CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 15 maggio 1997 *

1. Con il quesito pregiudiziale oggetto della presente procedura, il Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (commissione federale per il controllo sulle aggiudicazioni; in prosieguo: la «commissione federale di controllo») interroga la Corte sull'interpretazione dell'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (in prosieguo: la «direttiva servizi») [1].

Più precisamente, la commissione federale di controllo chiede alla Corte di stabilire se, in base a tale disposizione, le autorità istituite dagli Stati membri ai sensi della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, relativa all'applicazione delle procedure di ricorso (in prosieguo: la «direttiva ricorsi») [2], siano competenti, già a partire dalla data di scadenza fissata dalla direttiva servizi per la sua trasposizione (ed in assenza di misure nazionali di attuazione), a conoscere anche ricorsi in materia di aggiudicazione di gare d'appalto di servizi, in relazione ad asserite violazioni delle norme comunitarie conferenti.

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 209, pag. 1.

2 — 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 (GU L 395, pag. 33).

Il contesto normativo comunitario e nazionale

2. Per meglio comprendere la portata del quesito che ci occupa, occorre innanzitutto richiamare il contesto giuridico in cui si colloca, ricordando brevemente sia le norme comunitarie che le disposizioni nazionali pertinenti.

— *La normativa comunitaria*

3. Con riferimento alla direttiva servizi, va ricordato in primo luogo l'art. 36, che determina i criteri sui quali l'amministrazione è tenuta a fondarsi per aggiudicare gli appalti. In particolare, ai sensi dell'art. 36, n. 1, lett. a), nell'ipotesi di appalti aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa, va tenuto conto di «vari criteri relativi all'appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo». Nelle altre ipotesi, ai sensi della lett. b) della stessa disposizione,

va tenuto conto invece «unicamente [del] prezzo più basso».

L'art. 44 della direttiva servizi fissa al 1° luglio 1993 il termine entro il quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare e comunicare le misure di trasposizione necessarie.

4. La direttiva ricorsi impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e di forniture, che rientrano nell'ambito di applicazione delle relative direttive comunitarie [3], possano essere oggetto di ricorsi rapidi ed efficaci quando il parametro di legittimità invocato sia (direttamente o indirettamente) il diritto comunitario (art. 1, n. 1).

A seguito dell'entrata in vigore della direttiva servizi, la direttiva ricorsi si applica anche alle procedure di aggiudicazione di appalti di servizi; l'art. 41 della direttiva servizi, di cui l'organo remittente chiede oggi alla Corte l'interpretazione, introduce infatti una modifica al testo dell'art. 1 della direttiva ricorsi, allo scopo di ricomprendere espressamente nell'ambito di applicazione di quest'ultima anche i ricorsi relativi all'aggiudicazione di appalti di servizi.

5. L'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi prevede che le decisioni degli organi responsabili delle procedure di ricorso che non sono organi giudiziari devono essere motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, gli Stati devono garantire che «ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del Trattato e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base».

A garanzia dell'indipendenza, il secondo comma dello stesso art. 2, n. 8, esige in più che i membri di tale ultimo organo siano soggetti alle stesse condizioni applicabili ai giudici quanto all'autorità responsabile della nomina, alla durata del loro mandato e alla revocabilità; e che almeno il presidente abbia le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. La stessa disposizione stabilisce infine che le decisioni di tale organo siano adottate in esito ad una procedura in contraddittorio e producano effetti giuridici vincolanti.

3 — Si tratta, all'evidenza, degli appalti di cui alle direttive 71/305/CEE (GU L 185, pag. 5) e 77/62/CEE (GU L 13, pag. 1), oggi, rispettivamente, direttiva 93/37/CEE (GU L 199, pag. 54) e direttiva 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1).

— *La normativa nazionale*

6. La trasposizione delle direttive comunitarie in materia di appalti nell'ordinamento tedesco è stata realizzata con la modifica dello Haushaltsgrundsätzegesetz (legge sui principi di bilancio, in prosieguo: lo «HGrG»). In particolare, con la seconda legge di modifica dello HGrG, entrata in vigore nel 1993 [4], il legislatore tedesco ha introdotto i nuovi artt. da 57 a a 57 c, con cui ha inteso dare attuazione alle direttive in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture, nonché alla direttiva ricorsi [5].

Quanto alla direttiva servizi, viceversa, essa non risulta trasposta nell'ordinamento tedesco, come confermato espressamente nella stessa ordinanza di rinvio.

7. L'art. 57 a dello HGrG costituisce la base giuridica generale per l'adozione delle norme di attuazione delle direttive comunitarie in materia di appalti. Tale disposizione attribuisce al governo federale la competenza a disciplinare, per via regolamentare e con l'accordo del Bundesrat, l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, lavori e servizi, banditi dagli enti elencati nella stessa disposizione.

Le disposizioni successive (art. 57 b e 57 c), relative ai rimedi esperibili in caso di violazione delle norme comunitarie (o nazionali di trasposizione), istituiscono a tal fine un doppio grado di controllo delle procedure. Un primo controllo è affidato agli uffici competenti per i reclami (Vergabeprüfstellen); contro le decisioni di questi ultimi, si può poi ricorrere dinanzi alle commissioni di controllo (Vergabeüberwachungsausschüsse), istituite da ciascuno dei Länder, oppure — quando la procedura di aggiudicazione controversa è di competenza di un'autorità federale — dinanzi alla commissione federale di controllo.

8. In particolare, l'art. 57 b dello HGrG detta le regole per l'attività degli uffici competenti per i reclami. Ai sensi del n. 2 di tale disposizione, le competenze di tali uffici devono essere stabilite dal governo federale, con regolamento e previo accordo del Bundesrat. I nn. 3, 4 e 5 dello stesso articolo contengono una serie di disposizioni in materia di apertura della procedura di controllo, di sospensione delle procedure di aggiudicazione ritenute sospette e di informazioni che i committenti sono tenuti a fornire agli uffici stessi.

Il n. 6 precisa che la presentazione di un reclamo davanti all'ufficio competente non preclude il diritto dei singoli di intentare un'azione ordinaria per il risarcimento dei danni eventualmente subìti in occasione della procedura di aggiudicazione.

9. L'art. 57 c dello HGrG prescrive una serie di norme applicabili alle commissioni di

4 — BGBl 1993, I, pagg. 1928 e ss.

5 — Tale tecnica legislativa è comunemente indicata dalla dottrina tedesca come «soluzione di bilancio».

controllo [6]; i membri di tali commissioni, la cui composizione è disciplinata in dettaglio dai nn. 2, 3 e 4 della stessa disposizione, svolgono la loro attività autonomamente e sotto la propria responsabilità. In particolare, ai sensi dell'art. 57 c, n. 3, sono applicabili per analogia ai membri titolari delle commissioni di controllo talune disposizioni del Deutsches Richtergesetz (legge sulla magistratura; in prosieguo: il «DRiG») in materia di annullamento o revoca della nomina, nonché di indipendenza ed inamovibilità [7].

Le commissioni di controllo esercitano esclusivamente un controllo di legittimità sulle procedure di aggiudicazione, senza rimettere in discussione le valutazioni in fatto operate dagli uffici competenti per i reclami; e possono, se del caso, annullare le decisioni di questi ultimi, invitandoli ad adottare nuove decisioni (art. 57 c, n. 5). Esse possono essere adite da chiunque faccia valere una violazione delle disposizioni applicabili in materia (n. 6).

