

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

24 marzo 2021 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Aggiudicazione di appalti nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni – Direttiva 92/13/CEE – Procedure di ricorso – Fase precontrattuale – Valutazione delle offerte – Rigetto di un’offerta tecnica e ammissione dell’offerta del concorrente – Sospensione dell’esecuzione di tale atto – Interesse legittimo dell’offerente escluso di contestare la regolarità dell’offerta dell’aggiudicatario»

Nella causa C771/19,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consiglio di Stato (Commissione per le sospensioni), Grecia], con decisione del 12 settembre 2019, pervenuta in cancelleria il 21 ottobre 2019, nel procedimento

NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE – LDK Symvouloi Michanikoi AE,

NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE,

LDK Symvouloi Michanikoi AE

contro

Archi Exetasis Prodikastikon Profigon (AEPP),

Attiko Metro AE,

con l’intervento di:

SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon – Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE – TPF Getinsa Euroestudios SL,

SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon,

Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE,

TPF Getinsa Euroestudios SL,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da M. Ilešič, presidente di sezione, E. Juhász (relatore) e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE – LDK Symvouloi Michanikoi AE, LDK Symvouloi Michanikoi AE, NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE, da S. Vlachopoulos e N. Gountza, dikigoroi;
- per Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP), da S. Karatza e F. Katsigianni, dikigoroi;
- per Attiko Metro AE, da G. Arvanitis e E. Christofilopoulos, dikigoroi;
- per SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon – Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE – TPF Getinsa Euroestudios SL, da K. Vrettos, dikigoros;
- per il governo ellenico, da K. Georgiadis, Z. Chatzipavlou e D. Tsagkaraki, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da A. Bouchagiar, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, 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, dell'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), nonché dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992, L 76, pag. 14), come modificata dalla direttiva n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva 92/13»), letti alla luce della giurisprudenza della Corte relativa a tali disposizioni.

2 Questa domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento di sospensione dell'esecuzione forzata intentato da un'associazione di imprese e dalle società che la compongono (in prosieguo: la «NAMA») contro l'Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon [Autorità per i ricorsi amministrativi precontenziosi in materia di appalti pubblici (AEPP), Grecia] e l'Attiko Metro AE, in merito alla legittimità di una decisione adottata da quest'ultima, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, sulla valutazione delle offerte tecniche presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici in materia di trasporto.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 A termini del secondo considerando della direttiva 92/13 «i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario per garantire [l'applicazione effettiva delle norme sugli appalti] non sono sempre adeguati».

4 L'articolo 1 della direttiva 92/13, intitolato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», ai paragrafi da 1 a 3 così dispone:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio [del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243)], a meno che tali appalti siano esclusi ai sensi degli articoli da 18 a 24, degli articoli da 27 a 30 o dell'articolo 34 o dell'articolo 55 di tale direttiva.

(...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/25/UE o dalla direttiva 2014/23/UE, le decisioni prese dagli enti aggiudicatori 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 tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti 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, 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 L'articolo 2 di tale direttiva, rubricato «Requisiti per le procedure di ricorso», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini del ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano:

o

a) di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore;

e

b) di annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nel bando di gara, nell'avviso periodico indicativo, nella comunicazione sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a

presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto;

oppure:

c) di prendere con la massima sollecitudine, se possibile con procedura d'urgenza e se necessario con procedura definitiva, altri provvedimenti, diversi da quelli indicati nelle lettere a) e b), intesi a riparare la violazione e impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco, in particolare la facoltà di imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata.

Gli Stati membri possono operare la scelta in ordine a tale alternativa per tutti gli enti aggiudicatori o per categorie di enti definite mediante criteri oggettivi, salvaguardando in ogni caso l'efficacia dei provvedimenti previsti allo scopo di impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco;

d) e, nei due casi summenzionati, di accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, se il loro ordinamento giuridico interno lo richiede e se dispone di organi che hanno competenze necessarie a tal fine, la decisione contestata deve per prima cosa essere annullata o dichiarata illegale.

2. I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2 quinquies e 2 sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

3. Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'ente aggiudicatore, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'ente aggiudicatore non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, e all'articolo 2 quinquies, paragrafi 4 e 5.

(...)

9. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, devono essere adottate disposizioni secondo le quali ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo [267 TFUE] e che sia indipendente dagli enti aggiudicatori e dall'organo di base.

(...).».

6 L'articolo 2 bis di detta direttiva, intitolato «Termine sospensivo», 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 dagli enti aggiudicatori 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 2014/25/UE o dalla direttiva 2014/23/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 più essere oggetto di una procedura di ricorso.

I candidati sono considerati interessati se l'amministrazione aggiudicatrice non ha messo a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda prima della notifica della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti interessati.

(...)».

Diritto ellenico

7 La legge 4412/2016 sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (FEK A' 147/8.8.2016), come modificata (in prosieguo: la «legge 4412/2016»), ha riorganizzato il sistema di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici nella fase precontrattuale, in particolare attraverso la creazione di un'autorità amministrativa centrale indipendente, ossia l'AEPP, responsabile dell'esame precontenzioso degli atti adottati dalle amministrazioni e dagli enti aggiudicatori, e attraverso l'introduzione della possibilità di chiedere la sospensione e l'annullamento delle decisioni adottate da tale autorità.

8 L'articolo 346, paragrafi 1 e 2, della legge 4412/2016 così dispone:

«1. Qualsiasi persona che ha o ha avuto interesse a ottenere un contratto di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a) o b), e che è stata o rischia di essere danneggiata da un atto esecutivo o da un'omissione dell'amministrazione aggiudicatrice in violazione di norme nazionali o dell'Unione, può adire l'[AEPP] alle condizioni particolari previste dall'articolo 360 e chiedere provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 366, l'annullamento di un atto illegale o di un'omissione dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 367 o l'annullamento di un contratto concluso illegalmente ai sensi dell'articolo 368.

2. Ogni persona che è stata o rischia di essere danneggiata da una decisione dell'AEPP su un ricorso amministrativo precontenzioso ai sensi dell'articolo 360, può proporre azioni di sospensione dell'esecuzione e di annullamento di tale decisione davanti ai tribunali competenti, conformemente all'articolo 372. Il diritto di esercitare gli stessi rimedi è aperto all'amministrazione aggiudicatrice se il ricorso amministrativo precontenzioso è accettato dall'AEPP».

9 L'articolo 347 della legge 4412/2016 prevede quanto segue:

«1. Si istituisce l'[AEPP] con il compito di risolvere le controversie che sorgono durante la fase della procedura che precede l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi quando è investito di un ricorso amministrativo precontenzioso, conformemente alle disposizioni della sezione II del presente titolo. (...)

2. L'AEPP gode di indipendenza funzionale, autonomia amministrativa e finanziaria e non è soggetta al controllo o alla supervisione di autorità governative o altre autorità amministrative. È soggetta solo al controllo del Parlamento, secondo il suo regolamento».

10 L'articolo 360 della legge 4412/2016 dispone quanto segue:

«1. Ogni parte interessata che ha o ha avuto interesse a ottenere un contratto specifico coperto dalla presente legge e che ha subito o rischia di subire un danno a causa di un atto esecutivo o di un'omissione dell'amministrazione aggiudicatrice in violazione delle norme nazionali o dell'Unione, è tenuta, prima di presentare un ricorso ai sensi del titolo 3, a presentare all'AEPP un ricorso amministrativo precontenzioso contro tale atto o omissione dell'amministrazione aggiudicatrice.

2. L'esercizio del controllo amministrativo precontenzioso è una condizione preliminare per proporre azioni ai sensi del titolo 3 contro atti esecutivi o omissioni delle amministrazioni aggiudicatrici.

3. Gli atti esecutivi o le omissioni dell'amministrazione aggiudicatrice nella procedura di appalto pubblico non sono soggetti a un controllo amministrativo precontenzioso diverso da quello di cui al paragrafo 1».

11 Secondo l'articolo 372 della legge 4412/2016, la persona che prova un interesse legittimo può chiedere al Simvoulio tis Epikrateias (Consiglio di Stato) la sospensione e l'annullamento della decisione dell'AEPP nel caso di un appalto pubblico che rientra nell'ambito della direttiva 2014/25.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Con un bando di gara pubblicato il 24 gennaio 2018, la Attiko Metro ha lanciato una gara aperta per i servizi di consulenza tecnica per il progetto di estensione della metropolitana di Atene (Grecia) del valore di circa EUR 21,5 milioni. Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Secondo il bando di gara, la prima fase della procedura comprendeva il controllo dei documenti giustificativi e delle

offerte tecniche dei candidati, mentre la seconda fase comprendeva l'apertura delle offerte economiche e la valutazione complessiva.

13 Quattro operatori economici hanno presentato un'offerta ciascuno. Nel contesto della prima fase della procedura, il comitato di valutazione dell'ente aggiudicatore ha proposto, da una parte, il rigetto dell'offerta di uno di questi candidati nella fase dell'esame dei documenti giustificativi e il rigetto dell'offerta di altri due candidati, tra cui la NAMA, nella fase dell'esame delle offerte tecniche. D'altra parte, ha proposto di ammettere l'associazione di imprese SALFO e le sue tre società costituenti (in prosieguo: la «SALFO») alla seconda fase della procedura. Prima di prendere una decisione definitiva a questo proposito, l'ente aggiudicatore ha chiesto chiarimenti sull'esperienza della squadra proposta dalla NAMA.

14 Con una decisione del consiglio di amministrazione dell'ente aggiudicatore del 6 marzo 2019, le suddette proposte del comitato sono state convalidate. In particolare, l'offerta della NAMA è stata esclusa dalla procedura per il fatto che l'esperienza di alcuni membri della sua squadra nella costruzione di opere non soddisfaceva i requisiti del bando di gara. Il 26 marzo 2019, la NAMA ha presentato all'AEPP un ricorso amministrativo precontenzioso contro questa decisione, contestando sia il rifiuto della sua offerta tecnica sia l'ammissione dell'offerta tecnica della SALFO.

15 Con decisione del 21 maggio 2019, l'AEPP ha accolto il ricorso della NAMA solo nella misura in cui era diretto contro le motivazioni della decisione dell'ente appaltante riguardo alla prova dell'esperienza di uno dei membri della squadra proposta. Essa ha respinto il ricorso per il resto.

16 A seguito del parziale rigetto del suo ricorso amministrativo, la NAMA ha proposto dinanzi al Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consiglio di Stato (commissione per le sospensioni)], il giudice del rinvio nel presente procedimento, un ricorso con cui chiedeva che fosse disposta, da un lato, la sospensione dell'esecuzione della decisione dell'AEPP, del 21 maggio 2019, e della decisione del consiglio di amministrazione dell'ente aggiudicatore Attiko Metro del 6 marzo 2019, e, dall'altro, qualsiasi misura utile finalizzata a garantire la tutela cautelare dei suoi interessi nel contesto della prosecuzione del procedimento per l'aggiudicazione dell'appalto in questione. Il Simvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consiglio di Stato (Commissione per le sospensioni)] ritiene che siano inammissibili o infondati i motivi addotti dalla NAMA con i quali detta parte faceva valere, da un lato, che la sua esclusione da tale procedura era illegittima in quanto l'ente aggiudicatore avrebbe valutato erroneamente l'esperienza di alcuni dei suoi esperti e, d'altro lato, che il principio di uguaglianza nella valutazione delle offerte tecniche degli offerenti era stato violato in quanto l'ente appaltante le avrebbe esaminate in modo diverso.

