Corte di Giustizia 6 maggio 2010 in C-145/98 e C-149/08

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

6 maggio 2010 (*)

«Direttiva 92/50/CEE – Appalti pubblici di servizi – Concessioni di servizi – Contratto misto – Contratto comportante la cessione di un pacchetto azionario di un'impresa pubblica di casinò – Contratto con il quale l'amministrazione aggiudicatrice pone a carico di un aggiudicatario la gestione dell'impresa di casinò e la realizzazione di un progetto di modernizzazione e di sviluppo dei suoi locali nonché la ristrutturazione degli spazi circostanti – Direttiva 89/665/CEE – Decisione dell'amministrazione aggiudicatrice – Mezzi di ricorso efficaci e rapidi – Regole di procedura nazionali – Condizione per la concessione del risarcimento danni – Previo annullamento dell'atto o dell'omissione illegittimi o constatazione della loro nullità da parte del tribunale competente – Membri di un raggruppamento offerente in un procedimento di aggiudicazione di appalto pubblico – Decisione adottata nell'ambito di tale procedura da un'autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice – Ricorso proposto a titolo individuale da taluni membri del raggruppamento – Ricevibilità»

Nei procedimenti riuniti C-145/08 e C-149/08, aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal S. t. E. (Grecia), con decisioni 15 febbraio 2008, pervenute in cancelleria il 9 aprile 2008, nelle cause
C. H. L. AE,
A. T. A.,
E. M.

contro

E. S. R.,
Y. E.,

con l'intervento di:

A. R. C. A. S.,
E. A., già E. T. T. A.,
R. E. P. k. T. A., già H. R. X. K. T. (E.) A.,
L. B. (causa C-145/08)

E

A. A. T. E. (A. A.)

contro

E. S. R.,

con l'intervento di:

M. A. (causa C-149/08),

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis e J. Malenovský, giudici,
avvocato generale: sig.ra E. Sharpston
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale
vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza dell'11 giugno 2009,
considerate le osservazioni presentate:

– per la C. H. L. A., dagli avv.ti I.K. T. e S.A. P., d.;

– per l’A. R. C. A. S. e la R. E. P. k. T. A., già H. R. X. K. T. (E.) A., dagli avv.ti P. S., K. S. e I. D., d.;
– per l’E. A., già E. T. T. A., dall’avv. V. N., d.;
– per l’A. A., dall’avv. K. G., d.;
– per il governo ellenico, dalle sig.re A. S. e E.. M. nonché dal sig. I. D., in qualità di agenti;
– per la Commissione delle Comunità europee, dalla sig.ra M. P. e sig. D. K., in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 29 ottobre 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull’interpretazione delle disposizioni pertinenti, con riferimento alle circostanze delle controversie di cui alle cause principali, delle direttive 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 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 92/50 (in prosieguo: la «direttiva 89/665»), nonché dei principi generali del diritto dell’Unione in materia di pubblici appalti e, in particolare, del principio della tutela giurisdizionale effettiva.
2 Tali domande sono state presentate nell’ambito di controversie che vedono contrapposte imprese private e persone fisiche all’E. S. R. (C. n. della r.; in prosieguo: l’«E.»), autorità che, conformemente alla normativa nazionale, ha il potere e l’obbligo di controllare se soggetti aventi la qualifica di proprietario, socio, azionista principale, membro di un organo di amministrazione o quadro dirigente di un’impresa offerente in un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto presentino talune delle incompatibilità previste da tale normativa e debbano, di conseguenza, essere automaticamente esclusi dal procedimento.

Contesto normativo

La normativa dell’Unione

3 A tenore dell’art. 1, lett. a), della direttiva 92/50:
«[Per] “appalti pubblici di servizi” [si intendono] i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un’amministrazione aggiudicatrice (...)
(…)».
4 L’art. 2 di tale direttiva dispone:
«Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva [del Consiglio 21 dicembre 1976], 77/62/CEE, [che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 13, pag. 1)], che dei servizi di cui agli allegati I A e I B della presente direttiva, esso rientra nel campo d’applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto».
5 L’art. 3 della stessa direttiva prevede:
«1. Per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva.
2. Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi.
(…)».
6 A tenore dell’art. 8 della direttiva 92/50:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

7 L'art. 9 di tale direttiva così dispone:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente agli articoli 14 e 16».

8 L'art. 14 fa parte del titolo IV di tale direttiva, il quale verte sulle norme comuni in campo tecnico e tratta delle specifiche tecniche contenute nei documenti generali o nei documenti contrattuali relativi ad ogni contratto e l'art. 16 fa parte del titolo V, che regola le norme comuni di pubblicità.

9 L'allegato I B della direttiva 92/50, sotto il titolo «Servizi a norma dell'articolo 9», comprende:

«(…)

17 Servizi alberghieri e di ristorazione

(…)

26 Servizi ricreativi, culturali e sportivi

27 Altri servizi».

10 Infine, l'art. 26 della medesima direttiva al n. 1 prevede quanto segue:

«Le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione dell'offerta; ciò può tuttavia venir richiesto al raggruppamento selezionato una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto».

