

Causa C-274/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

28 aprile 2021

Giudice del rinvio:

Bundesverwaltungsgericht (Austria)

Data della decisione di rinvio:

22 aprile 2021

Ricorrente:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Resistenti:

Repubblica d'Austria

Bundesbeschaffung GmbH

Oggetto del procedimento principale

Procedimento diretto all'adozione di un provvedimento cautelare nel quadro del ricorso avverso una o più decisioni adottate in una procedura di aggiudicazione

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio

Interpretazione della direttiva 89/665/CEE e del regolamento (UE) n. 1215/2012; conformità con il diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali in materia di diritti e spese processuali nell'ambito di un procedimento dinanzi al Bundesverwaltungsgericht [Corte amministrativa federale (Austria)]; in prosieguo: il «BVwG»], volto all'adozione di provvedimenti cautelari, e delle conseguenze del mancato pagamento di detti diritti; articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

1. Se un procedimento diretto all'adozione di un provvedimento cautelare, previsto nell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, contemplato in Austria a livello nazionale anche dinanzi al Bundesverwaltungsgericht, nell'ambito del quale può altresì essere ottenuto, ad esempio, l'inibitoria provvisoria di conclusione di accordi quadro o di contratti di fornitura, rappresenti una controversia in materia civile e commerciale ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (regolamento Bruxelles I bis). Se un procedimento di cui alla precedente questione, diretto all'adozione di un provvedimento cautelare, ricada quantomeno nelle materie civili a norma dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Se il procedimento diretto all'adozione di provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, costituisca un procedimento diretto all'adozione di provvedimenti provvisori ai sensi dell'articolo 35 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (regolamento Bruxelles I bis).

2. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, il principio di equivalenza debba essere interpretato nel senso di riconoscere al singolo diritti soggettivi nei confronti dello Stato membro e osti all'applicazione di disposizioni nazionali austriache a norma delle quali l'autorità giudiziaria - prima di pronunciarsi su una domanda di provvedimenti provvisori, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, nel testo di cui alla direttiva 2014/23/UE – debba accertare la tipologia della procedura di aggiudicazione, il valore (stimato) dell'appalto e il valore complessivo delle decisioni separatamente impugnabili oggetto di impugnazione adottate nell'ambito di determinate procedure di aggiudicazione o, eventualmente, anche i lotti di una determinata procedura di aggiudicazione, al fine, se del caso, di pronunciarsi successivamente, tramite il presidente della competente Sezione dell'autorità giudiziaria, sull'integrazione ex post delle spese e, in caso di loro mancato pagamento, di fissare, a pena di decadenza dal diritto azionato – anteriormente o, al più tardi, contestualmente al rigetto della domanda di provvedimenti cautelari per mancato pagamento integrativo delle spese – le spese processuali tramite la sezione dell'autorità giudiziaria competente ad esaminare la domanda stessa, tenuto conto del fatto che in Austria, altrimenti, nell'ambito delle controversie in materia civile, quali ad esempio nel caso di domande di risarcimento del danno o di inibitoria per violazione delle regole della concorrenza, il mancato pagamento delle spese non osta alla decisione della causa, a prescindere dalla questione degli eventuali diritti e spese processuali in qualche misura dovuti e, sempre in un'ottica comparativa a livello austriaco, il mancato pagamento dei diritti di impugnazione in caso di impugnazione di decisioni amministrative o, altresì, dei diritti di impugnazione o

di ricorso di annullamento (*Revision*) per le impugnazioni proposte avverso decisioni dei giudici amministrativi dinanzi al Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale, Austria) o al Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria) non comporta il rigetto dell'impugnazione stessa per mancato pagamento dei diritti. e, ad esempio, non implica nemmeno che, nell'ambito di detti procedimenti di impugnazione o di annullamento (*Revision*), le richieste di riconoscimento dell'effetto sospensivo possano divenire definitive unicamente per effetto della declaratoria di inammissibilità.

2.1. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, il principio di equivalenza debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di disposizioni nazionali austriache in base alle quali, in caso di mancato sufficiente versamento di diritti forfettari, prima della pronuncia su una domanda di adozione di un provvedimento cautelare di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, il presidente della Sezione, in veste di giudice unico, debba emanare un ordine di integrazione dei diritti e, in caso di loro mancato pagamento, debba dichiarare l'inammissibilità della domanda stessa, allorché negli altri casi, in Austria, a norma del Gerichtsgebührengesetz (legge sui diritti e le spese giudiziarie) nel caso di azioni civili, la domanda di adozione di un provvedimento d'urgenza presentata unitamente a un ricorso non comporta, in linea di principio, la debenza di diritti forfettari aggiuntivi oltre a quelli dovuti per il ricorso, e anche nel caso delle domande di riconoscimento dell'effetto sospensivo, presentate unitamente all'impugnazione di una decisione dinanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo), a un ricorso di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof o a un ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof (che, dal punto di vista funzionale, hanno finalità di tutela identica o analoga a una richiesta di provvedimenti cautelari), non sono dovuti diritti specifici per dette domande accessorie di riconoscimento dell'effetto sospensivo.

3. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, l'imperativo di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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, del 30.12.1989, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2014/24/UE, secondo cui occorre *prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolte*, debba essere interpretato nel senso che tale imperativo di celerità conferisca un diritto soggettivo ad ottenere una decisione immediata su una richiesta di adozione di un provvedimento cautelare ostando all'applicazione di disposizioni nazionali austriache in base alle quali il giudice, anche in caso di procedure di aggiudicazione condotte in maniera non trasparente, prima di pronunciarsi su una domanda di adozione di un provvedimento cautelare volto a impedire ulteriori acquisti da parte dell'autorità aggiudicatrice, debba in ogni caso accertare - anche se irrilevanti ai fini della decisione - la tipologia della procedura di

aggiudicazione, il valore (stimato) dell'appalto e il valore complessivo delle decisioni separatamente impugnabili oggetto di impugnazione adottate nell'ambito di determinate procedure di aggiudicazione o eventualmente anche i lotti di una determinata procedura di aggiudicazione, al fine, se del caso, di pronunciarsi successivamente, tramite il presidente della Sezione dell'autorità giudiziaria, sull'integrazione ex post delle spese e, in caso di loro mancato pagamento, di fissare, a pena di decadenza dal diritto azionato – anteriormente o, al più tardi, contestualmente alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di adozione di un provvedimento cautelare per mancato pagamento integrativo delle spese – le spese processuali tramite la sezione dell'autorità giudiziaria competente ad esaminare la domanda stessa.

4. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, il diritto a un processo equo dinanzi a un tribunale a norma dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2012, C 326/02 IT, pag. 391; in prosieguo: la «Carta») debba essere interpretato nel senso che conferisca al singolo diritti soggettivi e osti all'applicazione di disposizioni nazionali austriache in base alle quali il giudice, anche in caso di procedure di aggiudicazione condotte in maniera non trasparente, prima di pronunciarsi su una domanda di adozione di un provvedimento cautelare volto a impedire ulteriori acquisti da parte dell'autorità aggiudicatrice, debba in ogni caso accertare - anche qualora non rilevino ai fini della decisione - la tipologia della procedura di aggiudicazione, il valore (stimato) dell'appalto e il valore complessivo delle decisioni separatamente impugnabili oggetto di impugnazione adottate nell'ambito di determinate procedure di aggiudicazione o eventualmente anche i lotti di una determinata procedura di aggiudicazione, al fine, se del caso, di pronunciarsi successivamente, tramite il presidente della Sezione dell'autorità giudiziaria, sull'integrazione ex post delle spese e, in caso di loro mancato pagamento, di fissare, a pena di decadenza dal diritto azionato – anteriormente o, al più tardi, contestualmente alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di adozione di un provvedimento cautelare per mancato pagamento integrativo delle spese – le spese processuali tramite la sezione dell'autorità giudiziaria competente ad esaminare la domanda stessa.

5. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, il principio di equivalenza debba essere interpretato nel senso di conferire al singolo diritti soggettivi nei confronti dello Stato membro e osta all'applicazione di disposizioni nazionali austriache a norma delle quali, in caso di mancato versamento di diritti forfettari per la richiesta di adozione di un provvedimento cautelare ai sensi della direttiva 89/665/CEE nel testo vigente, spetti unicamente ad una sezione giudiziale di un tribunale amministrativo quale organo giurisdizionale la fissazione dei diritti forfettari (con conseguente riduzione dei possibili mezzi di ricorso riconosciuti al soggetto obbligato al loro versamento), mentre, di norma, in caso di mancato pagamento, i diritti di ricorso, i diritti per la richiesta di provvedimenti cautelari e i diritti di impugnazione sono fissati nel procedimento civile mediante provvedimento a norma del Gerichtliches Einbringungsgesetz (legge sulla riscossione delle somme dovute all'autorità giudiziaria) e, nel diritto amministrativo, i diritti di impugnazione per le impugnazioni proposte dinanzi a

un giudice amministrativo o al Verfassungsgerichtshof o i diritti per il ricorso di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof, in caso di mancato versamento, sono fissati di norma mediante decisione dell'amministrazione tributaria (vale a dire, il provvedimento di liquidazione dei diritti) contro la quale può sempre essere esperito un mezzo di ricorso dinanzi a un giudice amministrativo e, successivamente, a sua volta, un ricorso di annullamento (*Revision*) al Verwaltungsgerichtshof o un ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof.

6. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, debba essere interpretato nel senso che la conclusione di un accordo quadro con un solo operatore economico ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE costituisca la conclusione di un contratto ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2014/23/UE.

6.1. Se la locuzione: «*gli appalti basati su tale accordo quadro*», contenuta nell'articolo 33, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE, debba essere intesa nel senso che un appalto basato sull'accordo quadro sussista nel caso in cui l'autorità aggiudicatrice assegni un singolo appalto fondandosi espressamente sull'accordo quadro concluso. Ovvero, se il menzionato passo «*gli appalti basati su tale accordo quadro*» debba essere interpretato nel senso che, una volta esaurito il quantitativo complessivo dell'accordo quadro ai sensi della sentenza della Corte, C-216/17, punto 64, non sussista più alcun appalto fondato sull'accordo quadro originariamente concluso.

7. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, il diritto a un processo equo dinanzi a un tribunale a norma dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2012, C 326/02 IT, pag. 391; in prosieguo: la «Carta») debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una disposizione in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice indicata nella controversia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici sia tenuta a fornire, nell'ambito di un procedimento diretto all'emanazione di provvedimenti cautelari, tutte le informazioni necessarie e a presentare tutti i documenti occorrenti – ferma restando, in difetto, la possibilità di sua condanna per carenza –, qualora i rappresentanti o i collaboratori dell'autorità aggiudicatrice medesima - chiamati a comunicare tali informazioni per suo conto - fornendo le relative informazioni o producendo i relativi documenti possano eventualmente esporsi persino al rischio di auto-incriminarsi per condotte penalmente rilevanti .

8. Se, tenuto conto anche del diritto a un ricorso effettivo ex articolo 47 della Carta e delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, l'imperativo di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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 1989, L 395,

pag. 33), come modificata dalla direttiva 2014/24/UE, secondo cui *le procedure di ricorso devono essere condotte in particolare in maniera efficace*, debba essere interpretato nel senso che le disposizioni considerate conferiscano diritti soggettivi ostando all'applicazione di disposizioni nazionali a norma delle quali incomba al ricorrente che chieda di essere tutelato mediante l'adozione di un provvedimento cautelare l'onere di indicare - nella propria richiesta di adozione di un provvedimento di tal genere - la specifica procedura di aggiudicazione e la specifica decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, sebbene, di norma, nell'ambito di procedure di aggiudicazione senza previa pubblicazione, il ricorrente stesso non sappia quante procedure di aggiudicazione non trasparenti siano state condotte dall'autorità aggiudicatrice e quante decisioni di aggiudicazione siano già state adottate nell'ambito di dette procedure non trasparenti.

9. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, l'imperativo dell'equo processo dinanzi a un Tribunale a norma dell'articolo 47 della Carta debba essere interpretato nel senso che la disposizione in esame conferisca diritti soggettivi ostando all'applicazione di disposizioni nazionali a norma delle quali incomba al ricorrente che chieda tutela l'onere di indicare nella propria richiesta di adozione di un [provvedimento] cautelare la specifica procedura di aggiudicazione e la specifica decisione dell'amministrazione aggiudicatrice separatamente impugnabile ed anche impugnata, sebbene, di norma, nel caso di una procedura di aggiudicazione senza previa pubblicazione per il medesimo non trasparente, il ricorrente non sia in grado di sapere quante procedure di aggiudicazione non trasparenti siano state condotte dall'autorità aggiudicatrice e quante decisioni di aggiudicazione siano già state adottate nell'ambito di dette procedure non trasparenti.

10. Se, tenuto conto delle altre disposizioni del diritto dell'Unione, l'imperativo dell'equo processo dinanzi a un Tribunale a norma dell'articolo 47 della Carta debba essere interpretato nel senso che la disposizione in esame conferisca diritti soggettivi ostando all'applicazione di disposizioni nazionali a norma delle quali il ricorrente che chieda di essere tutelato mediante l'adozione di un provvedimento cautelare sia tenuto al versamento di diritti forfettari di cui non possa prevedere a priori il quantum, poiché, di norma, nel caso di una procedura di aggiudicazione senza previa pubblicazione per il medesimo non trasparente, il ricorrente non sia in grado di conoscere se ed eventualmente quante procedure di aggiudicazione non trasparenti e con quale valore stimato dell'appalto siano state condotte dall'amministrazione aggiudicatrice e quante decisioni di aggiudicazione siano già state adottate nell'ambito delle procedure non trasparenti stesse.

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare articolo 81, paragrafo 1

Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (regolamento Bruxelles I bis), in particolare articolo 1, paragrafo 1, articolo 35

Direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, in particolare articolo 1, paragrafo 1, articolo 2, paragrafo 1, lettera a), articolo 2 bis, paragrafo 2

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in particolare articolo 33, paragrafo 3

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare articolo 47

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I 2018/65 (legge federale relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: il «BVergG»), in particolare articoli 2, 31, 46, 142 e segg., 334, 336, 340 e segg., 344, 350, 353, 354, 356, 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (legge generale sul procedimento amministrativo; in prosieguo: l'«AVG»), in particolare articoli 49 e 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, BGBl II 2018/212 (regolamento della Corte amministrativa federale sui diritti forfettari nell'ambito degli appalti pubblici; in prosieguo: il «regolamento sui diritti forfettari»).

Le menzionate disposizioni del BVergG e del regolamento sui diritti forfettari possono essere sintetizzate come segue:

i ricorsi proposti prima dell'aggiudicazione dell'appalto con cui possono essere dichiarate nulle - e quindi annullate ai sensi della direttiva 89/665/CEE nella versione vigente - decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice separatamente impugnabili presuppongono che nell'ambito della procedura di aggiudicazione non sia ancora intervenuta alcuna aggiudicazione. In caso di avvenuta aggiudicazione è ammessa ancora soltanto la proposizione di una domanda di accertamento.

– I ricorsi possono essere diretti unicamente ad ottenere la dichiarazione di nullità di una decisione separatamente impugnabile, fermo restando che la questione di cosa si intenda, di volta in volta, per decisione separatamente impugnabile dev'essere definita, a seconda della tipologia di procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, alla luce del relativo elenco di cui all'articolo 2, punto 15, lettera a), del BVergG.