10. Infine, l'art. 57 c, n. 7, detta norme specifiche applicabili alla commissione federale di controllo. I suoi membri «funzionari» sono scelti tra i presidenti e gli assessori delle sezioni decisionali del Bundeskartellamt [8]. I presidenti di sezione della commissione di controllo sono designati tra i presidenti di sezione del Bundeskartellamt. Il presidente del Bundeskartellamt nomina gli assessori esterni [9] su proposta degli organismi professionali di diritto pubblico, disciplina la composizione e la ripartizione in sezioni ed esercita il controllo gerarchico sulla commissione, su delega del governo.

6 — Tali norme sono peraltro applicabili anche alla commissione federale di controllo, fatta eccezione per le disposizioni specifiche previste al n. 7 dell'art. 57 c (v. *infra*, nel testo).

7 — Si tratta dei seguenti articoli del DRiG:
- art. 18, nn. 1 e 2, che prevede i casi di nullità della nomina dei magistrati (nomina da parte di un'autorità incompetente *ratione materiae*, nomina di una persona che non abbia la cittadinanza tedesca o senza diritti politici); non è invece applicabile l'art. 18, n. 3 (che prevede che siffatta nullità sia opponibile solo se constatata da una decisione giurisdizionale passata in giudicato), in luogo del quale l'art. 57 c, n. 3, stabilisce che la nullità non possa essere invocata prima che sia stata constatata dall'autorità che ha proceduto alla nomina e questa sia divenuta inattaccabile;
- art. 19, nn. 1 e 2, riguardante i casi in cui è ammessa la revoca della nomina. Non è tuttavia applicabile l'art. 19, n. 3, che subordina la revoca della nomina al consenso dell'interessato o ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato;
- art. 26, nn. 1 e 2, che stabilisce che il controllo gerarchico sull'operato dei giudici non può limitare la loro indipendenza;
- art. 27, n. 1 (i giudici sono assegnati ad un posto presso una giurisdizione determinata);
- art. 30, nn. 1 e 3, nonché gli artt. da 31 a 33 e l'art. 37, che stabiliscono i presupposti per la revoca delle competenze attribuite ad un giudice e per la sua mutazione ad altre funzioni; ciò può avvenire, in linea generale, a seguito di una procedura disciplinare formale o per motivi di ristrutturazione dell'organizzazione giudiziaria. Non è applicabile, si badi, l'art. 30, n. 2, che prescrive che la revoca o la mutazione siano subordinate, tranne che per motivi d'organizzazione, ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato.

8 — L'autorità amministrativa nazionale competente per la tutela della concorrenza.

9 — Oltre ai membri "funzionari" (o interni al Bundeskartellamt), siedono infatti in seno alla commissione federale di controllo anche membri esterni (o onorari). Essa risulta attualmente composta da una sezione unica, presieduta da un presidente di sezione del Bundeskartellamt, di cui fanno parte quattro membri interni, cinque membri esterni e cinque membri esterni supplenti (v. Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, pagg. 572 e ss; l'autore è l'attuale presidente della commissione).

Ai sensi della stessa disposizione, la commissione federale di controllo è tenuta ad adottare un suo regolamento interno, per disciplinare l'organizzazione e la distribuzione delle cause.

11. Sulla base della normativa appena descritta, il governo federale ha adottato, il 22 febbraio 1994, due regolamenti di attuazione, dopo aver ottenuto il parere favorevole del Bundesrat. Il primo, recante disposizioni in materia di aggiudicazioni di gare di appalti pubblici, riguarda espressamente i soli appalti di lavori e di forniture e pertanto non si applica agli appalti di servizi [10].

Il secondo regolamento ha invece portata generale e contiene le norme di attuazione dell'obbligo di predisporre adeguate procedure di ricorso in materia di appalti pubblici (in prosieguo: il «regolamento ricorsi») [11]. L'art. 1 di questo regolamento definisce gli uffici competenti per i reclami in relazione a ciascuna amministrazione aggiudicatrice enumerata all'art. 57 a dello HGrG. L'art. 2 stabilisce che l'ufficio competente per i reclami è abilitato a sospendere la procedura di aggiudicazione; che esso si pronuncia con decisioni scritte e debitamente motivate che vengono notificate all'amministrazione e al denunciante; che esso è tenuto ad attirare l'attenzione di quest'ultimo sulla possibilità di adire la commissione di controllo, designandola a tal fine.

10 — BGBl 1994, I, pagg. 321 e ss.
11 — BGBl 1994, I, pagg. 324 e ss.

12. L'art. 3 del regolamento ricorsi riguarda infine l'attività delle commissioni di controllo. In base a tale disposizione, le commissioni di controllo sono tenute ad adire la Corte ai sensi dell'art. 177 qualora ritengano necessaria una pronuncia sull'interpretazione del Trattato ovvero sulla validità o sull'interpretazione di atti adottati sulla base del Trattato stesso.

A tenore della stessa disposizione, le commissioni di controllo adottano, nel rispetto dei principi contenuti nella legge di modifica dello HGrG, un regolamento interno che definisce le loro regole di procedura. Esse si pronunciano con decisione scritta e motivata, dopo aver sentito le parti interessate. L'art. 3, n. 4, precisa infine che le commissioni di controllo, diversamente dagli uffici competenti per i reclami, non sono abilitate a sospendere la procedura di aggiudicazione.

13. Il regolamento interno della commissione federale di controllo è entrato in vigore il 1° agosto 1995 e non risulta pubblicato. La versione depositata dal governo tedesco nella presente procedura si compone di cinque parti e disciplina l'organizzazione e la ripartizione dei compiti all'interno dell'organo, la procedura, che comprende una fase scritta ed una fase orale, le deliberazioni, nonché altri profili specifici, tra cui talune formalità relative alla decisione finale.

Tale versione del regolamento interno sembra costituire una modificazione di una precedente versione dello stesso regolamento, entrata in vigore nel giugno 1994 e parimenti non pubblicata. Infatti, secondo la Commissione, che ha fornito in udienza la suddetta informazione — rimasta significativamente incontestata — la versione originaria e quella attualmente in vigore presenterebbero talune differenze, in particolare riguardo alla pubblicità delle udienze, alla necessità di una fase orale e ai termini processuali [12].

14. Per completare il quadro normativo fin qui delineato, va infine rilevato che l'attuazione delle direttive comunitarie in materia di appalti è stata oggetto di due recenti pronunce, in cui la Corte ha condannato il governo tedesco per non aver ottemperato agli obblighi derivanti dal Trattato. La prima dichiarazione di inadempimento riguardava la non corretta trasposizione delle direttive in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture [13], mentre la seconda concerneva la mancata trasposizione della direttiva servizi [14].

Quanto alla trasposizione della direttiva ricorsi, essa è oggetto di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione ed attualmente in corso [15]. Al governo tedesco la Commissione contesta, in sostanza, l'insufficiente livello di protezione giurisdizionale offerto ai singoli dalle misure nazionali di attuazione rispetto alle prescrizioni della corrispondente direttiva.

I fatti

15. E veniamo ora ai fatti all'origine della controversia principale, che, diversamente dal contesto normativo, sono semplici e possono essere così riassunti.

Nel 1995, la Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice») aveva bandito una gara d'appalto di servizi per la pianificazione generale

12 — La Commissione, peraltro, ha lasciato intendere di nutrire dubbi riguardo alla versione del regolamento interno che dovrebbe ritenersi attualmente in vigore. Essa sostiene, infatti, che l'unica versione comunicata ufficialmente dal governo tedesco, cui non avrebbe fatto seguito alcun aggiornamento o emendamento ufficiale, è quella del giugno 1994, depositata quale documento ufficiale nell'ambito di una procedura di inadempimento aperta dalla Commissione stessa nei confronti della Germania ai sensi dell'art. 169 (su cui vedi subito *infra*, nel testo).

13 — Sentenza 11 agosto 1995, causa C-433/93, Commissione/Germania (Racc. I-2303); va segnalato che le direttive rispettivamente applicabili all'epoca dei fatti erano la direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE, per gli appalti di forniture (GU L 127, pag. 1), e la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, per gli appalti di lavori (GU L 210, pag. 1). Va inoltre ricordato che, conformemente alla giurisprudenza costante, la Corte ha constatato l'inadempimento con riferimento alla situazione normativa esistente alla scadenza dei termini impartiti dalla Commissione nel parere motivato (nella specie, il 3 febbraio 1993).

14 — Sentenza 2 maggio 1996, causa C-253/95, Commissione/Germania (Racc. pag. I-2423).

15 — La lettera di messa in mora, del 31 dicembre 1995, è pubblicata, in lingua tedesca, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, N. 23/95, pagg. 1940 e ss. Il relativo parere motivato è stato inviato in data 29 luglio 1996 (v. comunicato stampa della Commissione n. IP/96/614).

della costruzione di nuovi edifici governativi a Berlino [16]. Trattandosi di servizi di natura intellettuale, l'amministrazione optava per una procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, come consentito dall'art. 11, n. 2, lett. c), della direttiva servizi.

16. La Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (in prosieguo: la «ricorrente»), partecipante alla gara, presentava un'offerta il 25 agosto 1995.

L'amministrazione aggiudicatrice procedeva allo spoglio delle 18 offerte ricevute e ne selezionava 7, delle quali compilava una graduatoria; quindi decideva di aggiudicare l'appalto a due imprese offerenti, diverse dalla ricorrente, incaricandole di costituire un'associazione professionale per la prestazione dei servizi richiesti. L'aggiudicazione veniva formalizzata il 12 gennaio 1996, quando l'associazione in parola aveva già intrapreso la propria attività.

17. Ritenendo che la sua esclusione configurasse una violazione della direttiva servizi, nonché delle disposizioni nazionali conferenti, la ricorrente presentava un reclamo al ministero federale per la Pianificazione del territorio, per l'Edilizia e per l'Urbanistica (nella sua qualità di ufficio competente per i reclami), chiedendo in via cautelare la sospensione della procedura e, in via principale, l'aggiudicazione dell'appalto. A sostegno della sua domanda, la ricorrente adduceva di essere stata ripetutamente informata dall'amministrazione aggiudicatrice della sua idoneità all'incarico, come pure della circostanza che la sua offerta era la più conveniente sotto il profilo del prezzo.

Con lettera 20 dicembre 1995, l'ufficio adito per il reclamo si dichiarava incompetente a conoscere della domanda e la respingeva senza esaminarla nel merito. Tale decisione era motivata dalla mancata adozione del regolamento federale, previsto dalla legge, con cui il governo avrebbe dovuto attribuire agli uffici per i reclami la competenza a conoscere anche delle controversie relative agli appalti di servizi.

18. Nel comunicare alla ricorrente l'esito della sua domanda, l'ufficio competente per i reclami la informava altresì della possibilità di rivolgersi alla commissione federale di controllo per contestare la legittimità della decisione. La ricorrente adiva pertanto detta commissione, presentando le seguenti richieste: in via principale, annullare la dichiarazione di incompetenza pronunciata dalla prima istanza di controllo, sospendere la procedura di aggiudicazione dell'appalto ed aggiudicarlo alla ricorrente stessa; in via subordinata, rimettere la questione alla Corte di giustizia per ottenere una pronuncia pregiudiziale sul punto in discussione.

16 — Pubblicato nell'*Amtsblatt Berlin* del 23 giugno 1995, nonché in GU S 120, pag. 166.

La commissione federale decideva di sospendere la procedura e di porre il presente quesito, con il quale, lo ricordo, chiede alla Corte di stabilire se, in base all'art. 41 della direttiva servizi, le autorità istituite dagli Stati membri ai sensi della direttiva ricorsi siano competenti, a partire dalla data alla quale la direttiva servizi avrebbe dovuto essere trasposta in diritto nazionale, a conoscere anche dei ricorsi in materia di aggiudicazione di gare d'appalto di servizi.

Sulla ricevibilità

19. Prima di esaminare il merito della questione pregiudiziale, occorre verificare se la Corte è competente a pronunciarsi sul rinvio operato dalla commissione federale di controllo. Dall'esame del contesto normativo appena delineato, relativo all'istituzione della commissione in parola, come pure dalla normativa che ne disciplina l'attività, emergono infatti forti dubbi circa la possibilità di qualificare detto organismo come «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato e, dunque, circa la ricevibilità della domanda [17].

La questione è stata vivacemente dibattuta tra le parti, sia nelle osservazioni scritte che in udienza. Di rilievo è che la stessa ricorrente, che pure, come si è visto, aveva chiesto espressamente (ancorché in via subordinata) la rimessione degli atti alla Corte per una pronuncia pregiudiziale sul punto in discussione, ha riconosciuto che la commissione federale per il controllo *non costituisce una giurisdizione* ai sensi dell'art. 177; essa ha tuttavia suggerito alla Corte di rispondere comunque al quesito postole, ma, non senza contraddirsi, sulla base di considerazioni attinenti alla protezione dell'individuo e del suo diritto ad una tutela *giurisdizionale* effettiva.

La Commissione ha dichiarato di propendere senz'altro per l'irricevibilità del quesito, tanto da rinunciare a prendere posizione nel merito. Quanto al governo tedesco, esso sostiene che l'organo in parola è una giurisdizione ai sensi dell'art. 177. Ciononostante esso ha ammesso espressamente, in udienza, di aver avviato le procedure necessarie per modificare le disposizioni pertinenti in modo da consentire, tra l'altro, il ricorso contro le decisioni delle commissioni di controllo davanti al giudice ordinario, allo scopo di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale ai soggetti interessati [18].

17 — Sottolineo, per inciso, che tale valutazione ha come unico scopo di verificare se vi sono le condizioni soggettive perché la Corte si pronunci sul quesito posto e non, viceversa, di stabilire se sia corretta la trasposizione della direttiva ricorsi, oggetto di una procedura diversa ed eventuale. Certo, la procedura di infrazione avviata dalla Commissione e avente ad oggetto la non corretta trasposizione della direttiva ricorsi da parte del governo tedesco, cui si è fatto cenno prima, ha dei profili collegati con quella che oggi ci occupa; ma presenta altresì profili diversi, sì che la distinzione, sia formale che sostanziale, va rigorosamente rispettata.

18 — Da questa circostanza, fatta rilevare in udienza dalla Commissione, quest'ultima deduce un'ulteriore prova della natura non giurisdizionale delle commissioni di controllo nella loro forma attuale; deduzione contestata, invece, dal governo tedesco, che ha sostenuto, sempre in udienza, che le dette modifiche sono volte semplicemente ad apportare alcuni miglioramenti ad un sistema già allo stato soddisfacente sotto il profilo della tutela giurisdizionale e ricorda, peraltro, che l'informazione è stata fornita nell'ambito di un'altra e diversa procedura.

20. Ai fini della soluzione del problema, rilevo, in via preliminare, che lo stesso diritto nazionale qualifica la commissione in parola (nonché le commissioni di controllo a livello dei Länder) come "istituzione quasi-giurisdizionale" (gerichtsähnliche Einrichtung) e non come giurisdizione in senso proprio [19].

Tale circostanza, pur non essendo di per sé determinante, in quanto la nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 è una nozione comunitaria [20], nella quale la Corte ha ritenuto (talvolta) di ricomprendere anche organi che tali non erano ai sensi del diritto nazionale [21], impone tuttavia che vadano analizzate in dettaglio la natura dell'organo e le modalità con cui questo è chiamato a svolgere la sua attività, precisamente al fine di verificare se sia dato riscontrare, nella specie, quelle caratteristiche organiche e funzionali che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, devono sussistere affinché anche un organo di natura non giurisdizionale possa nondimeno rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 177.

21. Inizierò pertanto col ricordare brevemente le tappe più significative — per quanto qui interessa — di tale giurisprudenza, rilevando peraltro che essa si è sviluppata in relazione ai singoli casi trattati e non ha mai prodotto una definizione generale ed esaustiva della nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 177.

22. Il primo caso riguardava un tribunale arbitrale di categoria olandese (lo Scheidsgerecht), che aveva adito la Corte in via pregiudiziale, pur precisando di non ritenersi una giurisdizione ai sensi del proprio diritto nazionale. Nell'ormai nota sentenza Vaassen-Göbbels [22], la Corte si è dichiarata competente a pronunciarsi sui quesiti posti ritenendo che, nella specie, l'organo remittente presentasse le caratteristiche di una giurisdizione ai sensi dell'art. 177.

In particolare, la Corte ha espressamente tenuto conto delle seguenti circostanze: lo Scheidsgerecht era un organo regolarmente costituito ai sensi della legge olandese, permanente, incaricato di dirimere controversie, soggetto a norme di procedura in contraddittorio analoghe a quelle che disciplinano il funzionamento dei tribunali di diritto comune e tenuto ad applicare norme giuridiche; in più, i soggetti appartenenti alla categoria in questione erano tenuti ad adirlo per le controversie contro l'ente assicurativo competente; infine, la nomina dei membri

19 — V. il preambolo alla seconda legge di modifica allo HGrG, che ha introdotto gli artt. da 57 a a 57 c, sopra esaminati (BT-Drucksache 12/4636, pag. 12). La circostanza, peraltro, è comprensibile se si tiene conto delle peculiarità del diritto costituzionale tedesco. L'istituzione di una "giurisdizione" federale in senso proprio, realizzata mediante la modifica di una legge ordinaria (quale lo HGrG), avrebbe difatti configurato una violazione del diritto costituzionale applicabile (almeno con riferimento all'istituzione della commissione federale di controllo); e ciò in quanto la legge fondamentale tedesca (artt. 95 e 96) contiene un'elencazione tassativa delle giurisdizioni federali, che può essere eventualmente integrata solo previa modifica della costituzione.

20 — La cui definizione, per evidenti esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario, non può essere lasciata alla discrezione degli ordinamenti degli Stati membri (v. già, in termini generali, sentenza 1° febbraio 1972, causa 49/71, Hagen, Racc. pag. 23).

21 — V., ad esempio, già sentenza 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen-Göbbels (Racc. pag. 407).

22 — Citata alla nota precedente.

di detto organo spettava al ministro competente, che designava anche il suo presidente e stabiliva il suo regolamento di procedura [23].

23. Adottando l'approccio appena descritto, la Corte ha dunque mostrato sin dall'inizio di attribuire rilevanza determinante non già al *nomen iuris* dell'organo remittente, ma piuttosto alle sue caratteristiche sostanziali (quali l'origine legale, la stabilità, il carattere di giurisdizione obbligatoria, l'esistenza di norme di procedura trasparenti e l'applicazione di norme giuridiche) per qualificarlo come giurisdizione ai fini e per gli effetti del Trattato. Tale approccio, peraltro, va interamente sottoscritto, specie in considerazione del contesto storico nel quale è maturato. All'epoca della sentenza Vaassen-Göbbels, infatti, il meccanismo di cooperazione tra giurisdizioni nazionali e comunitaria aveva da poco iniziato a funzionare e la Corte era ben cosciente della necessità di incoraggiarne l'uso, per garantire la diffusione e l'applicazione uniforme del diritto comunitario, anche con l'ausilio di un'interpretazione — se necessario — estensiva della nozione di organo legittimato ad adirla.

24. È in questa prospettiva che vanno lette talune pronunce successive in materia, tra cui ad esempio la sentenza Broekmeulen [24], in cui la Corte ha considerato ricevibile il quesito postole da una commissione (olandese) competente a statuire sui ricorsi dei medici contro il diniego dell'abilitazione all'esercizio della professione o della registrazione nel relativo albo. Anche in questo caso, però, la Corte ha riscontrato talune caratteristiche organiche e funzionali della commissione in esame, che permettevano di individuare una funzione di tipo giurisdizionale nell'attività da questa svolta. In particolare, la Corte ha dato esplicito rilievo al carattere permanente della commissione, al coinvolgimento di autorità pubbliche nella sua composizione, all'esistenza di un regolamento interno istitutivo di una procedura in contraddittorio, al carattere esclusivo della sua competenza e, infine, al carattere definitivo delle sue decisioni. Tenuto conto, peraltro, della circostanza che essa era chiamata ad applicare il diritto comunitario, invocato dai ricorrenti, la Corte ha dunque stabilito che, anche in virtù dell'effetto utile di questo, era necessario rispondere al quesito postole.

25. È nella stessa ottica che si pone altresì il filone giurisprudenziale che fa capo alla sentenza Simmenthal [25]. In quella fattispecie, la Corte era stata adita dal pretore di Alessandria nel corso di un procedimento per decreto ingiuntivo. Il governo italiano aveva contestato la competenza della Corte a rispondere alle domande del pretore, per

23 — Anche nella giurisprudenza più recente la Corte ha confermato di ritenere giurisdizioni ai sensi dell'art. 177 i tribunali arbitrali in materia di lavoro che soddisfano i predetti requisiti. V., in tal senso, ad esempio, la sentenza 17 ottobre 1989, causa 109/88, Danfoss (Racc. pag. 3199), in cui essa ha riscontrato che l'organo remittente, nella specie un tribunale arbitrale di categoria danese, era istituito dalla legge (che ne stabiliva in dettaglio le modalità di composizione, il numero di membri nominati dalle parti e le modalità di designazione dell'arbitro principale), era competente a risolvere le relative controversie in via esclusiva e in ultima istanza e poteva essere adito da una sola delle parti, anche senza l'accordo dell'altra. L'avvocato generale Lenz, peraltro, aveva rilevato, in proposito, che tale organo era altresì chiamato ad applicare norme giuridiche, quali le disposizioni dei contratti collettivi conferenti.

24 — Sentenza 6 ottobre 1981, causa 246/80 (Racc. pag. 2311), su cui v. anche, più dettagliatamente, *infra*, nel testo, punti 39 e 40.

25 — Sentenza 28 giugno 1978, causa 70/77 (Racc. pag. 1453, punto 10).

difetto del requisito del contraddittorio, sottolineando la facoltà del giudice di statuire, nell'ambito di tale procedimento, sulla base delle sole allegazioni del ricorrente. A tale proposito la Corte, dopo aver constatato che il pretore «esercita funzioni giurisdizionali nel senso di cui all'art. 177», ha precisato che la sua competenza pregiudiziale non può dipendere dal carattere contraddittorio o meno del procedimento nel corso del quale è stato effettuato il rinvio; essa ha nondimeno aggiunto che «può eventualmente risultare necessario, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, che la questione pregiudiziale sia posta solo in seguito ad un dibattito in contraddittorio» [26]. In altre parole, la Corte ha precisato che, quando la qualità di giurisdizione dell'organo remittente è fuori discussione, la circostanza che il rinvio sia stato operato prima di un (eventuale) dibattito in contraddittorio non è preclusiva della ricevibilità del rinvio stesso.

26. Pur muovendosi nella generosa prospettiva appena delineata, la Corte non ha tuttavia mancato di tracciare alcuni limiti ben definiti alla nozione di giurisdizione ai sensi del Trattato. Nell'ordinanza Borker [27], poi confermata dall'ordinanza Regina Greis Unterweger [28], essa ha precisato infatti di ritenersi competente a pronunciarsi in via pregiudiziale solo sulle questioni poste da giudici chiamati a statuire «nell'ambito di un procedimento destinato a sfociare in una decisione d'indole giurisdizionale» [29]. Trattandosi, nella specie, rispettivamente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Parigi (al quale un avvocato iscritto all'albo aveva chiesto di rilasciare una dichiarazione da esibire nell'ambito di una controversia pendente dinanzi a giudici di un altro Stato membro) e della commissione consultiva per le infrazioni valutarie italiana (chiamata ad esprimere un parere motivato non vincolante al ministero del Tesoro), la Corte ha ritenuto che in nessuno dei due casi tale condizione fosse soddisfatta [30].

27. Sotto un profilo diverso, la Corte ha successivamente avuto modo di precisare che, per rientrare nella nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 177, l'organo remittente deve in ogni caso essere indipendente. Tale criterio, forse perché connaturato con l'essenza stessa della funzione giudicante, è stato esplicitato per la prima volta solo nella sentenza Corbiau, in cui la Corte si è dichiarata incompetente a rispondere perché adita da un organo che, pur essendo una giurisdizione ai sensi del diritto nazionale, non presentava, secondo la Corte, le necessarie garanzie di terzietà rispetto alle parti della controversia che era chiamato a dirimere [31]. Si trattava, in particolare, del direttore delle imposte dirette e indirette del Lussemburgo, competente, a termini di legge, a statuire in primo grado sulle contestazioni tra i contribuenti e i servizi (di cui egli era direttore) che accertavano l'imposizione.

26 — Sentenza Simmenthal, punto 10.

27 — Ordinanza 18 giugno 1980, causa 138/80 (Racc. pag. 1975).

28 — Ordinanza 5 marzo 1986, causa 318/85 (Racc. pag. 955).

29 — Ordinanza Borker (citata alla nota 27), punto 4.

30 — Nello stesso senso v. anche, recentemente, la sentenza 19 ottobre 1995, causa C-111/94, Job Centre (Racc. pag. I-3361), resa nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione su una domanda di omologazione dell'atto costitutivo di una società ai fini dell'iscrizione di questa nel relativo registro. Le Corte ha ritenuto che il Tribunale di Milano, che aveva operato il rinvio, svolgesse, in tale ambito, funzioni non già di tipo giurisdizionale, bensì di autorità amministrativa.

31 — Sentenza 30 marzo 1993, causa C-24/92 (Racc. pag. I-1277). In verità, alcuni riferimenti più o meno espliciti al criterio dell'indipendenza appaiono già in precedenti pronunce: v., ad esempio, la motivazione della sentenza Pretore di Salò, in cui la Corte ha apprezzato, assieme ad altre, anche la qualità dell'indipendenza del giudice *a quo*, per giungere alla conclusione che si trattava di una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 (sentenza 11 giugno 1987, causa 14/86, Racc. pag. 2545, punto 7).

Il criterio dell'indipendenza, peraltro, è apparso determinante, seppure per condurre al risultato opposto, nella causa Asociación Española de Banca Privada [32]. Invero, in quella fattispecie, l'organo remittente era il Tribunal de Defensa de la Competencia spagnolo, rispetto al quale era stata fatta valere, nelle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, una serie di elementi che ne facevano apprezzare la natura di giurisdizione ai sensi dell'art. 177, quali, oltre al carattere contraddittorio della procedura, stabilito in modo trasparente dalla legge, l'esercizio indipendente delle funzioni da parte dei suoi membri, nonché la loro inamovibilità [33]. Nella relativa sentenza, la Corte non ha affrontato specificamente il problema; la circostanza che abbia risposto ai quesiti posti, tuttavia, induce a ritenere che essa abbia implicitamente sottoscritto il punto di vista dell'avvocato generale.

28. Dalla giurisprudenza appena esposta si evince dunque chiaramente che, anche in assenza di una definizione di portata generale della nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 177, la Corte ha elaborato una serie di requisiti essenziali, alla cui sussistenza è subordinata la legittimazione di un organo a sottoporre quesiti pregiudiziali.

Essi attengono, in definitiva: all'origine dell'organo, che deve essere istituito dalla legge e non già da un accordo tra le parti; al suo legame con i pubblici poteri; al suo carattere permanente, nel senso che esso non deve esercitare una funzione giudicante a titolo meramente occasionale; alla competenza dell'organo a dirimere una controversia destinata a risolversi in una decisione di carattere giurisdizionale; allo svolgimento, dinanzi all'organo in questione, di una procedura analoga a quella che disciplina i tribunali ordinari, contraddistinta (nei limiti sopra evidenziati) dal dibattito in contraddittorio; all'applicazione, da parte dell'organo, di norme giuridiche (dunque non di criteri di equità); al carattere obbligatorio della giurisdizione, che esclude, cioè, l'esperibilità di rimedi alternativi; infine, all'indipendenza dell'organo, sotto il duplice profilo della sua terzietà rispetto alle parti della controversia e dell'inamovibilità dei membri che lo compongono.

29. Tornando al caso che ci occupa, occorre quindi verificare, a questo punto, se la commissione federale di controllo presenti caratteristiche tali da far ritenere che essa svolge una funzione giurisdizionale nel senso voluto dalla Corte ai sensi e per gli effetti dell'art. 177 del Trattato.

La Commissione, come accennato, sostiene che l'organo in parola non soddisfa alcuno dei requisiti elaborati dalla giurisprudenza della Corte appena esposta. A tale proposito essa rileva innanzitutto che la commissione federale di controllo è stata istituita da una legge «quadro» (quale è la seconda legge di modifica dello HGrG), che non attribuisce né obblighi né diritti soggettivi ai singoli ed è destinata ad essere completata da atti di natura regolamentare; per di più l'organo controverso si potrebbe trovare facilmente «privato» della sua base giuridica — e

32 — Sentenza 16 luglio 1992, causa C-67/91 (Racc. pag. I-4785).

33 — Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, presentate il 10 giugno 1992 (Racc. pag. I-4806, punto 11).

dunque impossibilitato a pronunciarsi — in casi in cui, come nella specie, non esista un'istanza inferiore di controllo competente. La Commissione formula inoltre i seguenti rilievi: l'organo remittente non decide in esito ad una procedura in contraddittorio, come confermato dalla motivazione della sua prima pronuncia [34]; la sua procedura è disciplinata da un regolamento interno non pubblicato e suscettibile ad ogni momento di autonome modifiche; non vi sono disposizioni che prevedano effetti giuridici vincolanti per le sue pronunce; non è un organo indipendente, in quanto legato alla struttura personale e logistica del Bundeskartellamt, a sua volta organo amministrativo e comunque non giurisdizionale; la durata minima del mandato dei suoi membri «funzionari» e del suo presidente non è fissata dalla legge.