11 L'art. 1 della direttiva 89/665 così prevede:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle 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)], 77/62 (…) e 92/50 (...), le decisioni prese dalle autorità 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 lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

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 [o di servizi] e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

12 Secondo l'art. 2 di tale direttiva:

«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;
b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati 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.
(…)
5. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.
6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.
Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.
(…)».
La normativa nazionale
13 La direttiva 89/665 è stata trasposta nel diritto greco con la legge n. 2522/1997, relativa alla tutela giurisdizionale nella fase che precede l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (FEK A' 178).
14 L'art. 2 di tale legge, intitolato «Portata della tutela giurisdizionale», così dispone:
«1. Chiunque abbia o abbia avuto un interesse all'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi o abbia subito o possa subire un danno in seguito alla violazione della normativa comunitaria o nazionale ha il diritto di chiedere, secondo le modalità definite negli articoli che seguono, una tutela giurisdizionale provvisoria, l'annullamento o la dichiarazione della nullità dell'atto illegittimo e il risarcimento del danno.
(…)».
15 L'art. 4 di tale legge, intitolato «Annullamento o constatazione della nullità», così dispone:
«1. L'interessato ha il diritto di chiedere l'annullamento o la constatazione della nullità di qualsiasi atto o omissione dell'amministrazione aggiudicatrice in contrasto con una norma di diritto comunitario o nazionale avente ad oggetto il procedimento che precede l'aggiudicazione dell'appalto (...).
2. Se il tribunale annulla o constata la nullità di un atto o di un'omissione dell'amministrazione aggiudicatrice successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, quest'ultimo non è invalidato salvo che prima della sua aggiudicazione il procedimento di aggiudicazione dell'appalto sia stato sospeso con decisione che dispone misure provvisorie o con un'ordinanza provvisoria. In questo caso l'interessato ha il diritto di esigere il risarcimento dei danni conformemente alle disposizioni dell'articolo che segue».
16 L'art. 5 della legge n. 2522/1997, intitolato «Domanda di risarcimento danni», prevede:
«1. L'interessato che sia stato escluso dalla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, o dall'aggiudicazione di tale appalto, in violazione di una norma di diritto comunitario o nazionale, ha il

diritto di chiedere un risarcimento del danno all'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 197 e 198 del codice civile. Ogni disposizione che escluda o limiti tale diritto non è applicabile.
2. La concessione del risarcimento dei danni richiede il previo annullamento o la constatazione della nullità dell'atto illegittimo o dell'omissione illegittima da parte del tribunale competente. È consentito cumulare un ricorso per risarcimento con uno per declaratoria di nullità conformemente alle regole generali».
17 Gli artt. 197 e 198 del codice civile, cui rinvia la precedente disposizione, prevedono la responsabilità «in ragione delle trattative», cioè l'obbligo di corrispondere un risarcimento dei danni nel caso in cui gli interessati abbiano dovuto sostenere spese ingiustificate nell'ambito di un procedimento inteso alla stipula di un contratto.
18 Il decreto presidenziale n. 18/1989 codifica leggi relative al S. t. E. (F. A' 8). L'art. 47, intitolato «Interesse legittimo», così dispone:
«1. La persona fisica o giuridica interessata da un atto amministrativo o i cui interessi legittimi, anche non finanziari, siano lesi da tale atto, è legittimata a proporre un ricorso di annullamento.
(…)».
19 La legge n. 2206/1994 ha ad oggetto «la creazione, l'organizzazione, la gestione e il controllo dei casinò, ecc.» (FEK A' 62). A tenore dell'art. 1, n. 7, di tale legge, intitolato «Rilascio di licenze di casinò»:
«Le licenze per le imprese di casinò sono rilasciate con decisione del Ministro del Turismo previa organizzazione di una gara di pubblico appalto internazionale da parte di una commissione di sette membri».
20 L'art. 3 di tale legge, intitolato «Funzionamento dei casinò», così dispone:
«Il funzionamento dei casinò è soggetto al controllo dello Stato.
(…)».
21 L'art. 14, n. 9, della Costituzione ellenica e la legge di attuazione n. 3021/2002 (F. A' 143) introducono un regime di restrizioni applicabili alla stipula di contratti pubblici con persone che operano o detengono partecipazioni nel settore dei mezzi di informazione. Tale regime istituisce una presunzione di incompatibilità tra la qualità di proprietario, socio, azionista principale o quadro dirigente di un'impresa che esercita attività nel settore dei mezzi di informazione e quella di proprietario, socio, azionista principale o quadro dirigente di un'impresa cui viene conferita dallo Stato o da un ente del settore pubblico in senso lato dotato di personalità giuridica, l'esecuzione di appalti di lavori, di forniture o di servizi. Tale incompatibilità si estende altresì alle persone fisiche tra le quali corre un rapporto di parentela di un certo grado.
22 La legge n. 3021/2002 prevede, in sostanza, che, prima di procedere all'atto di aggiudicazione o di assegnazione dell'appalto pubblico e, comunque, prima della firma del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice competente deve, pena la nullità del contratto o dell'appalto pubblico, richiedere all'E. l'emissione di un certificato che attesti che non sussistono le condizioni di incompatibilità enunciate in tale legge. La decisione dell'E. è vincolante per l'amministrazione aggiudicatrice, ma può costituire oggetto di un ricorso di annullamento da parte di coloro che dimostrino un interesse ad agire, ivi comprese le pubbliche autorità.

23 Nella sua sentenza 16 dicembre 2008, causa C 213/07, Michaniki (Racc. pag. I-9999, punti 1 e 2 del dispositivo), la Corte ha giudicato che, se è vero che il diritto dell'Unione non osta ad una siffatta normativa che persegue obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, esso tuttavia osta, sotto l'ottica del principio di proporzionalità, all'istituzione di una presunzione assoluta di incompatibilità quale prevista nella normativa nazionale di cui trattasi.

Cause principali e questioni pregiudiziali

Causa C-145/08

24 Dalla decisione di rinvio risulta che, con decisione 10 ottobre 2001, la competente commissione interministeriale ha deciso la privatizzazione della società E. K. P. A. (in prosieguo: l'«E.»), una società controllata della società E. T. A. A. (in prosieguo: l'«E.»), la cui totalità delle azioni è nelle mani dello Stato ellenico. Il bando di gara pubblicato nel mese di ottobre 2001 prevedeva una prima fase intesa a preselezionare quelli tra gli interessati che rispondevano alle condizioni enunciate nel detto bando. Una successiva fase era intesa a designare quello che tra gli interessati rispondeva al meglio ai requisiti richiesti e che sarebbe stato chiamato a firmare il contratto. Nel corso della prima fase sono stati preselezionati il raggruppamento di imprese K. K. A. e il raggruppamento di imprese H. R. X. K. T. (E.) A. – E T. AE.

25 A seguito di un bando supplementare pubblicato nell'aprile del 2002, i termini dello stipulando contratto erano fissati come segue.

Il contratto ha carattere misto e comprende:

– una convenzione avente ad oggetto la cessione da parte dell'E. di una quota del 49% delle azioni della E. a una «società per azioni con finalità esclusiva» (in prosieguo: l'«A.»), costituita dall'aggiudicatario;

– una convenzione sulla base della quale l'A. si impegna a dare attuazione ad un piano di sviluppo da eseguirsi entro 750 giorni di calendario a partire dall'ottenimento delle necessarie autorizzazioni. Il piano di sviluppo deve includere la ristrutturazione dei locali del casinò e la valorizzazione delle possibilità offerte dalla sua licenza di gestione, la ristrutturazione e il miglioramento delle due unità alberghiere appartenenti al complesso immobiliare e la sistemazione dei terreni circostanti, aventi una superficie di circa 280 ettari. L'esecuzione di tali opere costituisce una parte del prezzo da pagare per l'acquisizione del 49% delle azioni della E.;

– una convenzione tra l'E. e l'A. con la quale quest'ultima acquista il diritto di designare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione dell'E. e di amministrare così la società conformemente alle condizioni enunciate nel contratto;

– una convenzione a tenore della quale l'A. assume la gestione dell'impresa di casinò dietro remunerazione, che sarà versata dall'E. A titolo di tale remunerazione l'AEAS riceverà una somma che non potrà eccedere una percentuale a scalare degli utili di gestione annuali (decrescente dal 20% degli utili fino a EUR 30 milioni al 5% degli utili superiori a EUR 90 milioni) e il 2% del fatturato;

– in quanto gestore, l'A. deve esercitare l'impresa di casinò in modo da mantenere costantemente un ambiente lussuoso che offra servizi di alto livello in modo finanziariamente redditizio per la E. In concreto, gli utili lordi non devono essere inferiori a un totale di EUR 105 milioni per i primi cinque esercizi finanziari dopo l'entrata in vigore del contratto. Gli utili netti vanno divisi tra l'E. e l'A. in funzione della percentuale del capitale della E. detenuto da ciascuna di esse;

– poiché la E. è l’unica impresa di casinò che al momento funziona nel dipartimento dell’Attica, nel contratto è previsto che, nel caso in cui un altro casinò sia legittimamente istituito in tale ambito geografico entro un termine di dieci anni a partire dall’entrata in vigore del contratto, l’E. sarà tenuta a indennizzare l’AEAS versandole a titolo di risarcimento danni una somma pari al 70% del prezzo della transazione. L’importo dell’indennizzo sarà ridotto di un decimo ciascun anno a partire dall’entrata in vigore del contratto;
– per quanto riguarda la gestione dell’impresa di casinò, il contratto scadrà dieci anni dopo la sua entrata in vigore.
26 Il raggruppamento H. R. X. K. T. (E.) AE – E. T. A., poiché è risultato essere quello meglio rispondente ai requisiti richiesti nell’ambito del procedimento di cui trattasi, veniva designato come aggiudicatario. Prima della firma del contratto, l’E. comunicava all’E. l’identità dei proprietari, dei soci, degli azionisti principali e dei quadri dirigenti dell’aggiudicatario affinché fosse attestato che non rappresentavano casi di incompatibilità contemplati dall’art. 3 della legge n. 3021/2002. Con certificato emesso il 27 settembre 2002, l’E. attestava che non esistevano nella specie casi di incompatibilità tra le persone in precedenza indicate.
27 Tale atto dell’E. costituisce l’oggetto di un ricorso di annullamento proposto da tre soltanto dei sette membri componenti il raggruppamento offerente K, K, A,, al quale non è stato aggiudicato l’appalto. I ricorrenti affermavano che un membro del raggruppamento cui è stato aggiudicato l’appalto rientrava in uno dei casi di incompatibilità previsti dalla normativa nazionale e che, di conseguenza, l’aggiudicazione dell’appalto avrebbe dovuto essere annullata.
28 Il giudice del rinvio rileva che l’appalto di cui trattasi è un appalto misto, contenente, da un lato, un capitolo vertente sulla vendita di azioni da parte dell’E. al migliore offerente, capitolo che, in quanto tale, non rientra sotto le regole dell’Unione in materia di pubblici appalti, e, dall’altro lato, un capitolo vertente su un appalto di servizi da concludere con l’offerente meglio rispondente ai requisiti richiesti, il quale assume gli obblighi di gestione dell’impresa di casinò. Il capitolo vertente sulla cessione delle azioni è, secondo il giudice del rinvio, la parte più importante di tale contratto misto. Inoltre, tale contratto comprende anche un capitolo vertente su un appalto di lavori, nella misura in cui l’aggiudicatario si assume l’obbligo di eseguire i lavori di cui trattasi nella decisione di rinvio, a titolo di parziale pagamento delle azioni cedute. Il giudice del rinvio rileva che quest’ultimo capitolo ha un carattere del tutto accessorio rispetto al capitolo «servizi».
29 In tale contesto, il giudice del rinvio vuole sapere se si possa considerare che il capitolo «servizi» del contratto di cui trattasi costituisca un appalto di concessione di pubblici servizi non soggetto alla regolamentazione dell’Unione. A questo proposito si dovrebbe verificare in quale misura i rischi connessi con l’organizzazione e la gestione dei servizi di cui trattasi gravino sull’aggiudicatario, tenuto altresì conto del fatto che tali servizi vertono su attività che, conformemente alle regole nazionali cui esse sono soggette, possono costituire oggetto di diritti esclusivi e speciali.
30 Nel caso in cui la Corte dovesse giudicare che il capitolo del contratto controverso avente ad oggetto la gestione del casinò costituisce un appalto pubblico di servizi, il giudice del rinvio vuol sapere se il ricorso di annullamento proposto a livello nazionale sia coperto dalle garanzie processuali previste dalla direttiva 89/665, tenuto conto del fatto che l’oggetto principale del contratto, cioè la

