

## TUTELA CAUTELARE NEL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI DELL'UNIONE: L'ATTENUAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA CONDIZIONE RELATIVA ALL'URGENZA È APPLICABILE IN TUTTA LA FASE PRECONTRATTUALE

*Référé dans le contentieux des marchés publics de l'Union : l'assouplissement des critères d'appréciation de la condition relative à l'urgence est applicable pendant toute la phase précontractuelle*

*Interim measures in EU public procurement litigation: the easing of the condition relating to urgency applies until the conclusion of the contract*

MICHELE LATERZA

(Avvocato, dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea)

Come noto, i regolamenti di procedura [della Corte di giustizia](#) (art. 160) e [del Tribunale](#) (art. 156) prevedono che la concessione di misure provvisorie nell'ambito del contenzioso dinanzi al giudice dell'Unione sia subordinata alla sussistenza cumulativa di due condizioni, l'urgenza della domanda, generalmente intesa dalla giurisprudenza come prova del danno grave ed irreparabile che deriverebbe dalla mancata sospensione della decisione controversa, e l'esistenza di argomenti in fatto e in diritto che giustifichino *prima facie* l'adozione del provvedimento richiesto. A queste due condizioni si aggiunge l'ulteriore requisito della ponderazione degli interessi, che impone al giudice della procedura sommaria di valutare se l'interesse del richiedente ad ottenere il provvedimento domandato prevalga o meno sugli interessi della controparte (per un'estesa trattazione monografica sulla tutela cautelare nei ricorsi diretti dinanzi alle giurisdizioni dell'Unione, [si veda la recente pubblicazione di M. ORZAN, 2023](#)).

Per costante giurisprudenza, un pregiudizio di natura meramente finanziaria non può essere qualificato come irreparabile se può costituire oggetto di una successiva compensazione: questo ha comportato che, per lungo tempo, nel contenzioso relativo agli appalti pubblici dell'Unione, i

concorrenti estromessi dalle gare fossero raramente in grado di dimostrare l'esistenza di un danno irreparabile, e dunque l'urgenza necessaria per ottenere misure sospensive delle decisioni di aggiudicazione, con la conseguenza di una indebita compressione del loro diritto a una tutela giurisdizionale piena (si veda, tra le tante, [questa ordinanza](#)).

In anni recenti, tuttavia, si è consolidato [un orientamento](#) che ha introdotto un'attenuazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza per la concessione di misure provvisorie nel contenzioso relativo agli appalti pubblici delle istituzioni dell'Unione, prevedendo che l'assenza del requisito del pregiudizio irreparabile possa essere compensata da un *fumus* particolarmente grave, seppure limitatamente alle domande di misure provvisorie sollevate nella fase che precede la conclusione del contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, purché sia stato rispettato il termine sospensivo di dieci giorni (c.d. periodo di status quo) previsto all'articolo 175 del [regolamento 2018/1046](#).

Tutto ciò premesso, [l'ordinanza del vicepresidente della Corte](#) qui segnalata offre un importante chiarimento sui termini entro i quali una simile attenuazione della valutazione dei requisiti relativi all'urgenza della domanda di misure provvisorie debba essere applicata, in particolare con riferimento all'ipotesi in cui la domanda sia stata proposta successivamente allo scadere del periodo di status quo, ma comunque prima che il contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario sia stato concluso.

Nel gennaio 2022, la Commissione ha notificato alla Telefónica de España SA la decisione con cui una gara d'appalto, alla quale la società aveva preso parte con un consorzio costituito insieme ad altri due operatori, veniva aggiudicata ad un altro offerente. Contestualmente, la Commissione ha comunicato alla Telefónica i termini per il decorso del periodo di status quo. In seguito alle osservazioni presentate dalla Telefónica, la Commissione ha sospeso la firma del contratto ai fini di un esame supplementare della procedura, completato il quale la decisione di aggiudicazione iniziale è stata confermata.

Il 31 marzo 2022, e dunque in data successiva al decorso del periodo di status quo, seppur precedente la firma del contratto tra la Commissione e l'aggiudicatario, la Telefónica ha introdotto dinanzi al Tribunale un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa, presentando contestualmente una domanda di provvedimenti provvisori volta ad ottenere, da un lato, la sospensione della decisione controversa e, dall'altro, che si

TUTELA CAUTELARE NEL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI DELL'UNIONE:  
L'ATTENUAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA CONDIZIONE RELATIVA  
ALL'URGENZA È APPLICABILE IN TUTTA LA FASE PRECONTRATTUALE

ordinasse alla Commissione di sospendere la firma del contratto con l'aggiudicatario prescelto.

Con [ordinanza del vicepresidente del Tribunale del 14 luglio 2022](#), il Tribunale ha respinto la domanda di misure provvisorie. Pur riconoscendo che, in principio, come statuito dalla precedente giurisprudenza della Corte, nell'ambito del contenzioso relativo agli appalti pubblici dell'Unione l'esigenza di offrire ai ricorrenti una tutela giurisdizionale effettiva impone di accordare le misure provvisorie richieste quando sia dimostrata l'esistenza di un *fumus* sufficientemente serio, senza la contestuale necessaria dimostrazione di un danno irreparabile, il Tribunale ha ritenuto che una tale attenuazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza possa essere applicata nel corso della fase precontrattuale, a condizione però che sia stato rispettato il periodo di status quo. Nel caso di specie, si è ritenuto che non vi fosse motivo di attenuare i criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza, tenuto conto che la domanda di misure provvisorie era stata sì proposta nella fase precontrattuale, ma comunque dopo la scadenza di tale periodo.

Inoltre, considerato che la ricorrente aveva avuto a disposizione sin dal momento della pubblicazione della decisione impugnata tutti gli elementi di valutazione utili per introdurre una domanda di misure provvisorie, il presidente del Tribunale ha ritenuto che non si potesse derogare ad una applicazione «puramente meccanica» del termine sospensivo di dieci giorni, in quanto una simile deroga, in ossequio alle esigenze imposte dal principio di certezza del diritto, è riservata a fattispecie eccezionali in cui, nella fase precedente la conclusione del contratto, l'offerente escluso non abbia avuto motivi per ritenere che la decisione di aggiudicazione dell'appalto fosse viziata da illegittimità.

Rilevato dunque che le voci di danno lamentate dalla ricorrente, per quanto gravi, non potevano considerarsi irreparabili, il presidente del Tribunale ha concluso che la condizione relativa all'urgenza non fosse soddisfatta e ha pertanto respinto la domanda di provvedimenti provvisori.

In seguito all'impugnazione della Telefónica, si è pronunciata la Corte con [ordinanza del vicepresidente del 22 novembre 2022](#), annullando l'ordinanza del presidente del Tribunale.

L'ordinanza ripercorre la genesi della giurisprudenza sull'attenuazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza, ricordando che questa rappresenta un'espressione del principio generale del diritto a un ricorso effettivo nel settore degli appalti pubblici contenuto nella direttiva 89/665 (nel seguito, "direttiva ricorsi"). Tale direttiva, in effetti, pur non

imponendo obblighi alle istituzioni dell'Unione, è stata già in passato ritenuta dal Tribunale e dalla Corte idonea a dare espressione concreta al citato principio generale, con la conseguenza che «è necessario prendere in considerazione, per quanto attiene agli appalti aggiudicati dall'Unione stessa, l'espressione di detto principio generale contenuta nelle disposizioni di tale direttiva» (l'estratto si riferisce a [C-35/15 P\(R\)](#); si veda anche [C-471/21 P\(R\)](#)). Ne consegue che il giudice dell'Unione non può prescindere dal contenuto delle disposizioni che essa reca, nonostante queste non siano di per sé applicabili nella specie. Inoltre, laddove dalle disposizioni di una direttiva di questo genere emerga che il legislatore dell'Unione ha inteso stabilire un equilibrio tra i diversi interessi in gioco, il giudice dell'Unione deve tenere conto di tale equilibrio nell'applicare il principio così concretizzato.

Ebbene, rilevato che l'articolo 2, par. 7, della direttiva ricorsi stabilisce che uno Stato membro può prevedere che, dopo la conclusione di un contratto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni ai soggetti lesi da eventuali violazioni, nell'ordinanza si osserva che tale disposizione solleva due conseguenze per il giudice adito mediante una domanda di provvedimenti provvisori relativa a un appalto dell'Unione.

Per un verso, considerato che il legislatore dell'Unione ha operato una distinzione tra il periodo precedente la conclusione del contratto, nel corso del quale l'offerente deve disporre di una reale possibilità di ottenere l'adozione di misure provvisorie, e il periodo successivo in cui è possibile limitare i danni di eventuali illegittimità con il riconoscimento di un risarcimento, una valutazione attenuata della condizione relativa all'urgenza può e deve avere luogo per le domande proposte nella fase precontrattuale, nell'ottica di non rendere in concreto impossibile l'ottenimento di misure provvisorie in tali circostanze. Per altro verso, dalla stessa norma risulta che, in seguito alla conclusione del contratto, i poteri dell'organo responsabile della procedura possono essere limitati solo a condizione che il contratto sia stato concluso dopo la scadenza del termine sospensivo.

Si sottolinea nell'ordinanza, quindi, che il periodo di status quo previsto dal [regolamento 2018/1046](#) per gli appalti pubblici dell'Unione ha la stessa funzione del periodo di standstill previsto dalla direttiva ricorsi, vale a dire evitare che l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze della decisione di aggiudicazione, procedano troppo rapidamente alla conclusione del contratto così da compromettere la tutela giurisdizionale di cui gode l'offerente estromesso. Il

TUTELA CAUTELARE NEL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI DELL'UNIONE:  
L'ATTENUAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA CONDIZIONE RELATIVA  
ALL'URGENZA È APPLICABILE IN TUTTA LA FASE PRECONTRATTUALE

periodo di status quo, dunque, non ha l'obiettivo di limitare la tutela giurisdizionale dell'offerente escluso, quanto piuttosto di garantirla.

Ne consegue che la scadenza di tale periodo non può essere considerata il termine entro il quale deve essere garantita all'offerente escluso una tutela giurisdizionale estesa mediante l'attenuazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza. Al contrario, una simile tutela estesa deve essere garantita in tutta la fase precontrattuale.

In definitiva, nel caso di specie, essendo pacifico che la Telefónica avesse proposto tale domanda prima della conclusione del contratto, la scadenza del periodo di status quo era del tutto irrilevante ai fini della determinazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza. Se ne conclude che, con l'ordinanza impugnata, pur avendo svolto una ricostruzione teorica sostanzialmente corretta, il giudice cautelare del Tribunale ha quindi commesso un errore di diritto e non ha «tratto le dovute conseguenze delle proprie affermazioni» nella misura in cui ha ritenuto che non si potesse applicare l'attenuazione dei criteri di valutazione della condizione all'urgenza in considerazione della circostanza che la domanda di provvedimenti provvisori era stata proposta dalla Telefónica dopo la scadenza del periodo di status quo.

Infine, a nulla vale che la ricorrente avesse avuto a disposizione, sin dall'inizio del periodo di status quo, elementi sufficienti per proporre una domanda di provvedimenti provvisori. Una simile circostanza avrebbe consentito di giustificare la mancata attenuazione dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza solo qualora, contrariamente al caso di specie, alla data della presentazione della domanda di provvedimenti provvisori, successiva alla scadenza del periodo di status quo, il contratto fosse già stato concluso.

In virtù di quanto precede, dunque, il vicepresidente della Corte ha annullato l'ordinanza impugnata, rinviando la causa dinanzi al Tribunale.

L'ordinanza in esame è da accogliere con favore nella misura in cui introduce un nuovo tassello nel mosaico della progressiva ricomposizione giurisprudenziale delle tutele provvisorie garantite ai partecipanti alle gare d'appalto bandite da istituzioni dell'Unione. Nel tempo, autorevoli voci hanno riconosciuto l'esistenza di un doppio standard tra i requisiti imposti dal legislatore dell'Unione agli Stati membri con riferimento alle garanzie processuali - non solo in termini di tutela cautelare - offerte ai partecipanti estromessi dalle gare d'appalto bandite al livello interno (si veda, ad esempio, [questa recente pronuncia](#) con cui il Consiglio di Stato ha ribadito che la

violazione dell'obbligo di standstill previsto dalla disciplina in materia di contratti pubblici ha incidenza autonoma sull'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.), e l'asimmetrica carenza nelle garanzie offerte ai partecipanti alle gare bandite dalle amministrazioni dell'Unione («Deux poids, deux mesures», secondo [l'avvocato generale J. KOKOTT, 2018](#)). Se l'attenuazione per via giurisprudenziale dei criteri di valutazione della condizione relativa all'urgenza aveva aperto la strada a un nuovo approccio per un adeguamento della tutela cautelare in tale contesto, l'ordinanza qui segnalata ha il merito di chiarire che la finalità del periodo di status quo non è di porre un limite, bensì di garantire una piena tutela giurisdizionale ai concorrenti estromessi dalle gare. E, dunque, limitare il beneficio dell'attenuazione alle sole domande di misure provvisorie sollevate entro tale termine anche quando il contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario non sia stato ancora concluso rappresenterebbe una ingiustificata compressione della effettiva tutela giurisdizionale dei concorrenti estromessi.