CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CHRISTINE STIX-HACKL presentate il 15 marzo 2005 [1]

I — Considerazioni introduttive

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale concerne le procedure di ricorso avverso le decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice con cui viene aggiudicato un appalto, e riguarda, in particolare, la legittimazione attiva dei singoli membri di un'associazione temporanea di diritto belga, la quale, ai sensi del diritto comunitario in materia di appalti, deve essere qualificata come raggruppamento di imprenditori (ovvero come «raggruppamento di operatori economici» in base alle più recenti direttive in materia di appalti [2]).

II — Contesto normativo

A — *La normativa comunitaria*

2. L'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [3] (in prosieguo: la «direttiva») dispone, tra l'altro, quanto segue:

«1) Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — Art. 4, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114) e art. 11, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, 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).

3 — GU L 395, pag. 33, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

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.

(...)

3) Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. 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».

3. L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone, tra l'altro, quanto segue:

«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 capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...)».

4. L'art. 21 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [4], stabilisce quanto segue:

«I raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare offerte. La trasformazione di tali raggruppamenti in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta, ma il raggruppamento prescelto può essere obbligato ad assicurare tale trasformazione quando l'appalto gli è stato aggiudicato».

4 — GU L 199, pag. 54; la direttiva è stata successivamente modificata.

B — *La normativa nazionale*

5. Vengono in rilievo le disposizioni di cui all'art. 19, primo comma, delle leggi sul Consiglio di Stato, coordinate il 12 gennaio 1973, che disciplinano, tra l'altro, la legittimazione attiva in caso di ricorsi per annullamento.

6. L'art. 53 del Code des sociétés disciplina alcuni aspetti fondamentali dei rapporti con i terzi della «association momentanée».

7. L'art. 522, secondo comma, del Code des sociétés stabilisce che la rappresentanza in giudizio di una «Société Anonyme» spetta al consiglio di amministrazione. Tuttavia, tale disposizione consente che lo statuto attribuisca la rappresentanza ad uno o più consiglieri d'amministrazione.

III — Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali

8. Il 30 settembre 1997 veniva pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un bando di gara dell'Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (in prosieguo: il «FOREM»), il cui oggetto veniva indicato nel modo seguente: «la concezione, la realizzazione ed il finanziamento di un edificio di circa 6 500 m^2 (netti) fuori suolo destinato agli uffici amministrativi dell'Office régional de l'emploi (Direzione regionale di Liegi)»; nel bando si precisava, altresì, che erano autorizzate varianti libere. Successivamente venivano pubblicati quattro avvisi di rettifica.

9. L'apertura delle offerte avveniva il 20 febbraio 1998. Venivano presentate cinque offerte, tra cui quelle dei raggruppamenti di imprenditori (associations momentanées; associazioni temporanee) Espace Trianon-SOFIBAIL e C.I.D.P.-B.P.C. Il raggruppamento di imprenditori Espace Trianon-SOFIBAIL è composto dalla Espace Trianon SA (in prosieguo: la «Espace») e dalla Société Wallone de Location-Financement SA («SOFIBAIL»).

10. Il 22 dicembre 1998 il consiglio di amministrazione del FOREM aggiudicava l'appalto, avente ad oggetto la concezione, la realizzazione ed il finanziamento di un edificio di circa 6 500 m^2 (netti) al di sopra del suolo destinato agli uffici amministrativi del FOREM, Direzione regionale di Liegi, all'associazione temporanea C.I.D.P.-B.P.C.

11. L'8 gennaio 1999 il consiglio di amministrazione del FOREM confermava «la deci-

sione motivata, presa nella seduta del 22 dicembre 1998».

12. Il 25 gennaio 1999 la decisione di aggiudicazione veniva notificata alla Espace e alla «SOFIBAIL».

13. Il 19 febbraio 1999 la Espace e la «SOFIBAIL» proponevano ricorso dinanzi al Conseil d'Etat per l'annullamento della decisione di aggiudicazione.

14. L'8 marzo 1999 la Espace e la «SOFIBAIL» proponevano ricorso dinanzi al Conseil d'Etat per l'annullamento della conferma dell'8 gennaio 1998.