vendita di azioni dell'E., non rientra nell'ambito di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e che gli appalti aventi ad oggetto siffatti servizi, rientranti nell'allegato 1 B della direttiva 92/50, debbono essere aggiudicati conformemente agli artt. 14 e 16 di tale direttiva, che contengono unicamente obblighi di natura procedurale. Il giudice del rinvio vuole tuttavia sapere se, nonostante tale limitato aspetto degli obblighi, il principio di parità di trattamento dei partecipanti ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto, che la direttiva 89/665 ha come obiettivo di salvaguardare, si applichi anche a siffatti casi.

31 Se la Corte dovesse considerare che un ricorso di annullamento come quello della fattispecie nella causa principale rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 89/665, il giudice del rinvio si chiede se le regole del diritto dell'Unione ostino ad una regola di procedura nazionale come quella di cui all'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale n. 18/1989, quale interpretato da tale giudice, secondo cui i partecipanti ad un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto sotto forma di un raggruppamento possono proporre un ricorso di annullamento avverso atti che si inseriscono nell'ambito di tale procedimento solo tutti congiuntamente, pena il rigetto del ricorso in quanto irricevibile.

32 Il giudice del rinvio fa a questo proposito riferimento alla sentenza della Corte 8 settembre 2005, causa C-129/04, Espace Trianon e Sofibail (Racc. pag. I-7805, punto 22), secondo la quale una disposizione procedurale nazionale che prescrive che un ricorso d'annullamento contro la decisione di un'autorità aggiudicatrice di attribuire un appalto pubblico sia proposto da tutti i membri che compongono l'associazione temporanea offerente non limita l'accessibilità di tale ricorso in modo contrario all'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665.

33 Il giudice del rinvio vuole tuttavia sapere se tale conclusione, che riguardava, in tale sentenza, un ricorso di annullamento avverso la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di attribuire un pubblico appalto, sia valida anche per qualsiasi forma di tutela giurisdizionale concessa dalla sopra menzionata direttiva e, in particolare, per la rivendicazione del risarcimento danni. Tale problematica è connessa alla circostanza che, nella specie, il legislatore nazionale che esercita la facoltà conferita agli Stati membri dall'art. 2, n. 5, della direttiva 89/665 ha subordinato, con l'adozione dell'art. 5, n. 2, della legge n. 2522/1997, la concessione del risarcimento danni al previo annullamento dell'atto asseritamente illegittimo.

34 Il combinato disposto di tale norma con la regola di procedura di cui all'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale n. 18/1989, quale interpretata dal giudice del rinvio, porta all'impossibilità per qualsiasi singolo membro di un raggruppamento che ha partecipato senza successo ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto non solo di ottenere l'annullamento dell'atto lesivo dei suoi interessi, ma anche di rivolgersi al giudice competente per richiedere la riparazione del pregiudizio da lui individualmente subìto. Si deve sottolineare che, nella specie, il giudice competente in materia di ricorsi di annullamento è il S. t. E. (Consiglio di Stato), mentre in materia di risarcimento danni la competenza appartiene ad un altro giudice.

35 In questo contesto, il giudice del rinvio rileva che la possibilità per ciascuno dei membri di un raggruppamento di chiedere al giudice competente la concessione del risarcimento danni dipenderà pertanto dalla volontà di tutti gli altri membri del raggruppamento di proporre un ricorso di annullamento, allorché il pregiudizio che i membri del

raggruppamento hanno subìto, a titolo individuale, a causa della mancata attribuzione dell'appalto può essere diverso a seconda dell'entità delle spese cui i membri si sono esposti per partecipare a tale appalto. Di conseguenza, l'interesse di ciascuno dei membri del raggruppamento a proporre un'azione di annullamento avverso una decisione può essere anche diverso. Pertanto sarebbe lecito chiedersi se, in un siffatto contesto processuale, il principio di tutela giurisdizionale efficace voluto dalla direttiva 89/665 sia salvaguardato.

36 Il giudice del rinvio fa infine presente che, secondo le regole di procedura nazionali relative al diritto generale al risarcimento dei danni prodotti da atti illegittimi dello Stato o delle persone giuridiche di diritto pubblico, è il giudice competente in materia di concessione del risarcimento dei danni che controlla altresì, in via incidentale, la legittimità dell'atto amministrativo in occasione del ricorso per risarcimento danni, e non un altro giudice come avviene nel caso dei ricorsi di annullamento proposti nell'ambito di procedure di pubblici appalti. Vuole pertanto sapere se le procedure destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione siano meno favorevoli di quelle vertenti sulla salvaguardia di diritti simili o analoghi che derivano dalle norme nazionali.

37 Il giudice del rinvio rileva infine che la sua attuale interpretazione dell'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale n. 18/1989, secondo cui è ricevibile la domanda di annullamento di un atto che si inserisce nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto solo se proposta da parte di tutti i membri di un raggruppamento, che agiscano congiuntamente, costituisce un cambiamento della sua costante giurisprudenza secondo cui i membri potevano proporre un ricorso individualmente.