- Eventuali aggiudicazioni dirette, come previste nell'articolo 46 del BVergG, sono attualmente ammesse, in base a un regolamento sulla definizione degli importi, sino ad un massimo di EUR 100 000.
- L'adozione di un provvedimento cautelare, ai sensi degli articoli 350 e segg. del BVergG (nel diritto dell'Unione dell'articolo 2 della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE), è ammessa solo a garanzia di ricorsi proposti avverso decisioni separatamente impugnabili adottate nell'ambito di determinate procedure di aggiudicazione. Successivamente all'aggiudicazione dell'appalto non è ammessa l'adozione di provvedimenti d'urgenza ex articolo 351 del BVergG.
- L'articolo 344, paragrafo 1, e l'articolo 350, paragrafo 2, del BVergG prevedono che il ricorrente debba indicare la procedura di aggiudicazione e le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice adottate nell'ambito della medesima e oggetto di impugnazione, fermo restando che dette decisioni devono essere separatamente impugnabili a norma dell'elenco di cui all'articolo 2, punto 15, del BVergG.
- Come risulta dagli articoli 344, paragrafi 1 e 2, e 350, paragrafo 2, del BVergG, in linea di principio, un ricorso e la relativa richiesta di adozione di un provvedimento cautelare proposta per esigenze di garanzia devono essere presentati sempre con riferimento a una singola decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.
- Per i ricorsi relativi ad aggiudicazioni dirette devono essere versati diritti forfettari nella misura di EUR 324 per ciascuna procedura di affidamento diretto e per ciascuna decisione impugnata separatamente. Per una richiesta di adozione di un provvedimento cautelare, proposta a titolo integrativo, è dovuto un importo ulteriori pari al 50 % di detto diritto, e quindi [complessivamente] EUR 486 (per ciascun affidamento diretto).

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento

- 1 Nell'autunno 2020, nell'ambito di rispettive procedure negoziate senza previa pubblicazione, le resistenti stipulavano (quantomeno) 15 accordi quadro relativi alla fornitura di test antigenici per l'individuazione del virus Covid-19. Detti accordi quadro venivano stipulati con un solo operatore economico (articolo 33, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE).
- 2 Il 1° dicembre 2020 la ricorrente presentava al giudice del rinvio una memoria in cui contestava alle resistenti di aver concluso in maniera non trasparente 21 accordi quadro con un valore dell'appalto pari, per ciascuno di essi, a 3 milioni di euro per l'acquisto di test antigenici Covid-19. Tale circostanza e i singoli ordini effettuati nel quadro di detti accordi quadro la danneggerebbero in violazione del diritto degli appalti pubblici.

- 3 Essa chiedeva al BVwG di avviare una procedura di ricorso vertente sulla legittimità della prescelta o delle prescelte procedure di aggiudicazione, degli inviti a presentare offerte nell'ambito di procedure negoziate senza previa pubblicazione e degli ulteriori ordini previsti o degli avvisi di indizione di gare previsti sulla base degli accordi quadro conclusi dalla Bundesbeschaffung GmbH (BBG) e di dichiarare la nullità di una serie di decisioni adottate dalle resistenti.
- 4 Il 1° dicembre 2020 la ricorrente presentava, inoltre, una richiesta di adozione di un provvedimento cautelare con cui chiedeva al BVwG di inibire alle resistenti, per la durata del ricorso, la prosecuzione della procedura di aggiudicazione o delle procedure di aggiudicazione e la conclusione di contratti di fornitura mediante affidamento diretto, l'emissione di ordini e avvisi di indizione di gare sulla base degli accordi quadro della BBG relativi alla fornitura di test antigenici, nonché la conduzione di una procedura di aggiudicazione senza previa pubblicazione relativa alla fornitura di test antigenici.
- 5 Già in data 1° dicembre 2020 il BVwG emanava una richiesta di integrazione considerato che dalle memorie non emergeva chiaramente quali specifiche decisioni separatamente impugnabili fossero oggetto della domanda di annullamento della ricorrente, in quali procedure di aggiudicazione fossero state adottate dette decisioni e a quale specifica procedura di aggiudicazione si riferisse la richiesta di adozione di un provvedimento cautelare con un determinato contenuto da essa proposto.
- 6 Con memoria del 7 dicembre 2020, la ricorrente comunicava di voler contestare unicamente una decisione delle resistenti, separatamente impugnabile, riferita a una procedura di aggiudicazione, vale a dire la decisione relativa alla scelta della procedura di aggiudicazione per l'acquisto di «Test antigenici SARS-Cov-2 (Covid-19)» aggiuntivi per i test di massa da compiersi in Austria.
- 7 Con memoria del 9 dicembre 2020 essa precisava che il proprio ricorso non aveva ad oggetto gli accordi quadro conclusi dalla BBG, bensì l'ordine illecitamente formulato della Repubblica d'Austria, dal momento che gli accordi quadro conclusi dalla BBG sarebbero limitati a un volume di ordini di 3 milioni di euro. Ordini eccedenti tali soglie costituirebbero quindi un affidamento diretto contrario alle disposizioni in materia di appalti pubblici. Essa indicava tre imprese per le quali contestava la rispettiva decisione di acquisto ovvero un ulteriore ordine formulato sulla base di un accordo quadro.
- 8 Il BVwG chiedeva alla ricorrente di esprimere la propria posizione in merito ai diritti forfettari dovuti. La ricorrente osservava di non aver impugnato la conclusione dei 21 accordi quadro della BBG, bensì l'affidamento diretto relativo all'acquisto di altri (presumibilmente due) milioni di test antigenici SARS-Cov-2 (Covid-19) da parte della Repubblica d'Austria. Sarebbe del tutto escluso che il diritto dovuto debba essere calcolato sulla base del valore complessivo dei 21 accordi quadro. Dovrebbe essere preso in considerazione unicamente il valore delle commesse eseguite o previste.

- 9 La ricorrente chiedeva al giudice del rinvio di accertare in dettaglio le procedure di aggiudicazione e le decisioni impugnabili dell'amministrazione aggiudicatrice esistenti, benché, a norma del BVergG, l'onere di indicare la o le procedure di aggiudicazione e la relativa decisione dell'autorità aggiudicatrice oggetto di impugnazione incomba alla ricorrente.
- 10 Con memoria del 5 gennaio 2021, la ricorrente osservava che intendeva, a quel punto, riferirsi unicamente agli ordini formulati sulla base degli accordi quadro con le imprese S ed I a partire dal 20 novembre 2020, benché tale circostanza non risultasse già dall'atto introduttivo del procedimento del 1° dicembre 2020. A suo avviso, era stato superato il volume di ordini ammissibile sulla base degli accordi quadro con S ed I. Essa affermava reiteratamente di voler pertanto impugnare quali «aggiudicazioni dirette» (ai sensi della definizione contenuta nel BVergG nazionale) gli ordini eccedenti il valore stimato dell'appalto del rispettivo accordo quadro. La questione se la ricorrente intenda così riferirsi in concreto, ai sensi della giurisprudenza nazionale, alle procedure negoziate senza previa pubblicazione sarà oggetto di ulteriore accertamento da parte del BVwG.
- 11 In merito al divieto di auto-incriminazione, occorre precisare i fatti occorsi osservando che, secondo quanto riportato da un articolo di giornale, nei confronti di taluni membri del governo federale sarebbe stata, a quanto pare, presentata denuncia [ai sensi dell'articolo 80 dello Strafprozessordnung (codice di procedura penale)]. L'intervenuta presentazione di una denuncia penale è stata confermata dalla Procura della repubblica competente; è quindi ipotizzabile l'avvio in futuro di iniziative penali.

Argomenti essenziali delle parti del procedimento principale

- 12 La ricorrente eccepisce la mancanza di trasparenza delle operazioni di acquisto; non sarebbe infatti noto se la BBG abbia condotto, al fine della conclusione dell'appalto considerato, singole e distinte procedure di aggiudicazione senza previa pubblicazione con le rispettive imprese o una sola procedura con tutte le imprese. Pertanto, nell'indicare le procedure di aggiudicazione, essa sarebbe costretta a tener conto anche di possibili procedure negoziate senza previa pubblicazione e, quindi, di eventuali gare indette sulla base di accordi quadro in essere. Come indicato in dettaglio nel ricorso, la decisione impugnata dalla ricorrente sarebbe, di fatto, una sola specifica decisione delle resistenti, vale a dire, la decisione di affidare la produzione di vari milioni di pezzi di test antigenici SARS-Cov-2 (Covid-19) senza rispettare alcun requisito di forma (e senza alcun fondamento nella normativa in materia di appalti pubblici).
- 13 A causa della grave violazione del principio di trasparenza sancito dalla normativa in materia di appalti pubblici, la ricorrente non disporrebbe né della pubblicazione, né dei documenti relativi alla procedura di aggiudicazione. Si tratterebbe invece di una forma di affidamento diretto per un importo di vari

milioni di euro che non doveva essere dissimulato, né dovrebbe poterlo essere, con criteri puramente formali.