17 Il giudice del rinvio ricorda di aver costantemente affermato che un offerente escluso dalla procedura di gara non può giustificare un interesse ad agire per contestare la legittimità della partecipazione di un altro offerente a tale procedura, se non per motivi relativi alla violazione del principio di eguaglianza nella valutazione delle offerte. Tale giudice si chiede, tuttavia, in che misura la soluzione derivante, in particolare, dalla sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama (C131/16, EU:C:2017:358) si applichi anche a una domanda di sospensione dell'esecuzione presentata da un offerente che non sia risultato aggiudicatario non nella fase finale

dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, ma in una fase precedente della procedura di aggiudicazione, come la fase di verifica delle prove di partecipazione o di verifica e valutazione delle offerte tecniche. Tale questione non sarebbe ancora stata decisa dalla Corte e avrebbe dato luogo a divergenze di interpretazione all'interno del Comitato di sospensione del Simvoulio tis Epikrateias (Consiglio di Stato), che alla fine avrebbero portato al rinvio del procedimento principale a una formazione plenaria di cinque giudici.

18 Il giudice del rinvio precisa che tale commissione per le sospensioni ritiene che un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico debba essere considerato definitivamente escluso quando non ha impugnato la decisione di esclusione che lo riguarda o quando tale decisione è passata in giudicato. Di contro, non può essere considerato definitivamente escluso quando il ricorso amministrativo precontenzioso che ha presentato è stato respinto da una decisione dell'AEPP, ma non è ancora scaduto il termine per presentare un ricorso di annullamento o una domanda di sospensione ai sensi della legge 4412/2016. Del pari, un offerente la cui domanda di sospensione del procedimento contro il rigetto del suo ricorso amministrativo precontenzioso da parte dell'AEPP è stata respinta non è definitivamente escluso finché dispone del diritto di presentare un ricorso di annullamento contro questa decisione di rigetto o finché la decisione di rigetto del suo ricorso di annullamento non sarà diventata definitiva. Inoltre, il giudice del rinvio precisa che il riconoscimento di un interesse ad agire dell'offerente escluso contro la decisione che ammette l'offerta di uno dei suoi concorrenti e che aggiudica l'appalto a quest'ultimo è subordinato alla condizione che la controversia non porti all'annullamento definitivo della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, cioè all'impossibilità di rilanciarla. Sarebbe irrilevante in questo contesto sapere in quale fase della procedura di aggiudicazione l'offerente in questione è stato escluso, poiché l'interesse ad agire esiste in tutte le fasi della procedura. Di conseguenza, la NAMA avrebbe, in linea di principio, un interesse ad agire per sollevare gli altri capi di impugnazione che ha sollevato contro la SALFO, oltre a quelli relativi alla violazione del principio di eguaglianza nella valutazione.

19 Infine, il giudice del rinvio precisa di aver respinto la domanda di sospensione dell'esecuzione di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto la NAMA ha contestato la legittimità della sua esclusione dalla procedura di appalto e l'ammissione dell'offerta della SALFO, facendo valere il motivo secondo cui le decisioni impugnate violerebbero il principio di eguaglianza nella valutazione. Di contro, detto giudice mette in dubbio la possibilità per la NAMA di invocare, a sostegno della sua domanda di sospensione dell'esecuzione, motivi diretti contro la decisione di ammettere l'offerta della SALFO, relativi al mancato rispetto delle condizioni previste dal bando di gara, delle disposizioni della legge 4412/2016 e dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza.

