

Corte di Giustizia CEE ordinanza 29 aprile 2004, sulla tutela cautelare ante causam  
ORDINANZA DELLA CORTE (Quarta Sezione) 29 aprile 2004 \*«Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura – Direttiva 89/665/CEE – Procedure di ricorso in materia di appalti pubblici – Misure provvisorie ante causam» Nella causa C-202/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, nella causa dinanzi ad esso pendente tra DAC SpA e Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia, in presenza di: Pellegrini SpA domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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 L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), LA CORTE (Quarta Sezione), composta dal sig. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), presidente di Sezione, dai sigg. J.-P. Puissochet e K. Lenaerts, giudici, avvocato generale: sig. P. Léger cancelliere: sig. R. Grass. Dopo aver informato il giudice del rinvio dell'intenzione della Corte di statuire con ordinanza motivata in conformità all'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura, dopo aver invitato gli interessati di cui all'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia a presentare le loro eventuali osservazioni in merito, sentito l'avvocato generale, ha emesso la seguente Ordinanza. Con ordinanza del 24 aprile 2003, pervenuta alla Corte il 13 maggio seguente, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha proposto, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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 L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva»). Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia che oppone la società DAC Spa (in prosieguo: la «DAC») e l'Azienda Ospedaliera «Spedali Civili» di Brescia (in prosieguo: la «Spedali Civili») in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico relativo alla fornitura di generi alimentari per un periodo di 36 mesi. La normativa comunitaria L'art. 1, n. 3, della direttiva prevede: «Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso». L'art. 2, n. 1, della direttiva sancisce quanto segue: «Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di: a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici; (...)». La controversia nella causa principale e la questione pregiudiziale emerge dall'ordinanza di rinvio che la Spedali Civili ha indetto una gara d'appalto con bando inviato all'Ufficio Pubblicazioni ufficiali delle Comunità

europee il 28 marzo 2002. Tale gara aveva ad oggetto la fornitura globale di generi alimentari per la durata di 36 mesi per un importo presunto a base d'asta di € 9 000 000, oltre ad I.V.A.. Era previsto che l'aggiudicazione avvenisse a favore dell'impresa che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri elencati nel capitolato speciale di gara. La DAC ha presentato un'offerta pari ad € 8 137 840,25, mentre quella di un'altra impresa concorrente, la Soc. Pellegrini SpA (in prosieguo: la «Pellegrini») è stata di € 8 827 225,74. La commissione aggiudicatrice ha attribuito a quest'ultima complessivamente punti 96,095 e alla DAC punti 94,705. Per conseguenza la gara è stata provvisoriamente aggiudicata alla Pellegrini, mentre la DAC si è graduata al secondo posto. La DAC ha domandato al Presidente della commissione aggiudicatrice di conoscere immediatamente il dettaglio del punteggio attribuito. Detta domanda è stata respinta. Tale società ha poi richiesto il rilascio della copia del verbale della seduta, nonché dei precedenti verbali di detta commissione. Anche quest'ultima istanza è stata disattesa. Conseguentemente, l'8 marzo 2003, la DAC ha presentato formale richiesta di rilascio della documentazione di gara ai sensi di quanto previsto dall'art. 25 della L. 7.8.1990, n. 241. Non essendo venuta in possesso della richiesta documentazione, il 10 marzo 2003 la DAC ha richiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia l'emissione di un'immediata misura provvisoria diretta a vietare alla Spedali Civili di sottoscrivere il contratto con la Pellegrini. A tal fine la DAC ha sottolineato che, ben prima della scadenza del termine di 30 giorni previsto dall'art. 25 della L. 7.8.1990, n. 241, per il rilascio della richiesta documentazione, sarebbe potuta sopravvenire l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della Pellegrini. Gli estremi del pregiudizio grave ed irreparabile posti dalla DAC a fondamento della richiesta di misura provvisoria sarebbero rappresentati dal fatto che, se fosse stato stipulato il contratto, a tale società sarebbe stata preclusa la possibilità di conseguire la reintegrazione in forma specifica nella posizione della Pellegrini in caso di esito vittorioso del successivo ricorso di merito. Il 10 marzo 2003 la domanda di tutela cautelare avanzata dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 669 cod. proc. civ., è stata provvisoriamente accolta inaudita altera parte con contestuale fissazione dell'udienza del 18 marzo 2003 per la comparizione delle parti. In tale ultima data il difensore della Spedali Civili ha manifestato la disponibilità di quest'ultima a rilasciare sollecitamente alla DAC copia di tutta la documentazione di gara. Tuttavia, alla successiva udienza del 4 aprile 2003, il difensore della DAC ha dichiarato a verbale di avere conseguito soltanto parte della documentazione di gara, non essendogli stata rilasciata quella relativa all'offerta presentata dalla Pellegrini, nonché quella pertinente le schede tecniche elaborate dalla commissione, necessarie per formulare il proprio finale giudizio, contrariamente all'impegno in precedenza assunto. Il difensore della Spedali Civili ha dato atto con memoria in data 7 aprile 2003, depositata l'8 aprile 2003, della disponibilità da parte di quest'ultima al rilascio della documentazione mancante. Con ordinanza 12 aprile 2003 il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha preso atto di quanto sopra e ha rinviato la trattazione della causa all'udienza del 30 aprile 2003. Con ordinanza del 24 aprile 2003 detto giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di adire la Corte in via pregiudiziale. In tale ordinanza il giudice del rinvio rileva che l'art. 21 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dalla L. 21.7.2000, n. 205, che disciplina i procedimenti cautelari attivati davanti al giudice ordinario, non consente alcun intervento cautelare prima della formale introduzione dell'impugnazione rivolta avverso le operazioni di gara denunciate come illegittime. Tale giudice precisa che, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la tutela cautelare accordabile da parte del giudice amministrativo è esclusivamente quella incidentale prevista successivamente alla proposizione dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo a

