

Con sentenza n. 1179 del 17 febbraio 2022, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha ricordato di aver già esaminato la questione dell'interesse a ricorrere del terzo graduato in una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, giungendo ad individuare, pur nella varietà degli orientamenti seguiti in concreto, la sussistenza di tale interesse solo laddove l'utilità che il ricorrente tende a conseguire – sia essa finale o strumentale – derivi in via immediata e secondo criteri di regolarità causale dall'accoglimento del ricorso (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020 n. 2725).

Tale conclusione emerge difatti: sia laddove si è ritenuto inammissibile il ricorso della impresa terza graduata poiché l'utilità che il ricorrente tende a conseguire non deriva in via immediata e secondo criteri di regolarità causale dall'accoglimento del ricorso, bensì in via mediata da eventi incerti o potenziali, da eventi cioè che non costituiscono conseguenza normale dell'annullamento (Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4871; Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6008; Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 2012, n. 1941); sia laddove si afferma che il giudice è tenuto, preliminarmente, ad esaminare le censure avverso l'aggiudicataria e, se le ritiene fondate, annullare l'aggiudicazione, rimettendo, poi, alla stazione appaltante di completare il giudizio di anomalia nei confronti della seconda graduata, che potrà essere, eventualmente, oggetto di altra impugnazione, così potendosi scongiurare la sostituzione del giudice amministrativo nei poteri, non ancora esercitati, della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861); sia, infine, nel caso in cui, pur riconoscendosi l'ammissibilità del ricorso anche nel caso in cui i motivi proposti siano diretti (oltre che nei confronti della prima graduata) anche a contestare l'anomalia dell'offerta del concorrente secondo graduato purché siano indicati con chiarezza *"i profili di illegittimità e/o inaffidabilità della stessa che, a suo avviso, non avrebbero potuto trovare giustificazione nel corso dell'eventuale sub – procedimento di verifica dell'anomalia"* (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3921). Con ulteriore evidenza, la riportata conclusione in tema di interesse a ricorrere emerge dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 3 febbraio 2014, n. 8, laddove ha affermato che la collocazione al terzo posto non comporta di per sé il difetto di condizioni dell'azione in riferimento alle contestazioni *"sulle scelte della stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione peggiore"*, a condizione che sussistano *"evidenti e conclamati profili di eccesso di potere che inficino la fase di cognizione ed esame dell'offerta del secondo graduato"*; questo perché la sua *"possibile estromissione di gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione"*. Ed aggiunge l'Adunanza Plenaria che però, qualora siffatta evenienza non sussista, *"l'impresa terza classificata non è portatrice di un interesse strumentale concreto e diretto all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura, poiché dall'auspicato rinnovo non può derivare alcuna chance di vittoria stante la postergazione al secondo concorrente utilmente graduato"*. La giurisprudenza amministrativa, dunque, riconosce la sussistenza dell'interesse a ricorrere del terzo graduato in una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico solo laddove l'utilità che tale ricorrente tende a conseguire – sia essa finale o strumentale – derivi in via immediata e secondo criteri di regolarità causale dall'accoglimento del ricorso. Ma, in questa ipotesi – per la quale già sono indicati, come è dato osservare, precisi e ristretti limiti onde configurare la sussistenza dell'interesse ad agire – il ricorrente è il terzo graduato, che deve quindi dimostrare come possa conseguire un risultato (utile, reale ed effettivo), superando l'ostacolo concretamente rappresentato da due imprese graduate in via peggiore. Orbene, se a tali conclusioni si perviene con riferimento alla posizione del terzo graduato (che potrebbe, nei limiti innanzi esposti, avvantaggiarsi dello "scorrimento" della graduatoria conseguente all'accoglimento del ricorso), ben più difficile appare individuare un interesse a agire del secondo graduato nei confronti del terzo. Ed infatti, se – come innanzi esposto – l'interesse ad agire si collega prospetticamente al risultato utile che deriverebbe alla posizione sostanziale del ricorrente da una pronuncia favorevole, appare arduo individuare tale interesse con riferimento ad una posizione giuridica di chi è già collocato nella graduatoria finale della gara (e, quindi, in relazione all'intervenuto esercizio del potere amministrativo) in posizione comunque "migliore" rispetto al soggetto nei cui confronti l'azione (di ricorrere, di impugnare) è esercitata. Anche nel caso in cui il giudizio favorevole venisse ipotizzato come "spendibile" in un diverso giudizio, ciò non dimostra la sussistenza dell'interesse ad agire, poiché l'utilità non sarebbe una derivazione immediata e concreta della pronuncia, ma solo una "possibilità" indiretta ed eventuale, in quanto dipendente dall'esito (futuro e incerto) di tale diverso giudizio.

Riferimenti Normativi:

- art. 35, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo)
- art. 40, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo)