

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

15 maggio 2003 *

Nella causa C-214/00,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. G. Valero Jordana,
in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Regno di Spagna, rappresentato dal sig. S. Ortiz Vaamonde, in qualità di agente,
con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuto,

* Lingua processuale: lo spagnolo.

avente ad oggetto un ricorso diretto a far dichiarare che, non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 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), e, in particolare, avendo omesso di:

- estendere il sistema di ricorsi garantiti dalla citata direttiva alle decisioni adottate da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 92/50 e 93/36/CEE, che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), ivi comprese le società di diritto privato istituite per soddisfare specificamente necessità d'interesse generale a carattere non industriale o commerciale, dotate di personalità giuridica, e la cui attività è soprattutto finanziata da amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è composto da membri dei quali più della metà siano nominati dalle amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico,
- consentire la proposizione di ricorsi contro tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, compresi tutti gli atti procedurali, durante il procedimento di assegnazione di un appalto pubblico, e
- prevedere la possibilità di adottare qualsiasi tipo di misura cautelare utile in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, ivi comprese le misure dirette a consentire la sospensione di una decisione

amministrativa, eliminando a tal fine difficoltà ed ostacoli di qualsivoglia natura tra cui, in particolare, la necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice,

il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. R. Schintgen, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, dal sig. V. Skouris (relatore), dalle sig.re F. Macken e N. Colneric, e dal sig. J.N. Cunha Rodrigues, giudici,

avvocato generale: sig. P. Léger
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la relazione d'udienza,

sentite le difese orali svolte dalle parti all'udienza del 14 marzo 2002,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 13 giugno 2002,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

¹ Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 30 maggio 2000, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che, non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 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 89/665»), e, in particolare, avendo omesso di:

- estendere il sistema di ricorsi garantiti dalla citata direttiva alle decisioni adottate da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 92/50 e 93/36/CEE, che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), ivi comprese le società di diritto privato istituite per soddisfare specificamente necessità d'interesse generale, a carattere non industriale o commerciale, dotate di personalità giuridica, e la cui attività è soprattutto finanziata da amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è composto da membri dei quali più della metà siano nominati dalle amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico;

- consentire la proposizione di ricorsi contro tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, compresi tutti gli atti procedurali, durante il procedimento di assegnazione di un appalto pubblico;

- prevedere la possibilità di adottare qualsiasi tipo di misura cautelare utile in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, ivi comprese le misure dirette a consentire la sospensione di una decisione amministrativa, eliminando a tal fine difficoltà ed ostacoli di qualsivoglia natura tra cui, in particolare, la necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice,

il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 2 Emerge dai primi due 'considerando' della direttiva 89/665 che i meccanismi esistenti alla data della sua adozione, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, e in particolare le direttive del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1997, L 13, pag. 1), non sempre permettevano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni potevano ancora essere corrette.

- 3 Il terzo 'considerando' della direttiva 89/665 prevede che «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».
- 4 Ai sensi del quinto 'considerando' della medesima direttiva, «data la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, gli organi di ricorso competenti devono in particolare essere abilitati a prendere misure provvisorie per sospendere la procedura di aggiudicazione dell'appalto o l'esecuzione di decisioni eventualmente prese dall'autorità aggiudicatrice» e «la brevità delle procedure richiede un trattamento urgente delle violazioni di cui sopra».
- 5 L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto.

[...]

3. 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 [...]».

6 Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), nn. 3 e 4, della direttiva 89/665:

«1. 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;

[...]

3. Le procedure di ricorso non devono necessariamente esercitare, di per sé stesse, effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono.

4. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti».

- 7 Le direttive 71/305 e 77/62 sono state abrogate, rispettivamente, dalle direttive 93/37 e 93/36. I riferimenti del primo 'considerando' e dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 alle direttive così abrogate devono essere intesi come aventi ad oggetto le direttive 93/37 e 93/36.

- 8 Ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, il cui contenuto è sostanzialmente identico a quello dell'art. 1, lett. b), delle direttive 93/36 e 93/37:

«s'intendono per "*amministrazioni aggiudicatrici*", lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico.

Per "*organismo di diritto pubblico*" si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale,

e

- dotato di personalità giuridica,

e

- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

[...]».

- 9 L'art. 1, punti 1 e 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), è formulato come segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

- 1) “*Autorità pubbliche*”: lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico.

Si considera ente di diritto pubblico ogni ente:

- istituito allo scopo specifico di provvedere ad esigenze di pubblico interesse, che non abbiano carattere industriale o commerciale,

 - dotato di personalità giuridica, e

 - la cui attività è finanziata in via maggioritaria dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico o la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi o il cui consiglio d'amministrazione, consiglio direttivo o consiglio di vigilanza è composto da membri, più della metà dei quali sia nominata dallo Stato membro, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico.
- 2) “*Imprese pubbliche*”: le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:
- detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure

— controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure

— hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza».

- 10 Le procedure di ricorso avviate contro decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva 93/38 sono disciplinate dalla direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, 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 L 76, pag. 14), il cui quarto 'considerando' afferma che la direttiva 89/665 riguarda esclusivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 71/305 e 77/62.

La normativa nazionale

- 11 L'ambito di applicazione *ratione personae* della legislazione spagnola in materia di appalti pubblici è definito dall'art. 1 della Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (legge sugli appalti pubblici), del 18 maggio 1995 (BOE n. 119, del 19 maggio 1995, pag. 14601; in prosieguo: la «legge

n. 13/1995»), che include tutte le amministrazioni pubbliche territoriali, sia che si tratti dell'amministrazione dello Stato o delle amministrazioni delle comunità autonome e degli enti locali. Tale articolo, al n. 3, prevede:

«Dovranno altresì esercitare la propria attività di aggiudicazione degli appalti conformemente alla presente legge, gli enti autonomi in tutti casi e gli altri soggetti di diritto pubblico dotati di personalità giuridica propria, legati a un'amministrazione pubblica o da essa dipendenti, che rispondano ai seguenti criteri:

- a) essere stati istituiti al fine di soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;

- b) essere soggetti la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dalle amministrazioni pubbliche o da altri soggetti di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dalle amministrazioni pubbliche e da altri soggetti di diritto pubblico».

12 La sesta disposizione aggiuntiva della medesima legge, intitolata «Principi di aggiudicazione degli appalti nel settore pubblico», recita:

«Le società commerciali nel cui capitale le amministrazioni pubbliche o loro enti autonomi, o soggetti di diritto pubblico, detengono una partecipazione, diretta o indiretta, di maggioranza, rispettano, nella loro attività di aggiudicazione di appalti, i principi di pubblicità e di concorrenza, a meno che la natura dell'operazione da realizzare non sia incompatibile con tali principi».

