Wien (Università delle risorse naturali e delle scienze della vita di Vienna, Austria; in prosieguo: la «BOKU Wien»), dall'altro lato, in merito alla conclusione, da parte di quest'ultima, di un accordo quadro su appalti pubblici di servizi con la VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (in prosieguo: la «Vamed»).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 89/665

3 I considerando 3, 4, 6, 8, 18, 25 e 27 della direttiva 2007/66, direttiva modificativa da cui procede la direttiva 89/665, così recitano:

«(3) Le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui [in particolare alla direttiva 89/665] non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. (…)

(4) Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa (…).

(…)

(6) Il termine sospensivo dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace. (…)

(…)

(8) (…) [U]n termine sospensivo non è necessario se l'unico offerente interessato è quello cui è aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati. In questo caso non vi sono altri partecipanti alla procedura d'appalto che abbiano interesse a ricevere la notifica e a beneficiare del termine sospensivo che consente loro di presentare un ricorso efficace.

(…)

(18) Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni [in particolare, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114, e rettifiche GU 2004, L 351, pag. 44, e GU 2005, L 329, pag. 40)] nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

(…)

(25) (…) [L]a necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti.

(…)

(27) (…) Per motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto è limitata ad un determinato periodo. L'effettività di tali termini dovrebbe essere rispettata».

4 L'articolo 1 della direttiva 89/665 così recita:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

(…)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(…)

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

(…)».

5 La direttiva 89/665 prevede numerose ipotesi in cui, in seguito all'adozione della decisione di assegnazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice è temporaneamente sottoposta al divieto di concludere un contratto con il soggetto aggiudicatario. Un simile divieto risulta in particolare dall'effetto sospensivo automatico connesso agli eventuali ricorsi preliminari proposti presso l'amministrazione aggiudicatrice, in conformità all'articolo 1, paragrafo 5, di tale direttiva, e ai ricorsi dinanzi ad un organo di primo grado responsabile per le procedure di ricorso, in conformità all'articolo 2, paragrafo 3, della stessa. Tale divieto integra l'obbligo imposto all'amministrazione aggiudicatrice, di cui all'articolo 2 bis della medesima direttiva, di rispettare un termine sospensivo tra l'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto con il soggetto aggiudicatario di detto appalto. Detto articolo 2 bis così dispone:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché i soggetti di cui all'articolo 1, paragrafo 3, dispongano di termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto prese dalle amministrazioni aggiudicatrici adottando le disposizioni necessarie nel rispetto delle condizioni minime di cui al paragrafo 2 del presente articolo e all'articolo 2 *quater*.

2. La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva [2004/18] non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data 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 un termine 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.

(…)

La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da:

— una relazione sintetica dei motivi pertinenti (…), e

— una precisa indicazione del termine sospensivo esatto applicabile conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale di trasposizione del presente paragrafo».

6 L'articolo 2 ter, primo comma, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri possono prevedere che i termini di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva non si applichino nei seguenti casi:

(…)

b) se l'unico offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati;

(…)».

7 L'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, della medesima direttiva prevede quanto segue:

«Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

(…)

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva [2004/18], se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

(…)».

Direttiva 2004/18

8 In base all'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU 2011, L 319, pag. 17) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»), tale direttiva si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali, il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore a EUR 200 000.

9 L'articolo 44 della stessa direttiva, al paragrafo 1, così recita:

«L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell'articolo 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

Diritto austriaco

10 L'articolo 331 del Bundesvergabegesetz 2006 (legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2006, BGBl. I, 17/2006), nella versione applicabile nel procedimento principale, è contenuto nella parte di tale legge relativa alle procedure di accertamento. Il paragrafo 1 di tale articolo così recita:

«Un imprenditore interessato alla stipula di un contratto ricompreso nell'ambito di applicazione della presente legge federale può chiedere l'accertamento, qualora sia stato o rischi di essere leso a causa della presunta illegittimità (…)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11 Nel corso del mese di ottobre del 2012 la BOKU Wien ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nella forma di una procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, per la conclusione, con un aggiudicatario unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza tecnica degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio.

12 Solamente il gruppo e la Vamed hanno presentato un'offerta entro il termine stabilito.

13 Con decisione del 20 dicembre 2013, notificata al gruppo, quest'ultimo è stato escluso dalla citata procedura di aggiudicazione, non avendo fornito tempestivamente in originale la prova della costituzione di una garanzia bancaria.