20 In queste circostanze, il Simvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consiglio di Stato (Commissione per le sospensioni)] ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se gli articoli 1, paragrafo 3, 2, paragrafo 1, lettere a) e b), e 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 92/13, letti alla luce delle conclusioni enunciate nelle sentenze del 4 luglio 2013, Fastweb

(C100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, PFE (C689/13, EU:C:2016:199), dell'11 maggio 2017, Archus e Gama (C131/16, EU:C:2017:358) e del 5 settembre 2019, Lombardi (C333/18, EU:C:2019:675), debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale, qualora, non nella fase finale dell'aggiudicazione dell'appalto, bensì in una fase precedente della procedura di gara (quale la fase dell'esame delle offerte tecniche), con delibera dell'ente aggiudicatore venga escluso un offerente e venga, al contrario, ammesso un altro interessato (concorrente), l'escluso, nel caso in cui il giudice competente rigetti la sua istanza di sospensione nella parte relativa alla sua esclusione dalla gara, mantiene l'interesse legittimo a presentare la medesima istanza di sospensione della decisione dell'AEPP contro l'altro offerente solo per allegare che questi è stato ammesso in violazione del principio del pari trattamento delle offerte.

b) In caso di risposta affermativa alla questione sub a), se le suddette disposizioni debbano essere interpretate nel senso che l'escluso, nelle circostanze di cui sopra, è legittimato a dedurre con l'istanza di sospensione qualsiasi vizio della partecipazione del concorrente alla procedura di gara, vale a dire ad eccepire anche altre distinte irregolarità nell'offerta del concorrente diverse dalle irregolarità per le quali è stata esclusa la propria offerta, affinché anzitutto siano sospese la prosecuzione della gara e l'aggiudicazione dell'appalto al concorrente, con un atto da adottare in una fase successiva del procedimento, e, in un secondo tempo, in caso di accoglimento del ricorso giurisdizionale principale (ricorso per annullamento), venga escluso tale concorrente, abbandonata l'aggiudicazione dell'appalto ed aperta eventualmente, per ciò stesso, una nuova procedura di gara alla quale partecipi il ricorrente escluso.

2) Se, ai fini della risposta alla questione precedente, rilevi il fatto che l'accesso alla tutela giurisdizionale provvisoria (ma anche definitiva) sia subordinato al previo rigetto di un ricorso dinanzi all'organo nazionale indipendente di esame dei ricorsi amministrativi, anche alla luce delle conclusioni enunciate nella sentenza *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C355/15, EU:C:2016:988).

3) Se, ai fini della risposta alla prima questione, rilevi il fatto che, nell'ipotesi di accoglimento delle censure sollevate dall'escluso avverso la partecipazione del concorrente alla procedura di gara, (a) potrebbe essere impossibile organizzare un nuovo bando oppure (b) il motivo per cui il ricorrente è stato escluso non consenta la partecipazione di quest'ultimo alla eventuale nuova gara».

21 Con decisione del Presidente del Tribunale del 19 ottobre 2019, è stata respinta l'istanza del *Simvoulis tis Epikrateias (Epitropi Anastolon)* [Consiglio di Stato (Commissione per le sospensioni)] di sottoporre il presente caso alla procedura accelerata.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità delle questioni

22 La Commissione ritiene che la seconda e la terza questione pregiudiziale non abbiano alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale e debbano quindi essere considerate

irricevibili. La NAMA solleva, in sostanza, la stessa eccezione di irricevibilità per la terza questione pregiudiziale.

23 Secondo costante giurisprudenza, se è pur vero che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di fatto e di diritto che egli individua sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza, ciò non toglie che il procedimento ex articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione loro necessari per risolvere le controversie che essi sono chiamati a dirimere. La ratio del rinvio pregiudiziale non risiede nell'esprimere pareri consultivi su questioni generiche o ipotetiche, bensì nella necessità di dirimere concretamente una controversia. Come risulta dalla formulazione stessa dell'articolo 267 TFUE, la decisione pregiudiziale richiesta deve essere «necessaria» per consentire al giudice del rinvio di «emanare la sua sentenza» nella causa di cui è investito. Inoltre, ai sensi dell'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura della Corte, il giudice nazionale deve indicare con precisione i motivi che lo hanno indotto a interrogarsi quanto all'interpretazione del diritto dell'Unione (sentenza del 14 maggio 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, C924/19 PPU e C925/19 PPU, EU:C:2020:367, punti 167 e 168 e giurisprudenza ivi citata).

24 Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, risulta dalla decisione di rinvio che, con la sua seconda questione, il giudice del rinvio intende stabilire se il fatto che l'esclusione dell'offerta della NAMA da parte dell'ente aggiudicatore sia stata parzialmente convalidata dall'AEPP, a seguito di un controllo amministrativo obbligatorio precontenzioso, costituisca un elemento da prendere in considerazione per determinare se tale offerente possa ancora impugnare, dinanzi al giudice del rinvio, la decisione dell'ente aggiudicatore che ammette l'offerta del suo concorrente. Tale questione è dunque ricevibile.

25 D'altro canto, la decisione di rinvio non chiarisce le ragioni per cui la risposta alla terza questione sarebbe necessaria per risolvere la controversia oggetto del procedimento principale, poiché il giudice del rinvio non determina in che modo le circostanze del procedimento principale corrispondano a una delle due situazioni previste dalla terza questione.

26 Da quanto precede risulta che la terza questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio deve essere dichiarata irricevibile.

Nel merito

27 Con le sue prime due questioni, che devono essere esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), nonché l'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 92/13, letti alla luce della giurisprudenza della Corte, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una prassi nazionale in base alla quale un offerente che sia stato escluso da una procedura di gara in un appalto pubblico in uno stadio precedente alla fase di aggiudicazione di tale appalto e la cui domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione che lo ha escluso da tale procedura sia stata respinta, non può, in

manca di un interesse ad agire, invocare nella sua domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione di ammissione dell'offerta di un altro offerente, presentata contemporaneamente, motivi estranei alle irregolarità in base alle quali la sua offerta è stata esclusa, ad eccezione del motivo secondo cui la decisione di ammissione di tale offerta viola il principio del pari trattamento delle offerte. Inoltre, detto giudice si chiede se l'interesse ad agire dell'offerente escluso sia influenzato dal fatto che il ricorso amministrativo precontenzioso contro la decisione della sua esclusione che, secondo il diritto nazionale, doveva essere presentato davanti a un organo nazionale indipendente, è stato respinto.

28 A termini dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, gli Stati membri provvedono a che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata.

29 L'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), di tale direttiva stabilisce i requisiti che le misure nazionali adottate ai fini delle azioni di cui all'articolo 1 della stessa direttiva devono rispettare, tra cui il fatto che tali azioni devono consentire, da un lato, di adottare misure provvisorie volte a porre rimedio alla presunta violazione o a prevenire ulteriori danni agli interessi in questione e, dall'altro, di annullare o far annullare le decisioni illegittime.

30 L'articolo 2 bis di tale direttiva stabilisce norme relative ai termini dei quali le persone di cui all'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva devono poter disporre per essere in grado di presentare un ricorso efficace avverso le decisioni di aggiudicazione degli appalti adottate dagli enti aggiudicatori. Così, il paragrafo 2 di tale articolo 2 bis prevede che la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione non possa avvenire prima della scadenza di un termine calcolato in funzione dei mezzi di trasmissione della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati e precisa, in particolare, le condizioni alle quali un offerente o un candidato è considerato interessato. Per quanto riguarda gli offerenti, il secondo comma di tale disposizione precisa che essi sono considerati interessati se non sono ancora stati definitivamente esclusi e che un'esclusione è definitiva se è stata notificata agli offerenti interessati ed è stata giudicata legittima da un organo di controllo indipendente o non può essere più oggetto di una procedura di ricorso.

31 Chiamata ad interpretare le disposizioni 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), la Corte ha dichiarato che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti, di cui si chiede l'esclusione, hanno un interesse legittimo equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto (v., in tal senso, sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C100/12, EU:C:2013:448, punto 33). Al punto 27 della sentenza del 5 aprile 2016, *PFE* (C689/13, EU:C:2016:199), la Corte ha dichiarato che, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro offerente ottenga direttamente l'appalto nell'ambito della stessa procedura e, dall'altro, in caso di esclusione di entrambi gli offerenti e di apertura di una nuova procedura di

appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare e quindi ottenere indirettamente l'appalto. Inoltre, al punto 29 della stessa sentenza, la Corte ha dichiarato che il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorso e la divergenza dei motivi da essi sollevati, non erano rilevanti ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale risultante dalla sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C100/12, EU:C:2013:448).

32 Il principio giurisprudenziale esposto al punto che precede, che è stato elaborato nella vigenza della direttiva 89/665, è trasponibile al regime di tutela giurisdizionale instaurato dalla direttiva 92/13 (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama*, C131/16, EU:C:2017:358, punti da 50 a 53).

33 Tuttavia, è necessario esaminare se questo principio giurisprudenziale si applica anche quando la regolarità della decisione di ammissione dell'offerta di un offerente è contestata in una fase precedente all'aggiudicazione dell'appalto da un offerente la cui offerta è stata esclusa.

34 A questo proposito, occorre osservare che la direttiva 92/13 non specifica la fase in cui un offerente può presentare un ricorso contro tale decisione dell'ente aggiudicatore.

35 Inoltre, come risulta dal secondo considerando della direttiva 92/13, la direttiva mira a rafforzare i meccanismi esistenti, sia a livello nazionale che a livello dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. A tale scopo, l'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della stessa impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che «le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile» (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Marina del Mediterraneo e a.*, C 391/15, EU:C:2017:268, punto 30).

36 L'obiettivo di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, perseguito da tale direttiva non autorizza quindi gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di attribuzione di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata (v., per analogia, sentenza dell'11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, C26/03, EU:C:2005:5, punto 38, nonché sentenza del 5 aprile 2017, *Marina del Mediterraneo e a.*, C391/15, EU:C:2017:268, punto 31).

37 Più in particolare, una normativa nazionale che richieda, in ogni caso, che l'offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro la decisione di ammissione di un altro offerente violerebbe le disposizioni della direttiva 92/13 (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Marina del Mediterraneo e a.*, C391/15, EU:C:2017:268, punto 34).

38 Ne consegue, da un lato, che l'offerente escluso può presentare un ricorso contro la decisione dell'ente aggiudicatore che ammette l'offerta di uno dei suoi concorrenti, qualunque sia la fase della procedura di appalto pubblico in cui tale decisione viene adottata e, dall'altro, che, nell'ambito di un tale ricorso, è applicabile il principio giurisprudenziale menzionato al punto 31 della presente sentenza.

39 Per quanto riguarda i motivi che un offerente escluso può far valere nell'ambito di un siffatto ricorso, occorre rilevare che la direttiva 92/13 non prevede alcuna condizione diversa da quella di cui al suo articolo 1, paragrafo 1, vale a dire che tale offerente può invocare motivi relativi alla violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto.

40 Inoltre, al punto 29 della sentenza del 5 aprile 2016, PFE (C689/13, EU:C:2016:199), la Corte ha rilevato che la differenza dei motivi sollevati dagli offerenti esclusi dalla procedura di aggiudicazione in questione non è rilevante ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale ricordato al punto 31 della presente sentenza.

41 Ne consegue che l'offerente respinto ha il diritto di sollevare qualsiasi motivo contro la decisione di ammettere un altro offerente, compresi quelli non collegati alle irregolarità in base alle quali la sua offerta è stata esclusa.

42 Ciò detto, il principio giurisprudenziale ricordato al punto 31 della presente sentenza vale solo se l'esclusione dell'offerente è stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata (v., in tal senso, sentenze dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C131/16, EU:C:2017:358, punti 57 e 58, nonché del 5 settembre 2019, Lombardi, C333/18, EU:C:2019:675, punti 31 e 32).

43 Spetta quindi al giudice nazionale stabilire se, nel caso di specie, l'esclusione della NAMA debba essere considerata definitiva in quanto confermata da una decisione passata in giudicato. Come indicato al punto 18 della presente sentenza, tuttavia, non risulta dalla decisione di rinvio che questo sia il caso.

44 Fatta salva tale riserva, il fatto che il diritto nazionale imponga all'offerente escluso di presentare un ricorso amministrativo precontenzioso prima di poter adire il giudice nazionale non pregiudica l'interpretazione esposta ai punti 38 e 41 della presente sentenza. L'articolo 2, paragrafo 9, della direttiva 92/13, infatti, autorizza espressamente gli Stati membri ad affidare ad organi non giurisdizionali il compito di decidere in primo grado sui mezzi di ricorso previsti da tale direttiva, purché ogni presunta misura illegittima adottata da tale organo o ogni presunto inadempimento nell'esercizio dei poteri ad esso conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso dinanzi ad un'altra istanza che sia un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, indipendente dall'ente aggiudicatore e dall'organo non giurisdizionale che ha statuito in primo grado.

45 Tale interpretazione non è contraddetta dalla sentenza del 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C355/15 EU:C:2016:988), richiamata dal giudice del rinvio in tale contesto. Infatti, se è pur vero che, dai punti da 13 a 16, nonché 31 e 36 di detta sentenza risulta che un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di attribuzione di appalto pubblico poteva vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, occorre rilevare che, nella controversia sfociata in quella sentenza, che non riguardava un ricorso dinanzi a un'istanza nazionale di ricorso precontenzioso, la decisione di esclusione di

detto offerente era stata confermata da una decisione che aveva acquistato autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi, C333/18, EU:C:2019:675, punto 31).

46 Alla luce di tutte queste considerazioni, è opportuno rispondere alle questioni poste dichiarando che l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), nonché l'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 92/13 devono essere interpretati nel senso che un offerente che sia stato escluso da una procedura di gara in un appalto pubblico in uno stadio precedente alla fase di aggiudicazione di tale appalto e la cui domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione che lo ha escluso da tale procedura sia stata respinta, può invocare, nella sua domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione di ammissione dell'offerta di un altro offerente, presentata contemporaneamente, tutti i motivi attinenti alla violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di norme nazionali che traspongono tale diritto, ivi compresi motivi che non presentano connessione con le irregolarità in base alle quali la sua offerta è stata esclusa. Tale facoltà non è influenzata dal fatto che il ricorso amministrativo precontenzioso dinanzi a un organo nazionale indipendente che, secondo il diritto nazionale, doveva essere previamente presentato da tale offerente contro la decisione della sua esclusione sia stato respinto, purché tale rigetto non abbia acquisito autorità di cosa giudicata.

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, paragrafi 1 e 3, l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), nonché l'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, devono essere interpretati nel senso che un offerente che sia stato escluso da una procedura di gara in un appalto pubblico in uno stadio precedente alla fase di aggiudicazione di tale appalto e la cui domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione che lo ha escluso da tale procedura sia stata respinta, può invocare, nella sua domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione di ammissione dell'offerta di un altro offerente, presentata contemporaneamente, tutti i motivi attinenti alla violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di norme nazionali che traspongono tale diritto, ivi compresi motivi che non presentano connessione con le irregolarità in base alle quali la sua offerta è stata

esclusa. Tale facoltà non è influenzata dal fatto che il ricorso amministrativo precontenzioso dinanzi a un organo nazionale indipendente che, secondo il diritto nazionale, doveva essere previamente presentato da tale offerente contro la decisione della sua esclusione sia stato respinto, purché tale rigetto non abbia acquisito autorità di cosa giudicata.

Firme

* Lingua processuale: il greco.