- 13 Occorre rilevare che, dopo la proposizione del ricorso in esame, il Regno di Spagna ha adottato, con il Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (regio decreto legislativo che approva il testo unico della legge sugli appalti pubblici), del 16 giugno 2000 (BOE n. 148, del 21 giugno 2000, pag. 21775), un nuovo testo unico sulla base della citata legge, che si limita tuttavia a riunire e ad ordinare le disposizioni precedenti, senza modificarne la sostanza.
- 14 Per quanto riguarda i ricorsi amministrativi, l'art. 107 della Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (legge sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e sulla procedura amministrativa di diritto comune), del 26 novembre 1992, come modificata dalla Ley 4/1999, del 13 gennaio 1999 (BOE n. 12 del 14 gennaio 1999, pag. 1739; in prosieguo: la «legge n. 30/1992»), definisce impugnabili con ricorso diretto «gli atti procedurali, se decidono, direttamente o indirettamente, nel merito della questione, se comportano l'impossibilità di continuare il procedimento, l'impossibilità di difendersi, o se determinano pregiudizi irreparabili a diritti o interessi legittimi».
- 15 Quanto al ricorso contenzioso amministrativo, l'art. 25, n. 1, della Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (legge sulla giurisdizione del contenzioso amministrativo), del 13 luglio 1998 (BOE n. 167 del 14 luglio 1998, pag. 23516; in prosieguo: la «legge n. 29/1998»), si esprime in termini identici a quelli della legge n. 30/1992, disponendo che:

«Il ricorso contenzioso amministrativo è ricevibile nei confronti delle disposizioni di carattere generale e degli atti, espliciti e impliciti, della pubblica amministrazione che pongono fine ai ricorsi amministrativi, siano essi definitivi o procedurali, se decidono, direttamente o indirettamente, nel merito della questione, se comportano l'impossibilità di continuare il procedimento, l'impossibilità di difendersi, o se determinano pregiudizi irreparabili a diritti o interessi legittimi».

16 L'art. 111 della legge n. 30/1992, intitolato «Sospensione dell'esecuzione», dispone:

«1. Salvo disposizione contraria, la proposizione di un ricorso non sospenderà l'esecuzione dell'atto impugnato.

2. Nonostante quanto disposto al numero precedente, l'organo incaricato di decidere sul ricorso potrà, previa ponderazione sufficientemente motivata del danno che la sospensione causerebbe all'interesse pubblico o a terzi e del danno causato alla parte ricorrente attraverso l'efficacia immediata dell'atto impugnato, sospendere, d'ufficio o su istanza della parte ricorrente, l'esecuzione dell'atto controverso in uno dei seguenti casi:

a) L'esecuzione può causare danni irreparabili o difficilmente riparabili.

b) L'impugnazione si fonda su una delle cause di nullità di diritto [...].

[...]

3. Se l'organo competente non ha adottato una decisione esplicita sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato alla scadenza del termine di trenta giorni dall'iscrizione a ruolo della domanda, la sospensione s'intenderà concessa».

17 Dall'esposizione della motivazione della legge n. 29/1998 emerge che, «[i]n considerazione dell'esperienza acquisita nel corso degli ultimi anni e dell'importante sviluppo ormai raggiunto dall'oggetto del contenzioso amministrativo, la sospensione della disposizione o dell'atto impugnato non può più essere il solo provvedimento cautelare possibile» e che «[l]a legge ha dunque introdotto la possibilità di adottare qualsiasi provvedimento cautelare, ivi comprese le misure positive».

18 Ai sensi dell'art. 129, n. 1, della legge n. 29/1998:

«Gli interessati potranno chiedere, in qualsiasi fase del procedimento, l'adozione di tutti i provvedimenti atti a garantire l'esecuzione della sentenza».

19 L'art. 136 di tale legge dispone:

«1. Nei casi previsti agli artt. 29 e 30, il provvedimento cautelare sarà adottato, a meno che non appaia evidente che non ricorrono le situazioni previste da tali articoli o che il provvedimento perturba gravemente gli interessi generali o di terzi, che il giudice valuterà in maniera circostanziata.

2. Nei casi previsti dal numero precedente, i provvedimenti potranno altresì essere chiesti prima della proposizione del ricorso con domanda presentata conformemente al disposto dell'articolo precedente. In tal caso, l'interessato dovrà chiederne la conferma al momento della proposizione del ricorso che dovrà obbligatoriamente avvenire entro un termine di dieci giorni dalla notifica dell'adozione dei provvedimenti cautelari [...].

Se non viene proposto il ricorso, i provvedimenti concessi perderanno automaticamente efficacia e il richiedente dovrà risarcire i danni causati dal provvedimento cautelare».

- 20 Si deve aggiungere che gli artt. 29 e 30 della legge n. 29/1998 riguardano, in primo luogo, i casi in cui l'amministrazione è tenuta, in forza di una disposizione, di un contratto o di un atto, ad effettuare una prestazione concreta in favore di una o più persone determinate, in secondo luogo, i casi in cui l'amministrazione non dà esecuzione a propri atti definitivi e, in terzo luogo, le vie di fatto.

La fase precontenziosa

- 21 Con lettera 18 dicembre 1991 il governo spagnolo ha comunicato alla Commissione i testi di legge allora in vigore che, a suo parere, provvedevano alla trasposizione nell'ordinamento nazionale della direttiva 89/665, ovvero la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (legge sulla giurisdizione del contenzioso amministrativo), del 27 dicembre 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo (legge sulla procedura amministrativa), del 18 luglio 1958, la Ley de Contratos del Estado (legge sugli appalti pubblici) e la Costituzione spagnola.
- 22 In data 21 giugno 1994, i servizi della Commissione hanno trasmesso al rappresentante permanente spagnolo presso l'Unione europea le loro prime osservazioni sul contenuto delle misure nazionali di trasposizione.
- 23 La risposta data dalle autorità spagnole, il 13 settembre 1994, è stata ritenuta insoddisfacente dalla Commissione la quale, di conseguenza, ha inviato al governo spagnolo, il 29 maggio 1996, una lettera di diffida, nella quale dichiarava, in primo luogo, che l'ambito di applicazione delle misure nazionali

non coincideva con quello della direttiva 89/665; in secondo luogo, che, in forza di tali misure, gli atti detti «procedurali» potevano essere impugnati direttamente solo in casi eccezionali e, in terzo luogo, che tali misure subordinavano la possibilità di sospendere un atto amministrativo alla proposizione di un ricorso contro quest'ultimo.

