



C-53/22-1

Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	: DC160666
Numero del file	: 1
Autore del deposito	: Mondelli Marta (J361011)
Data di deposito	: 26/01/2022

Publicato il 07/01/2022

N. 00025/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01490/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1490 del 2020, proposto da

VZ , rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Mendolia e Joseph Brigandi', con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Conservatorio, 15;

contro

CA , rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

RT , rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pierallini e Lorenzo Sperati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

BO , rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Borsero e Carlo Merani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Largo Guido Donegani, 2;

Regione Lombardia, Regione Liguria; non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della nota- **CA** del 3.7.2020, n. -OMISSIS-_2018_113, e di ogni altro atto, comunque denominato, presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di **CA**, di **RT** e di **BO** ;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2021 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E FATTI PERTINENTI

Oggetto del procedimento principale è il diniego di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, disposta in favore della società controinteressata, malgrado la stessa, unitamente a tutte le altre concorrenti utilmente graduate nella gara, fosse incorsa in un illecito anticoncorrenziale, consistente in un accordo orizzontale anticompetitivo, per la fissazione dei prezzi dei servizi, volto a influenzare le stazioni appaltanti, nelle gare per il loro affidamento.

Detta condotta restrittiva della concorrenza (c.d. intesa Prezzario), contraria all'art. 101 TFUE, ha dato luogo ad una sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (nel proseguo "AGCM"), definitivamente confermata in sede giurisdizionale con sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 5058 del 2 luglio 2021.

Anteriormente a detta pronuncia, la ricorrente è rimasta soccombente nell'ambito di un precedente giudizio, avente ad oggetto un requisito di capacità professionale (certificazione COA con l'approvazione speciale NVIS per il volo con visori) richiesto dal bando di gara, di cui la stessa era all'epoca sprovvista, e che le ha impedito di partecipare alla competizione.

Non avendo quindi la ricorrente preso parte alla gara, le è stata contestata dalle parti resistenti nel presente giudizio il difetto di interesse e

l'inaffidabilità del ricorso.

In tale quadro, il Collegio reputa necessario sottoporre alla Corte di Giustizia il quesito di cui infra.

1) Con determina n. 17344 del 18.12.2018-OMISSIS-, successivamente divenuta **CA**, ha indetto una procedura aperta, per la fornitura di un servizio di elisoccorso -OMISSIS- (nel proseguo "procedura -OMISSIS-"), in favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di Regione Lombardia e di Regione Liguria, per un valore a base d'asta pari ad € 205.581.900,00 IVA esclusa. Il bando di gara è stato spedito alla G.U.U.E. in pari data.

2) Con ricorso R.G. n. 96/2019, depositato in data 16.1.2019, l'odierna ricorrente ha impugnato il relativo bando, nella parte in cui ha richiesto, a comprova della capacità tecnico-professionale, il possesso della c.d. certificazione Coa, requisito all'epoca ostativo alla sua partecipazione. Il ricorso venne respinto, con la sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6.5.2019 n. 1018, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. III, 26.2.2020 n. 226.

3) Nelle more della procedura -OMISSIS-, con il provvedimento n. 27563 del 13.2.2019, AGCM, ha accertato che alcune imprese del settore, tra cui **BO**, **JF** e **RT** (ossia tutte le imprese concorrenti nella stessa), nel periodo compreso tra il 2001 ed il mese di agosto 2017, erano incorse nella grave violazione dell'art. 101 TFUE, consistente, tra l'altro, in un accordo orizzontale anticompetitivo, avente ad oggetto la fissazione dei prezzi dei servizi con elicottero (nel proseguo "Prezziario"), volto a influenzare le stazioni appaltanti in ordine ai prezzi dei servizi di lavoro aereo e trasporto passeggeri nel loro complesso, ivi inclusa la definizione della base d'asta dei servizi -OMISSIS-, con valori sovrastimati rispetto al reale, ciò che ha avuto come risultato il loro artificioso rialzo rispetto al mercato di riferimento, ed ha, per l'effetto, irrogato sanzioni pecuniarie pari ad un importo di Euro 50.612.057 a carico di **RT**, Euro 4.399.461 per **BO**, ed Euro 1.705.504 per **JF**.

Il provvedimento AGCM n. 27563/2019 cit. ha invece ritenuto che gli elementi raccolti in sede istruttoria non fossero sufficienti ai fini dell'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito della partecipazione alle gare per i servizi -OMISSIS-.

4) Al termine della valutazione delle offerte, con la determina n. 9405 del 26.2.2020, il Rup ha formulato una "Proposta di aggiudicazione" della procedura -OMISSIS-, in cui il citato provvedimento di AGCM, non è stato ritenuto rilevante "ai fini della valutazione della Stazione Appaltante, laddove la fattispecie in esame non può incidere in modo concreto sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico, in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato ad operare".

Conseguentemente, con determina n. 136 del 2.3.2020, il Lotto 1 è stato aggiudicato a **RT**, unica offerente, come anche il Lotto 2, in cui ha preceduto l'unica altra partecipante **JF**, mentre nel Lotto 3 ha prevalso **BO**, che a sua volta, ha preceduto **RT**, unica partecipante oltre all'aggiudicataria.

5a) Con ricorso R.G. n. 5430/2019 **RT** ha impugnato al Tar Lazio la sanzione n. 27563/19 cit. di AGCM, sostenendo, per quanto di interesse in questa sede, che contrariamente a quanto ivi ritenuto, la finalità del Prezziario non era quella di orientare il prezzo dei servizi -OMISSIS-, né che vi sia stata la richiesta del Prezziario da parte di Amministrazioni pubbliche, né che le stazioni appaltanti lo abbiano utilizzato per definire le basi d'asta in tali gare, e la contraddittorietà del provvedimento di AGCM, che da un lato ha escluso la sussistenza di una intesa di *bid rigging* nel mercato rilevante delle gare -OMISSIS-, e dall'altro ha invece ascritto al Prezziario l'idoneità a produrre effetti anche in tale mercato.

Con sentenza n. 5262 del 18.5.2020 il T.A.R. Lazio ha tuttavia ritenuto infondati detti argomenti, respingendo il ricorso di **RT** e riconoscendo che il Prezziario aveva la precipua finalità di fornire indicazioni alle Regioni e Amministrazioni Pubbliche, così evidenziando che attraverso

tale Prezziario la ricorrente e le altre Parti del procedimento erano in grado di controllare e orientare il prezzo di aggiudicazione delle commesse pubbliche dei servizi con elicottero.

Con sentenza n. 5058 del 2.7.2021, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del T.A.R. Lazio n. 5262/20 cit., ad eccezione della parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata, ritenendo che il fatturato da prendere in considerazione non dovesse includere quello delle imprese del gruppo non operanti in Italia.

5b) Con il ricorso n. 5397/2019 **BO** ha impugnato al Tar Lazio la sanzione AGCM, sostenendo che il Prezziario non poteva essere ritenuto vincolante per le stazioni appaltanti, ed essere idoneo a produrre restrizioni anticompetitive, considerato che le basi d'asta vengono determinate con esercizio di potere pubblico e di discrezionalità tecnica, e che non sarebbe mai stato inteso quale listino per i servizi -OMISSIS-.

Con sentenza T.A.R. Lazio, n. 5274 del 18.5.2020, impugnata al Consiglio di Stato con appello R.G. n. 1950/2021, ed attualmente *sub iudice*, la Sezione Prima ha ritenuto infondati detti argomenti, respingendo il ricorso di -
BO .

5c) Con il ricorso R.G. n. 5395/2019, **JF** ha impugnato al Tar Lazio la sanzione AGCM, sollevando censure analoghe a quelle oggetto dei citati giudizi intentati da **RT** e **BO** ; anche questo ricorso è stato respinto con sentenza n. 5267 del 18.5.2020, confermata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 3555 del 6.5.2021.

6) Con istanza del 1.6.2020, la ricorrente ha segnalato ad **CA** la sentenza del T.A.R. Lazio, n. 5262/2020 cit., “resa nei confronti dell’aggiudicatario della procedura di gara in oggetto (con riferimento ai Lotti 1 e 2), concernente specifici accordi collusivi proprio nell’ambito dei servizi elicotteristici ivi inclusi quelli -OMISSIS-”, ritenendo che la stessa “non può non incidere concretamente sulla valutazione relativa alla sua integrità ed affidabilità nell’espletamento del servizio di elisoccorso, e ciò pur ad

aggiudicazione già avvenuta”, configurando, a suo dire, un grave illecito professionale accertato in sede giudiziale ex art. 80 c. 5 D.Lgs n. 50/2016, rilevante ai fini della valutazione, da parte della stazione appaltante, della possibile esclusione dalla procedura di gara dell’operatore economico.

7) Con il provvedimento impugnato nel presente giudizio, emanato in data 3.7.2020, **CA** ha rilevato che la sentenza T.A.R. Lazio, n. 5262/2020 cit. “non aggiunge alcun elemento oltre a quelli già contenuti nel provvedimento di AGCM, già conosciuto ed analizzato dalla Stazione Appaltante in sede di ammissione dell’impresa Vostra concorrente”.

8) Nel corso del procedimento principale, la ricorrente ha documentato di aver conseguito, dal mese di ottobre 2019, il possesso della predetta certificazione Coa, la cui mancanza, aveva dato luogo alla già citata impugnazione del bando, respinta con la sentenza T.A.R. Lombardia, n. 1018/19 cit., passata in giudicato.

L’interesse attualmente azionato dalla ricorrente non è diretto al conseguimento dell’aggiudicazione, ma alla caducazione dell’intera procedura -OMISSIS-, al fine di poter prendere parte alla sua riedizione.

9) In particolare, nel caso in cui, in esito al presente giudizio, venisse acclarata l’illegittimità della valutazione con cui la stazione appaltante ha ritenuto ininfluyente, ai fini della moralità professionale, la partecipazione dell’aggiudicataria all’intesa “Prezziario”, non potrebbe darsi luogo allo scorrimento della graduatoria in favore di altri soggetti, avendo preso parte alla stessa intesa illecita tutti i concorrenti ulteriormente collocati in graduatoria, che sarebbero parimenti privi del medesimo requisito, con il risultato che il servizio di cui trattasi dovrebbe essere posto nuovamente a gara, e la ricorrente avrebbe così la *chance* di conseguire l’aggiudicazione.

LE DISPOSIZIONI GIURIDICHE PERTINENTI

10) Il diritto interno

10.1) Alla procedura oggetto del giudizio si applica il Decreto Legislativo n. 50 del 18.4.2016, che ha recepito in Italia le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in quanto indetta successivamente alla data di sua entrata in vigore, ed avente un importo che supera le soglie di rilevanza comunitaria, nell'ambito dei settori ordinari.

Per quanto di interesse, l'art. 80, intitolato "motivi di esclusione", nel comma 5, prevede che "le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni", tra le quali è previsto, nella lettera c), come modificata dall'art. 5, c. 1, del D.L. 14.12.2018, n. 135, convertito dalla Legge 11.2.2019, n. 12, il caso in cui *"la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

10.2) La disciplina processuale applicabile al procedimento principale, è contenuta nel "Codice del processo amministrativo", approvato con il Decreto Legislativo n. 104/2010, secondo cui, in particolare, "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa, è necessario avervi interesse" (art. 100 c.p.c., richiamato dall'art. 39 c.p.a.), ed "il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso inammissibile, quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito" (art. 35 c. 1 b c.p.a.).

11) Il diritto della Unione.

11.1) Direttiva 2014/24/UE

Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata (art. 18 par 1);

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (...)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza (art. 57 par. 4).

Inoltre, la violazione delle norme in materia di concorrenza, accertata da un'Autorità Nazionale, e confermata da un organo giurisdizionale, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave (Corte Giustizia, 4.6.2019, n. 425 C-425/18), non potendo tuttavia comportare la sua esclusione automatica, richiedendo invece lo svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato (Corte di Giustizia, 13.12.2012, C-465/11, Corte Giustizia, C-425/18 cit.).

In tali casi, il periodo di esclusione non deve essere calcolato a decorrere dalla partecipazione all'intesa, bensì da quella in cui il comportamento è stato oggetto di una constatazione di violazione da parte dell'autorità competente (sentenza 24.10.2018, C124-17).

11.2) Direttiva 2007/66/CE del 11.12.2007 che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE

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 alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Di conseguenza le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate (considerando n. 3);

Una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato

appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione (considerando n. 17);

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, 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 (art. 1 par. 1);

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 lesa a causa di una presunta violazione (art. 1 par. 3);

La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE 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 (...). 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 (art. 2 bis par. 2).

ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

12) La ricorrente è risultata definitivamente esclusa dalla procedura - OMISSIS-, avendo contestato, nel giudizio R.G. n. 96/2019, il bando di gara, nella parte in cui richiedeva il possesso di una certificazione che all'epoca non possedeva, definito del T.A.R. Lombardia con la sentenza di rigetto n. 1018/19, confermata da C.S., n. 226/2020 cit.

Di regola, la concorrente esclusa, non assumendo una posizione differenziata da qualsiasi operatore del settore, non ha legittimazione a contestare l'aggiudicazione, e più in generale, tutti gli atti della procedura (C.S., Sez. V, 1.2.2021 n. 937).

13) Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale formatasi sulla base dei pronunciamenti della Corte di Giustizia (4.7.2013, C-100/12, 5.4.2016, C-689/13), la giurisprudenza italiana ha tuttavia ritenuto che, in una gara in cui abbiano partecipato solo due concorrenti, sia ammissibile lo scrutinio di un ricorso finalizzato ad ottenere la riedizione della procedura, presentato da un partecipante escluso per carenza dei requisiti minimi, e ciò anche nel caso in cui non sia stato proposto un ricorso incidentale escludente da parte dell'aggiudicatario (10.5.2017, C-131/16, C.S., Sez. V, 24.3.2020, n. 2049).

14) Tuttavia, anche in base a tale innovativo orientamento, l'interesse allo scrutinio del ricorso finalizzato alla riedizione della procedura, presentato dal concorrente escluso, richiede "che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo, e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva, anche a seguito di rigetto della relativa impugnazione con decisione passata in giudicato, prima della proposizione del ricorso" (Cass. Civ., Sez. Un., 29.12.2017, n. 31226), coerentemente con quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia, secondo cui, ad un concorrente escluso, può essere negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora l'esclusione sia stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata, prima che il giudice investito del ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto statuisse (sentenza

del 21.12.2016, C-355/15), come ha avuto luogo nel caso di specie, in cui dovrebbe pertanto dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

15) Come detto, nel momento in cui ha avuto luogo la procedura -OMISSIS-, l'aggiudicatario e tutti i concorrenti utilmente collocati in graduatoria, avrebbero potuto essere esclusi, in relazione a determinati fatti, in astratto, idonei a configurare un grave illecito professionale, e cioè, a causa della loro partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale, volta ad influenzare i prezzi, nello stesso settore oggetto della procedura.

Ineludibili esigenze di repressione d'illeciti antitrust hanno già indotto la Corte a ritenere che la violazione delle norme in materia di concorrenza, accertata e sanzionata dall'AGCM con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, come ha avuto luogo nella procedura -OMISSIS-, configura un "errore grave" commesso da un operatore economico, "nell'esercizio della propria attività professionale" (Corte Giustizia, 4.6.2019, C-425/18).

Nel caso in esame la ricorrente contesta alla stazione appaltante di non aver adeguatamente considerato che, seguito della conferma giurisdizionale del provvedimento AGCM, vi erano elementi "sufficientemente plausibili" per affermare la sussistenza dell'intesa illecita e per valutarne la rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara degli operatori resisi colpevoli dell'infrazione anticoncorrenziale.

Difatti, al momento di svolgimento della procedura -OMISSIS-, l'esistenza ed il rilievo dell'intesa "Prezziario", non erano stati ancora accertati in sede giurisdizionale, ciò che non ha consentito alla ricorrente di contestare l'ammissione dell'aggiudicatario e degli altri partecipanti all'intesa, nel momento in cui ha impugnato la clausola del bando che ne impediva la partecipazione nel giudizio R.G. n. 96/2019, né successivamente, ciò che induce il Tribunale a dubitare della ragionevolezza di tale preclusione, dipendendo in sostanza dai tempi necessari all'accertamento dell'intesa stessa, e cioè, da circostanze casuali.

16) Inoltre, nel caso deciso nella causa C-355/15 cit., il concorrente definitivamente escluso, aveva impugnato l'aggiudicazione, e pertanto, un provvedimento strettamente correlato alla sua esclusione, ed emanato nell'ambito del medesimo procedimento, ciò che ha indotto la Corte ad affermare la necessità che entrambe le contestazioni venissero mosse “nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso” (punto 32).

Nel presente giudizio, la ricorrente contesta invece un diniego di autotutela, con cui la stazione appaltante ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'annullamento della stessa aggiudicazione, un fatto sopravvenuto ed esterno al procedimento che ha dato luogo alla sua esclusione (la sentenza con cui il T.A.R. Lazio ha confermato la sanzione di AGCM), ciò che induce il Tribunale a dubitare della possibilità di applicare alla fattispecie i principi affermati nella causa C-355/15 cit.

17) Infine, nella sentenza 5.9.2019, C-333/18, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso di un concorrente classificatosi al terzo posto, volto a contestare l'ammissione dei soli primi due classificati, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, ed anche in presenza di altri concorrenti che lo seguono in graduatoria, e ciò poiché “qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura, e di avviare una nuova procedura di affidamento” (punto 28), come richiesto ad **CA** nell'istanza di autotutela respinta con il diniego impugnato.

La situazione dell'attuale ricorrente, ai fini della valutazione del suo interesse al ricorso, parrebbe pertanto assimilabile a quella oggetto della causa C-333/18 cit.

18) La possibilità di contestare il possesso dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario, in casi particolari, da parte di un concorrente definitivamente escluso, non pare preclusa dalla Direttiva 2007/66/CE del 11.12.2007, che intende rendere accessibili le procedure di ricorso, oltreché a coloro che abbiano interesse ad ottenere l'aggiudicazione, anche a chi “abbia

avuto” tale interesse (considerando n. 17 e art. 1 par. 3), come nel caso della ricorrente, che ha avviato un giudizio proprio per poter partecipare alla procedura, contestando il relativo bando di gara, sebbene rimanendo soccombente.

Inoltre, “gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi” (art. 2 bis par. 2), ma ciò solo ai fini dell’individuazione di quelli cui comunicare la decisione di aggiudicazione dell’appalto, e non anche ai fini dell’ammissibilità di un ricorso.

FORMULAZIONE DEL QUESITO.

Sulla base di quanto sino ad ora osservato, il Tribunale formula i seguenti quesiti interpretativi:

“se l’articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta a che a un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, sia negata la possibilità di ricorrere avverso il diniego di annullamento dell’aggiudicazione, quando intenda dimostrare che l’aggiudicatario, e tutti gli altri concorrenti utilmente graduati, avevano commesso un grave illecito professionale, consistente nell’aver stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale solo successivamente alla sua esclusione, e ciò al fine di conseguire la possibilità di partecipare alla riedizione della procedura”;

“se l’articolo 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 e i principi eurounitari in tema di tutela della concorrenza ostino a che sia precluso al giudice amministrativo lo scrutinio del ricorso presentato da un concorrente definitivamente escluso da una procedura di scelta del contraente, avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante, rispetto agli atti di ammissione e di aggiudicazione in favore di concorrenti che abbiano stipulato accordi anticompetitivi, accertati in sede giurisdizionale, nello stesso settore oggetto della procedura”

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima),

non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;

b) dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della presente ordinanza e del fascicolo di causa, nonché di ogni ulteriore atto eventualmente richiesto, in futuro dalla stessa Corte;

c) sospende il presente giudizio fino alla notificazione a questo TAR, da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di tutte le persone giuridiche menzionate nella presente ordinanza.

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 9 giugno e 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Gatti

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.