38 Sottolinea al contempo il particolare contesto nel quale si colloca la fattispecie di cui alla causa principale, cioè che, inizialmente, il ricorso di cui trattasi è stato proposto dal raggruppamento in quanto tale e dai suoi sette membri dinanzi alla Quarta Sezione del S. t. E.. Quest'ultimo collegio giudicante ha dichiarato irricevibile il ricorso nei confronti del raggruppamento nonché di quattro dei suoi membri che non avevano regolarmente abilitato il loro avvocato ad agire in giudizio e, nei confronti dei tre restanti membri, ha rimesso la causa alla formazione plenaria di tale giudice, tenuto conto della sua importanza. Pertanto la detta Quarta Sezione ha applicato la giurisprudenza fino ad allora costante, secondo la quale anche il ricorso proposto da taluni membri di un raggruppamento era ricevibile.

39 Tuttavia la decisione di irricevibilità di tale Quarta Sezione circa il ricorso del raggruppamento in quanto tale e di quattro dei suoi membri è definitiva, con la conseguenza che non può esservi posto rimedio nell'ambito del procedimento pendente dinanzi al giudice del rinvio in formazione plenaria. Quest'ultimo vuole pertanto sapere se tale mutamento della sua giurisprudenza sia conforme al principio dell'equo processo, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione ed è altresì sancito all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), nonché al principio della tutela del legittimo affidamento.

40 Alla luce di tali considerazioni, il S. t. E., in formazione plenaria, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1)Se costituisca un contratto di concessione, come tale non disciplinato dalla direttiva [92/50] (…), un contratto con cui l'amministrazione aggiudicatrice affida all'appaltatore la gestione di

un casinò e la realizzazione di un piano di sviluppo consistente nella ristrutturazione dei locali del casinò e nella valorizzazione imprenditoriale delle possibilità offerte dalla licenza relativa a tale casinò e nel quale è inclusa una clausola in base alla quale, se nella zona – intesa in senso ampio – in cui si trova il casinò di cui trattasi dovesse legalmente entrare in funzione un altro casinò, l'autorità aggiudicatrice assume l'obbligo di pagare all'appaltatore un indennizzo.

2)In caso di soluzione negativa della prima questione pregiudiziale: se un mezzo di ricorso esperito dai partecipanti ad una procedura di gara d'appalto pubblico di natura mista, che prevede anche la prestazione di servizi compresi nell'allegato I B della direttiva [92/50] (…), con il quale si lamenta la violazione del principio della parità di trattamento dei partecipanti alla gara (principio confermato all'art. 3, n. 2, della direttiva in parola), rientri nell'ambito di applicazione della direttiva [89/665] (…), oppure se tale applicazione sia esclusa, nella misura in cui alla procedura di aggiudicazione del summenzionato appalto per la prestazione di servizi, in conformità a quanto previsto all'art. 9 della direttiva [92/50] (…), si applicano solo gli artt. 14 e 16 della medesima.

3 In caso di soluzione affermativa della seconda questione pregiudiziale: qualora si ammetta che, in linea di principio, non è contraria al diritto comunitario, in particolare alle disposizioni della direttiva [89/665] (…), una norma nazionale secondo la quale solo l'insieme dei membri di un raggruppamento senza personalità giuridica, raggruppamento che abbia partecipato senza successo ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, e non singoli membri del medesimo, può proporre ricorso contro l'atto di aggiudicazione, ciò valendo anche quando il ricorso sia stato inizialmente esperito da tutti i membri del raggruppamento congiuntamente, ma sia infine risultato irricevibile rispetto a taluni di essi, se sia inoltre necessario, per dichiarare il suddetto ricorso irricevibile, accertare, quanto all'applicazione della summenzionata direttiva, se questi singoli membri conservino dopo di ciò il diritto di adire un altro giudice nazionale per ottenere il risarcimento eventualmente previsto da una norma di diritto nazionale.

4)In una situazione in cui esisteva una giurisprudenza costante di un giudice nazionale che ammetteva che anche un singolo membro di un raggruppamento potesse validamente esperire un mezzo di ricorso contro un atto adottato nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, se sia compatibile con le disposizioni della direttiva [89/665] (…), interpretata alla luce dell'art. 6 della [CEDU], in quanto principio generale del diritto comunitario, il rigetto del mezzo di ricorso come irricevibile, a causa del mutamento di tale costante giurisprudenza, senza dare preliminarmente al ricorrente la possibilità di sanare tale irricevibilità né, comunque, quella di presentare, in conformità al principio del contraddittorio, le proprie osservazioni sulla questione».

Causa C149/08

41 La città di Salonicco ha deciso di organizzare una gara di pubblico appalto di lavori per la costruzione di un'opera intitolata «Costruzione del palazzo municipale e di un parcheggio sotterraneo». Con decisione 1° luglio 2004 della commissione comunale, l'appalto veniva assegnato al raggruppamento costituito dalle società A. A., T. A. e D. AE. In vista della conclusione del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice comunicava all'E., conformemente alla vigente normativa nazionale, l'identità delle persone aventi la qualità di proprietario, di socio, di azionista principale o di quadro dirigente delle società partecipanti al raggruppamento sopra

menzionato, affinché fosse attestato che tra tali soggetti non esistevano casi di incompatibilità rientranti tra quelli di cui all'art. 3 della legge n. 3021/2002.

42 Dopo aver constatato che un membro del consiglio di amministrazione della società A. A. presentava un caso di incompatibilità rientrante tra quelli previsti dalla sopra menzionata disposizione nazionale, l'E., con atto del 1° novembre 2004, rifiutava di rilasciare il certificato che avrebbe costituito condizione necessaria per la firma del contratto. Il reclamo della società A. A. avverso tale atto di diniego dell'E. veniva respinto con decisione di quest'ultima del 9 novembre 2004. Avverso tali due decisioni di diniego dell'E. la società A. A., sola tra le tre società che compongono il raggruppamento cui è stato attribuito l'appalto, proponeva un ricorso di annullamento dinanzi al giudice del rinvio, fondandosi sulla giurisprudenza esistente di quest'ultimo, secondo cui sono ricevibili i ricorsi proposti a titolo individuale da membri di un'associazione temporanea.