- 24 Con risposta 9 ottobre 1996, il governo spagnolo ha fatto valere, a proposito del primo punto, che la legge n. 13/1995 conteneva una trascrizione letterale della nozione di «organismo di diritto pubblico» di cui alle direttive 93/36, 93/37 e 92/50. Quanto agli altri due punti, esso ha rammentato i casi in cui un atto procedurale può essere impugnato con ricorso diretto e ha insistito sull'obbligo di legge di proporre un previo ricorso per poter sospendere un atto.
- 25 A seguito della riunione tenutasi nell'ottobre 1997 tra i servizi della Commissione e le autorità spagnole competenti, queste ultime hanno trasmesso alla Commissione una nuova lettera, datata 30 gennaio 1998, nella quale sostenevano integralmente le opinioni difese nella loro risposta 9 ottobre 1996.
- 26 Nel corso di una riunione che ha avuto luogo nell'ottobre 1998 e con lettera 14 gennaio 1999, le autorità spagnole hanno confermato la propria posizione in relazione sia all'ambito di applicazione sia ai provvedimenti provvisori. Per quanto riguarda la questione degli atti impugnabili, esse hanno rinviato alla legge n. 29/1998, la quale aveva parzialmente modificato il regime applicabile agli atti procedurali.
- 27 Infine, il 2 febbraio 1999, le autorità spagnole hanno ufficialmente comunicato alla Commissione le leggi nn. 29/1998 e 4/1999. Dopo aver esaminato tali nuovi testi, la Commissione ha deciso che il Regno di Spagna non aveva posto fine agli inadempimenti relativi alla direttiva 89/665 e, il 25 agosto 1999, gli ha notificato un parere motivato, nel quale lo invitava ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi entro due mesi a decorrere dalla notifica.

- 28 Con lettera 8 novembre 1999 il governo spagnolo ha risposto a tale parere motivato, confutando l'analisi effettuata dalla Commissione.
- 29 Pertanto, la Commissione ha deciso di proporre il ricorso in esame.

Nel merito

Sulla trasposizione dell'ambito di applicazione ratione personae della direttiva 89/665

Argomenti delle parti

- 30 La Commissione ricorda, in via preliminare, che gli Stati membri, quando traspongono le direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale, sono tenuti a rispettare il significato dei termini e delle nozioni in esse contenuti per poter garantire l'interpretazione e l'applicazione uniformi di tali norme comunitarie nei vari Stati membri. Conseguentemente, le autorità spagnole sarebbero tenute a dare all'espressione «organismo di diritto pubblico», utilizzata nelle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, il significato che essa ha nel diritto comunitario.
- 31 A tale proposito, la Commissione sottolinea che tali direttive non contengono alcun accenno al regime, pubblico o privato, in base al quale sono stati costituiti gli organismi di diritto pubblico, né alla forma giuridica adottata, ma s'interessano invece ad altri criteri, fra i quali lo scopo per cui tali organismi sono stati creati. In particolare, essa sostiene che l'interpretazione funzionale

della nozione di «amministrazione aggiudicatrice», e, pertanto, di «organismo di diritto pubblico», adottata nella giurisprudenza costante della Corte implica che tale ultima definizione ricomprenda le società commerciali sotto controllo pubblico, a condizione, beninteso, che esse soddisfino le condizioni di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive citate, mentre la forma giuridica degli enti interessati è priva di pertinenza.

- 32 Orbene, la Commissione sostiene che, anche se il testo dell'art. 1 della legge n. 13/1995 riproduce quasi letteralmente quella delle corrispondenti disposizioni delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, tuttavia esso contiene una differenza sostanziale, in quanto esclude dall'ambito di applicazione di tale legge i soggetti di diritto privato. Infatti, la legge n. 13/1995 aggiungerebbe una condizione preventiva legata alla forma di costituzione degli organismi interessati, che non è prevista dalla normativa comunitaria, vale a dire che il soggetto sia di diritto pubblico.
- 33 La Commissione considera che l'esclusione operata dall'art. 1, n. 3, della legge n. 13/1995 è confermata dalla sesta disposizione aggiuntiva della medesima legge, la cui esistenza è giustificata unicamente dal fatto che gli appalti a cui si riferisce sarebbero, se essa mancasse, totalmente esclusi dall'ambito di applicazione di tale legge.
- 34 Essendo esclusi dall'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa spagnola sugli appalti pubblici, gli organismi di diritto privato non rientrerebbero neanche nell'ambito di applicazione delle disposizioni che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e, pertanto, nel sistema di ricorsi in materia di appalti pubblici. Tale esclusione contravverrebbe dunque alle disposizioni delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, che ne definiscono l'ambito di applicazione, nonché alle disposizioni della direttiva 89/665, in quanto essa impedirebbe l'applicazione delle garanzie procedurali previste da quest'ultima direttiva. La Commissione ne conclude che la direttiva 89/665 non è stata correttamente trasposta nell'ordinamento giuridico spagnolo, in quanto quest'ultimo non garantisce i mezzi d'impugnazione che la direttiva prevede per tutti i soggetti rientranti nel suo ambito di applicazione *ratione personae*.

- 35 Il governo spagnolo sostiene, in via principale, che tale censura è manifestamente infondata. Esso rileva che, sebbene la Commissione gli addebiti di aver violato la direttiva 89/665, essa non fa riferimento a quest'ultima, ma all'ambito di applicazione soggettivo di altre direttive, ossia le direttive di diritto sostanziale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Esso ne evince che, in realtà, la Commissione mette in discussione nel caso di specie la trasposizione dell'art. 1 delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, e non l'errata trasposizione della direttiva 89/665, di cui essa deduce la violazione.
- 36 Infatti, da un lato, la direttiva 89/665 non conterrebbe norme volte a disciplinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e non definirebbe, quindi, l'ambito di applicazione soggettivo delle citate norme procedurali di cui alle direttive 92/50, 93/36 e 93/37. Dall'altro, essa interverrebbe in una fase successiva, in quanto impone agli Stati membri di organizzare procedure di ricorso efficaci e celeri in caso di violazione delle norme stabilite dalle direttive che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Pertanto, a parere del governo spagnolo, se la Corte dovesse accogliere tale motivo, si dovrebbe verificare nel caso di specie se la trasposizione della direttiva 89/665 sia stata corretta, anche se quest'ultima non disciplina la materia che secondo la Commissione è stata trasposta in modo inesatto. Secondo il governo spagnolo, la Commissione avrebbe dovuto avviare un diverso procedimento al fine di verificare se il Regno di Spagna abbia correttamente trasposto le direttive 92/50, 93/36 e 93/37, le quali, dal canto loro, contengono elementi e norme concrete che delimitano il loro ambito di applicazione soggettivo.
- 37 In subordine, il governo spagnolo sostiene che l'ambito di applicazione soggettivo delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 è stato correttamente trasposto.
- 38 Tale governo sottolinea che l'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico» non è uniforme nei diversi Stati membri e che non è dunque possibile dare una soluzione definitiva di portata generale. Esso ritiene, pertanto, che, al fine di determinare se un organismo soddisfi o meno le condizioni che lo farebbero rientrare nell'ambito di applicazione soggettivo delle direttive in esame, si deve procedere ad un esame dettagliato di ogni singolo caso.