norma di detto art. 21, restando conseguentemente esclusa la possibilità di applicare gli artt. 669 bis e seguenti cod.proc. civ., che disciplinano in via generale i procedimenti cautelari proposti davanti al giudice ordinario con previsione che il relativo ricorso sia avanzato sia ante causam sia post causam. Secondo il giudice del rinvio la causa principale si caratterizza peraltro peculiarmente per il fatto che, sino a quando la Spedali Civili non avrà rilasciato la documentazione di gara, non è ipotizzabile la proposizione di alcuna possibile impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e delle precedenti operazioni di gara, in difetto di ogni riscontro da parte della DAC della legittimità degli atti posti in essere da parte della commissione aggiudicatrice. Orbene, il giudice del rinvio afferma che l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva pare dunque privilegiare ogni possibile intervento da parte del giudice volto ad ovviare ad ogni violazione che sia stata commessa in sede di gara, sì che l'aggiudicazione definitiva possa intervenire a favore dell'impresa, la cui offerta debba essere prescelta in base alla legittima applicazione delle norme che disciplinano lo svolgimento della procedura di gara. Inoltre, tale giudice osserva che, nella sentenza della Corte 19 settembre 1996, causa C-236/95, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4459), quest'ultima ha stabilito che, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più generalmente, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio. Alla luce di tali considerazioni il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d'appalto rispetto a quella prevista nell'ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l'Amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell'ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l'identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con carattere di generalità agli altri diritti nazionali; 2) se inoltre l'art. 21 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dall'art. 3 della L. 21.7.2000, n. 205, nella parte in cui non prevede che fra i possibili mezzi di ricorso urgente sia previsto quello ante causam, come tale diretto ad impedire in via immediata che l'Amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione d'impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresenti o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all'art. 1, n. 3, della direttiva (...), che fa obbligo a tutti gli Stati membri d'introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara per il conseguimento di un appalto pubblico; 3) se la suddetta tutela cautelare accordabile dal giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell'art. 2, [n. 1,] lett. a), della suddetta direttiva, che fa obbligo di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici; 4) se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno concorrentemente l'art. 6, [n. 2], del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali». Sulle questioni pregiudiziali con la seconda e la terza questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva, e in particolare gli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. a), della stessa, debbano essere interpretati nel senso che impongono agli Stati membri di stabilire i poteri che consentono di adottare provvedimenti provvisori ancor prima che si proponga un ricorso di merito. A tale proposito si deve rilevare che la Corte, nella menzionata sentenza Commissione/Grecia, punto 11, ha deciso che, in forza dell'art. 2 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto. Tale giurisprudenza è stata confermata dalla Corte nella sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4667, punto 98). Al punto 99 di tale sentenza, la Corte ha aggiunto che una normativa nazionale che prevede la possibilità di adottare provvedimenti provvisori non può essere considerata come un sistema di tutela giurisdizionale provvisorio adeguato al fine di porre rimedio in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto essa impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro la decisione di tale amministrazione. Si può chiaramente evincere da tale giurisprudenza, in risposta alla seconda e alla terza questione, che l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame. Poiché tale risposta deriva da una disposizione specifica del diritto comunitario, ossia l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva, non si deve fare riferimento a disposizioni più generali dell'ordinamento giuridico comunitario, quali, in particolare, gli artt. 10 CE o 6, n. 2, UE, menzionati rispettivamente nella prima e nella quarta questione. Non si deve dunque rispondere a tali due questioni. Sulle spese Le spese sostenute dalla Commissione, che ha presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Per questi motivi, LA CORTE (Quarta Sezione), statuendo sulla questione sottoposta dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia con ordinanza 24 aprile 2003, così provvede: L'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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 del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame. Lussemburgo, 29 aprile 2004

Il presidente della Quarta Sezione  
R. Grass  
J.N. Cunha Rodrigues