15. In sede d'esame della ricevibilità dei ricorsi, il Conseil d'Etat accertava che le decisioni di agire in giudizio adottate a nome della Espace erano irregolari, in quanto esse, contrariamente a quanto previsto dallo statuto, non erano state prese dal consiglio d'amministrazione. Per contro, le decisioni della «SOFIBAIL» risultavano regolari.

16. Dal momento che l'offerta era stata presentata in nome del raggruppamento di imprenditori Espace-SOFIBAIL, ma la decisione di agire in giudizio di uno dei membri del raggruppamento non era regolare, il Conseil d'Etat ha dovuto verificare le eventuali conseguenze di tale irregolarità sulla ricevibilità dei ricorsi.

17. Con sentenza 25 febbraio 2004 il Conseil d'Etat decideva di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti ad una disposizione legislativa nazionale — come l'art. 19, primo comma, delle leggi sul Consiglio di Stato, coordinate il 12 gennaio 1973 — che viene interpretata nel senso che i membri di un'associazione temporanea senza personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico senza ottenerne l'aggiudicazione, possono proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto soltanto agendo tutti insieme, nella loro qualità di associati o in nome proprio.

2) Se la soluzione della precedente questione possa mutare nel caso in cui, pur avendo i membri dell'associazione temporanea agito tutti insieme, il ricorso di uno di essi risulti irricevibile.

3) Se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coor-

dina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti ad una disposizione legislativa nazionale — come l'art. 19, primo comma, delle leggi sul Consiglio di Stato coordinate il 12 gennaio 1973 — che viene interpretata nel senso che un membro di una siffatta associazione temporanea non può proporre individualmente ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, né nella sua qualità di associato, né a nome proprio».

IV — Valutazione

A — *Considerazioni generali*

18. Tutte e tre le questioni pregiudiziali concernono, in sostanza, le disposizioni comunitarie pertinenti in ordine alla ricevibilità dei ricorsi proposti dai membri di un raggruppamento di imprenditori, e segnatamente, nel caso in esame, di un'associazione temporanea di diritto belga.

19. Considerata la formulazione letterale delle questioni pregiudiziali, è opportuno ricordare che non può costituire oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE la conformità del diritto nazionale al diritto comunitario. Pertanto, anche le questioni pregiudiziali proposte nel presente procedimento devono essere intese nel senso che esse sono rivolte ad ottenere l'interpretazione del diritto comunitario.

20. Mentre la prima e la terza questione pregiudiziale concernono il problema fondamentale della legittimazione attiva dei singoli membri di un raggruppamento di imprenditori, la seconda questione pregiudiziale si riferisce solo ad un'ipotesi particolare, e precisamente al caso in cui, pur avendo i membri del raggruppamento agito in giudizio tutti insieme, il ricorso di uno di essi risulti irricevibile.

21. I problemi giuridici in tal modo sollevati devono, tuttavia, essere tenuti distinti dall'ulteriore questione — che non costituisce oggetto del presente procedimento — se e a quali condizioni in base al diritto comunitario debba essere riconosciuta ad un raggruppamento di imprenditori la legittimazione attiva nelle procedure di ricorso disciplinate dalla direttiva.

22. Ma anche sotto un altro punto di vista la seguente valutazione dovrà limitarsi, per motivi processuali, alle sole peculiarità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

23. Invero, il procedimento principale, vale a dire la procedura nazionale di ricorso, ha per oggetto il sindacato di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice in merito all'appalto, in particolare in merito all'aggiudicazione. Le soluzioni fornite nel presente procedimento pregiudiziale, tuttavia, non possono essere automaticamente riferite anche ai ricorsi concernenti altre decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio la mancata scelta di determinati partecipanti come offerenti, e cioè il mancato invito a presentare un'offerta o l'esclusione di un'offerta. Occorre, altresì, tener presente che il procedimento principale concerne l'annullamento di una decisione.

24. Per risolvere le presenti questioni pregiudiziali occorre, pertanto, fare riferimento soltanto ad una situazione specifica come quella oggetto del procedimento principale. Ciò significa che dal diritto comunitario ben potrebbero derivare obblighi d'altro tipo per quanto riguarda il mero accertamento dell'illegittimità e la condanna al risarcimento dei danni.

25. Si tenga, inoltre, presente che il raggruppamento di imprenditori al quale il procedimento principale si riferisce, è stato costituito per contratto e — per lo meno stando a quanto risulta dal fascicolo — non possiede personalità giuridica in base al diritto nazionale.

26. A tal proposito ci sia, tuttavia, consentito osservare che le direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti, sia quelle vecchie sia quelle più recenti, prevedono espressamente la presentazione di offerte da parte di «raggruppamenti di imprenditori» ovvero di «raggruppamenti di operatori economici». In tal modo il diritto comunitario riconosce, quindi, a siffatti candidati ed offerenti determinati diritti, e in particolare il diritto a partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti. Da queste disposizioni di diritto comunitario risulta, allora, che i raggruppamenti di imprenditori possiedono una capacità giuridica parziale.

27. Nel presente procedimento pregiudiziale, inoltre, si deve prendere in esame solo la questione relativa alla regola dell'unanimità e, quindi, all'esclusione della legittimazione attiva in capo a singoli membri di un raggruppamento di imprenditori, e non anche, invece, la questione relativa alla compatibilità di altre disposizioni, esistenti o solo ipotizzabili, del diritto nazionale degli Stati membri in materia di presentazione dei ricorsi da parte dei membri di un raggruppamento di imprenditori.

28. Occorre, infine, considerare che nel caso in cui il diritto comunitario obbligasse gli Stati membri ad attribuire la legittimazione attiva allo stesso raggruppamento di imprenditori, non sarebbe più necessaria, al fine di garantire un'efficace tutela giuridica, la legittimazione attiva dei singoli associati. In tale ipotesi il quesito giuridico, oggetto del presente procedimento, si ridurrebbe al problema di individuare chi possa agire per il raggruppamento di imprenditori, titolare della legittimazione attiva.

B — *Sulla prima e sulla terza questione pregiudiziale*

29. La prima e la terza questione pregiudiziale traggono entrambe spunto dalla normativa nazionale, applicabile nel procedimento principale, in base alla quale soltanto tutti i membri di un'associazione temporanea, e non anche i singoli membri individualmente, possono impugnare la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice relativa all'aggiudicazione, possono, cioè, proporre ricorso avverso tale decisione. Pare, pertanto, opportuno risolvere congiuntamente la prima e la terza questione pregiudiziale.

1. Punto di partenza: l'«interesse» ai sensi della direttiva

30. Per risolvere tali questioni occorre partire dall'analisi dei presupposti stabiliti dall'art. 1, n. 3, della direttiva, per conferire la legittimazione attiva. In base alla citata disposizione, 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».

31. La Corte, nella propria giurisprudenza in materia di legittimazione attiva, ha ripetutamente sottolineato che, ai sensi del diritto comunitario, tali presupposti devono necessariamente essere soddisfatti [5].

32. La sentenza nella causa Makedoniko offre preziose indicazioni per l'attuale procedimento pregiudiziale, concernente un raggruppamento di imprenditori. In tale sentenza la Corte ha stabilito che è «alla luce» dei presupposti di cui all'art. 1, n. 3, della direttiva, «che si deve verificare se un raggruppamento di imprese (...) debba aver accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665» [6].

33. Pertanto, per la Corte è decisivo se il raggruppamento di imprenditori abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta nella causa principale e sia stato danneggiato o rischi di essere danneggiato dalla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 [7].

34. Quanto detto sopra può servire anche per risolvere le questioni controverse nel presente procedimento pregiudiziale, nel

5 — Sentenze 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro (Racc. pag. I-1091, punto 65) e 12 febbraio 2004, causa C-230/02, Grossmann Air Service (Racc. pag. I-1791, punto 25).

6 — Sentenza nella causa C-57/01, cit. alla nota 5 (punto 66).

7 — Sentenza nella causa C-57/01, cit. alla nota 5 (punto 72).

quale non viene in rilievo la legittimazione attiva del raggruppamento di imprenditori in quanto tale, ma quella dei suoi membri.

35. In base alla direttiva, pertanto, la legittimazione attiva deve essere attribuita a chiunque abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto al quale si riferisce la procedura di ricorso. A proposito della legittimazione attiva e dell'interesse a tal fine necessario, occorre precisare che, per la ricevibilità di un ricorso, non è sufficiente un interesse qualsiasi.

36. Ciò va sottolineato anche in relazione ai raggruppamenti di imprenditori. Questa precisazione risulta necessaria in quanto tra gli interessi del raggruppamento e quelli dei suoi membri, nonché tra gli interessi dei singoli membri, possono esserci differenze, come rilevato, del resto, anche dalla Commissione.

37. Vero è che i membri di un raggruppamento di imprenditori hanno interesse a che il raggruppamento cui partecipano abbia successo a livello economico. Tuttavia, un membro del raggruppamento ha semplicemente interesse a che il *raggruppamento* venga prescelto, ma non a che egli *stesso* ottenga l'appalto.

38. Per accertare se sussista un interesse *ai sensi* dell'art. 1, n. 3, della direttiva, occorre procedere ad una valutazione basata sulle attività del raggruppamento di imprenditori rilevanti ai fini della normativa sugli appalti.

39. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, infatti, gli Stati membri in linea di principio devono attribuire la legittimazione attiva soltanto a quell'imprenditore che abbia partecipato alla gara d'appalto alla quale si riferisce il ricorso [8].

40. Rispetto alla suddetta regola vi sono, invero, alcune eccezioni, le quali, tuttavia, valgono solo in casi particolari: ad esempio, la partecipazione alla procedura di aggiudicazione non potrà essere richiesta come presupposto della legittimazione attiva se l'amministrazione aggiudicatrice non ha affatto espletato alcuna procedura formale di aggiudicazione [9]. Parimenti, deve essere consentito l'accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva a quell'impresa che non ha partecipato alla procedura di aggiudicazione per il solo motivo che le condizioni dei bandi di gara facevano apparire la sua partecipazione del tutto vana [10].

41. In base alla giurisprudenza della Corte, pertanto, si può prescindere dal requisito

8 — Sentenza nella causa C-230/02, cit. alla nota 5 (punto 27).

9 — Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I-1, punti 34 e 41 e segg.).

10 — Sentenza nella causa C-230/02, cit. alla nota 5 (punti 28 e seg.).

della partecipazione alla procedura di aggiudicazione soltanto in quei casi in cui tale partecipazione risultava impossibile o comunque priva di prospettive di successo. Decisiva risulta, allora, l'impossibilità, imputabile alla condotta dell'amministrazione aggiudicatrice, di una proficua partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Da una siffatta *impossibilità* occorre, tuttavia, tenere distinte le ipotesi in cui un'impresa non *voglia* affatto partecipare ad una procedura di aggiudicazione. Tale ipotesi riguarda anche i singoli membri di un raggruppamento di imprenditori, i quali non *vogliono* partecipare in prima persona alla procedura di aggiudicazione.

42. Occorre, pertanto, tener presente che quando talune imprese si uniscono in un raggruppamento perché da sole non potrebbero partecipare proficuamente alla procedura, questa loro impossibilità non è imputabile alla condotta dell'amministrazione aggiudicatrice.

43. Il caso di specie su cui verte il procedimento principale si distingue, pertanto, da quei casi di impossibilità in cui non può pretendersi, come requisito, la partecipazione alla procedura, anche sotto un altro profilo: qui la partecipazione c'è stata ed è stata addirittura presentata un'offerta — mentre non rileva che tale offerta sia stata fatta dal raggruppamento, e non dai suoi membri. I singoli membri del raggruppamento, infatti, agiscono nell'ambito della procedura di ricorso non già come imprese che non hanno alcun rapporto con l'offerente, cioè con il raggruppamento, bensì proprio come membri di tale raggruppamento. Poiché, dunque, le singole imprese si avvalgono della loro qualità di membri di un raggruppamento, si devono poter imputare o opporre loro anche gli atti del raggruppamento stesso.

2. L'importanza del diritto sostanziale ai fini della legittimazione attiva

44. Il diritto processuale a proporre ricorso consegue, pertanto, alla materiale partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, in qualità di candidato oppure, come è avvenuto nel procedimento principale, in qualità di offerente.

45. Un siffatto parallelismo emerge anche nella causa Makedoniko, ove si è stabilito che «qualora una decisione di un'autorità aggiudicatrice leda i diritti che un raggruppamento di imprenditori trae dal diritto comunitario nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, tale raggruppamento deve avere accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665» [11].