- 39 Il governo spagnolo rileva a tale proposito che, da un lato, l'espressione «organismo di diritto pubblico» impiegata nelle citate direttive si riferisce ad un ente di diritto pubblico e che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, i termini «ente di diritto pubblico» e «organismo di diritto pubblico» sono utilizzati indistintamente.
- 40 D'altro canto, esso afferma che, nelle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, la nozione di «organismo di diritto pubblico» non include le società commerciali sotto controllo pubblico e che il fatto che la direttiva 93/38 operi una distinzione fra tale nozione che è identica nelle quattro direttive, e la nozione di «impresa pubblica», la cui definizione corrisponde a quella di «società commerciale pubblica», dimostra che si tratta di due concetti distinti.
- 41 Peraltro, il governo spagnolo rileva che, per definire la nozione di «organismo di diritto pubblico», occorre innanzi tutto precisare il carattere commerciale o industriale del «bisogno di interesse generale» perseguito. A tale proposito esso sottolinea che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, le società commerciali pubbliche, in linea di principio, hanno il compito di soddisfare bisogni d'interesse generale, il che spiega il fatto che esse sono sotto controllo pubblico. Tali bisogni avrebbero tuttavia carattere commerciale o industriale, perché, altrimenti, non costituirebbero l'oggetto di una società commerciale.
- 42 Infatti, secondo il governo spagnolo, è difficile negare il carattere commerciale o industriale delle società commerciali o industriali o quello dei bisogni che sono volte a soddisfare, dato che esse possiedono un tale carattere sotto ogni aspetto. A tale proposito, esso si riferisce alla loro forma giuridica, di natura privata, al regime giuridico applicabile alle loro attività, ossia il regime commerciale, al fatto che tali società hanno sempre ad oggetto un'attività commerciale, nonché alla loro finalità, che risiede nello scopo di lucro, estraneo all'interesse generale perseguito dalle associazioni, fondazioni e organismi di diritto pubblico e mai incidente sugli interessi privati degli associati.

- 43 Replicando agli argomenti del governo spagnolo sul carattere manifestamente infondato della sua prima censura, la Commissione evidenzia che la stessa direttiva 89/665 definisce all'art. 1, n. 1, il proprio ambito di applicazione con riferimento a quello delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37. Essa aggiunge che, per definire l'ambito di applicazione della direttiva 89/665, il legislatore comunitario avrebbe potuto riprodurre all'interno della stessa le disposizioni necessarie delle tre altre direttive. Il fatto che non abbia proceduto in tal senso, ma abbia utilizzato un'altra tecnica, al fine di non appesantire inutilmente il contenuto della direttiva 89/665, non può essere invocato per impedire alla Corte di verificare la trasposizione di tale direttiva nell'ordinamento giuridico spagnolo.
- 44 Per quanto riguarda l'asserita distinzione operata dalla direttiva 93/38 tra le nozioni di «organismo di diritto pubblico» e di «impresa pubblica», la Commissione osserva che tale direttiva non chiarisce la nozione di organismo di diritto pubblico, definita allo stesso modo nelle quattro direttive in esame, ma estende l'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie sugli appalti pubblici a determinati settori (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) esclusi dalle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, al fine di ricomprendere determinati organismi di rilievo operanti nei citati settori, quali le imprese pubbliche e quelle che beneficiano di diritti esclusivi o speciali attribuiti dalle autorità. Occorre inoltre rammentare che la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale.
- 45 Infine, per quanto riguarda la tesi del governo spagnolo relativa alla necessità di procedere ad un'analisi per singoli casi, al fine di determinare se un organismo soddisfi o meno le condizioni di applicabilità delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, la Commissione sostiene che non si può escludere a priori, come dispone invece la regolamentazione spagnola, un'intera categoria di organismi, ossia le società di diritto privato per le quali ricorrono i tre requisiti stabiliti dalle citate direttive, dall'ambito di applicazione della direttiva 89/665, anche se tale esclusione è soggetta ad un riesame del singolo caso.

- 46 Tale interpretazione sarebbe peraltro conforme al sistema delle disposizioni di cui trattasi. Secondo la Commissione, se il legislatore comunitario avesse inteso mettere in relazione l'assenza di carattere industriale o commerciale con la forma giuridica dell'organismo e non con la finalità da quest'ultimo perseguita, la formulazione «aventi carattere non industriale o commerciale» non sarebbe stata inserita al trattino relativo ai bisogni da soddisfare, ma alla riga precedente, per qualificare direttamente l'organismo.

Giudizio della Corte

- 47 È pacifico che, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della legge n. 13/1995, in combinato disposto con la sesta disposizione aggiuntiva della medesima legge, gli organismi pubblici con statuto di diritto privato, categoria costituita nell'ordinamento giuridico spagnolo dalle società commerciali sotto controllo pubblico, sono esclusi dall'ambito di applicazione soggettivo della normativa spagnola sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e, pertanto, dal regime di ricorso in materia di appalti pubblici.
- 48 Ne consegue che, al fine di determinare se tale esclusione costituisca una corretta trasposizione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, occorre verificare se la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» contenuta in tale disposizione comprenda unicamente gli organismi di diritto pubblico, come sostenuto dal governo spagnolo, o se anche organismi di diritto privato possano rientrare in tale nozione.
- 49 A tale proposito si deve ricordare che, come emerge dai suoi primi due 'considerando', la direttiva 89/665 è diretta a consolidare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine, l'art. 1, n. 1, della citata

direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, adottate nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, possano essere oggetto di ricorsi efficaci ed il più celeri possibile.

- 50 Poiché la direttiva 89/665 si applica alle procedure di ricorso avverso decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici disciplinate dalle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, il suo ambito di applicazione soggettivo coincide necessariamente con quello di tali direttive.
- 51 Ne consegue che, al fine di determinare se la normativa spagnola adottata per l'attuazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 garantisca un'esatta trasposizione della nozione di «amministrazioni aggiudicatrici» contenuta in tale articolo, si deve fare riferimento alla definizione di tale nozione e, più dettagliatamente, a quella di «organismo di diritto pubblico» impiegata, in termini sostanzialmente identici, all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.
- 52 La Corte ha già precisato, con riguardo all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, che, per poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione, un organismo deve possedere i tre requisiti cumulativi ivi enunciati, ossia deve essere un organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punti 20 e 21).
- 53 Inoltre, la Corte in diverse occasioni ha statuito che, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di

«organismo di diritto pubblico» dev'essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, sentenze 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punti 41-43, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punti 51-53). La Corte ha anche precisato che, rispetto a tale duplice scopo, la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata estensivamente (sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, Racc. pag. I-1931, punto 43).

- 54 Seguendo tale orientamento, al fine di risolvere la questione dell'eventuale qualificazione come organismi di diritto pubblico di vari enti di diritto privato, la Corte, seguendo una giurisprudenza costante, si è limitata a verificare se tali organismi soddisfacessero le tre condizioni cumulative di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, ritenendo indifferente a tal fine la forma di costituzione degli organismi interessati (v., in tal senso, in particolare, sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit., punti 6 e 29; 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punti 61 e 62, e Commissione/Francia, cit., punti 50 e 60).
- 55 Dai principi così affermati dalla giurisprudenza della Corte emerge che il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 e, pertanto, dell'art. 1, n.1, della direttiva 89/665.
- 56 Inoltre, si deve sottolineare che l'effetto utile delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, nonché della direttiva 89/665, non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato.

- 57 Alla luce di tali considerazioni, non si può interpretare la nozione di «organismo di diritto pubblico» impiegata all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, nel senso che per gli Stati membri sia lecito escludere direttamente le società commerciali sotto controllo pubblico dall'ambito di applicazione soggettivo di tali direttive e, quindi, della direttiva 89/665.
- 58 Peraltro, non si può sostenere che tale conclusione porti ad ignorare il carattere industriale o commerciale dei bisogni d'interesse generale di cui tali società assicurano la soddisfazione, poiché tale elemento è necessariamente preso in considerazione per determinare se l'organismo interessato possenga o meno il requisito di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.
- 59 Tale conclusione non è neanche confutata dalla mancanza di riferimento esplicito, nelle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, alla specifica categoria delle «imprese pubbliche», pur menzionata nella direttiva 93/38. A tale proposito è sufficiente rammentare che le procedure di ricorso avverso decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito della direttiva 93/38 sono disciplinate dalla direttiva 92/13, e non dalla direttiva 89/665.
- 60 Conseguenze dunque da quanto precede che, avendo direttamente escluso dall'ambito di applicazione soggettivo della direttiva 89/665 le società di diritto privato, la normativa spagnola controversa nel caso di specie non costituisce una trasposizione corretta della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» di cui all'art. 1, n. 1, della citata direttiva, come definita all'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.
- 61 Pertanto, la prima censura della Commissione deve essere accolta.

Sulla trasposizione dell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 89/665

Argomenti delle parti

- 62 La Commissione afferma che l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 89/665 è stato indebitamente ridotto, in quanto le disposizioni spagnole in materia d'impugnazione, ossia agli artt. 107 della legge n. 30/1992 e 25, n. 1, della legge n. 29/1998 escludono la possibilità di impugnare determinate decisioni illegittime adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, esse limiterebbero la possibilità di presentare ricorso avverso taluni atti procedurali, quali gli atti amministrativi che non concludono un procedimento amministrativo. Orbene, come confermato dalla Corte nella sua sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671), tale direttiva non prevederebbe alcuna deroga al riguardo.
- 63 A sostegno della sua tesi la Commissione invoca gli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, lett. b), e 8, della direttiva 89/665, dai quali emergerebbe che ogni misura presunta illegittima deve poter essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.
- 64 La Commissione evidenzia che la prima parte della frase («ogni misura presunta illegittima») deve essere intesa nel senso che essa riguarda ogni tipo di atto di cui si presume l'illegittimità, e non solamente gli atti definitivi. Peraltro, la seconda parte della frase («ricorso efficace e [...] quanto più rapido possibile») indurrebbe a ritenere che la possibilità di presentare un ricorso avverso gli atti procedurali è una delle migliori tecniche per garantire l'efficacia e la rapidità delle impugnazioni, poiché attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto è il miglior modo per indebolire, o perfino annientare, l'efficacia e la rapidità dei ricorsi disposti dalla direttiva 89/665.

- 65 A titolo di esempio, la Commissione cita una sentenza del Tribunal Supremo spagnolo del 28 novembre 1994, vertente su una procedura negoziata, in cui il giudice spagnolo stabiliva che la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di domandare alle imprese che avevano presentato offerte di fornire documenti integrativi per regolarizzare la loro posizione non era impugnabile, dato che la sua regolarità poteva essere messa in discussione unicamente nell'ambito della procedura di revisione dell'atto definitivo della procedura negoziata. Il fatto di qualificare la richiesta di presentare documenti come atto procedurale avrebbe dunque avuto come conseguenza che essa poteva essere impugnata unicamente qualora l'impresa interessata fosse stata esclusa dalla procedura per non aver prodotto i documenti integrativi richiesti. Orbene, la Commissione afferma che tale impresa, senza essere esclusa dal detto procedimento, potrebbe comunque trovarsi in una posizione svantaggiata rispetto alle altre imprese concorrenti, e che essa dovrebbe avere quindi il diritto di impugnare la richiesta di presentare documenti integrativi.
- 66 Il governo spagnolo contesta tale censura, facendo valere che la Commissione non ha dimostrato l'esistenza di un inadempimento. Infatti, essa si sarebbe limitata ad esigere la soppressione della distinzione tra gli atti definitivi e gli atti procedurali senza citare il benché minimo esempio che consenta di stabilire che tale distinzione minacci effettivamente lo scopo della direttiva 89/665 e, quindi, senza dimostrare che la normativa spagnola potrebbe impedire alla direttiva di raggiungere il suo scopo.
- 67 Il governo spagnolo sostiene che la posizione della Commissione si basa sull'ignoranza della nozione di atto procedurale. Esso ritiene che un atto procedurale, per definizione, non comporta alcun pregiudizio per l'interessato, ma prepara tutt'al più una decisione definitiva che potrà essergli favorevole o sfavorevole. Quindi, l'atto procedurale non implica una presa di posizione, ma fa parte di un procedimento avviato al fine di ottenere una decisione. A tale proposito il governo spagnolo osserva che, se un atto avente l'apparenza di un atto procedurale comportasse di per sé stesso una presa di posizione, cesserebbe di essere un atto procedurale vero e proprio e potrebbe essere impugnato.

