



## Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

7 agosto 2018 \*

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Procedure di ricorso – Direttiva 89/665/CE – Azione di risarcimento danni – Articolo 2, paragrafo 6 – Normativa nazionale che subordina la ricevibilità di ogni azione di risarcimento danni alla constatazione previa e definitiva dell'illegittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice all'origine del danno dedotto – Ricorso di annullamento – Previo ricorso dinanzi a una commissione arbitrale – Controllo giurisdizionale dei lodi della commissione arbitrale – Normativa nazionale che esclude la produzione dei motivi non dedotti dinanzi alla commissione arbitrale – Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva – Principi di effettività e di equivalenza»

Nella causa C-300/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Kúria (Corte suprema, Ungheria), con decisione dell'11 maggio 2017, pervenuta in cancelleria il 24 maggio 2017, nel procedimento

**Hochtief AG**

contro

**Budapest Főváros Önkormányzata,**

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da L. Bay Larsen, presidente di sezione, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby e M. Vilaras (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: R. Șereș, amministratore

visto il procedimento scritto e in esito all'udienza del 30 aprile 2018,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Hochtief AG, da A. László, ügyvéd, e I. Varga, konzulens;
- per il governo ungherese, da M.Z. Fehér e G. Koós, in qualità di agenti;
- per il governo ellenico, da M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi e K. Georgiadis, in qualità di agenti;

\* Lingua processuale: l'ungherese.

- per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da P. Ondrůšek e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 giugno 2018,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

- 1 La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, pag. 1) (in prosieguito: la «direttiva 89/665»).
- 2 La domanda è stata sollevata nel contesto di una controversia tra la Hochtief AG e il Budapest Főváros Önkormányzata (Comune di Budapest, Ungheria; in prosieguito: l'«autorità aggiudicatrice») nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno che Hochtief avrebbe subito in esito alla violazione delle norme in materia di appalti pubblici.

### **Contesto normativo**

#### ***Diritto dell'Unione***

- 3 L'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65)] o dalla direttiva [2014/23], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento».

- 4 L'articolo 1, paragrafo 3, di detta direttiva così dispone:

«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».

- 5 L'articolo 2, paragrafi 1, 2 e 6, di detta direttiva così prevede:

«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:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

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

(...)

6. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento del danno viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata».

### ***Diritto ungherese***

6 L'articolo 108, paragrafo 3, del közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény (legge n. CXXIX del 2003 in materia di appalti pubblici, *Magyar Közlöny* 2003/157, in prosieguo: la «la legge sugli appalti pubblici») prevede quanto segue:

«Il candidato potrà modificare la sua domanda di partecipazione sino al momento della scadenza del termine per la presentazione della stessa».

7 L'articolo 350 di detta legge così recita:

«La possibilità di far valere qualunque domanda in materia civile fondata sulla violazione di una norma sugli appalti pubblici o sulla procedura di aggiudicazione dei medesimi è subordinata alla previa definitiva dichiarazione, da parte della commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o del giudice adito del ricorso avverso la decisione della commissione arbitrale in materia di appalti pubblici della sussistenza della violazione della norma».

8 L'articolo 351 di detta legge è così redatto:

«Qualora l'offerente richieda all'amministrazione aggiudicatrice un rimborso limitato esclusivamente alle spese conseguenti alla preparazione dell'offerta e alla partecipazione alla procedura di aggiudicazione all'appalto pubblico, è sufficiente, per far valere tale domanda di risarcimento del danno, dimostrare:

a) che l'amministrazione aggiudicatrice abbia violato norme giuridiche sugli appalti pubblici o sulla procedura di aggiudicazione di questi,

b) che l'offerente avesse possibilità concrete di aggiudicarsi l'appalto e

c) che la violazione abbia compromesso le possibilità dell'offerente di aggiudicarsi l'appalto».

9 L'articolo 339/A del Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (legge n. III del 1952 che istituisce il codice di procedura civile, in prosieguo: il «codice di procedura civile») così recita:

«Salvo disposizione contraria, il sindacato del giudice sulla decisione amministrativa si fonda sulla normativa vigente e sulle circostanze di fatto al momento in cui questa è stata adottata».

## Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 10 Il 5 febbraio 2005 l'amministrazione aggiudicatrice indicava una procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara per la realizzazione di taluni lavori il cui valore superava il limite massimo previsto dal diritto dell'Unione. Cinque candidature pervenivano entro il termine a tal fine stabilito, fra cui quella del consorzio «HOLI» (in prosieguo: il «consorzio»), diretto dalla Hochtief.
- 11 Il 19 luglio 2005, l'amministrazione aggiudicatrice comunicava al consorzio l'invalidità della sua candidatura per conflitto di interessi ed il suo conseguente rigetto. La decisione era motivata dal fatto che il consorzio aveva designato come responsabile del progetto un esperto che aveva partecipato alla preparazione della gara d'appalto a diretto contatto con l'amministrazione aggiudicatrice.
- 12 Con lodo del 12 settembre 2005, il Közbizottság (commissione arbitrale in materia di appalti pubblici, Ungheria; in prosieguo: la «commissione arbitrale») respingeva il ricorso introdotto dal consorzio avverso detta decisione rilevando che la designazione dell'esperto nella domanda di partecipazione non poteva essere qualificata come un errore amministrativo, come sostenuto dalla Hochtief. Detta commissione arbitrale riteneva che, se è pur vero che la Hochtief poteva legittimamente correggere tale errore, ciò avrebbe implicato una modifica della domanda di partecipazione, esclusa dall'articolo 108, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici. La commissione arbitrale riteneva parimenti che l'amministrazione aggiudicatrice non avesse agito contra legem nel proseguire la procedura con soli due candidati, considerato che, ai sensi dell'articolo 130, paragrafo 7, di detta legge, nel caso in cui resti un numero sufficiente – ricompreso nella forchetta definita – di candidati che abbiano presentato una candidatura ammissibile, questi devono essere invitati a presentare un'offerta.
- 13 Con sentenza del 28 aprile 2006, il Fővárosi Bíróság (Tribunale di Budapest, Ungheria) rigettava il ricorso proposto dal consorzio avverso il lodo del 12 settembre 2005.
- 14 Con decisione del 13 febbraio 2008, la Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest, Ungheria), adita dell'appello proposto dal consorzio avverso la sentenza del 28 aprile 2006, proponeva domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte, sfociata nella sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).
- 15 Sempre nel corso del 2008, la Commissione europea ha accertato, nel contesto dell'esame della procedura di aggiudicazione dell'appalto oggetto del procedimento principale, che l'amministrazione aggiudicatrice aveva violato le norme in materia di appalti pubblici, da un lato, pubblicando un avviso di procedura negoziata e, dall'altro, escludendo uno dei candidati nel corso della procedura di preselezione senza avergli dato la possibilità, conformemente alla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), di provare che il contributo dell'esperto designato come responsabile del progetto non fosse tale da falsare la concorrenza.
- 16 Il 20 gennaio 2010, in esito alla sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), la Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest) emanava una sentenza confermando la decisione del 28 aprile 2006. Detto giudice indicava, segnatamente, che non avrebbe esaminato la questione se l'amministrazione aggiudicatrice, nel concludere nel senso dell'incompatibilità della candidatura del consorzio, avesse commesso un'infrazione non offrendo a quest'ultimo la possibilità di difendersi, poiché detta censura non era presente nel ricorso in primo grado. È solo in appello che la Hochtief avrebbe fatto valere, per la prima volta, il fatto che il divieto opposto al consorzio avrebbe costituito una restrizione sproporzionata del proprio diritto di presentare una candidatura e di formulare un'offerta, in contrasto con l'articolo 220 CE, con l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54) e con la giurisprudenza della Corte.

- 17 Con sentenza del 7 febbraio 2011, il Legfelsőbb Bíróság [precedente denominazione della Kúria, (Corte suprema, Ungheria)] confermava la sentenza della Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest) del 20 gennaio 2010.
- 18 L'11 agosto 2011, la Hochtief, sulla base degli accertamenti della Commissione, avviava un procedimento di revisione avverso la stessa sentenza della Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest).
- 19 Il 6 giugno 2013, il Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest, Ungheria) emanava ordinanza di rigetto del ricorso per revisione, confermata con ordinanza della Fővárosi Törvényszék (Corte della capitale, Ungheria), che statuisce in ultimo grado.
- 20 Richiamandosi sempre agli accertamenti della Commissione, la Hochtief presentava quindi un ricorso diretto ad ottenere la condanna dell'amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in misura di 24 043 685 fiorini ungheresi (HUF) (circa EUR 74 000), pari alle spese sostenute per partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico.
- 21 A seguito del rigetto di tale ricorso in primo grado e in appello, la Hochtief proponeva ricorso per cassazione dinanzi al giudice del rinvio, facendo valere, segnatamente, la violazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665 e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992, L 76, pag. 14).
- 22 Il giudice del rinvio rileva, in sostanza, che dalla direttiva 89/665 si evince che l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno può essere subordinata al previo annullamento della decisione contestata da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria (sentenza del 26 novembre 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punto 35), così che l'articolo 2 di detta direttiva non sembra, in linea di principio, ostare a una disposizione legislativa nazionale, quale l'articolo 350 della legge sugli appalti pubblici. Tuttavia, l'applicazione di quest'ultima disposizione, congiuntamente con altre disposizioni della legge sugli appalti pubblici e del codice di procedura civile, potrebbe produrre l'effetto di impedire ad un candidato ad una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico ed escluso, come la Hochtief, di avviare l'azione per il risarcimento del danno, a fronte dell'impossibilità di invocare una decisione definitiva di accertamento di una violazione delle norme in materia di appalti pubblici. In tale ipotesi, potrebbe essere giustificata la previsione della possibilità di fornire la prova di una simile violazione con altri mezzi, o di disapplicare la norma interna in nome del principio di effettività o, ancora, di interpretarla alla luce del diritto dell'Unione.
- 23 È in tale contesto che la Kúria (Corte suprema, Ungheria) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1. Se sia contraria al diritto dell'Unione la norma processuale di uno Stato membro che subordini la facoltà di presentare qualsiasi domanda civile fondata sulla violazione di una norma in materia di appalti pubblici alla previa condizione che la commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o il giudice – al cui esame sia stata sottoposta l'impugnazione del lodo della commissione arbitrale in materia di appalti pubblici – abbia definitivamente dichiarato la sussistenza della violazione della norma.
2. Se la norma di uno Stato membro che prevede, quale condizione preliminare per poter presentare una domanda di risarcimento del danno, che la commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o il giudice – al cui esame sia stato sottoposta l'impugnazione della decisione della commissione



arbitrale in materia di appalti pubblici – abbia definitivamente dichiarato la violazione della norma, possa essere sostituita con altra conforme al diritto dell'Unione. Vale a dire, se sussista la possibilità che il danneggiato dimostri con altri mezzi la violazione della norma.

3. Se, nel contesto di una controversia volta ad ottenere un risarcimento dei danni, sia contraria al diritto dell'Unione e, in particolare, ai principi di effettività e di equivalenza, o possa pregiudicare tale diritto e tali principi, la norma processuale di uno Stato membro che consenta di impugnare in giudizio una decisione amministrativa esclusivamente sulla base dei motivi di diritto dedotti nel procedimento dinanzi alla commissione arbitrale in materia di appalti pubblici, anche laddove il danneggiato, a fondamento della dedotta violazione della norma, possa solo far valere l'illegittimità della sua esclusione basata sull'esistenza di un conflitto d'interessi, ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, tale da provocare la sua esclusione dal procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico per altra causa, prevista dalle norme stesse della procedura negoziata, cioè la modifica della sua candidatura».

### **Sulla domanda di riapertura della fase orale del procedimento**

- 24 Con lettere depositate presso la cancelleria della Corte il 12 e il 27 luglio 2018, la Hochtief ha chiesto che fosse disposta la riapertura della fase orale del procedimento, in applicazione dell'articolo 83 del regolamento di procedura della Corte.
- 25 A sostegno della sua domanda, la Hochtief invoca anzitutto la domanda di pronuncia pregiudiziale introdotta dal Székesfehérvári Törvényszék (Corte di Székesfehérvár, Ungheria), con decisione del 6 dicembre 2017, pervenuta alla Corte il 5 giugno 2018 e registrata con numero di ruolo C-362/18. Essa fa valere, in sostanza, che la risposta da apportare alle questioni poste nel presente procedimento dipende da quella che sarà apportata alle questioni poste nella causa C-362/18 e che, per garantire l'unità della giurisprudenza, occorre dare alle parti la possibilità presentare il loro punto di vista su quest'ultimo procedimento.
- 26 La Hochtief considera quindi che, affinché la Corte sia in grado di statuire sulla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, occorre tener conto di elementi che non sarebbero stati oggetto di un dibattito tra le parti. Essa intende, in particolare, poter presentare osservazioni su una dichiarazione formulata dall'agente del governo ungherese nel corso dell'udienza, secondo la quale la sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C 138/08, EU:C:2009:627), pronunciata nel corso del procedimento dinanzi ai giudici ungheresi, sarebbe stata oggetto di una decisione da parte di questi ultimi. A suo avviso è di importanza decisiva, per rispondere alle prime due questioni poste nel contesto del presente rinvio pregiudiziale, determinare quale valutazione detti giudici abbiano compiuto di tale sentenza.
- 27 Occorre ricordare, a tal riguardo, che conformemente all'articolo 83 del regolamento di procedura, la Corte, in qualsiasi momento, sentito l'avvocato generale, può disporre la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta o quando, dopo la chiusura di tale fase, una parte ha prodotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte, oppure quando la causa dev'essere decisa in base a un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti o gli interessati menzionati dall'articolo 23 dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.
- 28 Nella specie, la Corte considera, dopo aver sentito l'avvocato generale, di disporre di tutti gli elementi necessari per rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale e che non occorra rispondere a tale domanda sulla base di un argomento che non è stato discusso dinanzi ad essa.

- 29 Da una parte, contrariamente a quanto sostiene la Hochtief, la risposta da apportare alle questioni poste nel presente procedimento non dipende da quella che sarà apportata alle questioni poste nella causa C-362/18. Infatti, se è pur vero che i procedimenti principali nella presente causa e nella causa C-362/18 si iscrivono in un contesto simile, cionondimeno le questioni poste nella causa C-362/18 che, come rilevato dalla stessa Hochtief nella sua domanda, vertono principalmente sulla responsabilità di uno Stato membro per una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un giudice nazionale che decide in ultimo grado, si distinguono da quelle poste nel presente procedimento, che vertono sulle condizioni di ricevibilità di un'azione di risarcimento danni contro un'amministrazione aggiudicatrice.
- 30 D'altra parte, non risulta che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale debba essere esaminata alla luce di un elemento che non sarebbe stato dibattuto tra le parti. Segnatamente, la sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), invocata dalla Hochtief a sostegno della sua domanda di riapertura della fase orale del procedimento, è stata menzionata dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale e le parti del procedimento principale, al pari degli interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, hanno avuto l'opportunità di formulare le loro osservazioni sia scritte sia orali al riguardo.
- 31 Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte afferma che non occorre disporre la riapertura della fase orale del procedimento.

### **Sulla prima e seconda questione**

- 32 Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che osta a una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che subordina la possibilità di proporre un'azione di diritto civile nell'ipotesi di infrazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici e la loro aggiudicazione alla condizione che l'infrazione sia stata definitivamente accertata dalla commissione arbitrale degli appalti pubblici o, nel contesto di un controllo giurisdizionale di un lodo di detta commissione arbitrale, da un giudice.
- 33 Occorre ricordare, in primo luogo, che, a termini dell'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665, gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento del danno viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.
- 34 Risulta, conseguentemente, dal disposto stesso di tale disposizione che gli Stati membri dispongono, in linea di principio, della facoltà di adottare una disposizione processuale nazionale quale l'articolo 350 della legge relativa agli appalti pubblici, che subordina la possibilità di proporre un'azione di diritto civile nell'ipotesi di infrazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici alla condizione che l'infrazione sia stata definitivamente accertata da una commissione arbitrale, come quella oggetto del procedimento principale, o, nel contesto di un controllo giurisdizionale del lodo pronunciato da una siffatta commissione arbitrale, da un giudice (v., per analogia, sentenza del 26 novembre 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punto 36).
- 35 Occorre ricordare, in secondo luogo, che, come la Corte ha avuto più volte occasione di ribadire, la direttiva 89/665 prevede solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., segnatamente, sentenza del 15 settembre 2016, Star Storage e a., C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

- 36 L'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 si limita, pertanto, a prevedere la facoltà, per gli Stati membri, di subordinare l'introduzione di un'azione per risarcimento danni all'annullamento della decisione contestata da un'istanza competente a tal fine, senza prevedere alcuna indicazione quanto a eventuali condizioni o limiti che possono eventualmente accompagnare la trasposizione e l'attuazione delle sue disposizioni.
- 37 Ne consegue che, come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle conclusioni, gli Stati membri restano liberi di definire le condizioni alle quali le norme nazionali di trasposizione dell'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 devono trovare applicazione nel loro ordinamento giuridico nonché i limiti, le eccezioni o le deroghe che può eventualmente accompagnare detta applicazione.
- 38 Certamente, come la Corte ha avuto più volte occasione di statuire, spetta agli Stati membri, nel definire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali destinati ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, controllare che non siano messi in pericolo né l'efficacia della direttiva 89/665, né i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punti 43 e 44).
- 39 La Corte ha statuito, al riguardo, che la facoltà accordata agli Stati membri dall'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 non era illimitata e restava subordinata alla condizione che il previo ricorso di annullamento avverso qualsiasi azione di risarcimento danni fosse effettivo (v., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, punti da 36 a 44). Spetta ad essi, segnatamente, garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») (v., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 46).
- 40 Nella specie, si deve rilevare che la normativa processuale nazionale che subordina la possibilità di proporre un'azione di diritto civile nell'ipotesi di infrazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici e la loro aggiudicazione alla condizione che l'infrazione sia stata previamente e definitivamente accertata non priva l'offerente interessato del diritto a un ricorso effettivo.
- 41 Occorre, di conseguenza, rispondere alle prime due questioni del giudice del rinvio affermando che l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che subordina la possibilità di proporre un'azione di diritto civile nell'ipotesi di infrazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici e la loro aggiudicazione alla condizione che l'infrazione sia stata definitivamente accertata da una commissione arbitrale degli appalti pubblici o, nel contesto di un controllo giurisdizionale del lodo di detta commissione arbitrale, da un giudice.

### **Sulla terza questione**

- 42 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione vada interpretato nel senso che, nel contesto di un'azione per risarcimento danni, osta ad una norma processuale nazionale che limita il controllo giurisdizionale dei lodi emessi da una commissione arbitrale cui è attribuito in primo grado il controllo delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici all'esame dei soli motivi sollevati dinanzi a detta commissione.
- 43 Al riguardo, per quanto riguarda il procedimento principale, occorre anzitutto rilevare che, come risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, i giudici nazionali cui è attribuito il controllo dei lodi della commissione arbitrale chiamata a esaminare in primo grado i ricorsi di annullamento



avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici devono, ai sensi dell'articolo 339/A del codice di procedura civile, respingere in quanto irricevibile qualsivoglia motivo nuovo che non sia stato sollevato dinanzi a detta commissione.

- 44 È in applicazione di tale disposizione che la Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest) ha respinto l'appello proposto dalla ricorrente principale contro la sentenza del Fővárosi Bíróság (Tribunale di Budapest) che respingeva il ricorso avverso il lodo iniziale della commissione arbitrale. Del pari, è sul fondamento di detta disposizione che il Legfelsőbb Bíróság (precedente denominazione della Corte suprema) ha respinto il ricorso per cassazione proposto dalla ricorrente nel procedimento principale avverso la sentenza della Fővárosi Ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest).
- 45 Secondo il giudice del rinvio, l'applicazione congiunta dell'articolo 339/A del codice di procedura civile e dell'articolo 350 della legge sugli appalti pubblici potrebbe tuttavia produrre un effetto contrario al diritto dell'Unione.
- 46 Al riguardo, detto giudice sottolinea, richiamando il punto 39 della sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), che il grado di esigenza della certezza del diritto relativa alle condizioni della ricevibilità dei ricorsi non è identico a seconda che si tratti di ricorsi per risarcimento danni o di ricorsi diretti a privare un contratto dei suoi effetti. Infatti, sarebbe giustificato, alla luce delle esigenze della certezza del diritto di cui i rapporti contrattuali devono poter beneficiare, disciplinare in termini restrittivi i rimedi giurisdizionali intesi a privare i contratti conclusi tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli aggiudicatari di appalti pubblici dei loro effetti (tutela primaria). Per contro, ove le azioni di risarcimento danni (tutela secondaria) non producano, in linea di principio, alcuna influenza sugli effetti dei contratti già conclusi, sarebbe ingiustificato assoggettarli a modalità tanto severe quanto quelle applicabili a ricorsi aventi ad oggetto l'esistenza stessa o l'esecuzione di siffatti contratti.
- 47 Al riguardo occorre ricordare che la Corte ha certamente statuito, ai punti da 41 a 44 della sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), che il principio di effettività ostava, in alcune circostanze, a una normativa processuale nazionale che subordina la ricevibilità delle azioni per risarcimento danni avviate nel contesto di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici alla previa constatazione dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione.
- 48 Occorre tuttavia sottolineare che la Corte è pervenuta a tale conclusione in un contesto molto specifico, caratterizzato dalla circostanza che il ricorso inteso alla previa constatazione dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto, fondato sull'assenza di pubblicazione previa di un bando di gara, era assoggettato a un termine di decadenza di sei mesi, che decorreva dal giorno successivo alla data di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, indipendentemente dal fatto che la persona lesa fosse in grado di essere a conoscenza dell'illegittimità che inficiava detta decisione di aggiudicazione o meno. In un tale contesto, infatti, un termine di sei mesi rischiava di non consentire alla persona lesa di raccogliere le informazioni necessarie ai fini di un ricorso inteso a mettere in questione la legittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, ciò che ostava in tal modo alla presentazione del ricorso e poteva, pertanto, rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di proporre un'azione per risarcimento danni.
- 49 Orbene, la situazione oggetto del procedimento principale si distingue nettamente da quella di cui al procedimento sfociato nella sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Infatti, si deve rilevare che, a differenza dalla norma di decadenza in questione nel procedimento sfociato nella sentenza del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), la norma processuale prevista dall'articolo 339/A del codice di procedura civile non lede, come rilevato

dall'avvocato generale ai paragrafi da 47 a 49 delle conclusioni, il diritto a un ricorso effettivo e all'accesso a un giudice imparziale, garantito dall'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2013, *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, punto 87).

- 51 Se è pur vero, peraltro, che detta norma processuale nazionale impone una stretta concordanza dei motivi sollevati dinanzi alla commissione arbitrale e quelli sollevati dinanzi ai giudici chiamati a controllare i lodi di detta commissione, escludendo pertanto ogni possibilità per l'amministrato di sollevare un motivo nuovo nel corso del procedimento, è altrettanto vero che essa contribuisce, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle conclusioni, a preservare l'effetto utile della direttiva 89/665, che - come la Corte ha già avuto occasione di statuire - consiste nel garantire che le decisioni illegittime delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (v., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 43, nonché la giurisprudenza ivi citata).
- 52 Al riguardo, occorre ricordare che la Corte ha statuito che il principio secondo il quale l'iniziativa del processo spetta alle parti, che implica che il giudice sia vincolato dall'obbligo di limitarsi all'oggetto della controversia, di fondare la propria decisione sui fatti sottoposti al suo esame e di astenersi dall'agire d'ufficio se non in casi eccezionali al fine di salvaguardare il pubblico interesse, tutela i diritti della difesa e garantisce il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione di motivi nuovi (v., in tal senso, sentenze del 14 dicembre 1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, punti 20 e 21, nonché del 7 giugno 2007, *van der Weerd e a.*, da C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, punti 34 e 25).
- 53 Nella specie, come risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte, la Hochtief non è stata posta nell'impossibilità di proporre un ricorso di annullamento avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che l'escludeva dal procedimento, né dinanzi alla commissione arbitrale, né, successivamente, dinanzi ai giudici nazionali competenti quanto al controllo giurisdizionale del lodo pronunciato da detta commissione.
- 54 Né può ritenersi che una persona in una situazione come quella della Hochtief sia stata posta nell'impossibilità di sollevare tempestivamente un motivo attinente, in sostanza, all'impossibilità di apportare la prova del fatto che, nella specie, la partecipazione dell'esperto che essa aveva designato quale direttore del progetto e che era intervenuto affiancando l'amministrazione aggiudicatrice non era tale da falsare la concorrenza, conformemente a quanto si evince dalla sentenza del 3 marzo 2005, *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punti da 33 a 36).
- 55 Infatti, secondo giurisprudenza costante della Corte, l'interpretazione che essa fornisce di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa, ove necessario, il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., segnatamente, sentenze del 27 marzo 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, EU:C:1980:100, punto 16, e del 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, punto 21).
- 56 Ne consegue che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, un offerente, quale la Hochtief, era in grado di sollevare la censura relativa al fatto di non aver avuto la possibilità di dimostrare che il fatto di aver designato quale direttore del progetto un esperto che aveva partecipato alla preparazione del bando di gara affiancando l'amministrazione aggiudicatrice non era tale da falsare la concorrenza, pur in assenza di qualsivoglia giurisprudenza al riguardo.
- 57 Peraltro, se è pur vero che la sentenza del 3 marzo 2005, *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), è stata disponibile in lingua ungherese solo successivamente all'introduzione, da parte della Hochtief, del suo ricorso dinanzi alla commissione arbitrale e anche del suo ricorso avverso il

lodo di quest'ultima dinanzi al giudice nazionale in primo grado, tale circostanza non può tuttavia consentire, di per sé, di concludere che la stessa si trovasse nell'impossibilità assoluta di sollevare una siffatta censura.

- 58 Discende dalle suesposte considerazioni che il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, va interpretato nel senso che, nel contesto di un'azione per risarcimento danni, non osta ad una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita il controllo giurisdizionale dei lodi emessi da una commissione arbitrale cui è attribuito in primo grado il controllo delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici all'esame dei soli motivi sollevati dinanzi a detta commissione.

### **Sulle spese**

- 59 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, va interpretato nel senso che non osta a una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che subordina la possibilità di proporre un'azione di diritto civile nell'ipotesi di infrazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici e la loro aggiudicazione alla condizione che l'infrazione sia stata definitivamente accertata da una commissione arbitrale o, nel contesto di un controllo giurisdizionale di un lodo di detta commissione arbitrale, da un giudice.**
- 2) **Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che, nel contesto di un'azione per risarcimento danni, non osta ad una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita il controllo giurisdizionale dei lodi emessi da una commissione arbitrale cui è attribuito in primo grado il controllo delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici all'esame dei soli motivi sollevati dinanzi a detta commissione.**

Firme