11 — Sentenza nella causa C-57/01, cit. alla nota 5 (punto 73).

46. In base al diritto comunitario, la legittimazione attiva spetta, dunque, a colui che è anche titolare dei diritti sostanziali. Senonché, nel caso dei raggruppamenti di imprenditori, i diritti scaturenti dalle direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti spettano ai raggruppamenti stessi. Infatti, nei confronti dei terzi è il raggruppamento che partecipa alla procedura di aggiudicazione. Ed è ancora soltanto il raggruppamento che può essere, se del caso, il destinatario della decisione relativa all'aggiudicazione.

47. Analogamente, la circostanza che in base al diritto nazionale anche i membri di un raggruppamento di imprenditori assumano determinati obblighi — eventualmente anche nei confronti dei terzi — può risultare decisiva per il diritto processuale nazionale. Invero, il principio del parallelismo tra diritti e obblighi sostanziali, da una parte, e tutela giuridica, dall'altra, può assumere importanza anche nel diritto nazionale.

48. Per risolvere le questioni pregiudiziali nella prospettiva del diritto comunitario occorre, pertanto, basarsi sul principio secondo il quale la direttiva è volta a dare attuazione ai diritti derivanti dalle direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti.

49. Se si applica tale principio al procedimento principale, ne deriva che la direttiva garantisce la tutela giuridica soltanto degli *offerenti*, nella specie, quindi, soltanto del raggruppamento di imprenditori. Proprio il procedimento principale ci offre un esempio di quella che è la situazione tipica per i raggruppamenti di imprenditori, quella in cui, cioè, i singoli membri, a causa della loro specializzazione, non sarebbero affatto in grado di eseguire l'appalto nel suo complesso. E si noti che essi non avevano neanche l'intenzione di farlo.

50. Il principio del parallelismo depone, pertanto, piuttosto in senso contrario all'attribuzione, in base alla direttiva, della legittimazione attiva anche ai singoli membri del raggruppamento.

51. Dalla direttiva può, dunque, desumersi soltanto la legittimazione attiva del raggruppamento in quanto tale. Da ciò a sua volta deriva che ai singoli membri di un raggruppamento non spetta, in base al diritto comunitario, alcun diritto di ricorrere in nome *proprio* avverso la decisione di aggiudicazione.

52. Resta, tuttavia, ancora da chiarire se possa ritenersi ricevibile per lo meno il ricorso proposto da singoli membri di un raggruppamento di imprenditori che agiscano in nome del raggruppamento stesso.

53. A tal proposito occorre richiamare — al pari di quanto avviene in relazione a tutte le disposizioni nazionali di natura processuale — i principi d'equivalenza e d'effettività.

54. Per quanto riguarda la tutela giuridica in materia di appalti, tali principi di diritto comunitario si trovano perfino espressamente menzionati nell'art. 1 della direttiva. In relazione al principio d'effettività, gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, a garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi *efficaci* e, in particolare, quanto più rapidi possibile. Tuttavia, il parametro, desumibile dal principio di effettività in questa sede rilevante, non ha una portata assoluta.

55. Infatti, la Corte, in una causa concernente la tutela giuridica in materia di appalti, ha sottolineato che «ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo» [12].

56. Nella causa Fritsch la Corte sottolinea un ulteriore principio:

«Occorre aggiungere che il fatto che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 consenta espressamente agli Stati membri di determinare le modalità con cui essi devono rendere le procedure di ricorso previste da detta direttiva accessibili a chiunque abbia o abbia avuto un interesse ad ottenere un determinato appalto pubblico e sia stato o possa essere stato leso da un'asserita violazione non li autorizza comunque a dare alla nozione di "interesse ad ottenere un appalto pubblico" un'interpretazione che possa compromettere l'effetto utile di detta direttiva» [13].

57. Nella causa Grossmann la Corte addirittura in linea di principio ha riconosciuto la legittimità di disposizioni nazionali che definiscono più precisamente l'«interesse», in tal modo restringendo la legittimazione attiva:

«Pertanto, il mancato riconoscimento dell'interesse ad ottenere l'appalto di cui trattasi e quindi del diritto ad accedere alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 ad una persona che non ha partecipato al procedimento di aggiudicazione dell'appalto, né ha proposto un ricorso contro la decisione dell'autorità aggiudicatrice che stabilisce le specifiche del bando di gara, non è tale

12 — Sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex (Racc. pag. I-1877, punto 56); v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck (Racc. pag. I-4599, punto 14).

13 — Sentenza 19 giugno 2003, causa C-410/01, Fritsch e a. (Racc. pag. I-6413, punto 34).

da pregiudicare l'efficacia pratica della detta direttiva» [14].

58. Dalla citata giurisprudenza può, pertanto, desumersi che soltanto il raggruppamento di imprenditori ha l'interesse necessario ai fini della legittimazione attiva, e non anche il singolo suo membro.

3. La valutazione degli effetti della regola dell'unanimità

59. Alla luce dei principi d'equivalenza e d'effettività come sopra intesi, devono essere valutati anche gli effetti derivanti dalla regola dell'unanimità.

60. Ciò vale, anzitutto, a proposito dell'effetto, segnalato dalla Commissione, tale per cui la regola dell'unanimità ridurrebbe le possibilità di proporre ricorso, e tale limitazione risulterebbe tanto più gravosa se si considera la rapidità necessaria per la tutela giuridica in materia di appalti.

61. Tuttavia, anche gli offerenti, diversi dai raggruppamenti di imprenditori,sono tenuti a soddisfare analoghi presupposti processuali, in particolare a farsi rappresentare in giudizio con le modalità previste per il tipo di forma giuridica assunta. A ben vedere, quindi, anche per i raggruppamenti di imprenditori si tratta soltanto della formazione della volontà interna, al pari di ciò che avviene necessariamente per gli altri offerenti.

62. Peraltro, il fatto che per effetto della regola dell'unanimità la salvaguardia dell'interesse del raggruppamento possa venir condizionata da un singolo suo membro, di per sé non implica una violazione dei principi sopra menzionati. La cooperazione dei singoli membri di un raggruppamento di imprenditori non costituisce, infatti, una particolarità del solo diritto processuale; siffatta cooperazione è, invece, necessaria addirittura già prima della partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, e più che mai prima della presentazione di un'offerta, ad esempio in occasione della costituzione del raggruppamento stesso.

63. Vero è che, se si applica la regola dell'unanimità, l'eventuale divergenza di interessi dei singoli membri può rendere più difficile la proposizione di un ricorso; tuttavia, non si deve dimenticare che la maggioranza dei membri può avere interessi diversi da quelli dei singoli membri, anche per ciò che concerne l'eventuale proposizione di un ricorso.

14 — Sentenza nella causa C-230/02, cit. alla nota 5 (punto 39).

64. A parere della Commissione, la regola dell'unanimità indurrebbe senz'altro i raggruppamenti di imprenditori a trasformarsi in una forma giuridica determinata. A tal proposito si deve tuttavia rilevare che la regola in parola sembra piuttosto disincentivare la scelta di una forma giuridica determinata.

65. Del resto, ogni raggruppamento di imprenditori deve dare alla propria cooperazione una forma concreta, di regola attraverso la conclusione di un contratto di società. In ciò non può, pertanto, ravvisarsi — contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione — una violazione dell'art. 21 della direttiva 93/37. Infatti, in tal modo non sorge ancora l'obbligo di assumere in una forma giuridica determinata. La decisione di costituire un raggruppamento di imprenditori viene presa consapevolmente, previa conoscenza dei vantaggi e degli svantaggi connessi.

66. Siffatti accordi possono avere per oggetto anche l'esercizio del diritto di ricorso. Tuttavia, i vantaggi derivanti dalla conclusione di un siffatto accordo per i singoli membri di un raggruppamento di imprenditori non possono essere considerati alla stregua di un obbligo di assumere una forma giuridica determinata.

67. Infine, quando la Commissione sostiene che la regola dell'unanimità produce un effetto dissuasivo addirittura già nella fase di costituzione del raggruppamento, essa trascura che proprio la consapevolezza di eventuali difficoltà relative all'esercizio della tutela giuridica fa sì che possano essere assunte adeguate cautele nel contratto di società. Si potrebbe, ad esempio, prevedere che il raggruppamento sia rappresentato da un membro, oppure si potrebbe introdurre una determinata regola maggioritaria.

68. Nella regola dell'unanimità non può nemmeno essere ravvisata una discriminazione rispetto ad altre forme societarie. Infatti, anche gli offerenti che non intervengono in forma di raggruppamento di imprenditori sono tenuti al rispetto delle vigenti disposizioni societarie e processuali. Si pensi, in particolare, all'osservanza delle disposizioni in tema di rappresentanza delle società da parte degli organi competenti. Le caratteristiche del raggruppamento di imprenditori costituiscono soltanto la riprova del fatto che ogni forma giuridica si contraddistingue per determinate peculiarità.

69. La paralisi derivante dalla regola dell'unanimità, censurata sotto più aspetti dalla Commissione, negli ordinamenti giuridici nazionali può essere evitata, come si è detto sopra, dal legislatore, qualora questi renda tale regola un diritto disponibile. In tal caso potrebbero essere adottate soluzioni derogatorie o attraverso una specifica conformazione del contratto di società, oppure — all'occorrenza — attraverso una delibera dei membri assunta direttamente sul fondamento delle pertinenti disposizioni del diritto societario nazionale.

70. Nel presente procedimento si è più volte fatto riferimento alla possibilità di concordare una regola maggioritaria, o di prevedere la rappresentanza da parte di un membro, ad esempio, in base al diritto nazionale del procedimento principale, nella forma di un «mandat».

71. La facilità d'accesso ad un'efficace tutela giuridica, voluta dal legislatore comunitario, risulterebbe, tuttavia, conculcata qualora il diritto nazionale contenesse regole sulla rappresentanza che si risolvessero in un pregiudizio per i raggruppamenti stranieri o la cui osservanza risultasse praticamente impossibile.

72. La circostanza che in alcuni Stati membri anche i singoli membri di un raggruppamento di imprenditori possano proporre ricorso non muta il fatto che la direttiva non richiede una siffatta possibilità. Gli Stati membri, infatti, in linea di principio ben possono andare oltre i requisiti minimi stabiliti dalle direttive [15]. D'altro canto, occorrerebbe chiedersi se una siffatta disciplina — a prima vista, generosa, in quanto favorevole agli offerenti — sia compatibile con il diritto comunitario. Tuttavia, tale questione non rientra nell'oggetto della presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

73. Infine, contro la presunta esistenza di un obbligo comunitario degli Stati membri di attribuire la legittimazione attiva anche a singoli membri del raggruppamento, depone il fatto che anche gli altri membri del raggruppamento devono essere tutelati.

74. L'attribuzione della legittimazione attiva ai singoli membri potrebbe addirittura comportare il coinvolgimento, contro la loro volontà, della maggioranza dei membri in una procedura di ricorso e, in caso di accoglimento del ricorso, in una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto o nella continuazione della procedura, anche qualora essi non vi abbiano più alcun interesse, ad esempio perché nel frattempo hanno già concluso altri contratti.

75. In questa sede non occorre affrontare l'ulteriore questione se il diritto comunitario vieti, viceversa, di attribuire la legittimazione attiva ad un singolo membro di un raggruppamento di imprenditori. Nel presente procedimento si doveva semplicemente chiarire se il diritto comunitario osti ad uno speciale divieto nazionale, oppure — detto diversamente — se il diritto comunitario consenta di riservare la legittimazione attiva esclusivamente all'insieme dei membri di un raggruppamento di imprenditori.

76. Dunque, il diritto comunitario in linea di principio non impone agli Stati membri di attribuire ai singoli membri di un raggruppamento di imprenditori la legittimazione attiva a proporre ricorso a nome proprio. Né il diritto comunitario impone di concedere a singoli membri del raggruppamento la

15 — Sentenza 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT (Racc. pag. I-6351, punto 45).

facoltà di proporre ricorso a nome del raggruppamento. Obblighi di tal tipo in ogni caso non valgono per quegli Stati membri il cui diritto nazionale non sia sul punto vincolante, consentendo ai raggruppamenti di imprenditori, e quindi ai loro membri, di derogarvi, o già con il contratto di società ovvero, in un momento successivo, attraverso un'apposita delibera.