30. Tenuto conto della natura della commissone federale di controllo, della tecnica legislativa con cui è stata istituita e, soprattutto, delle modalità con cui essa svolge la sua attività, confesso di condividere almeno alcune delle osservazioni formulate dalla Commissione, che ritengo peraltro le più significative.

In primo luogo, non credo che le norme che reggono la procedura di ricorso davanti alle commissioni in parola possano ritenersi analoghe a quelle che disciplinano il funzionamento dei tribunali ordinari. Al contrario, la circostanza che, a termini di legge, il regolamento di procedura debba essere adottato autonomamente da ciascuna commissione e che possa poi essere da queste autonomamente modificato, per giunta senza che ne sia obbligatoria la pubblicazione, mi induce a ritenere che non è dato riscontrare, nella specie, quelle necessarie garanzie di trasparenza e di certezza del diritto che devono sussistere a presidio di una procedura di carattere giurisdizionale.

31. Non mi riferisco, si badi, soltanto all'assenza del contraddittorio tra le parti, che pure risulta ormai dimostrata dalla prassi. Ben più rilevante è piuttosto, a mio avviso, l'assenza dei requisiti "funzionali" minimi che caratterizzano un procedimento di natura giurisdizionale, precisamente ai sensi della giurisprudenza Vaassen-Göbbels [35]. Nella fattispecie oggetto di quella causa, come si è detto, il regolamento di procedura che disciplinava lo svolgimento del giudizio davanti all'organo remittente era soggetto all'approvazione del ministro competente, sì che non potevano sorgere dubbi circa la certezza, la trasparenza e la pubblicità delle disposizioni processuali applicabili. Tale circostanza, peraltro espressamente rilevata, è stata tenuta in debito conto sia dall'avvocato generale che dalla Corte, per giungere alla conclusione che si trattava, nella specie, di un organo «soggetto a norme di procedura in contraddittorio *analoghe a quelle che*

34 — Decisione del 2/8/94 (pubblicata in *EU Public contract law*, n. 3/94, pagg. 47 e ss.), in cui la commissione federale di controllo ha dichiarato di non intervenire nell'ambito di una procedura in contraddittorio, precisando, al riguardo, che le richieste delle parti rappresentano dei semplici inviti a prendere una determinata posizione.

35 — È perfino scontato rilevare che, ridimensionando (peraltro nei limiti sopra evidenziati) con la giurisprudenza Simmenthal il requisto specifico del contraddittorio, la Corte non ha certo inteso superare altresì il requisito più generale del carattere giurisdizionale della procedura. Si tratta, invero, di un elemento fondamentale, il cui ruolo determinante si riscontra, oltre che espressamente nella stessa sentenza Vaassen-Göbbels, anche, come si è visto, nella logica sottostante alle altre decisioni della Corte in materia.

disciplinano il funzionamento dei tribunali di diritto comune» [36].

32. Nel caso che ci occupa, viceversa, mi pare difficile riscontrare simili garanzie di natura processuale; se esse esistono, sono comunque suscettibili di modifiche autonome e "opache" da parte dell'organo giudicante, ciò che mi pare in contrasto con le più elementari esigenze di certezza del diritto. Prova ne siano, peraltro, le perplessità avanzate dalla Commissione quanto alla versione del regolamento attualmente in vigore — cui si è fatto cenno — dovute alla divergenza tra quella inviata dal governo tedesco nell'ambito della procedura di infrazione e quella depositata agli atti nella presente procedura.

In tali condizioni, non mi sembra che alla procedura di ricorso che si svolge davanti alla commissione federale di controllo possa attribuirsi il carattere di procedura di natura giurisdizionale nel senso voluto dalla Corte. Il nostro caso si pone infatti, sul punto, decisamente al di fuori della pur generosa logica della sentenza Vaassen-Göbbels.

36 — V. sentenza Vaassen-Göbbels (citata alla nota 21), punto I (il corsivo è mio), nonché le conclusioni dell'avvocato generale Gand relative alla stessa causa, in cui si legge: «La procedura che viene seguita (...) ha natura giurisdizionale» (Racc. 1966, pag. 434).

33. Gravi perplessità sussistono inoltre, a mio avviso, in ordine all'indipendenza dell'organo di cui si discute, almeno sotto il profilo dell'inamovibilità dei suoi membri.

Significativo, al riguardo, è l'art. 57 c, n. 7, dello HGrG, che ricordo per comodità di lettura: i membri «funzionari» della commissione federale di controllo sono designati tra i presidenti di sezione e gli assessori del Bundeskartellamt, i primi con funzioni di presidente di sezione della commissione. Il presidente del Bundeskartellamt nomina gli assessori esterni, stabilisce la composizione e la ripartizione in sezioni ed esercita il controllo gerarchico sulla commissione stessa, su delega del governo [37]. La commissione federale, poi, si appoggia anche materialmente alle strutture e ai servizi del Bundeskartellamt.

34. In altre parole, i membri «funzionari» della commissione sono membri dello stesso Bundeskartellamt e rimangono formalmente parte dell'organico di questo. In pratica, ciò

37 — Si tratta del controllo che si limita al potere di rimprovero (Vorhalt) e ammonizione (Ermahnung) e che, pertanto, secondo la dottrina, non dovrebbe in nessun caso riguardare il contenuto delle decisioni di carattere giurisdizionale. La giurisprudenza sembra confermare questo approccio, anche se non mancano eccezioni relative a casi di errori ritenuti manifesti. Si veda, in proposito, anche l'art. 26, nn. 1 e 2, del DRiG, che stabilisce che il controllo gerarchico sull'operato dei giudici non può limitare la loro indipendenza, che si applica nella specie; ma si noti, altresì, che non è invece applicabile ai funzionari il n. 3 dello stesso art. 26 del DRiG, che prevede il diritto dei giudici a ricorrere contro le misure di controllo gerarchico di cui sono destinatari (art. 57 c, n. 3).

significa che essi svolgono contestualmente le funzioni di membri della commissione federale di controllo e quelle di membri del Bundeskartellamt. Per giunta, nella normativa istitutiva dell'organo in questione non esistono disposizioni sulla durata del mandato dei suoi membri «funzionari» e la circostanza che sia stata invece espressamente fissata la durata del mandato dei membri esterni (cinque anni) [38] lascia presumere che non si tratti di una semplice dimenticanza.

Tutto ciò dimostra che, in concreto, non sussite alcuna garanzia, se non di inamovibilità, almeno di durata predefinita per i membri della commissione, presupposto indispensabile per assicurarne l'indipendenza. Essi, viceversa, possono essere spogliati di tale loro competenza «aggiuntiva» e destinati nuovamente alle sole funzioni "normali" in ogni momento e per mezzo di semplici misure organizzative interne. È ben vero che a tali membri, allorché siedono in seno alla commissione in parola, sono applicabili per analogia, come si è visto, talune disposizioni del DRiG in materia di stabilità e di indipendenza dei giudici [39]; ma è altresì vero che non risultano invece applicabili le disposizioni predisposte dallo stesso DRiG proprio a presidio del diritto dei giudici di opporsi alla revoca della nomina e alla mutazione delle loro funzioni, sicché essi possono essere liberamente e ad ogni momento «revocati» dal presidente del Bundeskartellamt.