14 Il ricorso avverso tale decisione proposto dal gruppo è stato respinto con sentenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria) del 31 gennaio 2014. Il ricorso straordinario per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso detta sentenza è stato respinto con ordinanza del Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) del 25 maggio 2014.

15 Con decisione di aggiudicazione del 14 marzo 2014, notificata alla Vamed, la BOKU Wien ha prescelto l'offerta di quest'ultima. L'accordo quadro è stato susseguentemente concluso e la Vamed ha cominciato ad eseguire le relative prestazioni.

16 Il gruppo ha proposto ricorso dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) avverso tale decisione di aggiudicazione. Detto ricorso è stato respinto con sentenza dell'8 agosto 2014 in base al motivo che i diritti di un offerente la cui offerta sia stata legittimamente esclusa non sono suscettibili di essere lesi da illegittimità riguardanti la selezione di un'altra offerta ai fini dell'aggiudicazione.

17 Nell'ambito del ricorso per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso tale ultima sentenza dinanzi al giudice del rinvio, il gruppo fa valere che la situazione nel procedimento principale e il caso all'origine della sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sono simili. In entrambi i casi, infatti, erano presenti solamente due offerenti e, benché in effetti escluso, il gruppo sostiene che l'offerta della Vamed avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto i calcoli relativi a voci essenziali di tale offerta sarebbero inspiegabili e incomprensibili sul piano economico. Pertanto, come nell'ambito della citata sentenza, vi sarebbero due offerenti, ciascuno dei quali presenterebbe analogo interesse economico all'esclusione dell'altrui offerta e potrebbe far valere tale interesse anche in caso di esclusione della propria offerta.

18 Il giudice del rinvio espone che, in conformità all'articolo 331 della legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2006, la ricevibilità di un ricorso che mira a far accertare l'irregolarità di una decisione in materia di appalti pubblici è subordinata al fatto che l'operatore economico ricorrente avesse un interesse alla conclusione del contratto di cui trattasi e che detta irregolarità l'abbia danneggiato o rischi di danneggiarlo.

19 Esaminando la sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), il giudice del rinvio osserva che, nell'ambito di tale sentenza, l'irregolarità dell'offerta del concorrente autore del ricorso giurisdizionale è stata accertata non dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato, bensì nell'ambito del procedimento giurisdizionale avviato da detto concorrente per contestare la decisione di aggiudicazione di tale appalto ad un diverso offerente. Il giudice del rinvio rileva che, al punto 33 di detta sentenza, la Corte ha considerato che, nell'ipotesi in cui la regolarità dell'offerta di entrambi gli offerenti venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, ciascuno di essi può far valere un analogo interesse legittimo

all'esclusione dell'offerta dell'altro. Ne conseguirebbe che, in tale situazione, l'offerente la cui offerta non sia stata prescelta beneficia di tutela giurisdizionale nonostante tale offerta non sia conforme alle specifiche tecniche dell'appalto in questione.

20 Il giudice del rinvio dubita che l'insegnamento che discende dalla sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sia applicabile anche quando due offerenti abbiano inizialmente presentato un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intende contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. I suoi dubbi si fondano su diversi elementi individuati nella direttiva 89/665, tra i quali figura, al primo posto in ordine di importanza, la nozione di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva.

21 Tuttavia, nonostante gli appaia che tale direttiva non protegga gli offerenti definitivamente esclusi contro le irregolarità in grado di incidere su una decisione di aggiudicazione successiva alla loro esclusione, il giudice del rinvio si domanda se il principio di parità di trattamento applicabile agli offerenti possa giustificare quantomeno la concessione, ad un tale offerente definitivamente escluso, di un diritto di ricorso avverso detta decisione quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in lizza.

22 Peraltro, per l'ipotesi in cui si dovesse ritenere che l'offerente definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione disponga comunque di un diritto di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, il giudice del rinvio espone, da un lato, che il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) ha anche considerato che non si dovesse tener conto dei motivi di esclusione dell'offerta della Vamed sollevati dal gruppo poiché questi non risultavano con evidenza dal fascicolo del procedimento. Orbene, una simile posizione potrebbe essere giustificata dalla necessità, menzionata all'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, di promuovere ricorsi quanto più rapidi possibile. Dall'altro lato, il giudice del rinvio si domanda se, nell'ambito del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, rilevi il fatto che i motivi per i quali le due offerte dovrebbero essere escluse siano della stessa identica natura o, al contrario, di natura diversa.

23 Alla luce di ciò, il Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) 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], alla luce dei principi espressi nella sentenza (…) del 4 luglio 2013, [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448),] debba essere interpretato nel senso che l'esperibilità delle procedure di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione (decisione sulla stipula di un accordo quadro) nonché avverso la conclusione del contratto (inclusa la concessione del risarcimento danni richiesto a termini dell'articolo 2, paragrafo 7, della stessa direttiva) può essere negata ad un offerente la cui offerta sia stata esclusa con provvedimento definitivo dall'ente aggiudicatore, e che pertanto non costituisca un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis della direttiva 89/665, anche nel caso in cui solo due offerenti abbiano presentato rispettivamente offerte e quella dell'aggiudicatario, in base agli argomenti dedotti dall'offerente non interessato [che ha proposto ricorso], avrebbe dovuta essere parimenti esclusa.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce dei principi enunciati nella sentenza (…) del 4 luglio 2013, [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], debba essere interpretato nel senso che è necessario garantire all'offerente non interessato (ai sensi dell'articolo 2 bis della stessa direttiva) l'esperibilità delle procedure di ricorso esclusivamente nel caso in cui:

a) dagli atti del ricorso risulti manifestamente l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario, e

b) l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario emerga per motivi della stessa identica natura».

Sulle questioni pregiudiziali

24 Preliminarmente si deve ricordare che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, la direttiva 89/665 si applica unicamente ai ricorsi relativi alle procedure di aggiudicazione di appalto pubblico di cui alla direttiva 2004/18 e non escluse dal campo di applicazione di tale ultima direttiva dagli articoli da 10 a 18 della stessa.

25 Sebbene la decisione di rinvio non contenga alcuna indicazione circa il valore dell'accordo quadro di cui al procedimento principale a proposito della soglia di applicabilità della direttiva 2004/18, stabilita in EUR 200 000 per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali, ai sensi dell'articolo 7, lettera b), di tale direttiva, da diversi elementi del fascicolo del procedimento nazionale emerge che detta soglia è stata ampiamente superata per quanto concerne il citato accordo quadro, circostanza che tuttavia spetta al giudice del rinvio verificare.

26 Dal momento che, peraltro, tale accordo quadro, per sua natura, non rientra tra le eccezioni di cui agli articoli da 10 a 18 della direttiva 2004/18, nulla osta a che la Corte risponda alle questioni sollevate.

Sulla prima questione

27 Con la prima questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce della sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), debba essere interpretato nel senso che esso osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico da una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva, e che, pertanto, non è un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis di detta direttiva, sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

28 Al riguardo si deve ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno 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 (v. sentenza del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 23).

29 Ai punti 26 e 27 di detta sentenza, la Corte ha sottolineato che la sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), costituisce una concretizzazione dei requisiti imposti dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentino ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione. In una simile situazione, infatti, ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto.

30 Tuttavia, la situazione di cui al procedimento principale è chiaramente distinta dalle situazioni discusse nelle due cause che hanno dato origine 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).

31 Da un lato, le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata dal gruppo nel procedimento principale.

32 Dall'altro lato, in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed 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 (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 24). Nel procedimento principale, per contro, il gruppo ha depositato un ricorso, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria.

33 Ne consegue che il principio giurisprudenziale espresso nelle 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), non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso di cui al procedimento principale.

34 Peraltro, si deve rilevare che, come risulta dall'articolo 1, paragrafo 3, e dall'articolo 2 bis della direttiva 89/665, quest'ultima assicura l'esercizio di ricorsi efficaci avverso le decisioni irregolari nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, consentendo ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata.

35 In tali circostanze, l'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva non può essere interpretato nel senso che osta a che a un offerente quale il gruppo sia negata la possibilità di ricorrere avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, poiché tale offerente deve essere considerato come un offerente definitivamente escluso ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, secondo comma, di detta direttiva.

36 Tutto ciò considerato, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Sulla seconda questione

37 Alla luce della risposta fornita alla prima questione, non è necessario rispondere alla seconda questione.

Sulle spese

38 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 (Ottava 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 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente

escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Firme