77. La prima e la terza questione pregiudiziale devono, pertanto, essere risolte dichiarando che l'art. 1 della direttiva 89/665 va interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione legislativa nazionale, in virtù della quale i membri di un'associazione temporanea senza personalità giuridica, che abbia partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico senza ottenere l'aggiudicazione, possono proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto soltanto agendo tutti insieme, nella loro qualità di associati o a nome proprio, e in virtù della quale un singolo membro di una siffatta associazione temporanea non può proporre individualmente ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, né nella sua qualità di associato né a nome proprio. Quanto detto sopra vale a condizione che tale disposizione nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario. Tale condizione risulta soddisfatta nel caso in cui il diritto nazionale consenta l'adozione di soluzioni derogatorie da parte dei membri del raggruppamento di imprenditori.

C — Sulla seconda questione pregiudiziale

78. La seconda questione pregiudiziale concerne la legittimazione attiva in un'ipotesi particolare, precisamente nell'ipotesi in cui, pur avendo i membri dell'associazione temporanea agito tutti insieme, il ricorso di uno di essi risulti irricevibile.

79. In tal modo viene posto il quesito giuridico se, in base al diritto comunitario, si debba distinguere, per quanto riguarda la regola nazionale dell'unanimità, a seconda della causa della mancata unanimità.

80. A parere della Commissione e del FOREM, sia pur con diverse motivazioni, la risposta deve essere negativa.

81. Come giustamente osserva l'Austria, la seconda questione pregiudiziale deve essere risolta alla luce dei principi d'equivalenza e d'effettività — ovvero, come sopra esposto, sulla scorta del principio, espressamente previsto all'art. 1 della direttiva, di una tutela giuridica rapida ed efficace.

82. Tali principi potrebbero risultare violati in determinate situazioni di fatto o in relazione a determinate disposizioni legislative nazionali. Nel presente procedimento pregiudiziale si tratta di verificare in che modo i suddetti due principi possano apporre dei limiti agli effetti derivanti dall'applicazione della regola dell'unanimità in una situazione di fatto come quella oggetto del procedimento principale.

83. Come dimostra chiaramente la sentenza nella causa Santex [16], e come risulta dal confronto con la causa Universale Bau [17], nel valutare la legittimità di una disposizione processuale nazionale alla luce dei predetti principi, occorre tener presenti anche le circostanze del caso concreto. Invero, la contrarietà al diritto comunitario di una determinata regola, a prima vista conforme ai parametri posti dal diritto comunitario, potrebbe emergere soltanto in relazione a determinate situazioni di fatto.

84. In relazione ad una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, tuttavia, la Corte deve limitarsi a risolvere le sole questioni pregiudiziali e non può esprimere pareri di portata generale. Pertanto, non possono essere prese in considerazione situazioni diverse da quella del procedimento principale né si può procedere ad una loro valutazione giuridica alla luce del diritto comunitario.

85. L'obbligo — derivante dal diritto nazionale ed oggetto del presente procedimento — di rispettare, in una situazione come quella del procedimento principale, le disposizioni interne relative alla formazione della volontà, in ogni caso non viola gli imperativi di una tutela giuridica rapida ed efficace.

86. La seconda questione pregiudiziale deve, pertanto, essere risolta nel senso che la soluzione della prima questione pregiudiziale non muta nel caso in cui, pur avendo i membri dell'associazione temporanea agito tutti insieme, il ricorso di uno di essi risulti irricevibile.

16 — Sentenza nella causa C-327/00, cit. alla nota 12.

17 — Sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617).

V — Conclusione

87. In base alle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali come segue:

«1) L'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione legislativa nazionale in virtù della quale

— i membri di un'associazione temporanea senza personalità giuridica, che abbia partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico senza ottenere l'aggiudicazione, possono proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto soltanto agendo tutti insieme, nella loro qualità di associati o a nome proprio;

— un singolo membro di una siffatta associazione temporanea non può proporre individualmente ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, né nella sua qualità di associato né a nome proprio;

quanto detto sopra vale a condizione che tale disposizione nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario. I suddetti principi risultano in ogni caso rispettati qualora il diritto nazionale consenta l'adozione di soluzioni derogatorie da parte dei membri del raggruppamento di imprenditori.

2) La soluzione della questione non muta nel caso in cui, pur avendo i membri dell'associazione temporanea agito tutti insieme, il ricorso di uno di essi sia, ai sensi del diritto nazionale, irricevibile».