43 Ciò considerato, il S. t. E., pure in formazione plenaria, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Qualora si ammetta che, in linea di principio, non è contraria al diritto comunitario, in particolare alle disposizioni della direttiva [89/665] (…), una norma nazionale secondo la quale solo l'insieme dei membri di un raggruppamento senza personalità giuridica, che abbia partecipato senza successo ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, e non singoli membri del medesimo, può proporre ricorso contro l'atto di aggiudicazione, ciò valendo anche quando il ricorso sia stato inizialmente esperito da tutti i membri del raggruppamento congiuntamente, ma sia infine risultato irricevibile rispetto a taluni di essi, se sia inoltre necessario, per dichiarare il suddetto ricorso irricevibile, accertare, quanto all'applicazione della summenzionata direttiva, se questi singoli membri conservino o meno, dopo di ciò, il diritto di adire un altro giudice nazionale per ottenere il risarcimento eventualmente previsto da una norma di diritto nazionale.

2)In una situazione in cui esisteva una giurisprudenza costante di un giudice nazionale che ammetteva che anche un singolo membro di un raggruppamento potesse validamente esperire un mezzo di ricorso contro un atto adottato nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, se sia compatibile con le disposizioni della direttiva [89/665] (…), interpretata alla luce dell'art. 6 della [CEDU] in quanto principio generale del diritto comunitario, il rigetto del mezzo di ricorso come irricevibile, a causa del mutamento di tale costante giurisprudenza, senza dare preliminarmente al ricorrente la possibilità di sanare tale irricevibilità né, comunque, quella di presentare, in conformità al principio del contraddittorio, le proprie osservazioni sulla questione».

44 Con ordinanza del presidente della Corte 22 maggio 2008, le cause C-145/08 e C-149/08 sono state riunite ai fini della fase scritta e orale del procedimento nonché della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle questioni sollevate nella causa C-145/08

45 Con le questioni vertenti sull'applicabilità della direttiva 92/50 a un contratto quale quello oggetto della causa principale, il giudice del rinvio vuole sapere se la direttiva 89/665 trovi applicazione nella specie, dato che la sua applicazione presuppone l'applicabilità di una delle direttive in materia di pubblici appalti di cui all'art. 1 della stessa direttiva 89/665. Pertanto, tali questioni vanno esaminate congiuntamente e si deve stabilire se un siffatto contratto

rientri nell’ambito di applicazione di una delle direttive contemplate al detto articolo.
46 Dalle dettagliate e circostanziate argomentazioni della decisione di rinvio come pure dalla qualifica data dal giudice del rinvio alla transazione oggetto della causa principale risulta che quest’ultima costituisce un contratto misto.
47 Infatti, questo in sostanza è costituito da una convenzione avente ad oggetto la cessione da parte dell’E. del 49% delle azioni dell’EKP all’A. (in prosieguo: il «capitolo “vendita di azioni”»), e di un accordo a tenore del quale l’A. assume la gestione dell’impresa di casinò dietro remunerazione (in prosieguo: il «capitolo “servizi”»), e di un accordo in forza del quale l’A. si impegna ad attuare un piano di ristrutturazione dei locali del casinò e delle unità alberghiere contigue nonché di valorizzazione dell’ambiente circostante (in prosieguo: il «capitolo “lavori”»).
48 Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, nel caso di un contratto misto le cui differenti parti a termine del bando di gara sono inseparabilmente connesse e formano così un tutto indivisibile, l’operazione di cui trattasi dev’essere esaminata nel suo insieme in modo unitario ai fini della sua qualifica giuridica e dev’essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l’oggetto principale o l’elemento preponderante del contratto (v., in tal senso, sentenze 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. 4035, punto 19; 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Racc. pag. I-1329, punti 23-26; 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a., Racc. pag. I.-385, punti 36 e 37; 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 47, nonché 29 ottobre 2009, causa C-536/07, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 28, 29, 57 e 61).
49 Tale conclusione è valida indipendentemente dalla questione se il capitolo che costituisce l’oggetto principale di un contratto misto rientri o no nell’ambito di applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti.
50 Si deve di conseguenza esaminare se il contratto misto di cui trattasi nella causa principale costituisca un tutto indivisibile e, se del caso, se rientri, nel suo insieme, in ragione del suo oggetto principale, in una delle direttive contemplate dall’art. 1 della direttiva 89/665, che disciplinano i pubblici appalti.
51 Occorre, in primo luogo, rilevare che tale contratto si iscrive in un’operazione di privatizzazione parziale di una pubblica impresa di casinò, che è stata decisa dalla commissione interministeriale competente a livello nazionale ed è stata lanciata con un unico invito a presentare offerte.
52 Dagli atti, in particolare dalle condizioni del bando supplementare pubblicato nel mese di aprile del 2002, risulta che il contratto misto di cui trattasi nella causa principale si presenta come un contratto unico vertente contemporaneamente sulla cessione di azioni dell’E., sull’acquisizione del diritto di designare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione dell’E., sull’obbligo di assumere la gestione dell’impresa di casinò e di offrire servizi di alto livello, finanziariamente redditizi, nonché sull’obbligo di effettuare lavori di ristrutturazione e di valorizzazione dei luoghi interessati nonché dei terreni circostanti.
53 Tali constatazioni traducono la necessità di stipulare il detto contratto misto con un partner unico che disponga allo stesso tempo della necessaria capacità finanziaria per acquistare le azioni di cui trattasi e dell’esperienza professionale in materia di gestione di un casinò.

54 Da ciò consegue che i differenti capitoli di tale contratto debbono essere intesi come costitutivi di un tutto indivisibile.
55 In secondo luogo, dalle constatazioni operate dal giudice del rinvio risulta che l'oggetto principale del contratto misto era la vendita, all'offerente meglio rispondente ai requisiti prescritti, del 49% delle azioni dell'E. e che il capitolo «lavori» di tale transazione nonché il capitolo «servizi», a prescindere dalla questione se quest'ultimo costituisca un pubblico appalto di servizi o una concessione di servizi, avevano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto. Il giudice del rinvio ha altresì fatto presente che il capitolo «lavori» aveva carattere del tutto accessorio rispetto al capitolo «servizi».
56 Tale valutazione è confermata dagli elementi versati agli atti sottoposti all'esame della Corte.
57 Infatti, non può aversi dubbio che, in caso di acquisto del 49% delle azioni di una pubblica impresa quale l'E., tale operazione costituisce l'oggetto principale del contratto. Si deve rilevare che il reddito che l'AE. trarrebbe in quanto azionista pare nettamente più rilevante della remunerazione che otterrebbe in quanto prestatore di servizi. Inoltre, l'A. ricaverebbe tali redditi senza limiti nel tempo, mentre l'attività di gestione scadrebbe dopo dieci anni.
58 Dalle considerazioni che precedono risulta che i differenti capitoli del contratto misto di cui trattasi nella causa principale formano un tutto indivisibile, la cui parte relativa alla cessione delle azioni costituisce l'oggetto principale.
59 Orbene, la cessione di azioni ad un offerente nell'ambito di un'operazione di privatizzazione di una pubblica impresa non rientra nelle direttive in materia di pubblici appalti.
60 Questo è quanto del resto opportunamente rilevato al punto 66 del Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [COM(2004) 327 def.].
61 La Commissione, al punto 69 del detto Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati, sottolinea che occorre accertarsi che tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione ad un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni. Tuttavia, nella specie, dagli atti non risulta alcun elemento idoneo a mettere in dubbio la natura della transazione oggetto della causa principale, come qualificata dal giudice del rinvio.
62 Tenuto conto delle considerazioni che precedono si deve concludere che un contratto misto il cui oggetto principale è l'acquisizione da parte di un'impresa del 49% del capitale di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio, indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verte sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori non rientra, nel suo insieme, nell'ambito dell'applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti.
63 Questa conclusione non esclude che un siffatto contratto deve osservare le regole fondamentali e i principi generali del Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali. Tuttavia, non si deve affrontare nella specie la questione del rispetto delle dette regole e principi, dato che il risultato di un siffatto esame non potrebbe comunque portare all'applicazione della direttiva 89/665.
64 Pertanto, tenuto conto di quanto sopra precede, non occorre rispondere alle altre questioni sollevate nell'ambito della causa C-145/08.
Sulla prima questione sollevata nella causa C-149/08

65 Con tale questione, il giudice del rinvio vuole in sostanza sapere se la direttiva 89/665 osti ad una normativa nazionale, come interpretata da tale giudice, in virtù della quale solo l'insieme dei membri di un'associazione temporanea di offerenti è legittimato a proporre un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, con la conseguenza che i detti membri sarebbero, a titolo individuale, privati non soltanto della possibilità di fare annullare una siffatta decisione dell'autorità aggiudicatrice, ma altresì della possibilità di chiedere il risarcimento di un danno subìto individualmente a seguito di irregolarità sopravvenute nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.
66 Per risolvere tale questione si deve constatare che l'atto di cui viene chiesto l'annullamento dinanzi al giudice del rinvio promana dall'E., cioè da un'amministrazione diversa dall'amministrazione aggiudicatrice che ha organizzato il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico oggetto della causa principale.
67 Orbene, dalla formulazione della direttiva 89/665, comunemente denominata direttiva «ricorsi», risulta che la tutela voluta da tale direttiva riguarda gli atti o le omissioni delle autorità aggiudicatrici.
68 Pertanto, dalla loro formulazione risulta chiaramente che il quinto 'considerando' e l'art. 1, n. 1, di tale direttiva si riferiscono alle misure da adottare nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Parimenti, a tenore del n. 3 di tale articolo, gli Stati membri possono esigere che la persona che intenda avvalersi di tale procedura di ricorso informi preventivamente l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione affinché quest'ultima possa porvi rimedio. Inoltre, l'art. 3, n. 2, della detta direttiva accorda alla Commissione la possibilità di notificare all'amministrazione aggiudicatrice interessata le ragioni per le quali ritiene che all'atto del procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto sia stata commessa una violazione e di domandarne la correzione.
69 Pertanto, si deve concludere che le controversie vertenti sulle decisioni di un'autorità quale l'E. non rientrano nel sistema di ricorsi istituito dalla direttiva 89/665.
70 Tuttavia, le decisioni dell'E. sono idonee a produrre un impatto certo sullo svolgimento, o perfino sull'esito, di un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto, in quanto possono portare all'esclusione di un offerente, ovvero di un aggiudicatario, che a titolo individuale presenti una delle incompatibilità previste dalla pertinente normativa nazionale. Pertanto tali decisioni non sono prive di interesse con riferimento alla corretta applicazione del diritto dell'Unione in materia.
71 Nella presente causa, dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che la decisione dell'E. che ha portato a privare il ricorrente nella causa principale dell'attribuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi benché fosse stato designato aggiudicatario sarebbe stata adottata, a parere del detto ricorrente, in violazione di disposizioni della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nonché dei principi derivanti dal diritto primario dell'Unione.
72 Orbene, il ricorrente nella causa principale sostiene che, con l'applicazione della normativa nazionale controversa, gli è stato impedito non soltanto di agire per l'annullamento della decisione asseritamente illegale dell'E., che ha portato alla sua esclusione dal procedimento oggetto della causa principale, ma altresì di chiedere un indennizzo per il danno prodotto da tale decisione. Sarebbe stato,

pertanto, privato del suo diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale.

73 Si deve a questo proposito ricordare che il principio della effettiva tutela giurisdizionale costituisce un principio generale del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 13 marzo 2007, causa C 432/05, Unibet, Racc. pag. I 2271, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

74 Conformemente alla costante giurisprudenza, in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Tali modalità procedurali non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti tratti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza 15 aprile 2008, causa C 268/06, Impact, Racc. pag. I 2483, punti 44 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata).

75 Per quanto riguarda il principio di equivalenza, dalle precisazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che, conformemente al diritto interno che disciplina in via generale il risarcimento dei danni provocati da atti illegittimi dello Stato o delle persone giuridiche di diritto pubblico, il giudice competente in materia di concessione di risarcimento danni è altresì competente a controllare, in via incidentale, la legittimità dell'atto amministrativo recante pregiudizio, il che può portare, previa azione proposta da un singolo a titolo individuale, alla concessione di un indennizzo se sono integrati i presupposti di merito a tal fine previsti.

76 Per contro, in materia di pubblici appalti, settore coperto dal diritto dell'Unione, questi due tipi di competenze, cioè, da un lato, la competenza ad annullare o a constatare la nullità di un atto amministrativo e, dall'altro lato, la competenza a concedere un risarcimento del danno subìto, rientrano, nel contesto giuridico nazionale considerato nel procedimento di cui alla causa principale, sotto due diverse giurisdizioni.

77 Pertanto, nel settore dei pubblici appalti, il combinato disposto dell'art. 5, n. 2, della legge n. 2522/1997, che subordina la concessione del risarcimento danni al previo annullamento dell'atto recante pregiudizio, e dell'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale n. 18/1989, secondo il quale il ricorso di annullamento di un atto inserentesi nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico è ricevibile solo se proposto da tutti i membri di un raggruppamento, porta, come rilevato dal giudice del rinvio, all'impossibilità per ciascun membro di un raggruppamento, che agisca a titolo individuale, non solo di ottenere l'annullamento dell'atto che gli arreca pregiudizio, ma anche di rivolgersi al giudice competente per la riparazione del danno che avrebbe individualmente subìto, mentre una siffatta impossibilità non sembra esistere in altri settori, in forza delle regole di diritto interno applicabili alle domande di risarcimento fondate su un pregiudizio prodotto da un atto illegittimo di una pubblica autorità.

78 Per quanto riguarda il principio di effettività, si deve constatare che, con l'applicazione della normativa nazionale oggetto della causa principale, un offerente quale il ricorrente nella causa principale viene privato di ogni possibilità di chiedere, dinanzi al giudice competente, il risarcimento del danno che avrebbe subìto in ragione di una violazione del diritto dell'Unione per effetto di un atto

amministrativo tale da poter influire sullo svolgimento e persino sull’esito del procedimento di aggiudicazione del pubblico appalto. Un siffatto offerente viene pertanto così ad essere privato dell’effettiva tutela giurisdizionale dei diritti che gli derivano dal diritto dell’Unione in materia.

79 Come rilevato dall’avvocato generale ai paragrafi 107 116 delle sue conclusioni, si deve a questo proposito sottolineare che il presente contesto è diverso da quello della causa che ha dato luogo alla citata sentenza Espace Trianon e Sofibail. Infatti, mentre quest’ultima causa verteva su un ricorso di annullamento avverso una decisione di aggiudicazione che ha privato dell’appalto di cui trattasi il raggruppamento offerente nel suo insieme, la presente causa verte di fatto su una domanda intesa ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente prodotto da una decisione illegittima di un’autorità amministrativa che ha constatato l’esistenza di un’incompatibilità ai sensi della pertinente normativa nazionale in capo al solo offerente ricorrente.

80 Tenuto conto di quanto precede, la prima questione sollevata nella causa C-149/08 va risolta dichiarando che il diritto dell’Unione, in particolare il diritto ad un’effettiva tutela giurisdizionale, osta ad una normativa nazionale, quale quella oggetto della causa principale, interpretata nel senso che i membri di un’associazione temporanea offerente in un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto siano privati della possibilità di chiedere, a titolo individuale, il risarcimento del danno che ritengono di aver individualmente subìto a seguito di una decisione adottata da un’autorità diversa dall’amministrazione aggiudicatrice, implicata in tale procedimento conformemente alle norme nazionali applicabili, e che è tale da influire sullo svolgimento di quest’ultimo.

81 Alla luce di tale risposta, non occorre rispondere alla seconda questione sollevata nell’ambito della causa C-149/08.

Sulle spese

82 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 (Quarta Sezione) dichiara:

1) Un contratto misto il cui oggetto principale è l’acquisizione da parte di un’impresa del 49% del capitale di un’impresa pubblica e il cui oggetto accessorio, indissolubilmente connesso con tale oggetto principale, verte sulla fornitura di servizi e sull’esecuzione di lavori non rientra, nel suo insieme, nell’ambito di applicazione delle direttive in materia di pubblici appalti.

2) Il diritto dell’Unione, in particolare il diritto ad un’effettiva tutela giurisdizionale, osta ad una normativa nazionale, quale quella oggetto della causa principale, interpretata nel senso che i membri di un’associazione temporanea offerente in un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto siano privati della possibilità di chiedere, a titolo individuale, il risarcimento del danno che ritengono di aver individualmente subìto a seguito di una decisione adottata da un’autorità diversa dall’amministrazione aggiudicatrice, implicata in tale procedimento conformemente alle norme nazionali applicabili, e che è tale da influire sullo svolgimento di quest’ultimo.

Firme