35. Né ritengo che la petizione di principio stabilita all'art. 57 c, n. 3, che prescrive l'autonomia e l'indipendenza dei membri della commissione, sia sufficiente a spostare i termini del problema, nella misura in cui viene smentita dalla circostanza che, in fatto, i membri stessi appartengono all'amministrazione e continuano ad appartenervi, anche dal punto di vista funzionale. In verità, un sistema come quello in oggetto, in base al quale ad un numero limitato di funzionari dell'amministrazione viene riconosciuta, a titolo temporaneo e per l'esercizio di determinate funzioni, la qualifica di giudice ed applicato un altrettanto limitato numero di disposizioni applicabili ai giudici, ad esclusione però delle garanzie normalmente previste per questi ultimi in materia di revoca della nomina e di mutazione, mi sembra troppo macchinoso e troppo poco trasparente affinché sia garantita in concreto la stabilità necessaria per assicurare l'indipendenza di chi svolge una funzione giudicante.

36. Invero, ulteriori dubbi potrebbero sorgere altresì riguardo al profilo specifico dell'imparzialità della commissione federale di controllo rispetto alle controversie di sua competenza. Essa è infatti, come si è visto, un'emanazione del Bundeskartellamt, vale a dire dell'amministrazione, ed è deputata, ciononostante, a dirimere controversie in materia di appalti pubblici e dunque tra l'amministrazione stessa e gli amministrati. Tale circostanza dovrebbe escludere che si possa parlare di terzietà e dunque di indipendenza. A meno che, naturalmente, non si voglia intendere l'indipendenza richiesta ai giudici

38 — HGrG, art. 57 c, n. 2.
39 — V. *supra*, nota 7.

come qualità morale delle persone fisiche che compongono il collegio [40].

37. Infine, mi sembra di poter sottoscrivere un ulteriore rilievo della Commissione, anch'esso determinante. Nella normativa istitutiva della commissione federale di controllo non si riscontrano disposizioni riguardo agli effetti giuridici delle decisioni da questa adottate, in particolare sotto il profilo dell'efficacia vincolante. Trattandosi di un organo che per il diritto nazionale non è una giurisdizione, non opera il principio generale che impone la vincolatività delle decisioni di natura giurisdizionale. Pertanto, in mancanza di previsioni espresse, la circostanza che tale organo sia stato istituito mediante la cosiddetta «soluzione di bilancio», al dichiarato scopo di escludere la creazione di diritti soggettivi in capo ai partecipanti alle gare d'appalto [41], autorizza a nutrire dubbi sul carattere obbligatorio delle sue decisioni [42].

Si tratta di un elemento di valutazione che aggiunge ulteriori perplessità riguardo alla natura giurisdizionale delle decisioni che la commissione in questione è chiamata ad adottare e, di conseguenza, riguardo alla possibilità di individuare, in capo a quest'ultima, le caratteristiche di una giurisdizione ai sensi dell'art. 177.

38. In definitiva, tenuto conto di tutti i rilievi fin qui svolti, ritengo che la commissione federale di controllo non soddisfi i requisiti necessari, in ogni caso sotto il profilo delle garanzie procedurali e dell'indipendenza, affinché possa esserle riconosciuta la qualità di giudice ai sensi dell'art. 177; e che pertanto la sua questione pregiudiziale sia irricevibile.

39. Si potrebbe sostenere, in senso contrario, che, quando il quesito pregiudiziale è posto da un organo la cui adizione costituisce l'unico rimedio esperibile da parte del singolo che invoca norme comunitarie, la Corte dovrebbe comunque pronunciarsi, allo scopo, da un lato, di evitare che il ricorrente rimanga privo di una tutela effettiva e, dall'altro, di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

È questa, in sostanza, la tesi della ricorrente. Come accennato, pur affermando che la commissione federale di controllo non è una giurisdizione ai sensi dell'art. 177, essa suggerisce alla Corte di chiudere un occhio e

40 — Si veda in proposito la sentenza Corbiau, già citata (nota 31). Vero è che in tale fattispecie l'organo remittente era collegato proprio con i servizi che avevano accertato l'imposizione controversa; tuttavia la logica sottostante al ragionamento della Corte (nonché alle conclusioni dell'avvocato generale Darmon) non è dissimile da quella che dovrebbe prevalere anche rispetto al caso che ci occupa, atteso che la commissione federale di controllo è comunque parte integrante dell'amministrazione e dunque non è organo terzo rispetto alla controversia che oppone l'amministrazione all'amministrato.

41 — V. la motivazione del progetto di modifica dello HGrG (BT-Drucksache 12/4636, pag. 12).

42 — V. le perplessità avanzate in tal senso da parte della dottrina, in particolare da Boesen, EuZW 1996, pag. 586, che rileva che le decisioni della commissione federale di controllo non sono titoli esecutivi; nonché, sul punto, la lettera di messa in mora e il parere motivato inviati dalla Commissione al governo tedesco nell'ambito della procedura di infrazione di cui si è detto più volte.

di rispondere egualmente al quesito da essa posto, sostenendo che la soluzione contraria finirebbe col penalizzarla. Tale prospettiva potrebbe trovare conforto nella sentenza Broekmeulen, in cui, come si è detto, la Corte ha considerato ricevibile il quesito posto da un organismo professionale, competente a conoscere dei ricorsi relativi all'iscrizione nel registro della relativa professione, dichiarando, tra l'altro: «nell'assenza pratica di rimedi giuridici effettivi davanti ai giudici ordinari, in una materia che interessa l'applicazione del diritto comunitario, la commissione dei ricorsi, che esercita le sue funzioni con l'approvazione delle autorità pubbliche ed opera con il loro concorso, e le cui decisioni, prese in seguito ad un procedimento in contenzioso, sono, di fatto, considerate definitive, deve essere considerata come giudice di uno Stato membro ai sensi dell'art. 177 del Trattato» [43].

40. Ritengo di non poter sottoscrivere la tesi della ricorrente; e che la sentenza Broekmeulen rischia di provare troppo. Le condizioni soggettive e oggettive per il funzionamento del sistema di cooperazione tra giudice nazionale e giudice comunitario creato dall'art. 177 del Trattato non possono variare in relazione alle particolarità del caso di specie. Se un organo non è una giurisdizione, non lo diventa solo perché il convento non passa di meglio. Pensare diversamente e leggere la pronuncia Broekmeulen in quest'ultima prospettiva equivarrebbe ad attribuire rilievo determinante ad una connotazione del sistema processuale di cui l'organo fa parte, e non dell'organo in quanto tale, la cui sussistenza renderebbe irrilevante la presenza o l'assenza dei requisiti espressamente individuati dalla Corte.

41. In ogni caso, a tutto voler concedere, va rilevato che la fattispecie che oggi ci occupa è, sul punto, ben diversa. Il presupposto determinante di quella pronuncia era, come si è detto, «l'assenza pratica di rimedi giuridici effettivi davanti ai giudici ordinari» per il cittadino che invocava norme di diritto comunitario.

Nel nostro caso, viceversa, anzitutto al partecipante ad un gara di appalto che ritenga di essere stato indebitamente escluso dalla procedura rimane espressamente aperta la via del ricorso per il risarcimento degli eventuali danni subìti, che già potrebbe rappresentare, almeno in via di principio, un rimedio soddisfacente.

42. Inoltre, la giurisprudenza ordinaria tedesca, anche in assenza di una previsione normativa espressa e nonostante le esitazioni della dottrina, sembra si sia definitivamente orientata nel senso di ritenersi competente a conoscere dei ricorsi introdotti da partecipanti ad una procedura di aggiudicazione di appalto per presunta violazione (anche) delle disposizioni comunitarie in vigore. Lo confermano le due recenti ordinanze in cui il Kammergericht (Corte di appello) di Berlino ha dichiarato ricevibili — respingendole poi

43 — Sentenza Broekmeulen (citata alla nota 24), punto 17.

nel merito — le domande di misure cautelari con cui gli offerenti esclusi da gare d'appalto indette dall'amministrazione chiedevano la sospensione della procedura di aggiudicazione [44].

