

ORDINANZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

17 luglio 2014 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte – Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – Articolo 267 TFUE – Nozione di “organo giurisdizionale” – Incompetenza della Corte»

Nella causa C-427/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Italia), con decisione del 22 maggio 2013, pervenuta in cancelleria il 25 luglio 2013, nel procedimento

Emmeci Srl

contro

Cotral SpA,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da E. Juhász (relatore), presidente di sezione, A. Rosas e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Emmeci Srl, da C. Contaldi La Grotteria, avvocato;
- per la Commissione europea, da L. Cappelletti e A. Tokár, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di statuire con ordinanza motivata, conformemente all'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte,

ha emesso la seguente

Ordinanza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 56 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Emmeci Srl (in

prosieguo: l'«Emmecì») e la Cotral SpA (in prosieguo: la «Cotral») in merito ad una procedura di gara ristretta mediante asta elettronica per la fornitura biennale di ricambi nuovi di meccanica originali per la manutenzione di autobus.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 La direttiva 2004/17 definisce le regole per il coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

4 Il considerando 22 di tale direttiva dispone quanto segue:

«Poiché l'uso della tecnica delle aste elettroniche è destinato a diffondersi, occorre introdurre una definizione comunitaria di dette aste e regolamentarle mediante norme specifiche per garantire che si svolgano nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. A tal fine occorre prevedere che le aste elettroniche riguardino soltanto appalti di lavori, forniture e servizi le cui specifiche possono essere definite in modo preciso. Ciò può avvenire in particolare nel caso di appalti di forniture, lavori e servizi ricorrenti. Allo stesso fine è necessario altresì prevedere che la classificazione degli offerenti possa essere stabilita in ogni momento dell'asta elettronica (...)».

5 Ai sensi dell'articolo 56 della suddetta direttiva, intitolato «Ricorso alle aste elettroniche»:

«1. Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per gli enti aggiudicatori di ricorrere ad aste elettroniche.

(...)

3. Gli enti aggiudicatori che decidono di ricorrere ad un'asta elettronica lo indicano nel bando di gara.

Il capitolato d'onere comporta, tra l'altro, le seguenti informazioni:

- a) gli elementi i cui valori saranno oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili ed espressi in cifre o in percentuali;
- b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, quali risultano dalle specifiche dell'oggetto dell'appalto;
- c) le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione;
- d) le informazioni pertinenti sullo svolgimento dell'asta elettronica;
- e) le condizioni alle quali gli offerenti potranno rilanciare, in particolare gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio;
- f) le informazioni pertinenti sul dispositivo elettronico utilizzato e sulle modalità e specifiche tecniche di collegamento.

6. Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, gli enti aggiudicatori comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni

momento la rispettiva classificazione. Essi possono anche comunicare altre informazioni riguardanti altri prezzi o valori presentati, purché sia previsto nel capitolato d'oneri. Gli enti aggiudicatori possono inoltre, in qualsiasi momento, annunciare il numero di partecipanti alla fase dell'asta. Tuttavia in nessun caso essi possono rendere nota l'identità degli offerenti durante lo svolgimento delle fasi dell'asta elettronica».

Diritto italiano

6 Sotto il titolo «Ricorso alle aste elettroniche», l'articolo 85 del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, sul Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, (Supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»), ha trasposto, nell'ordinamento giuridico interno, l'articolo 56 della direttiva 2004/17. In particolare, l'articolo 85, comma 1, di tale decreto legislativo prevede che «le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione dei contratti di appalto avvenga attraverso un'asta elettronica».

7 L'articolo 292, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207, sul regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», (Supplemento ordinario alla GURI n. 288, del 10 dicembre 2010), dispone quanto segue:

«Durante la fase dell'ultimo rilancio, i concorrenti non sono in grado di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici. Tali informazioni sono visualizzate al termine dell'asta».

8 L'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006 dispone, in merito all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (in prosieguo: l'«Autorità»):

«L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara».

9 In forza degli articoli 6 e seguenti del suddetto decreto legislativo, l'Autorità è un organo collegiale attualmente costituito da sette membri nominati d'intesa dal Presidente della Camera dei deputati e dal Presidente del Senato, per una durata di sette anni non rinnovabile.

10 Per quanto riguarda i compiti dell'Autorità, l'articolo 6, comma 7, dello stesso decreto legislativo recita:

«Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

- a) vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;
- b) vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del presente codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al presente codice e il rispetto dei principi

relativi ai contratti esclusi (...)

- c) vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
 - d) accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
 - e) segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;
 - f) formula al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
 - g) formula al Ministro delle infrastrutture proposte per la revisione del regolamento;
 - h) predispone e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici (...)
 - i) sovrintende all'attività dell'Osservatorio [dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture] di cui all'articolo 7;
 - l) esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;
 - m) vigila sul sistema di qualificazione (...); nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni;
 - n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; (...)
- 11 L'Autorità ha emanato un regolamento sul «procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163», la cui versione attuale è stata adottata il 24 aprile 2013 (GURI n. 106, dell'8 maggio 2013, pag. 107; in prosieguo: il «regolamento»).
- 12 In forza dell'articolo 2 del regolamento, intitolato «Soggetti richiedenti», il procedimento ha inizio su istanza presentata congiuntamente o singolarmente dalla stazione appaltante e dall'operatore economico. Tale articolo 2, commi 4 e 5, prevede che, nel caso di un'istanza presentata congiuntamente, l'Autorità «emana il parere», mentre, nel caso di un'istanza presentata singolarmente, l'Autorità valuta la rilevanza di tale istanza prima dell'emanazione del parere.
- 13 L'articolo 3 del regolamento, intitolato «Istanze ammissibili», al suo comma 1 dispone:
- «Non sono ammissibili le istanze presentate: (...) in tutti i casi in cui sia stato già presentato ricorso innanzi all'Autorità giudiziaria avverso qualsiasi provvedimento relativo alla medesima procedura (pendenza di giudizio); (...)
- 14 L'articolo 5 del regolamento, intitolato «Istruttoria delle istanze presentate congiuntamente», al suo comma 5 prevede:
- «Se nel corso dell'istruttoria viene presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria, l'istanza diviene improcedibile».

- 15 L'articolo 8 del regolamento, intitolato «Conclusione del procedimento», ai suoi commi 1 e 2 dispone:

«1. La decisione sulla questione oggetto della controversia è denominata “Parere ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del [decreto legislativo n. 163/2006]”.

2. Il parere, redatto sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, e approvato dal Consiglio dell'Autorità, viene trasmesso alle parti interessate».

- 16 Infine, l'articolo 10 del regolamento, intitolato «Istanza di riesame», al suo comma 1 recita:

«Non sono ammissibili le istanze aventi ad oggetto il riesame di una questione controversa già decisa dall'Autorità con parere emesso ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del [decreto legislativo n. 163/2006] o per la quale l'Ufficio ha disposto l'archiviazione ai sensi dell'art. 8, comma 2, fatta salva l'ipotesi in cui vengano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto e/o di diritto. In questo ultimo caso si applicano le disposizioni del presente Regolamento per quanto compatibili».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 17 La Cotral è una società pubblica interamente controllata dalla Regione Lazio, che assicura la gestione del servizio di trasporti pubblici sul territorio di tale Regione e che, ai sensi dell'allegato VI-E del decreto legislativo n. 163/2006, è un ente aggiudicatore nel campo dei servizi tranviari, filoviari e di autobus. Con avviso pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 22 ottobre 2012, la Cotral ha indetto una procedura di gara ristretta mediante asta elettronica in vista di un appalto per la fornitura biennale di ricambi nuovi di meccanica originali, di primo impianto o equivalenti per la manutenzione di autobus, da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso.

- 18 L'Emmeci è stata ammessa a partecipare alla procedura ristretta telematica prevista per il 7 febbraio 2013. Dalla decisione di rinvio risulta che, con riguardo a tale procedura, è stata presentata un'istanza di parere per la risoluzione di una controversia presso l'Autorità. L'Emmeci contesta la legittimità della clausola prevista alla pagina 5 della lettera d'invito a partecipare alla suddetta procedura, intitolata «Durata», riguardante le modalità di svolgimento dell'asta elettronica, che stabilisce quanto segue:

«L'asta avrà una durata massima di 60 minuti. La durata minima sarà pari a 20 minuti ovvero la negoziazione si chiuderà al raggiungimento di questo tempo se non si verificano offerte da parte dei Fornitori. Ogni volta che verrà presentata un'offerta migliorativa, la chiusura dell'asta verrà automaticamente prolungata e il tempo per la sua conclusione verrà riportato alla durata del Tempo Base (20 minuti). Quindi, nel caso in cui vengano effettuate delle offerte migliorative entro il Tempo Base, l'asta continua fino a 5 minuti prima della fine. Raggiunto questo termine, i concorrenti sono avvisati dal sistema della possibilità di effettuare, da quel momento ed entro la durata massima dell'asta, soltanto un eventuale ultimo rilancio. Durante la fase dell'ultimo rilancio, i concorrenti non saranno in grado di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici. Tali informazioni saranno visualizzabili al termine dell'asta».

- 19 Più specificamente, secondo l'Emmeci, la regola prevista dalle ultime due frasi di tale clausola, secondo la quale ai concorrenti viene preclusa la possibilità di visualizzare la propria posizione in classifica durante la fase dell'ultimo rilancio, violerebbe l'articolo 56, paragrafo 6, della direttiva 2004/17, il quale dispone che, nel «corso di ogni fase dell'asta elettronica, gli enti aggiudicatori comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva

classificazione».

- 20 A tale riguardo, dalla decisione di rinvio risulta che la disposizione controversa contenuta nella lettera d'invito è meramente riproduttiva della disposizione contenuta nell'articolo 292, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207, sul regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.
- 21 Ciò considerato, l'Autorità ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'articolo 56 della direttiva [2004/17] vada interpretato nel senso che non è consentito al legislatore nazionale di prevedere che le stazioni appaltanti possano, durante la fase dell'ultimo rilancio nelle aste elettroniche, impedire ai concorrenti di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici, posticipandone la conoscenza al termine dell'asta.
- 2) Se l'articolo 56 della direttiva [2004/17] ed i principi di trasparenza e parità di trattamento ostino a disposizioni normative nazionali ovvero a prassi amministrative, quali quelle enunciate nel presente procedimento, che prevedano un black-out di cinque minuti nella fase finale dell'asta elettronica, durante il quale i concorrenti non sono in grado di conoscere la rispettiva classificazione».

Sulla competenza della Corte

- 22 In forza dell'articolo 53, paragrafo 2, del suo regolamento di procedura, quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento.
- 23 Secondo la decisione di rinvio e la normativa nazionale, tra i compiti dell'Autorità figura la soluzione delle controversie tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici.
- 24 Tuttavia, da taluni elementi di tale normativa emerge che l'Autorità non soddisfa i presupposti per essere considerata come un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Si deve pertanto esaminare tale questione.
- 25 Secondo una giurisprudenza costante della Corte, per valutare se l'organo remittente possieda le caratteristiche di un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v. sentenza *RTL Belgium*, C-517/09, EU:C:2010:821, punto 36 e giurisprudenza ivi citata). Risulta del pari dalla giurisprudenza della Corte che le decisioni dell'organo remittente devono essere vincolanti (v., in tal senso, sentenze *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, punti 27 e 29, nonché *Felix Swoboda*, C-411/00, EU:C:2002:660, punti da 26 a 28).
- 26 Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte se sono stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v., in tal senso, sentenze *Grillo Star Fallimento*, C-443/09, EU:C:2012:213,

punto 21 e giurisprudenza ivi citata, nonché *Belov*, C-394/11, EU:C:2013:48, punto 39).

- 27 Secondo l'articolo 3 del regolamento, un'istanza di parere è inammissibile se un ricorso giurisdizionale vertente sulla medesima procedura di gara è già pendente. Per quanto riguarda le istanze di parere presentate congiuntamente, l'articolo 5, comma 5, del regolamento dispone che, se nel corso dell'istruttoria viene presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria, tali istanze diventano improcedibili.
- 28 Non risulta da alcuna disposizione del decreto legislativo n. 163/2006 né del regolamento che le parti, affinché venga sanzionata una violazione delle norme applicabili in materia di procedura di gara, abbiano l'obbligo di sottoporre la loro controversia all'Autorità. L'istante può agire direttamente dinanzi agli organi giudiziari competenti, senza che la mancata consultazione dell'Autorità impedisca di rivolgersi all'autorità giudiziaria competente.
- 29 Il ricorso all'Autorità è dunque di natura facoltativa.
- 30 Si deve, del pari, rilevare che la decisione dell'Autorità non è vincolante. Infatti, l'articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 dispone che l'Autorità esprime un «parere non vincolante» sulle questioni insorte durante la procedura di gara e formula eventualmente un'ipotesi di soluzione.
- 31 In tali circostanze, l'Autorità non può essere considerata come un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
- 32 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve dichiarare che, in applicazione dell'articolo 53, paragrafo 2, del suo regolamento di procedura, la Corte è manifestamente incompetente a rispondere alla questione posta dall'Autorità.

Sulle spese

- 33 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento 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 (Decima Sezione) così provvede:

La Corte di giustizia dell'Unione europea è manifestamente incompetente a rispondere alle questioni poste dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Italia), nella sua decisione del 22 maggio 2013 (causa C-427/13).

Firme