- 68 Il governo spagnolo aggiunge che le disposizioni del diritto spagnolo relative alla possibilità di impugnare gli atti procedurali che sono state citate dalla Commissione non sono proprie dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, ma si applicano parimenti a tutte le procedure. Detto governo sottolinea che tale tecnica, volta ad evitare che le procedure siano paralizzate da reclami e ricorsi successivi nella fase degli atti preparatori i quali non incidono ancora definitivamente sui diritti degli interessati, non solo è profondamente radicata nell'ordinamento giuridico spagnolo, ma è anche comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri.
- 69 Facendo riferimento, in particolare, alla sentenza 18 marzo 1997, causa C-282/95 P, *Guérin automobiles/Commissione* (Racc. pag. I-1503), il governo spagnolo sottolinea che tale idea è del resto ripresa nella stessa giurisprudenza comunitaria. La Corte avrebbe parimenti deciso che il carattere preparatorio dell'atto avverso il quale si presenta ricorso è uno dei motivi di irricevibilità del ricorso d'annullamento, e che si tratta di un motivo che la Corte può esaminare d'ufficio (sentenza 14 febbraio 1989, causa 346/87, *Bossi/Commissione*, Racc. pag. 303).
- 70 Prendendo come esempio la materia degli aiuti di Stato, il governo spagnolo rammenta, inoltre, che né le disposizioni del Trattato relative a tale materia, né il regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE (GU L 83, pag. 1), prevedono espressamente che gli atti meramente procedurali, i quali non producono alcun effetto definitivo per le parti interessate, non siano impugnabili con un ricorso distinto. Nondimeno, in via di principio, nessun ricorso sarebbe ricevibile contro la decisione della Commissione di avviare il procedimento previsto dall'art. 88, n. 2, CE, fatti salvi i mezzi d'impugnazione che potrebbero essere esperiti contro tale decisione, che è un atto procedurale, al momento della proposizione del ricorso avverso la decisione finale. Il governo spagnolo conclude dunque che non vi era alcuna ragione di inserire nella direttiva 89/665 tale distinzione elementare che consente ad ogni sistema di ricorsi amministrativi o giurisdizionali di funzionare.
- 71 Peraltro, esso ritiene che la Commissione non abbia neanche addotto la benché minima ragione per giustificare che i criteri applicati dal Tribunal Supremo nella

sentenza da essa citata sarebbero in contrasto con l'obiettivo della direttiva 89/665. In tale sentenza, il Tribunal Supremo avrebbe affermato che la richiesta di fornire una documentazione integrativa è un atto procedurale, dal momento che non pone fine alla gara d'appalto ma è solamente una tappa che consente di giungere all'aggiudicazione. Il governo spagnolo precisa anche che l'aggiudicazione finale dell'appalto è stata contestata perché l'impresa aggiudicataria non aveva fornito la documentazione richiesta dall'amministrazione. Secondo quest'ultima, la documentazione mancante non era essenziale e la sua assenza costituiva un vizio sanabile. Il governo spagnolo aggiunge che, in una procedura negoziata, che non è pubblica e non implica una fase di esclusione, unicamente l'atto definitivo di aggiudicazione è pertinente ai fini di un eventuale ricorso, a causa della natura stessa della procedura, e che non occorre pertanto distinguere tra atti procedurali e atti definitivi.

- 72 La Commissione replica che è inammissibile l'argomento del governo spagnolo secondo cui l'impossibilità di presentare ricorso avverso gli atti procedurali è una tecnica profondamente radicata nell'ordinamento giuridico spagnolo e comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, in quanto pretende di interpretare i termini di una direttiva mediante il diritto nazionale. Orbene, l'ambito di applicazione *ratione materiae* dei ricorsi previsti dalla direttiva 89/665 sarebbe delimitato dalla direttiva stessa e non dalle disposizioni nazionali. In caso contrario, la citata direttiva non sarebbe applicata in modo uniforme nei vari Stati membri, il che rischierebbe di vanificare l'armonizzazione perseguita a livello comunitario.
- 73 Per quanto riguarda gli argomenti del governo spagnolo relativi alla giurisprudenza comunitaria sull'impugnazione delle decisioni della Commissione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, la Commissione sottolinea che si tratta di decisioni e di disposizioni non inerenti alla direttiva 89/665, che non possono pertanto essere addotte per giustificare la conformità dell'ordinamento spagnolo a tale direttiva. A tale proposito, essa insiste sul fatto che un ordinamento giuridico contiene una pluralità di norme che risolvono in modo diverso i problemi che si pongono a seconda del settore disciplinato e che l'unità dell'ordinamento giuridico non può portare alla sua uniformità, né può far sì che la volontà dell'interprete si sostituisca a quella del legislatore.

Giudizio della Corte

- 74 In via preliminare, si deve ricordare che, conformemente alle disposizioni dell'art. 107 della legge n. 30/1992 e dell'art. 25, n. 1, della legge n. 29/1998, gli atti procedurali sono impugnabili mediante ricorso amministrativo e contenzioso amministrativo unicamente se essi decidono, direttamente o indirettamente, nel merito della questione, se comportano l'impossibilità di continuare il procedimento, l'impossibilità di difendersi, o se determinano pregiudizi irreparabili a diritti o interessi legittimi.
- 75 È pacifico che tali disposizioni comportano così l'esclusione degli atti procedurali dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 89/665, a meno che essi non soddisfino una delle citate condizioni.
- 76 Dato che la direttiva 89/665 non definisce espressamente la portata della nozione «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» contenuta al suo art. 1, n. 1, la questione se gli atti procedurali che non soddisfano una delle citate condizioni costituiscano decisioni per le quali gli Stati membri devono garantire mezzi d'impugnazione ai sensi della detta direttiva deve essere esaminata in relazione allo scopo di quest'ultima, provvedendo a non recare pregiudizio al suo effetto utile.
- 77 A tal proposito si deve ricordare che, in conformità al suo sesto 'considerando' e al suo art. 1, n. 1, la direttiva 89/665 mira a garantire in tutti gli Stati membri procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, nonché il risarcimento delle persone lese da tale violazione.

- 78 Come emerge dall'art. 1, nn. 1 e 3, di detta direttiva, le procedure di ricorso ivi previste devono essere, da un lato, efficaci e quanto più rapide possibile e, dall'altro, accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e sia stato o rischi di essere lesa da una violazione denunciata.
- 79 A tale proposito si deve rilevare, da un lato, come esposto al punto 74 della presente sentenza, che la normativa spagnola garantisce agli interessati la possibilità di impugnare non solo gli atti definitivi, ma anche gli atti procedurali, se decidono, direttamente o indirettamente, nel merito della questione, se comportano l'impossibilità di continuare il procedimento o di difendersi, o se determinano pregiudizi irreparabili a diritti o interessi legittimi.
- 80 D'altra parte, la Commissione non ha dimostrato che tale normativa non garantisca una tutela giurisdizionale adeguata dei singoli lesi da violazioni delle norme applicabili del diritto comunitario o delle norme nazionali che lo recepiscono.
- 81 Emerge da quanto precede che la seconda censura della Commissione deve essere respinta.

Sulla trasposizione del regime dei provvedimenti provvisori previsto dalla direttiva 89/665

Argomenti delle parti

- 82 La Commissione fa valere che le disposizioni nazionali che recepiscono nell'ordinamento giuridico spagnolo l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 89/665,

ossia gli artt. 111 della legge n. 30/1992 e 129-136 della legge n. 29/1998, non garantiscono una procedura d'urgenza, indipendente dalla proposizione di un ricorso, che sia volta a sospendere la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici o l'esecuzione di ogni decisione adottata dalle amministrazioni aggiudicatrici.

- 83 In particolare, la Commissione rileva che, salvo nel caso eccezionale dell'art. 136, n. 2, della legge n. 29/1998, la normativa spagnola non prevede alcuna possibilità di adottare provvedimenti provvisori in mancanza di un ricorso nel merito. Orbene, come emergerebbe dal punto 11 della sentenza 19 settembre 1996, causa C-236/95, Commissione/Grecia, (Racc. pag. I-4459), qualsiasi provvedimento provvisorio deve poter essere adottato indipendentemente da ogni azione previa.
- 84 Peraltro, la Commissione sottolinea, da un lato, che, nell'ambito dei ricorsi amministrativi, l'unico provvedimento provvisorio che può essere adottato è la sospensione dell'esecuzione. Dall'altro, nell'ambito del contenzioso amministrativo, il giudice dell'urgenza tenderebbe a non prendere provvedimenti diversi dalla sospensione dell'esecuzione. La Commissione osserva che, come si evince da una costante giurisprudenza del Tribunal Supremo, i provvedimenti provvisori non possono vertere sul merito, poiché essi non devono anticipare il risultato della controversia principale. Orbene, tale principio della neutralità dei provvedimenti provvisori rispetto al merito della causa principale avrebbe come conseguenza che, contrariamente a quanto richiesto dall'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 89/665, il giudice dell'urgenza non può adottare ogni misura necessaria per porre rimedio ad una violazione.
- 85 Il governo spagnolo non nega che sia le norme procedurali amministrative sia quelle del contenzioso amministrativo comportino che l'adozione di un provvedimento provvisorio sia legata alla previa proposizione di un ricorso e non possa in alcun caso essere chiesta autonomamente.

- 86 Infatti, in relazione all'art. 136 della legge n. 29/1998, il governo spagnolo precisa che, anche se, nei casi ivi previsti, i provvedimenti provvisori possono essere domandati e accordati prima ancora della proposizione del ricorso, tale disposizione non implica che i provvedimenti siano indipendenti dal ricorso, in quanto l'interessato deve necessariamente impugnare l'atto che reputa illegittimo entro il termine di dieci giorni dalla notifica della decisione che accorda i provvedimenti richiesti. Egli deve allora domandare la conferma di tali provvedimenti e, qualora non proponga il ricorso entro il termine, i provvedimenti provvisori decadono automaticamente.
- 87 Per quanto riguarda la sospensione per via giudiziaria, il governo spagnolo sottolinea che il procedimento contenzioso amministrativo non si propone con un ricorso, ma con un semplice documento scritto che indichi l'atto impugnato o denunci l'inerzia dell'amministrazione, e nel quale l'interessato può domandare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, senza necessariamente dover formulare il suo ricorso. Tale governo osserva che, una volta avviato il ricorso, il giudice adito chiederà all'amministrazione di fargli pervenire il fascicolo amministrativo; soltanto dopo che il ricorrente sia venuto in possesso di quest'ultimo comincerà a decorrere il termine entro il quale egli deve formulare il suo ricorso e articolare i motivi dello stesso.
- 88 In merito all'assenza di una tale possibilità nell'ambito della normativa che disciplina la sospensione per via amministrativa, il governo spagnolo fa valere che è assolutamente eccezionale che in materia di aggiudicazione di appalti pubblici si debba proporre un ricorso amministrativo e che, nell'improbabile caso in cui sia necessario avere esperito tutti i rimedi amministrativi, il termine previsto dall'art. 111, n. 3, della legge n. 30/1992 risulta estremamente breve. Esso ritiene infatti che tale ultima disposizione contenga un regime particolarmente avanzato in materia, in quanto essa prevede che, se l'autorità amministrativa non prende una decisione esplicita sulla domanda di sospensione entro 30 giorni, la sospensione si ritiene accordata.
- 89 Relativamente alla giustificazione dell'obbligo di presentare un ricorso avverso l'atto la cui illegittimità è alla base della domanda di sospensione dell'esecuzione, il governo spagnolo rileva che i provvedimenti provvisori di cui all'art. 2, n. 1,

lett. a), della direttiva 89/665 sono appunto definiti «provvisori» perché sono volti a garantire la soluzione di una controversia creando una situazione transitoria fino alla conclusione di quest'ultima e che la direttiva presuppone sempre che i provvedimenti provvisori siano chiesti da colui che contesta la validità dell'atto. Ne conseguirebbe che è insensato esigere per i provvedimenti provvisori l'autonomia assoluta invocata dalla Commissione, dato che, per definizione, i provvedimenti provvisori sono accessori.

- 90 Peraltro, in considerazione del fatto che il ricorso contenzioso amministrativo è proposto con una semplice lettera, sarebbe inconcepibile che, mediante un'interpretazione teleologica della direttiva 89/665, tale forma di proposizione dei ricorsi in esame possa essere considerata una limitazione o un ostacolo, dato che l'interessato può domandare e ottenere il provvedimento provvisorio voluto prima di avvalersi del mezzo d'impugnazione contro l'atto ritenuto illegittimo.
- 91 Il governo spagnolo cita parimenti gli artt. 242 CE e 243 CE, nonché l'art. 83 del regolamento di procedura della Corte, dai quali emergerebbe che, nell'ordinamento giuridico comunitario, la domanda di provvedimenti provvisori non è un mezzo d'impugnazione autonomo, ma piuttosto una domanda accessoria del ricorso d'annullamento.
- 92 Per quanto riguarda la conclusione della Commissione evinta dalla citata sentenza Commissione/Grecia, il governo spagnolo sostiene che, se la dichiarazione isolata della Corte al punto 11 di tale sentenza dovesse avere le conseguenze che la Commissione vi ricollega, la direttiva 89/665 sancirebbe che il giudice può adottare provvedimenti provvisori senza che qualcuno gliene abbia fatto domanda. Inoltre, esso asserisce che, anche se il termine «azione» è stato impiegato dalla Corte in senso tecnico in relazione ad un atto procedurale, ciò non significa che tale sentenza confermi la tesi della Commissione. Infatti, i provvedimenti autonomi invocati da quest'ultima implicherebbero parimenti l'esercizio di un'azione dinanzi al giudice. In ogni caso, tale governo constata che nella detta sentenza la Corte non si è dovuta pronunciare nel merito dell'inadempimento contestato, poiché lo Stato convenuto aveva ammesso di non avere recepito le disposizioni della direttiva 89/665 nel proprio ordinamento giuridico interno entro il termine impartito nel parere motivato.

- 93 In relazione alla possibile adozione di provvedimenti cautelari positivi il governo spagnolo rileva che, come emerge dall'esposizione della motivazione e dall'art. 129 della legge n. 29/1998, tale legge ha introdotto la possibilità di domandare e ottenere qualsiasi tipo di provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti cautelari positivi, e che spetta al giudice adito determinare quali devono essere adottati a seconda delle circostanze. Esso aggiunge, a tale proposito, che il Tribunal Constitucional spagnolo ha deciso che il diritto ad ottenere provvedimenti provvisori deriva dal diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva. In particolare, in una sentenza del 29 aprile 1993, vertente su un decreto impugnato in quanto prevedeva servizi minimi in misura maggiore di quanto fosse necessario, tale organo giurisdizionale avrebbe statuito che l'art. 24 della Costituzione spagnola, che sancisce il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, consente ai giudici di riformulare ogni decisione presa al fine di assicurare i servizi minimi in caso di sciopero generale.
- 94 Infine, il governo spagnolo osserva di non capire l'argomento della Commissione secondo cui l'obbligo di impugnare nel merito la legittimità di un atto dell'amministrazione aggiudicatrice contemporaneamente alla proposizione della domanda di provvedimenti provvisori priva il sistema della sua efficacia, dato che, a suo avviso, ogni domanda di provvedimento provvisorio comporta un esame nel merito, anche se limitato ad una valutazione prima facie della questione.

Giudizio della Corte

- 95 È pacifico che, ad eccezione dei casi previsti dall'art. 136, n. 2, della legge n. 29/1998, la normativa spagnola subordina la domanda di provvedimenti provvisori alla previa proposizione di un ricorso di merito.
- 96 Al fine di verificare la conformità di tale regolamentazione alla direttiva 89/665, si deve ricordare, in via preliminare, che, come emerge dal quinto 'considerando' di tale direttiva, la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici

richiede un trattamento urgente delle violazioni delle pertinenti norme del diritto comunitario o delle norme nazionali che lo recepiscono le quali inficino tali procedure.

- 97 A tal fine l'art. 2, n. 1, lett. a), di detta direttiva obbliga gli Stati membri ad abilitare gli organi di ricorso a 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 pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici.
- 98 Nella citata sentenza Commissione/Grecia, vertente sulla conformità alla direttiva 89/665 di una normativa nazionale che, da un lato, limitava la tutela giurisdizionale provvisoria alle sole procedure di sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo e, dall'altro, subordinava il provvedimento di sospensione alla proposizione di un ricorso d'annullamento contro l'atto impugnato, la Corte ha avuto modo di precisare la portata degli obblighi derivanti a tale proposito dalla detta direttiva. In particolare, essa ha affermato che, in forza dell'art. 2 di questa direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più in generale, 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 (sentenza Commissione/Grecia, cit., punto 11).
- 99 A tale proposito, si deve rilevare che, sebbene la normativa spagnola preveda la possibilità di adottare provvedimenti provvisori consistenti in un «facere», tuttavia essa 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 una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

100 Tale considerazione non è confutata dal fatto che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665, come precisati nella già citata sentenza Commissione/Grecia.

101 Ne consegue che la terza censura della Commissione deve essere accolta.

102 Alla luce di tutte le precedenti considerazioni si deve dichiarare che, non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni di cui agli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665, e, in particolare,

— avendo omesso di estendere il sistema di ricorsi garantiti da questa direttiva alle decisioni adottate dalle società di diritto privato istituite per soddisfare specificamente necessità d'interesse generale prive di natura industriale o commerciale, dotate di personalità giuridica, la cui attività è soprattutto finanziata da amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è composto da membri dei quali più della metà siano nominati dalle amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, e

- subordinando, in generale, la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice,

il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva.

¹⁰³ Il ricorso è respinto per il resto.

Sulle spese

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. In forza dell'art. 69, n. 3, del medesimo regolamento, la Corte può ripartire le spese se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi. Essendo la Commissione rimasta soccombente su un capo, questa va condannata ad un terzo delle spese e il Regno di Spagna ai due terzi delle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **Non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 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 e, in particolare,**
 - **avendo omesso di estendere il sistema di ricorsi garantiti da questa direttiva alle decisioni adottate dalle società di diritto privato istituite per soddisfare specificamente necessità d'interesse generale prive di natura industriale o commerciale, dotate di personalità giuridica, la cui attività è soprattutto finanziata da amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è composto da membri dei quali più della metà siano nominati dalle amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, e**

— subordinando, in generale, la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice,

il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva.

- 2) Il ricorso è respinto per il resto.

- 3) La Commissione delle Comunità europee è condannata a sopportare un terzo delle spese e il Regno di Spagna è condannato a sopportare i due terzi delle spese.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 15 maggio 2003.

Il cancelliere

Il presidente della Sesta Sezione

R. Grass

J.-P. Puissochet