A ciò si aggiunga che, come accennato, il governo tedesco ha comunicato alla Commissione di aver avviato le procedure di modifica necessarie per adeguare la sua legislazione alle esigenze della direttiva ricorsi, modifiche che prevederebbero espressamente, tra l'altro, il ricorso davanti alle giurisdizioni ordinarie contro le pronunce delle commissioni di controllo [45].

43. Stando così le cose, negare alla commissione in parola la natura di giurisdizione ai sensi dell'art. 177, oltre ad essere perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte, non pone alcun problema di tutela giurisdizionale effettiva del singolo nel senso sopra evidenziato.

Al contrario, ritengo che la soluzione da me proposta, vale a dire l'incompetenza della Corte a pronunciarsi sulla presente questione pregiudiziale, si ponga in una prospettiva che va al di là del singolo caso e comunque di più elevata protezione del diritto dell'individuo ad una tutela che, per essere effettiva, non può essere che giurisdizionale. Tale soluzione poggia infatti, con ogni evidenza, sulla convinzione che ai soli organi che siano in grado di offrire tutte le garanzie elaborate dalla Corte a vantaggio del singolo, e non ad altri, può essere riconosciuta la qualifica di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

44. Infine, non va sottaciuta un'ultima considerazione, che attiene alla *ratio* stessa della direttiva ricorsi. Com'è noto, l'adozione di quest'ultima risponde ad un'esigenza, fortemente avvertita, di elevare ed uniformare il livello di tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli nella materia degli appalti pubblici. In taluni Stati membri, infatti, l'atto di aggiudicazione e gli altri atti amministrativi conferenti o non erano attaccabili dinanzi ad un giudice, o lo erano, ma con effetti insoddisfacenti sul piano delle implicazioni sulle vicende contrattuali successive. Precisamente allo scopo di colmare queste lacune, la direttiva ricorsi ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di predisporre un sistema in grado di garantire efficacemente il rispetto dei diritti sostanziali attribuiti con le norme comunitarie materiali (direttive lavori, forniture e servizi) ai partecipanti alle gare d'appalto. È in questa prospettiva che vanno lette le norme di tale direttiva; ed è in questa prospettiva che, almeno secondo la Commissione, tutti gli altri Stati membri vi hanno dato finora esecuzione. Un documento depositato in udienza dalla Commissione offre un panorama degli organi ai quali ciascuno Stato membro ha attribuito la competenza a pronunciarsi in materia di appalti, in esecuzione della direttiva ricorsi: si tratta, nella maggior

44 — Kammergericht Berlin, decisioni del 10 aprile 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, pagg. 645 e ss.) e del 31 maggio 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, pagg. 415 e ss.).

45 — Va rilevato, per inciso, che le modifiche legislative in corso potrebbero finire con l'attribuire un valore meramente «storico» alla sentenza che la Corte è chiamata oggi a pronunciare, beninteso sotto il solo profilo della ricevibilità e dunque della legittimazione delle attuali commissioni di controllo a sollevare questioni pregiudiziali.

parte dei casi, delle giurisdizioni ordinarie o, dove esistono, delle giurisdizioni amministrative, sottoposte al controllo, in secondo grado, del Consiglio di Stato [46].

È questo un dato significativo che, a mio avviso, pur nel rispetto della distinzione tra la presente procedura e quella che risulta attivata dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato, va comunque apprezzato al giusto.

45. Tenuto conto di tutte le osservazioni che precedono, propongo, in definitiva, di dichiarare la domanda di pronuncia pregiudiziale irricevibile in quanto proposta da un organo che non è una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

Nel merito

46. Poche osservazioni saranno sufficienti riguardo al merito del quesito, che tratterò unicamente per motivi di completezza.

La domanda, come si è detto, verte sulla competenza degli uffici di controllo a conoscere, a partire dalla data di scadenza dei termini fissati per la trasposizione della direttiva servizi, anche dei ricorsi relativi a procedure di aggiudicazione di appalti di servizi; e ciò in assenza di un'esplicita (ancorché prevista dalla legge) disposizione normativa (nella specie, un regolamento federale) che attribuisca loro tale competenza.

47. Sia la ricorrente che il governo tedesco hanno sostenuto, in proposito, che, tenuto conto dell'efficacia diretta che si deve riconoscere alle disposizioni conferenti della direttiva servizi [47], gli organi istituiti ai fini della trasposizione della direttiva ricorsi dovrebbero poter conoscere anche delle contestazioni relative agli appalti di servizi.

È evidente, tuttavia, che tale questione non può essere risolta dalla Corte in questa sede. Alla Corte, infatti, non è consentito sostituirsi al legislatore nazionale, competente per espressa riserva di legge, e decidere se agli uffici per i reclami spetti pronunciarsi anche in relazione ai ricorsi presentati in materia di appalti di servizi.

46 — La Commissione si è pertanto dichiarata soddisfatta delle misure di trasposizione adottate da tutti gli Stati membri (fatta eccezione, naturalmente, per la Germania, nei confronti della quale ha avviato la procedura ai sensi dell'art. 169).

47 — Tale efficacia diretta, oltre a derivare dal carattere sufficientemente preciso e incondizionato delle disposizioni invocate, sarebbe stata confermata dalla Corte, seppure indirettamente, nella sentenza Commissione/Germania, dichiarativa dell'inadempimento del governo tedesco per mancata trasposizione della direttiva servizi (v. nota 14).

48. A nulla vale invocare, in proposito, l'efficacia diretta delle disposizioni della direttiva servizi. Quand'anche accertasse la sussistenza di tale efficacia diretta, altra conseguenza la Corte non potrebbe ricollegarvi se non il diritto del singolo ad invocare le disposizioni in parola davanti ad *un* giudice; non potrebbe però, in alcun caso, spingersi fino ad indicare davanti a *quale* giudice, se non invadendo la sfera di competenza del legislatore nazionale [48].

Certo, una situazione in cui il singolo non abbia la concreta possibilità di invocare una disposizione comunitaria avente efficacia diretta, per mancanza del giudice competente a conoscere della controversia, sarebbe indicativa della sussistenza di un'evidente violazione del diritto comunitario [49]. Tale violazione, beninteso, sarebbe perseguibile dalle istanze competenti e mediante gli strumenti appositamente predisposti, nonché idonea, se del caso, ad aprire la strada verso i rimedi che la Corte ha definito in materia di responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli che abbiano subìto danni patrimoniali a seguito dell'inadempimento, imputabile allo Stato di cui si tratta, di obblighi derivanti dal diritto comunitario. Si tratta però, ancora una volta, di rimedi che rimangono distinti, sia sul piano formale che sostanziale, dalla procedura che ci occupa e che pertanto lasciano impregiudicata la soluzione da me suggerita rispetto al caso di specie.

49. Alla luce delle considerazioni fin qui esposte, propongo pertanto alla Corte di dichiarare irricevibile il quesito pregiudiziale, in quanto la commissione federale per il controllo degli appalti, che lo ha proposto, non è una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

48 — Vedi già, nello stesso senso, la sentenza 9 luglio 1985, causa 179/84, Bozzetti (Racc. pag. 2301, punto 17), nonché, recentemente, la sentenza 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM (Racc. pag. I-73), in cui si legge: «spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere controversie vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento giuridico comunitario, fermo restando tuttavia che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti. Con questa riserva, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario» (punto 32).

49 — Oltre che, con ogni probabilità, dell'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che sancisce il diritto al giudice.