- 14 Ai fini di una tutela giurisdizionale efficace non sarebbe indispensabile che sia nota la concreta denominazione della procedura di aggiudicazione. Nel caso dell'acquisto di beni per un valore nell'ordine di decine di milioni di euro senza previa pubblicazione, in mancanza di informazioni affidabili di altra natura accessibili alla ricorrente (come, ad esempio, la documentazione di gara) e sulla sola base delle conoscenze derivanti dalle informazioni diffuse dai media, sarebbe impossibile far gravare sulla ricorrente l'onere di indicare specificamente la procedura di aggiudicazione. Nel caso di specie – in considerazione, in particolare, della grave violazione del principio di trasparenza – ciò equivarrebbe ad annullare la tutela giurisdizionale effettiva.
- 15 Un'interpretazione delle disposizioni del BVergG 2018, secondo cui la ricorrente sarebbe tenuta a indicare il numero preciso e la denominazione della procedura o delle procedure di aggiudicazione e delle decisioni del resistente impugnabili separatamente, pur non avendo avuto alcuna possibilità di prenderne conoscenza in ragione della carente trasparenza da parte di quest'ultimo, contrasterebbe con i requisiti della tutela giurisdizionale effettiva previsti dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.
- 16 Le resistenti contestano la legittimazione della ricorrente a proporre il ricorso e chiedono, in via subordinata, il rigetto delle richieste di provvedimenti cautelari.
- 17 Posto che, in base al tenore letterale univoco dell'articolo 344 del BVergG 2018 - secondo cui una domanda ai sensi dell'articolo 342, paragrafo 1, del BVergG 2018 deve contenere in ogni caso la denominazione della procedura di aggiudicazione e della decisione impugnabile separatamente oggetto di impugnazione - la ricorrente sarebbe tenuta a indicare essa stessa con precisione la decisione impugnata già all'interno del ricorso, il BVwG non sarebbe in ogni caso tenuto, in linea con la giurisprudenza del Verwaltungsgerichtshof, a effettuare accertamenti in punto di fatto.
- 18 Secondo le resistenti, le domande della ricorrente sarebbero infondate e non sarebbero finalizzate all'affermazione di un diritto soggettivo di un offerente. Esse sarebbero pertanto inammissibili.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio

- 19 Nel caso in esame il BVwG è chiamata a pronunciarsi su una fattispecie in cui la ricorrente ha modificato, nel corso del tempo, l'indicazione sia dell'oggetto dell'impugnazione, sia dell'oggetto del provvedimento cautelare richiesto.
- 20 La normativa austriaca prevede che siano versati diritti forfettari in ragione del numero di decisioni impuginate adottate nell'ambito di una determinata procedura

di aggiudicazione e in ragione della procedura di aggiudicazione che forma oggetto di un ricorso e di una domanda di provvedimento cautelare.

- 21 Secondo la giurisprudenza del Verfassungsgerichtshof, in base a tale regime dei diritti e delle spese giudiziali nazionale, prima del pagamento o della fissazione mediante decisione dei diritti forfettari dovuti, il BVwG non può accogliere, dichiarare inammissibile o infondato nel merito un ricorso o una domanda di provvedimenti cautelari, né può - dopo la rinuncia alla rispettiva domanda di tutela giurisdizionale - dichiarare concluso il procedimento poiché i corrispondenti diritti forfettari dovuti non possono poi più essere fissati. Il versamento di diritti in misura sufficiente costituisce pertanto una condizione preliminare della pronuncia nel merito.
- 22 In caso di mancata fissazione dei diritti dovuti, ai rappresentanti degli organi giudiziali potrebbe essere attribuita a titolo di illecito colposo la responsabilità causale del danno patrimoniale arrecato all'Erario.
- 23 L'ordinamento federale austriaco non contiene altrimenti, con riferimento ai diritti per l'attività giudiziaria, nessun'altra disciplina che fissi termini di decadenza e di prescrizione limitati alla durata del procedimento. Di norma, la possibilità di fissare i diritti è soggetta a termini molto più lunghi [ad esempio, 5 anni in materia civile o 3 anni in caso di ricorsi di annullamento (*Revision*) proposti dinanzi al Verwaltungsgerichtshof].
- 24 In tal modo, in particolare nel caso di operazioni di acquisto non trasparenti come quelle in esame, si rendono necessari - preliminarmente alla fissazione dei diritti - approfonditi accertamenti nel merito che, talvolta, non sarebbero di per sé richiesti ai fini della definizione delle domande di tutela giurisdizionale.
- 25 In presenza di operazioni di acquisto del genere, non trasparenti per la ricorrente, resta preclusa alla medesima la possibilità di conoscere - all'atto della presentazione della propria domanda di tutela giurisdizionale (momento in cui sorge l'obbligo di versare i diritti) - quale importo sarà in definitiva tenuta a versare a titolo di diritti processuali forfettari a seconda di quante aggiudicazioni dirette o procedure negoziate senza previa pubblicazione abbiano effettivamente avuto luogo e di quante decisioni impugnabili separatamente siano state emanate in tale contesto.
- 26 Inoltre, in base alla normativa in materia di diritti, il BVwG deve stabilire se la ricorrente, modificando una o più volte le proprie domande di tutela giurisdizionale, abbia desistito da talune di esse, con conseguente eventuale riduzione ex post dei diritti forfettari pari al 25 % per ciascuna domanda di tutela giurisdizionale soggetta a diritti. Occorre anche stabilire se, eventualmente, siano invece state effettivamente proposte nuove domande aggiuntive di tutela.
- 27 In base alla giurisprudenza del Verwaltungsgerichtshof, a tal fine non rileva (principalmente), ad esempio, la denominazione della procedura di aggiudicazione indicata dalla ricorrente, quanto piuttosto l'oggetto cui la domanda si riferiva nel

contenuto, poiché l'attività processuale e il possibile beneficio si determinano in ragione di esso.

- 28 Per un'impugnazione concernente forniture (ad esempio, di test antigenici) con un valore stimato dell'appalto di tre milioni [di euro] per accordo quadro, in presenza di tre decisioni impugnate e comprese le domande di provvedimenti cautelari, nel caso di amministrazioni aggiudicatrici centrali come la Repubblica d'Austria e delle pretese circostanze riguardanti 21 accordi quadro, dovrebbero essere versati diritti forfettari per EUR 1 061 424.
- 29 Ad oggi la ricorrente ha versato diritti forfettari per EUR 486.
- 30 In caso di operazioni di appalto non trasparenti, laddove le deduzioni da parte dei legali riguardavano, a titolo precauzionale, ad esempio, 21 procedure di aggiudicazione, e considerata l'impugnazione di tre decisioni impugnabili separatamente adottate nel quadro di dette procedure, a fronte di un valore dell'appalto di oltre venti volte superiore alla soglia massima prevista per le forniture, è possibile che una parte, come la ricorrente, si trovi solo a seguito di un ordine di integrazione dei diritti a dover far fronte a una richiesta ex post di diritti forfettari dell'ordine di milioni che non era necessariamente tenuta a prendere in considerazione prima.
- 31 Conformemente alla giurisprudenza di ultimo grado del Verfassungsgerichtshof, sub V 64/2019, il BVwG è ora tenuto a emanare un ordine di integrazione dei diritti, in primo luogo per mancato pagamento di diritti in misura sufficiente e poi, in caso di mancato versamento dei diritti forfettari richiesti ex post, a prescriverli ai fini della costituzione di un titolo esecutivo, prima che, ad esempio, i ricorsi e le domande di provvedimenti cautelari illustrati nell'esempio possano essere definiti in maniera definitiva.
- 32 In tale contesto è stato chiarito che, alla luce del tenore della legge nazionale, l'obbligo di versare i diritti non viene meno nemmeno in caso di dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi e delle domande di provvedimenti cautelari per mancato pagamento dei diritti.
- 33 A norma del BVergG, solo le decisioni impugnabili separatamente adottate nell'ambito di una determinata procedura di aggiudicazione possono essere dichiarate nulle ai sensi della terminologia ivi impiegata e annullate ai sensi della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE.
- 34 Pertanto, nella specie, possono essere prese in considerazione, in caso di una procedura diretta di appalto ai sensi del BVergG, la *scelta dell'affidamento diretto* oppure, in caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione diretta alla conclusione di un accordo quadro con un solo operatore economico/imprenditore, le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice emanate al riguardo, quali elencate nell'articolo 2, punto 15, lettera a).

- 35 La ricorrente è, di conseguenza, tenuta a indicare nel proprio ricorso e nella propria corrispondente domanda di adozione di provvedimenti cautelari la procedura di aggiudicazione e la decisione impugnabile separatamente. Ove siano «chiamate in causa» più procedure di aggiudicazione, deve essere chiaro quale decisione separatamente impugnabile è oggetto di impugnazione e in quale procedura di aggiudicazione tale decisione è stata adottata.
- 36 Nel caso di un accordo quadro, concluso con un solo imprenditore/operatore economico nell'ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione, l'ultima decisione impugnabile al riguardo dai concorrenti dell'imprenditore prescelto è la scelta del professionista con cui concludere l'accordo quadro.
- 37 Successivamente, in presenza di un appalto non trasparente, un soggetto che richieda tutela ai sensi della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE può ancora avvalersi, quale mezzo di impugnazione specifico per la materia degli appalti pubblici, soltanto della domanda di accertamento.
- 38 Ove, a seconda delle risultanze probatorie, dovessero effettivamente sussistere aggiudicazioni dirette ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 11, del BVwG, impugnabile è unicamente la scelta della procedura di affidamento diretto.
- 39 Per quanto attiene ai ricorsi, nella specie il BVwG si chiede anzitutto se, rispetto a ricorsi e domande di provvedimenti cautelari proposti nel quadro di procedure di aggiudicazione non trasparenti per il ricorrente, una tutela giurisdizionale accompagnata da tali obblighi di indicazione della procedura di aggiudicazione possa dirsi parimenti equivalente, efficace ed equa.
- 40 Qualora questi obblighi di indicazione non dovessero trovare fondamento nel diritto dell'Unione e dovessero pertanto essere inefficaci o superati, si potrebbe ipotizzare in capo al BVwG una competenza ad accertare i fatti e a dichiarare d'ufficio la nullità delle decisioni identificabili adottate dall'amministrazione aggiudicatrice in determinate procedure di aggiudicazione che possono poi essere annullate prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Laddove, invece, gli obblighi di designazione in questione siano conformi al diritto dell'Unione, il BVwG, previa procedura di integrazione, deve se del caso dichiarare inammissibili le domande in ragione dell'assenza di adeguate indicazioni.

Sul principio di equivalenza e sul principio di effettività

- 41 Secondo la posizione accolta dal giudice remittente, il diritto sostanziale degli appalti pubblici, quale insieme di norme che disciplinano anzitutto obblighi di condotta precontrattuali per le amministrazioni aggiudicatrici soggette a tali norme e per gli imprenditori interessati ad erogare le prestazioni, rappresenta, quale disciplina che regola la stipula dei contratti, una normativa speciale di diritto civile e, come tale, ricade nell'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles I bis.

- 42 L'articolo 25 del regolamento Bruxelles I bis contempla la clausola di giurisdizione quale strumento per determinare la competenza giurisdizionale. Nell'ambito del diritto degli appalti pubblici, il Verwaltungsgerichtshof austriaco ha escluso la clausola di giurisdizione ai sensi del diritto processuale nazionale. Se ne potrebbe dedurre che il diritto degli appalti pubblici disciplinato in Austria nel BVergG non ricada nell'ambito del diritto civile.
- 43 La qualifica di diritto civile del diritto sostanziale degli appalti pubblici (prima questione pregiudiziale) costituisce una questione preliminare alle questioni pregiudiziali in riferimento al principio di equivalenza.
- 44 In ogni caso, da un confronto a livello internazionale emerge che il Bundesverwaltungsgericht tedesco ritiene che il diritto degli appalti pubblici debba essere ricondotto al diritto civile (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 e giurisprudenza citata).
- 45 In considerazione del fatto che i provvedimenti cautelari, quali previsti nella direttiva 89/665/CEE nella versione vigente e anche nel BVergG nazionale, consentono di limitare fortemente, per un periodo circoscritto, le possibilità di concludere contratti, si sostiene in questa sede che anche il procedimento di adozione di un provvedimento cautelare ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, costituisce un procedimento vertente su azioni di diritto civile ai sensi della Corte EDU, 15.10.2009, 15BSW 17056/06 *Micaleff/Malta*.
- 46 Il principio di equivalenza sancito dal diritto dell'Unione impone che l'attuazione dei diritti da quest'ultimo riconosciuti non possa essere irragionevolmente più difficoltosa dell'attuazione di diritti risultanti dall'ordinamento giuridico nazionale.
- 47 Pertanto, mediante il principio di equivalenza, il diritto dell'Unione vieta qualsiasi discriminazione a livello di normativa processuale nell'ambito dell'azionamento di diritti derivanti dal diritto dell'Unione rispetto a regole processuali applicabili qualora vengano perseguiti diritti sanciti esclusivamente dalla normativa nazionale.
- 48 Nelle controversie di diritto civile avviate in primo grado mediante un'azione dinanzi al Bezirksgericht (Tribunale circoscrizionale) o al Landesgericht (Tribunale del Land) sono dovuti diritti processuali forfettari parametrati in base al valore della causa che, di norma, è noto in anticipo all'attore, figura equiparabile al ricorrente nell'ambito del diritto degli appalti pubblici. L'attore è, quindi, a conoscenza di quali oneri mettere in conto.
- 49 Mentre, a norma del BVergG, per la richiesta di adozione di un provvedimento cautelare ai sensi dell'articolo 340, paragrafo 1, punto 4, sono dovuti diritti forfettari nella misura del 50 % dei diritti dovuti per il ricorso, anche nel caso in cui il provvedimento cautelare sia richiesto in connessione con l'atto introduttivo del giudizio, dinanzi ai giudici civili austriaci non sono di norma dovuti diritti

forfettari distinti per tali provvedimenti cautelari se richiesti unitamente a un ricorso, che in linea di principio è soggetto all'obbligo di versamento di diritti.

- 50 Tuttavia, nella specie, l'aspetto centrale è costituito dal fatto che, nel caso dei diritti forfettari previsti ai sensi del Gerichtsgebührengesetz per i ricorsi e le domande di adozione di un provvedimento cautelare, l'avvenuto pagamento di detti diritti non rappresenta una condizione preliminare per una decisione nel merito e il diritto dello Stato alla loro riscossione non viene meno con detta decisione.
- 51 A differenza dei diritti forfettari ai sensi del BVergG, in caso di mancato pagamento, i diritti processuali forfettari vengono fissati mediante un provvedimento dell'autorità amministrativa senza che ciò influisca in altro modo sulla definizione dell'atto introduttivo o della domanda di adozione di un provvedimento cautelare.
- 52 Contro il provvedimento di fissazione dei diritti è prevista poi l'impugnazione dinanzi al BVwG quale giudice con pieno potere di cognizione. Le relative decisioni sui diritti adottate dal BVwG possono poi essere ancora contestate mediante ricorso in di annullamento (Revision) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof o mediante ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof.
- 53 I soggetti che propongono un ricorso o chiedono l'adozione di provvedimenti cautelari dinanzi al BVwG, servendosi di procedimenti di tutela previsti a livello di diritto dell'Unione a norma della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, godono pertanto sotto vari aspetti di un trattamento deteriore rispetto a quanto accade per i procedimenti di tutela puramente nazionali.
- 54 Per la domanda di provvedimenti cautelari, che di norma viene proposta dinanzi al BVwG in connessione con il ricorso, devono in ogni caso essere sempre versati diritti forfettari aggiuntivi, diversamente da quanto accade nel processo civile.
- 55 A norma del BVergG, il ricorso e la domanda di provvedimenti d'urgenza sono dichiarati inammissibili se, a seguito di un ordine di integrazione, il ricorrente non versa i diritti forfettari a suo carico nella misura stabilita dal giudice; egli perde il concreto diritto a una definizione nel merito della propria domanda già per effetto del mancato versamento dei diritti. Ai sensi del BVergG, un ricorso o una domanda di provvedimenti cautelari non possono neppure essere dichiarati inammissibili per motivi diversi dal mancato pagamento dei diritti prima che detti diritti siano stati fissati, nemmeno nei casi in cui la causa sia già matura per una decisione al riguardo. Svantaggi possono presentarsi, in particolare, per le amministrazioni aggiudicatrici cui viene opposto, con le domande di provvedimenti cautelari, l'effetto sospensivo ex lege, dal momento che la questione dei diritti deve essere definita prima di affrontare le domande de quibus, a pena di una potenziale responsabilità dei giudici per la mancata fissazione dei diritti.

- 56 Quando il BVwG, in veste di organo giurisdizionale, fissa i diritti forfettari ai sensi del BVergG, il ricorrente non dispone - come di norma accade - di un diritto d'impugnazione dinanzi a un giudice amministrativo dotato di pieni poteri di cognizione, potendo invece proporre unicamente ricorso di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof, dinanzi al quale gli aspetti relativi alla valutazione delle prove possono essere affrontati solo in maniera molto limitata, ovvero ricorrere dinanzi al Verfassungsgerichtshof, ricorso questo ammesso in linea di principio solo in caso di applicazione di disposizioni illegittime, in generale astratte, o di applicazione incostituzionale del diritto nel caso specifico.
- 57 Fatta salva la posizione accolta dal giudice a quo, ovvero che il regime delle spese giudiziali per le azioni di diritto civile e le domande di provvedimenti cautelari ad esse connesse e quello per i ricorsi, le domande di accertamento e le domande di provvedimenti cautelari debbano essere strutturati in maniera parimenti vantaggiosa, nel rispetto del principio di equivalenza sancito dal diritto dell'Unione, ai fini di un'ulteriore comparazione giuridica occorre anche illustrare il regime delle spese giudiziali relativo all'impugnazione delle decisioni dinanzi ai giudici amministrativi, in caso di ricorsi di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof e in caso di ricorsi avverso le decisioni di un giudice amministrativo dinanzi al Verfassungsgerichtshof.
- 58 Anche in questi casi sono dovuti dei diritti. Se, nel caso di impugnazioni di decisioni dinanzi ai giudici amministrativi, di ricorsi dinanzi al Verfassungsgerichtshof o di ricorsi di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof, vengono proposte domande di accertamento (anche negativo) dell'efficacia sospensiva - domanda questa diretta talvolta, dal punto di vista funzionale, al medesimo risultato perseguito con i provvedimenti cautelari - in base a quanto fino ad oggi sempre sostenuto dal Verwaltungsgerichtshof, tali domande, presentate unitamente all'impugnazione o al ricorso di annullamento, non sono soggette a diritti ulteriori in quanto domande accessorie.
- 59 In nessuno dei suesposti regimi tariffari previsti per l'ambito amministrativo, il pagamento dei diritti costituisce una condizione di ammissibilità ai fini della definizione nel merito dell'impugnazione di volta in volta considerata.
- 60 In caso di mancato pagamento dei diritti per le impugnazioni come nei tre casi sopra illustrati, l'Ufficio delle entrate competente provvede a emettere una cartella a tale titolo. Il soggetto tenuto a corrispondere i diritti ha la possibilità di proporre in seguito ricorso dinanzi al Bundesfinanzgericht (Tribunale federale delle finanze, Austria) quale giudice dotato di pieni poteri di cognizione e contro le decisioni di quest'ultimo è poi previsto, a sua volta, il diritto di proporre ricorso di annullamento (*Revision*) al Verfassungsgerichtshof.
- 61 In base al principio di effettività o di efficacia sancito dal diritto dell'Unione, le disposizioni nazionali non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione nel

settore degli appalti pubblici. Questo imperativo di garantire un possibile esercizio efficace del diritto è affrontato anche nell'articolo 1 della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, e nell'articolo 47 della Carta.

- 62 La direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, mira a garantire una procedura di ricorso rapida ed efficace che può sfociare nell'annullamento delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice. Con i provvedimenti cautelari sulla base di detta direttiva devono poter essere adottate quanto prima misure provvisorie connesse alla domanda principale di ricorso e di dichiarazione della nullità.
- 63 A norma dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva de qua, anche gli accordi quadro sono appalti ai sensi della direttiva.
- 64 Dalle disposizioni incondizionate e sufficientemente concrete di tale direttiva derivano talora diritti soggettivi a favore del singolo; si veda, in tal senso, ad esempio, la Corte di giustizia nella causa C-391/15.
- 65 Il BVwG ritiene pertanto che, a livello di diritto dell'Unione, sussista un diritto soggettivo a una definizione dei ricorsi e delle domande di provvedimenti cautelari quanto possibile rapida e indipendente dalle questioni relative ai diritti processuali forfettari.
- 66 Con riferimento al regime delle spese giudiziali nazionale specifico per la materia degli appalti pubblici, a parere del BVwG si pone la questione se, nel caso di procedure di aggiudicazione non trasparenti, l'insorgenza all'atto della presentazione della domanda di un obbligo di versare oneri il cui quantum, in quel momento, possa essere incerto, sia conforme al diritto dell'Unione, efficace, equo, equivalente e coerente con un procedimento celere.
- 67 In altre parole, sorge in particolare la questione se sia, segnatamente, equivalente, efficace, equo e conforme a un procedimento di ricorso e di urgenza celeri prevedere che il BVwG, quando il ricorso e la domanda di provvedimenti cautelari sarebbero addirittura potenzialmente maturi per la decisione, debba anzitutto stabilire, sotto un diverso profilo, in base all'oggettiva volontà dichiarata delle parti, quante decisioni emanate dall'amministrazione aggiudicatrice siano state impugnate dalla ricorrente all'atto dell'introduzione del procedimento con ricorso e relativa domanda di provvedimenti d'urgenza, quando dette decisioni siano state emanate e in quante procedure di aggiudicazione, e quante domande di ricorso, unitamente alle relative domande di provvedimenti d'urgenza, siano state confermate dalla ricorrente in un secondo momento, nella specie, ad esempio, al 5 gennaio 2021.

Sulle singole questioni pregiudiziali

- 68 A parere del BVwG occorre anzitutto chiarire il quadro normativo dell'Unione e l'effetto diretto del diritto dell'Unione unitamente all'inapplicabilità delle

disposizioni nazionali contrarie, prima di effettuare, sulla base del quadro giuridico così chiarito, ulteriori accertamenti di fatto, più o meno estesi, in relazione al quadro normativo pertinente specifico nel caso in esame.

- 69 **Sulla prima questione:** se la normativa sostanziale degli appalti pubblici rappresenta una materia specifica del diritto civile, il principio di equivalenza sancito dal diritto dell'Unione vieta di disciplinare, all'interno di tale normativa, la possibilità riconosciuta alla ricorrente di affermare i propri diritti in maniera meno vantaggiosa rispetto a quanto accade in altri ambiti del diritto civile puramente nazionali.
- 70 Si propone di rispondere alle questioni in esame nel senso che il diritto sostanziale degli appalti pubblici, quale insieme di norme che prevedono diritti e obblighi precontrattuali nel corso della negoziazione del contratto, costituisce un ambito del diritto civile al pari delle altre norme in materia di conclusione dei contratti; i provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE costituiscono parimenti procedimenti in materia di diritto civile, comunque quantomeno procedimenti ai sensi dell'articolo 35 del regolamento Bruxelles I bis.
- 71 **Sulla seconda questione:** con la presente questione si chiede se il principio di equivalenza sancito dal diritto dell'Unione, unitamente alle altre disposizioni del diritto dell'Unione, comporti l'inapplicabilità del regime delle spese giudiziali nazionale sopra illustrato.
- 72 Ove la Corte dovesse rispondere alla questione nel senso che il diritto dell'Unione implichi che la domanda di provvedimenti cautelari e le altre impugnazioni previste in Austria a tutela dei singoli possano essere definite a prescindere dalla questione dei diritti forfettari e dal pagamento di detti diritti, il BVwG potrebbe considerare gli accertamenti nella specie necessari ai fini della quantificazione dei diritti come accessori e, in conformità del principio di economia processuale, definire verosimilmente la domanda o le domande di provvedimenti cautelari, a seconda dell'esito degli accertamenti, in maniera molto celere e senza dover effettuare preventivamente ampi accertamenti sul numero di procedure di aggiudicazione.
- 73 **Sulla questione 2.1:** alla luce, in particolare, del principio di equivalenza, sancito dal diritto dell'Unione, occorre stabilire se, dal punto di vista dello stesso diritto dell'Unione, la richiesta di adozione di un provvedimento cautelare possa essere assoggettata a un onere forfettario autonomo laddove venga presentata in connessione con un ricorso, benché nel diritto civile le domande di provvedimenti cautelari connesse ad un ricorso non comportino negli altri casi la debenza di oneri aggiuntivi a quelli per il ricorso e nell'ambito del diritto amministrativo le domande di riconoscimento dell'effetto sospensivo collegate a un mezzo di impugnazione non siano assoggettate ad alcun diritto aggiuntivo.

- 74 In altre parole, se la Corte dovesse dichiarare che, a fronte della discriminazione dal punto di vista processuale rispetto agli altri ricorrenti in Austria, un ricorrente non è tenuto a versare alcun diritto aggiuntivo per le richieste di provvedimenti cautelari presentate unitamente al ricorso, la richiesta di provvedimenti cautelari della ricorrente potrebbe essere definita in maniera molto più celere e, in particolare, senza necessità di accertamenti specifici ai fini della quantificazione dei diritti.
- 75 **Sulla terza questione:** con la questione in oggetto il giudice del rinvio chiede se, dal punto di vista del diritto dell'Unione e, in particolare, alla luce dell'imperativo di celerità a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, ovvero dell'imperativo di sollecitudine di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva medesima, sia inammissibile collegare la celere definizione di un ricorso o di una richiesta di provvedimenti cautelari all'avvenuto pagamento dei diritti processuali dovuti per tale domanda o al pagamento dei diritti a seguito di un ordine di integrazione emesso a pena di dichiarazione di inammissibilità della domanda stessa in caso di inadempimento, laddove la domanda potrebbe essere eventualmente definita in maniera molto celere a prescindere dalla questione di tali oneri. Si propone di rispondere alla presente questione nel senso dell'inammissibilità di tale disciplina.
- 76 **Sulla quarta questione:** in base alla posizione sostenuta in questa sede, il fatto che il giudice, in presenza di appalti non trasparenti, come nella specie, debba svolgere approfonditi accertamenti in relazione a circostanze rilevanti ai fini della quantificazione dei diritti, dovendo eventualmente emanare un ordine di integrazione dei diritti e, in seguito, eventualmente dichiarare inammissibili il ricorso e la domanda di provvedimenti d'urgenza per mancato pagamento dei medesimi, appare iniquo per tutte le parti del procedimento. Se un regime delle spese giudiziali di tal genere inammissibile dal punto di vista del diritto dell'Unione e, di conseguenza, non applicabile nemmeno a livello nazionale, il BVwG potrebbe definire in ogni caso le domande in maniera molto più celere.
- 77 **Sulla quinta questione:** avverso un provvedimento di fissazione dei diritti processuali da parte dell'autorità amministrativa è di norma previsto un diritto di ricorso dinanzi a un giudice amministrativo dotato di pieni poteri di cognizione; per contro, nel caso dei diritti processuali specifici in materia di appalti pubblici a norma del BVergG, per i ricorsi e le domande di accertamento e di provvedimenti cautelari, a seguito della decisione sui diritti adottata dal giudice di primo grado, la fissazione degli oneri dovuti può essere impugnata unicamente dinanzi al Verfassungsgerichtshof e al Verwaltungsgerichtshof ed entrambi questi organi giurisdizionali supremi non sono legittimati ad un pieno sindacato (v. supra, punto 57).
- 78 A titolo di paragone, nel caso dei diritti processuali per i ricorsi proposti in un procedimento civile o per le impugnazioni nell'ambito del diritto amministrativo viene emanato un provvedimento amministrativo di fissazione dei diritti che può sempre essere contestato mediante ricorso dinanzi al competente giudice

amministrativo e poi, a sua volta, con ricorso in di annullamento (*Revision*) dinanzi al Verwaltungsgerichtshof o mediante ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof.

- 79 Secondo il giudice a quo, a parere del BVergG, una siffatta disciplina nazionale dei diritti processuali nell'ambito della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, discriminatoria sotto il profilo della tutela accordata, sarebbe in linea generale inammissibile alla luce del diritto dell'Unione, in particolare ove si consideri anche che, diversamente da quanto accade per altri diritti processuali, il versamento di tali diritti costituisce addirittura una condizione preliminare per la decisione nel merito.
- 80 **Sulla sesta questione:** la questione è volta ad acclarare se, in particolare alla luce dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, la conclusione dell'accordo quadro con un solo operatore economico costituisca, dal punto di vista di un'amministrazione aggiudicatrice, la conclusione del contratto ai sensi della succitata direttiva e, quindi, l'aggiudicazione dell'appalto ai sensi del diritto nazionale.
- 81 In caso di risposta affermativa alla presente questione, ai fini del procedimento di accertamento condotto dinanzi al BVwG appare evidente, in conformità del diritto dell'Unione, che già da quel momento, a livello nazionale, erano ammissibili solo domande di accertamento ex articolo 334 del BVergG e le domande di provvedimenti cautelari devono essere dichiarate inammissibili proprio in ragione della già intervenuta «aggiudicazione dell'appalto».
- 82 Si propone di rispondere ad entrambe le questioni in esame che la conclusione dell'accordo quadro con un solo operatore economico rappresenta la conclusione del contratto e l'aggiudicazione dell'appalto, dal momento che già l'articolo 1 della direttiva citata prevede tale equiparazione.
- 83 **Sulla questione 6.1:** tale questione in oggetto mira a chiarire se, in base al diritto dell'Unione, appalti affidati richiamando un accordo quadro si fondino su di esso anche laddove il quantitativo complessivo dell'accordo quadro ai sensi della sentenza della Corte nella causa C-216/17 sia già stato superato. In caso di risposta affermativa, qualora gli accertamenti confermino tale situazione, dal punto di vista del diritto nazionale si dovrebbe ritenere che anche gli appalti eccedenti il quantitativo complessivo - in quanto assegnati successivamente alla conclusione dell'accordo quadro - possano essere quindi contestati unicamente mediante una domanda di accertamento restando inammissibile, al riguardo, l'adozione di un provvedimento cautelare.
- 84 Qualora invece la Corte dovesse pervenire alla conclusione che, superato il quantitativo complessivo dell'accordo quadro originario, i singoli appalti non si fondano più su di esso, occorre stabilire se, in tal caso, i nuovi singoli appalti costituiscano (stati) aggiudicazioni dirette ai sensi del diritto nazionale o siano stati previsti o assegnati come appalti di fornitura nel quadro di una procedura di

aggiudicazione non trasparente o se, invece, debbano essere valutati come singoli appalti sulla base di un nuovo accordo quadro concluso in maniera non trasparente. In tale ipotesi, è ancora ammessa la proposizione di nuovi ricorsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto nonché di domande di provvedimenti cautelari al riguardo. A seconda del caso occorre poi stabilire se avverso i nuovi acquisti siano ammissibili ricorsi, domande di accertamento o domande di provvedimenti cautelari.

- 85 Per ragioni di economia processuale si propone di rispondere alle due questioni in esame nel senso che gli appalti conclusi sulla base di un accordo quadro si fondano su detto accordo quadro anche nel caso in cui il relativo quantitativo complessivo fosse già esaurito.
- 86 **Sulla settima questione:** con tale questione viene affrontato il tema dell'obbligo di fornire informazioni alla luce del divieto di auto-incriminazione.
- 87 L'articolo 49, paragrafo 1, punto 1, dell'AVG, applicabile nella specie, disciplina una facoltà di astensione riconosciuta al teste in base alla quale questi può rifiutarsi di rispondere a determinati quesiti se questa può cagionare al medesimo o a un suo congiunto un danno patrimoniale diretto o esporli al rischio di un'azione penale o arrecare loro disonore.
- 88 A norma dell'articolo 51 dell'AVG, tale facoltà di astensione trova applicazione anche alle parti del procedimento, fermo restando che tale facoltà non è peraltro prevista in relazione a un danno patrimoniale.
- 89 Ai sensi dell'articolo 336 del BVergG, qualora una parte del procedimento non abbia fornito informazioni o non abbia prodotto i documenti richiesti, è possibile, nel quadro di una valutazione discrezionale, emanare una decisione di natura contumaciale sulla base delle affermazioni rese dall'altra parte nel corso del procedimento.
- 90 Tuttavia, l'articolo 336 del BVergG non disciplina alcuna facoltà di astensione o diritto di negare le informazioni, come previsti nell'articolo 49, paragrafo 1, punto 1, dell'AVG.
- 91 A parere del BVwG, potrebbe configurarsi una violazione del divieto di auto-incriminazione se rappresentanti o collaboratori dell'amministrazione aggiudicatrice fossero tenuti a fornire dati e informazioni nell'ottica di evitare il rischio di una decisione contumaciale, anche se, in tal modo, potrebbero essere rivelate circostanze utilizzabili poi contro detti stessi rappresentanti e collaboratori in sede penale (o anche in base alla normativa in materia di risarcimento del danno).
- 92 D'altro canto, in assenza della possibilità di emettere una decisione di natura contumaciale in caso di mancata trasmissione di informazioni o mancata produzione di documenti, l'efficacia della tutela riconosciuta dalla normativa in materia di appalti pubblici risulterebbe limitata.

- 93 Dal punto di vista dei diritti fondamentali si propone di rispondere alla questione in esame nel senso che non sussiste alcun obbligo di fornire informazioni e produrre documenti ove ciò comporti in capo alla persona fisica agente per conto dell'amministrazione aggiudicatrice un obbligo di autoaccusarsi.
- 94 **Sull'ottava e sulla nona questione:** le presenti questioni vertono sulla sufficiente efficacia e correttezza delle disposizioni nazionali in caso di procedure di aggiudicazione non trasparenti per il ricorrente.
- 95 Risulta quantomeno realistico e possibile che la ricorrente, al momento della presentazione dell'atto introduttivo del giudizio, non fosse a conoscenza di quante procedure di aggiudicazione e di quale tipo (aggiudicazioni dirette, procedure negoziate senza previa pubblicazione) fossero state avviate o concluse dalle resistenti e quante decisioni separatamente impugnabili fossero già state adottate da queste ultime nell'ambito della o delle procedure di aggiudicazione.
- 96 In tal modo, è possibile che la ricorrente sia stata gravata dell'onere di indicare in maniera specifica le procedure di aggiudicazione e le decisioni impugnabili separatamente pur in mancanza di trasparenza al riguardo. Nell'ambito del procedimento la ricorrente ha pertanto formulato delle affermazioni generiche.
- 97 D'altro canto, in un processo civile austriaco, ogni attore è tenuto, nel quadro dell'onere di deduzione su di esso gravante, a riferire le circostanze alla base del diritto azionato e, in mancanza di una diversa previsione nelle disposizioni di legge, sopporta anche, in base al principio generale, l'onere sostanziale della prova se i fatti da lui dedotti a fondamento della propria pretesa non possono essere dimostrati o possono esserlo solo in parte.
- 98 Pertanto, tali rischi connessi alla deduzione e alla prova dei fatti appaiono in generale intrinseci all'ordinamento giuridico austriaco, in particolare nell'ambito del diritto civile (ad esempio, nella normativa in materia di risarcimento del danno e nella disciplina della concorrenza).
- 99 Se, ai sensi del BVergG, è di volta in volta richiesta, ai fini della ammissibilità di un ricorso e di una domanda di provvedimenti cautelari, l'indicazione della decisione separatamente impugnabile emanata nell'ambito di una determinata procedura di aggiudicazione e in concreto oggetto di impugnazione, e ciò è previsto previo ordine di integrazione, a pena di dichiarazione di inammissibilità, per il richiedente tutela diviene talvolta molto difficile, se non addirittura impossibile, conoscere con sufficiente certezza e, in particolare, tempestivamente prima dell'aggiudicazione dell'appalto, quante decisioni separatamente impugnabili in quante procedure di aggiudicazione siano già state emanate.
- 100 Tuttavia, se si valuta questa carenza di trasparenza nei confronti del richiedente tutela comparandola con altri meccanismi di tutela giuridica e, in particolare, con i ricorsi dinanzi ai giudici civili austriaci, emerge come, anche in quest'ultimo caso, accada analogamente che il ricorrente richiedente tutela debba far fronte, in primis, all'onere di deduzione della domanda e, successivamente, all'onere

sostanziale dell'accertamento esponendosi, quindi, al rischio connesso all'impossibilità di dimostrare le circostanze alla base del diritto azionato.

- 101 Alla luce dell'esito di tale raffronto delle disposizioni di diritto processuale, si propone di rispondere alle questioni sollevate che obblighi di designazione di tal genere non fanno apparire il meccanismo di tutela giuridica del BVergG, in sé, né inefficace, né iniquo ai sensi del diritto dell'Unione.
- 102 **Sulla decima questione:** Con tale questione si chiede se il diritto a un processo equo ai sensi dell'articolo 47 della Carta consenta, in caso di procedure di aggiudicazione non trasparenti per il richiedente tutela, di applicare un regime di diritti processuali nel quale l'ammontare dei diritti in definitiva dovuti dipende dall'ammontare del valore stimato dell'appalto, dal numero di procedure di aggiudicazione condotte con un determinato valore dell'appalto e dal numero di decisioni impugnabili separatamente oggetto di impugnazione.
- 103 Secondo il giudice del rinvio, nel caso di specie, alla luce della carente trasparenza per la ricorrente, appare iniquo esigere per i ricorsi e le domande di provvedimenti cautelari diritti forfettari per ciascuna decisione separatamente impugnabile in ciascuna specifica procedura di aggiudicazione, una volta che il giudice abbia correttamente stabilito quante decisioni impugnabili separatamente in quante procedure di aggiudicazione e con quale valore stimato dell'appalto siano oggetto di contestazione da parte della ricorrente. Iniquo in quanto, al confronto, per la parte che agisca dinanzi al giudice civile il quantum dei diritti dovuti è di norma chiaro già all'atto della proposizione dell'azione e della domanda di provvedimenti cautelari ad essa connessa. Nel regime delle spese giudiziali a norma dell'articolo 340 del BVergG, i richiedenti tutela devono attendersi, a determinate condizioni, notevoli «sorprese» quanto ai diritti dovuti.
- 104 Se si rispondesse all'ottava e alla nona questione nel senso che il diritto dell'Unione imponga che gli obblighi di indicare la decisione impugnata e la procedura di aggiudicazione interessata già all'atto della presentazione della domanda vengano meno in caso di appalti contestati non trasparenti, ma tuttavia che l'importo dei diritti dovuti a norma dell'articolo 340 del BVergG e del regolamento sui diritti forfettari sia determinato solo nel corso del procedimento di ricorso e del procedimento d'urgenza in ragione delle procedure di aggiudicazione con un determinato valore stimato d'appalto, come successivamente accertabili, e in ragione del numero di decisioni da annullare, la carenza di trasparenza del quantum dei diritti all'atto della presentazione della domanda sarebbe ancor più manifesta.
- 105 Si propone pertanto di rispondere alla questione che il fatto che le disposizioni in materia di diritti processuali impongano al ricorrente la corresponsione di diritti dal medesimo non prevedibili all'atto della presentazione della domanda a causa della carente trasparenza delle operazioni di appalto è iniquo sotto il profilo del diritto dell'Unione, con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia.