

ORDINANZA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

10 novembre 2004*

Nel procedimento T-303/04 R,

European Dynamics SA, con sede in Atene (Grecia), rappresentata dall'avv. S. Pappas,

richiedente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. L. Parpala e E. Manhaeve, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. J. Stuyck, con domicilio eletto in Lussemburgo,

resistente,

avente ad oggetto una domanda di sospensione dell'esecuzione, da una parte, della decisione della Commissione 4 giugno 2004 [DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 324] di classificare solo in seconda posizione l'offerta presentata, a seguito di una gara d'appalto per la prestazione di servizi informatici, dal raggruppamento di cui la richiedente è membro e, dall'altra, della decisione della Commissione 14 luglio 2004 [DG DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811] che respinge i reclami 21 giugno, 1°, 5 e 8 luglio 2004 proposti dalla richiedente contro l'assegnazione dell'appalto ad un altro raggruppamento,

* Lingua processuale: l'inglese.

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITA' EUROPEE

ha emesso la seguente

Ordinanza

Fatti all'origine della controversia

- 1 La European Dynamics SA opera nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni, in particolare per conto delle istituzioni europee.

- 2 In seguito al bando di gara ADMIN/DI/0005 ESP (External Service Providers) del 16 marzo 2001, la Commissione ha concluso vari contratti quadro, applicando il sistema di aggiudicazione previsto in caso di appalti con più titolari dal paragrafo 1.4 delle Condizioni generali per i contratti nel settore dell'informatica, pubblicate dalla Commissione l'11 giugno 1998 (in prosieguo: il «sistema a “cascata”»), per la prestazione di servizi esterni relativi ai sistemi di informazione. L'intero appalto è stato suddiviso in nove lotti, tra i quali il lotto 4, relativo alla prestazione di servizi esterni connessi alle applicazioni di gestione dei dati e ai sistemi di informazione (in prosieguo: il «lotto ESP 4»), e il lotto 5, relativo alla prestazione di servizi esterni connessi alle applicazioni Internet e Intranet (in prosieguo: il «lotto ESP 5»).

- 3 Il 16 ottobre 2001 è stato concluso un contratto quadro, recante il riferimento DI-02432-00, con il contraente selezionato come primo per il lotto ESP 4 in base al sistema di aggiudicazione «a cascata», vale a dire il raggruppamento costituito dalla Trasys SA e dalla Cronos Luxembourg SA — diventata Sword Technologies SA (in prosieguo: il «raggruppamento ESP 4»).

- 4 Il 5 novembre 2001 è stato concluso il contratto quadro DI-02432-00 con il contraente selezionato per essere il primo per il lotto ESP 5 in base al sistema di aggiudicazione «a cascata», vale a dire il raggruppamento costituito dalla European Dynamics, dall'IRIS SA, dalla Datacep SA, dalla Primesphere SA e dalla Reggiani SpA (in prosieguo: il «raggruppamento ESP 5»).

- 5 Il 23 novembre 2001 la Commissione ha pubblicato i massimali di bilancio fondati sulle stime di volume annunciate per i lotti ESP 4 e ESP 5, fissati rispettivamente in un importo complessivo di EUR 42 885 318 e di EUR 34 656 804, per la durata dei contratti, ossia fino ad ottobre 2006.

- 6 Poiché l'effettivo utilizzo dei contratti rientranti nel lotto ESP 4 si è rivelato nettamente superiore a quanto previsto — dal fascicolo si evince che, alla fine del mese di marzo 2003, ossia a meno di un terzo della durata massima dell'appalto relativo al lotto ESP 4, più di tre quarti dei fondi previsti erano già stati spesi —, la Commissione ha deciso di aumentare il massimale di bilancio del lotto ESP 4 e di predisporre un nuovo bando di gara per servizi della stessa natura di quelli che erano oggetto del lotto ESP 4, per il periodo che si conclude nell'ottobre 2006.

- 7 Con decisione 28 aprile 2003, la Commissione ha innalzato il massimale di bilancio del lotto ESP 4 di EUR 20 milioni e, il 10 maggio 2003, è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso di aggiudicazione recante il riferimento ADMIN/PN/2003/105.

- 8 Il 23 maggio 2003 il raggruppamento ESP 5 ha scritto al direttore della direzione generale (DG) dell'informatica per comunicargli la propria preoccupazione riguardo all'aumento del massimale di bilancio per il lotto ESP 4, sostenendo che la Commissione avrebbe dovuto servirsi in misura maggiore del lotto ESP 5, il quale sarebbe stato utilizzato al di sotto delle previsioni iniziali.
- 9 Dal fascicolo risulta che la lettera 23 maggio 2003 è stata seguita da una corrispondenza tra la Commissione ed il raggruppamento ESP 5, segnatamente dalla lettera della Commissione 4 luglio 2003, che fornisce spiegazioni in merito all'esecuzione dei lotti ESP 4 e ESP 5, da riunioni tra le parti, nonché da un seminario, organizzato dalla Commissione il 6 novembre 2003, in occasione del quale il raggruppamento ESP 5 ha potuto illustrare il potenziale dei servizi coperti dal lotto ESP 5 alle direzioni generali della Commissione.
- 10 Il 27 dicembre 2003 la Commissione ha indetto una gara d'appalto recante il riferimento ADMIN/DI2/PO/2003/192 ESP-DIMA per la «prestazione di servizi in situ ed esterni per i sistemi di gestione di dati/informazioni della Commissione europea, compresi lo sviluppo, la manutenzione ed altri servizi connessi» (in prosieguo: la «gara d'appalto ESP-DIMA»).
- 11 Con lettera 19 gennaio 2004, il consulente giuridico del raggruppamento ESP 5 ha richiesto che la Commissione annullasse la gara d'appalto ESP-DIMA, affermando che, invece di aggiudicare un nuovo appalto di servizi per sostituire il lotto ESP 4, la Commissione avrebbe dovuto usare il lotto ESP 5.
- 12 Tale domanda è stata respinta con lettera 30 gennaio 2004, nella quale la DG dell'informatica ha precisato che l'utilizzo del lotto ESP 5 al posto del lotto ESP 4 o dell'appalto ESP-DIMA non era possibile in quanto il lotto ESP 5, da una parte, e il lotto ESP 4 nonché l'appalto ESP-DIMA, dall'altra parte, hanno obiettivi distinti e riguardano, rispettivamente, le applicazioni Internet e Intranet, da un lato, e le applicazioni di gestione di dati e i sistemi di informazione dall'altro.

- 13 Il 20 febbraio 2004 le società European Dynamics, IRIS, Datacep e Reggiani (ossia le società che costituiscono il raggruppamento ESP 5, ad esclusione della società Primesphere, in prosieguo: il «raggruppamento ED») hanno presentato un'offerta congiunta alla gara d'appalto ESP-DIMA.
- 14 Il 2 giugno 2004 la Commissione ha assegnato l'appalto ESP-DIMA. L'offerente scelto come primo in base al sistema di aggiudicazione «a cascata» è stato il raggruppamento costituito dalle società Trasys e Sword Technologies e dalla Intrasoft International SA e TXT SpA (vale a dire il raggruppamento ESP 4 con due ulteriori partecipanti; in prosieguo: il «raggruppamento ESP-DIMA»). Il raggruppamento ED è stato scelto come secondo contraente, seguito da altri offerenti in qualità di terzi e quarti nella serie di contraenti.
- 15 Questi risultati sono stati notificati a tutti gli offerenti, compreso il raggruppamento ED, con lettera 4 giugno (in prosieguo: la «decisione di aggiudicazione»).
- 16 Con telefax 8 giugno 2004, la European Dynamics ha richiesto ulteriori precisazioni sulla decisione di aggiudicazione. La Commissione ha risposto con lettera 9 giugno 2004, nella quale le ha trasmesso maggiori informazioni sui risultati della valutazione tecnica per ogni criterio pertinente.
- 17 Con lettera 21 giugno 2004, la European Dynamics ha chiesto alla DG dell'informatica di fornirle copia della relazione di valutazione di tutte le offerte presentate in seguito al bando di gara ESP-DIMA, in particolare delle sezioni relative al suo raggruppamento e al raggruppamento la cui offerta è stata selezionata, nonché i nominativi dei responsabili della valutazione.

- 18 Il 29 giugno 2004 si è svolta una riunione tra la European Dynamics e la DG dell'informatica, durante la quale le parti hanno discusso sulla valutazione delle offerte e sulle preoccupazioni della European Dynamics relative all'esecuzione del lotto ESP 4 comparata a quella del lotto ESP 5. La Commissione ha inviato un sunto di tale riunione alla European Dynamics il 6 luglio 2004. Lo stesso giorno, la Commissione ha confermato che non era ancora stato concluso alcun contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA.
- 19 Dopo tale riunione, la European Dynamics ha inviato varie lettere alla Commissione, in particolare in data 1°, 5 e 8 luglio 2004, nelle quali ha contestato la legittimità della gara d'appalto ESP-DIMA e della decisione di aggiudicazione. La European Dynamics ha affermato, in particolare, che non vi era motivo di procedere all'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA dato che il lotto ESP 5 avrebbe dovuto essere utilizzato al posto del lotto ESP 4. Un membro del comitato di valutazione si sarebbe trovato in una situazione di conflitto di interessi, la scala di punteggio utilizzata per la valutazione tecnica sarebbe stata inappropriata e l'offerta selezionata sarebbe di qualità inferiore e in essa si proporrebbe un sistema informatico molto limitato. Nelle dette lettere, la European Dynamics chiedeva una copia della relazione di valutazione e la comunicazione dei nominativi dei componenti del comitato di valutazione. Essa richiedeva altresì che la firma dei contratti fosse rimandata fino a quando non fosse stata data una risposta soddisfacente a tutte le questioni richiamate.
- 20 Con lettera 14 luglio 2004 (in prosieguo: la «lettera recante motivazione»), la Commissione ha risposto alle questioni sollevate dalla European Dynamics nelle suddette lettere e ha rifiutato di trasmettere copia della relazione di valutazione, specificando che ciò avrebbe implicato la comunicazione di dettagli commerciali riservati relativi alle altre offerenti. Per quanto concerne il dubbio sulla necessità di indire la gara d'appalto ESP-DIMA e la proposta di utilizzare il lotto ESP 5 per la fornitura di servizi rientranti nel lotto ESP 4, la Commissione ha spiegato che, nella citata lettera 30 gennaio 2004, la DG dell'informatica ha fatto valere che, poiché i due lotti rappresentavano appalti differenti, distinti e separati, non era possibile passare da uno all'altro per il semplice motivo che uno dei due lotti non aveva ancora raggiunto il suo massimale di bilancio. Indire una gara d'appalto per il lotto

per il quale il massimale di bilancio non poteva più essere aumentato era pertanto l'unico metodo idoneo ed era conforme al regolamento (CE, Euratom) del Consiglio 25 giugno 2002, n. 1605, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee (GU L 248, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento finanziario»).

- 21 Il 15 luglio 2004 la Commissione ha inviato i contratti risultanti dalla decisione di aggiudicazione contemporaneamente ai quattro raggruppamenti selezionati, compreso il raggruppamento ED, quale secondo contraente (contratto quadro DIGIT-04551-00), indicando che i contratti dovevano essere restituiti firmati prima del 30 luglio 2004.
- 22 Il 27 luglio 2004 si è svolta una riunione tra i rappresentanti del raggruppamento ED e della DG dell'informatica, nel corso della quale questi ultimi hanno ribadito la posizione della Commissione di non accogliere la proposta avanzata dalla European Dynamics di autorizzarla a svolgere un ruolo attivo nel controllo della suddivisione dei progetti tra il lotto ESP 4 ed il lotto ESP 5.
- 23 Il 28 luglio 2004 il raggruppamento ED ha chiesto alla Commissione di differire di un mese la conclusione dei contratti risultanti dalla gara d'appalto ESP-DIMA, in quanto i membri del raggruppamento avevano bisogno di tempo supplementare per compiere determinati atti amministrativi. La Commissione ha immediatamente replicato che tali atti amministrativi potevano essere svolti dopo la sottoscrizione del contratto e che non era necessario alcun differimento. Il contratto del raggruppamento ED è stato depositato firmato il 30 luglio 2004. Alcune procure mancanti sono state inviate alla Commissione il 4 agosto 2004.
- 24 Pertanto, il 4 agosto 2004 la Commissione era in possesso di tutti gli originali dei contratti relativi all'appalto ESP-DIMA, sottoscritti da tutti i contraenti.

Procedimento e conclusioni delle parti

- 25 Con atto introduttivo registrato presso la cancelleria del Tribunale il 29 luglio 2004, la richiedente ha proposto un ricorso ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, diretto, da una parte, all'annullamento della procedura di gara d'appalto ESP-DIMA, vale a dire del bando di gara 2003/S249-221337 ESP-DIMA e della gara d'appalto ESP-DIMA e, dall'altra parte, all'annullamento delle decisioni della Commissione relative all'ordine di classificazione delle offerte, ossia la decisione di aggiudicazione e la lettera recante la motivazione.
- 26 Con atto separato, registrato nella cancelleria del Tribunale lo stesso giorno, la richiedente ha presentato istanza, ai sensi dell'art. 76 bis del regolamento di procedura del Tribunale, affinché il Tribunale statuisca mediante procedimento accelerato.
- 27 Con atto separato, registrato nella cancelleria del Tribunale lo stesso giorno, la richiedente ha proposto la presente domanda di provvedimenti urgenti diretta a far sospendere l'esecuzione della decisione di aggiudicazione e della lettera recante motivazione, così da impedire la conclusione del contratto da parte del raggruppamento ESP-DIMA fino a quando il Tribunale non si sia pronunciato nella causa principale. La richiedente chiede altresì che la Commissione sia condannata alle spese.
- 28 Il 4 agosto 2004 copia della domanda di provvedimenti urgenti è stata notificata alla Commissione, in conformità all'art. 105, n. 1, del regolamento di procedura, e come termine per la presentazione delle osservazioni della Commissione è stato fissato il 19 agosto 2004.
- 29 Poiché la richiedente ha depositato una domanda di provvedimenti provvisori volta a sospendere l'esecuzione della decisione di aggiudicazione, il 4 agosto 2004 l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di rinviare la sottoscrizione dei quattro contratti relativi all'appalto ESP-DIMA.

- 30 Il 12 agosto 2004 la Commissione ha richiesto una proroga per il deposito delle sue osservazioni fino al 26 agosto 2004. Tale richiesta è stata accolta con decisione 16 agosto 2004.
- 31 Il 26 agosto 2004 la Commissione ha presentato le sue osservazioni sulla domanda di provvedimenti urgenti, nelle quali chiede che detta domanda sia respinta in quanto irricevibile o, in subordine, in quanto non fondata.
- 32 Il 31 agosto 2004 la cancelleria del Tribunale ha trasmesso alla richiedente le osservazioni della Commissione.
- 33 L'8 settembre 2004 la richiedente ha presentato una domanda volta a chiedere l'autorizzazione a depositare osservazioni in merito alle osservazioni della Commissione.
- 34 Con decisione 14 settembre 2004, il presidente del Tribunale ha accolto tale domanda e ha fissato, come termine per il deposito delle osservazioni della richiedente in merito alle osservazioni della Commissione, la data del 24 settembre 2004.
- 35 Il 23 settembre 2004 la richiedente ha presentato le sue osservazioni in merito alle osservazioni della Commissione, fornendo in allegato ulteriori documenti numerosi e significativi. In tali osservazioni, la richiedente ha inoltre richiesto che fosse ordinato alla Commissione di produrre taluni documenti, vale a dire le richieste di preventivi (Requests for Quotation) e le statistiche inerenti all'esecuzione del lotto ESP 4 (in prosieguo: i «documenti in questione»).

- 36 Il 29 settembre 2004 il presidente del Tribunale ha fissato la data dell'8 ottobre 2004 come termine per il deposito delle osservazioni della Commissione in merito alle osservazioni della richiedente.
- 37 Il 6 ottobre 2004 la Commissione ha richiesto una proroga per il deposito delle sue osservazioni fino al 15 ottobre 2004. Tale richiesta è stata accolta con decisione del presidente del Tribunale dello stesso giorno.
- 38 Il 15 ottobre 2004 la Commissione ha depositato le sue osservazioni in risposta alle osservazioni della richiedente.
- 39 Il 2 novembre 2004 la richiedente ha inviato una lettera alla cancelleria del Tribunale nella quale ha sollevato alcune osservazioni ulteriori in merito alle osservazioni della Commissione del 15 ottobre 2004 e ha chiesto al presidente del Tribunale di tenerne conto ai fini del suo giudizio. Tale lettera è stata notificata alla Commissione in conformità all'art. 105, n. 1, del regolamento di procedura.

In diritto

Sulla domanda di provvedimenti provvisori

- 40 Ai sensi del combinato disposto degli artt. 242 CE e 243 CE, da un lato, e dell'art 225, n. 1, CE, dall'altro, il Tribunale può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato o prescrivere i provvedimenti provvisori necessari.

- 41 L'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura stabilisce che le domande di provvedimenti provvisori devono precisare l'oggetto della causa, i motivi di urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustifichino prima face (*fumus boni iuris*) l'adozione dei provvedimenti provvisori richiesti. Questi presupposti sono cumulativi, di modo che i provvedimenti provvisori devono essere negati qualora manchi uno dei suddetti presupposti [ordinanza del presidente della Corte 14 ottobre 1996, causa C-268/96 P(R), SCK e FNK/Commissione, Racc. pag. I-4971, punto 30]. Il giudice del procedimento sommario procede altresì, se del caso, alla ponderazione degli interessi in gioco (ordinanza del presidente della Corte 29 giugno 1999, causa C-107/99 R, Italia/Commissione, Racc. pag. I-4011, punto 59).
- 42 I provvedimenti richiesti devono inoltre essere provvisori nel senso che non devono pregiudicare la soluzione dei punti di diritto o di fatto controversi né vanificare a priori le conseguenze della decisione che verrà pronunciata più avanti nella causa principale [ordinanza del presidente della Corte 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), Commissione/Atlantic Container Line e a., Racc. pag. I-2165, punto 22].
- 43 Inoltre, nell'ambito di siffatta valutazione globale, il giudice del procedimento sommario dispone di un ampio potere discrezionale ed è libero di stabilire, considerate le particolarità del caso di specie, il modo in cui vanno accertate le varie condizioni in parola nonché l'ordine in cui condurre tale esame, posto che nessuna norma di diritto comunitario gli impone uno schema di analisi predeterminato per valutare la necessità di statuire in via provvisoria (ordinanza Commissione/Atlantic Container e a., cit., punto 23).
- 44 Tenuto conto degli elementi del fascicolo, il giudice del procedimento sommario ritiene di disporre di tutti gli elementi necessari per statuire sulla presente domanda di provvedimenti provvisori, senza che si renda necessario sentire prima le spiegazioni orali delle parti.

Argomenti delle parti

— Sulla ricevibilità

- 45 La richiedente afferma di avere un interesse a proporre il ricorso contro gli atti di cui chiede la sospensione e di aver proposto il detto ricorso entro il termine. Pertanto la sua domanda sarebbe ricevibile.
- 46 La Commissione sostiene che la domanda non presenta alcuna utilità poiché la richiedente non ha richiesto la sospensione della decisione di bandire la procedura di aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA, bensì la sospensione di decisioni che aggiudicano l'appalto. I provvedimenti provvisori richiesti non potrebbero quindi sortire l'effetto di sospendere l'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA, contrariamente a ciò che la richiedente intende effettivamente ottenere. La Commissione aggiunge poi che la domanda è irricevibile perché il ricorso nella causa principale lo è a sua volta. Infatti, secondo la Commissione, la richiedente non dimostra di essere direttamente interessata dagli atti impugnati e, in ogni caso, non dimostra l'esistenza di un interesse individuale ad agire, dato che gli atti riguardano il raggruppamento ED e non la richiedente a titolo individuale.

— Sul *fumus boni iuris*

- 47 La richiedente, riferendosi al suo ricorso nella causa principale, sostiene che l'appalto ESP-DIMA va annullato per errata valutazione dei fatti, violazione delle forme sostanziali e difetto di motivazione. Dall'esposizione dei fatti nella domanda risulta che la richiedente ritiene che l'indizione della gara d'appalto ESP-DIMA non fosse necessaria, poiché la Commissione avrebbe potuto servirsi del lotto ESP 5 invece di sostituire il lotto ESP 4 con l'appalto ESP-DIMA. La richiedente reputa

inoltre che l'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA sia viziata da illegittimità dato che almeno un membro del comitato di valutazione si trovava in una situazione di grave conflitto di interessi, che la Commissione non aveva utilizzato la stessa scala di punteggio per valutare i vari offerenti, che l'offerta selezionata proponeva un sistema informatico di scarso valore e di portata limitata e, infine, che la Commissione non le ha fornito una copia della relazione di valutazione, contrariamente a quanto previsto dal regolamento finanziario.

- 48 La Commissione considera che la richiedente non ha presentato gli argomenti di fatto e di diritto che giustificano prima facie l'adozione dei provvedimenti provvisori e che essa ha menzionato solo incidentalmente i motivi sui quali si fonda il ricorso nella causa principale. Essa sottolinea che le asserzioni fatte valere non sono fondate, come emerge chiaramente dalla lettera recante motivazione del 14 luglio 2004, che esse non sono affatto dimostrate e che non andrebbero neppure esaminate nel contesto della presente domanda di provvedimenti urgenti.

— Sull'urgenza

- 49 Secondo la richiedente, la condizione relativa all'urgenza è soddisfatta. Essa evidenzia di non poter attendere l'esito del procedimento nella causa principale senza subire un danno grave ed irreparabile, consistente in un danno finanziario particolarmente pesante e tale da impedirle di resistere sul mercato, nella perdita di una parte importante delle sue attività, che determinerebbe il licenziamento della metà del personale, nonché in un pregiudizio particolarmente significativo per la sua reputazione.
- 50 Per quanto attiene al danno finanziario, la richiedente afferma che il danno deriverebbe dall'errata esecuzione del lotto ESP 4 invece del lotto ESP 5, nonché dalla continuazione del lotto ESP 4 mediante l'appalto ESP-DIMA, assegnato ad un altro offerente. La richiedente considera che tale situazione determinerà la fine dell'esecuzione del lotto ESP 5, poiché il lotto ESP 4 sarà prolungato con l'appalto

ESP-DIMA e ci si attende che un gran numero di contratti esistenti vengano immediatamente estesi dopo la sottoscrizione dei contratti relativi all'appalto ESP-DIMA, e ciò per diversi anni. Di conseguenza, la decisione di aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA ad un altro offerente e la continuazione dell'irregolare esecuzione di tale appalto invece del lotto ESP 5 priveranno la richiedente delle entrate normalmente connesse all'esecuzione del lotto ESP 5, il quale costituisce la parte principale delle sue attività.

- 51 A tale proposito, la richiedente sottolinea di essere una società di medie dimensioni con un organico di circa 200 lavoratori, di sviluppare alcuni progetti tra i quali quelli rientranti nell'ambito del lotto ESP 5 sono di gran lunga i più importanti e che il lotto ESP 5 copre la maggior parte del suo bilancio e occupa circa la metà dei suoi dipendenti, assunti proprio per le esigenze legate al detto lotto. L'infrastruttura di sostegno sarebbe anch'essa stata incrementata, dando luogo ad un sistema che, nel complesso, dovrebbe la sua esistenza e la sua sopravvivenza al lotto ESP 5 e sarebbe stato concepito e realizzato per provvedere all'esecuzione d'un appalto d'importo pari a 35 milioni di euro. L'aggiudicazione del lotto ESP 5 obbligherebbe la richiedente a mantenere un'infrastruttura costosa, a destinare dipendenti a tale progetto e ad allestire una struttura per la formazione continua di tali dipendenti, necessaria a causa dei cambiamenti tecnologici adottati dalla Commissione con intervalli di pochi mesi. Le attività della richiedente connesse al lotto ESP 5 rappresentano la somma di circa 4 milioni di euro all'anno e costituiscono una parte significativa del complesso delle sue attività nel settore dei servizi informatici. Le entrate della richiedente sarebbero passate da 16 milioni di euro nel 2001 a 14 milioni di euro nel 2002 e a 10 milioni di euro nel 2003 e sussisterebbe il rischio di un costante calo nel 2004 e nel 2005 a 5 milioni di euro, dovuto proprio all'insufficienza degli ordini trasmessi nell'ambito del lotto ESP 5. Per questo motivo una parte significativa dei dipendenti della società la avrebbe già lasciata. La richiedente afferma che una tale perdita di dipendenti renderà impossibile riguadagnare le quote di mercato perdute.

- 52 La richiedente sostiene che la mancata esecuzione o la eventuale riduzione degli ordini del lotto ESP 5 le risulterebbe quindi fatale. A suo parere, un'intera infrastruttura, appositamente prevista per l'attuazione del lotto ESP 5, sparirà, con conseguenze irreparabili per essa, che non sarà più in grado di sopravvivere nel mercato, alquanto concorrenziale, dove svolge le sue attività.

- 53 Quanto al danno arrecato alla sua reputazione, la richiedente sottolinea che questa situazione può danneggiare i suoi rapporti con altri soggetti del mercato e altri clienti che interpreteranno tale situazione come dovuta all'incapacità di rispondere alle aspettative della Commissione.
- 54 La richiedente ritiene infine che i provvedimenti provvisori richiesti siano necessari dato che, se fosse data attuazione agli atti contro i quali essa ha proposto la presente domanda di provvedimenti urgenti prima del loro annullamento, la Commissione sottoscriverebbe i corrispondenti contratti, aprendo così la strada all'assorbimento, da parte dell'appalto ESP-DIMA, di gran parte dei fondi rimanenti. Secondo la richiedente, all'appalto ESP-DIMA saranno assegnati 120 milioni di euro, così da farne il maggior investimento della Commissione nel settore e da collegare definitivamente la Commissione al raggruppamento ESP-DIMA.
- 55 La Commissione sostiene che il danno fatto valere dalla richiedente non è né grave né irreparabile ai sensi della giurisprudenza del Tribunale.
- 56 Per quanto attiene al danno finanziario lamentato, la Commissione evidenzia anzitutto che gli argomenti della richiedente dimostrano come non esista alcun nesso di causalità tra, da una parte, l'atto di cui si chiede la sospensione dell'esecuzione (l'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA ad un altro offerente) e, dall'altra parte, il danno che la richiedente asserisce di poter subire, ossia una diminuzione della sua cifra d'affari generata dal contratto relativo al lotto ESP 5.
- 57 A tale proposito, la Commissione sostiene che il danno che, a parere della richiedente, potrebbe verificarsi, deriva dall'argomento della richiedente secondo cui la Commissione avrebbe dovuto servirsi maggiormente del lotto ESP 5, invece di utilizzare la procedura di aggiudicazione dell'appalto per sostituire i vecchi contratti del lotto ESP 4 con l'appalto ESP-DIMA. La Commissione sottolinea che il ragionamento della richiedente si fonda in realtà sull'ipotesi, del tutto errata, che, se alla Commissione fosse impedito di sottoscrivere i contratti derivanti dalla gara

d'appalto ESP-DIMA, essa dovrebbe ricorrere al lotto ESP 5 per fornire il tipo di servizi precedentemente coperti dal lotto ESP 4, il che aumenterebbe la cifra d'affari della richiedente. Secondo la Commissione, questa tesi è semplicemente sbagliata, perché l'amministrazione aggiudicatrice continuerà in ogni caso ad applicare la distinzione tra i lotti ESP 4 e ESP 5 che essa pratica dalla conclusione di tali appalti e che risulta dalla definizione dei detti appalti che compare nel relativo bando di gara.

58 In ogni caso, la Commissione aggiunge che il danno che sorgerebbe se i provvedimenti provvisori non fossero concessi non sarebbe né grave, né irreparabile. Secondo una costante giurisprudenza, il danno pecuniario sarebbe chiaramente riparabile, in quanto potrebbe essere oggetto di una successiva compensazione finanziaria. La richiedente non dimostrerebbe circostanze eccezionali che consentano di qualificare il detto danno finanziario come grave ed irreparabile. Al riguardo, la Commissione sottolinea che la richiedente si limita ad affermazioni generiche e che essa non ha dimostrato né, da un lato, che la perdita dell'appalto in questione pregiudicherebbe la sua esistenza, né, dall'altro, che la sua posizione sul mercato ne risulterebbe irrimediabilmente modificata.

59 Al contrario, per la Commissione è evidente che la richiedente può continuare ad esistere fino alla decisione del Tribunale nella causa principale. In proposito, la Commissione rinvia, tra gli altri elementi, a due relazioni degli studi EuroDB e Dun & Bradstreet, datate, rispettivamente, 22 marzo 2004 e 26 luglio 2004, allegate alle osservazioni della Commissione del 15 ottobre 2004, le quali indicherebbero che la situazione finanziaria della richiedente è buona. La richiedente, nella lettera 2 novembre 2004, sostiene che tali relazioni sono obsolete ed errate.

60 Per quanto riguarda i danni di natura non finanziaria lamentati dalla richiedente, ossia un pregiudizio particolarmente grave arrecato alla sua reputazione a causa della perdita dell'appalto in questione, la Commissione osserva che la partecipazione

ad una gara d'appalto comporta evidentemente il rischio, in capo agli offerenti, che l'appalto non venga loro assegnato. Tale situazione non implicherebbe quindi alcun pregiudizio alla reputazione, come il Tribunale ha già constatato nella sua giurisprudenza.

- 61 Infine, a parere della Commissione, il fatto che il contratto possa essere concluso con l'offerente selezionato e che una parte notevole del bilancio gli sia assegnata prima della pronuncia del Tribunale nella causa principale non costituisce, secondo una giurisprudenza ben consolidata, un elemento che dimostri la sussistenza della condizione relativa all'urgenza. In caso di annullamento, la Commissione sarebbe in grado di ripristinare i diritti della richiedente.

— Sulla ponderazione degli interessi

- 62 Sebbene la richiedente non abbia esplicitamente affrontato il tema della ponderazione degli interessi nella sua domanda, la Commissione sottolinea che tale ponderazione si risolve a suo favore, dato che il danno che la richiedente potrebbe subire qualora i provvedimenti provvisori non fossero concessi non supera quello che la Commissione e gli altri offerenti interessati potrebbero subire se tali provvedimenti fossero accordati. Gli altri offerenti farebbero legittimo affidamento nel fatto che la Commissione prosegua nell'assegnazione dei contratti. I provvedimenti provvisori impedirebbero la conclusione di tali contratti cosicché le attività informatiche della Commissione ne risulterebbero ostacolate. La Commissione ritiene inoltre che, poiché la validità delle offerte scade il 19 novembre 2004, una sospensione porrebbe fine a tali offerte, di modo che tali provvedimenti non potrebbero essere considerati provvisori. La richiedente respinge queste due ultime affermazioni sostenendo che la Commissione dispone di altre soluzioni per sostituire i contratti in questione: essa potrebbe, in particolare, richiedere la proroga della validità delle offerte o utilizzare altri contratti. A tale riguardo, la Commissione considera che siffatta proroga, seppur possibile, non è certa e che gli altri mezzi per procurarsi i servizi in questione sarebbero meno soddisfacenti della conclusione dell'appalto ESP-DIMA.

Valutazione del giudice del procedimento sommario

— Osservazioni preliminari

- ⁶³ Occorre ricordare che, secondo una consolidata giurisprudenza, le condizioni previste dall'art 104, n. 2, del regolamento di procedura richiedono che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali la domanda è fondata emergano in maniera coerente e comprensibile dallo stesso testo della domanda di provvedimenti provvisori (ordinanze del presidente del Tribunale 25 giugno 2003, causa T-175/03 R, Schmitt/AER, Racc. PI pagg. I-A-175 e II-883, punto 18; 15 gennaio 2001, causa T-236/00 R, Stauner e a./Parlamento e Commissione, Racc. pag. II-15, punto 34, e 7 maggio 2002, causa T-306/01 R, Aden e a./Consiglio e Commissione, Racc. pag. II-2387, punto 52).
- ⁶⁴ Anche se, come giustamente evidenzia la Commissione, la domanda contiene pochi elementi che consentano al giudice del procedimento sommario di valutare se, prima facie, la concessione dei provvedimenti richiesti sia giustificata, occorre constatare che le osservazioni della Commissione nonché la seconda tornata di osservazioni delle parti hanno chiarito l'oggetto della domanda in modo tale da consentire al giudice del procedimento sommario di esaminarla. Nella fattispecie occorre anzitutto esaminare la condizione dell'urgenza.

— Sulla condizione dell'urgenza

- ⁶⁵ Va ricordato che, per costante giurisprudenza, il carattere urgente di una domanda di provvedimenti provvisori deve valutarsi in relazione alla necessità di statuire provvisoriamente, al fine di evitare che il richiedente subisca un danno grave e irreparabile. Spetta a quest'ultimo provare di non poter attendere l'esito della causa principale senza dover subire un danno di tale natura (v. ordinanze del presidente

del Tribunale 20 luglio 2000, causa T-169/00 R, Esedra/Commissione, Racc. pag. II-2951, punto 43, e 27 luglio 2004, causa T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissione, Racc. pag. II-3027, punto 41 e giurisprudenza ivi citata).

- 66 Occorre innanzi tutto constatare che, come sottolinea a ragione la Commissione, la richiedente non ha dimostrato il nesso tra il preteso danno e gli atti di cui si richiede la sospensione dell'esecuzione.
- 67 La richiedente contesta in sostanza le modalità con cui è stata data esecuzione al contratto relativo al lotto ESP 5 che, a suo parere, è stato sottoutilizzato rispetto al lotto ESP 4. Essa critica tale esecuzione, che ritiene irregolare, nonché la decisione della Commissione di avviare la procedura di aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA per rinnovare il lotto ESP 4. La richiedente non ha tuttavia contestato alla Commissione l'irregolare esecuzione del suo contratto relativo al lotto ESP 5 e non ha richiesto la sospensione dell'esecuzione della procedura di aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA. In proposito va ricordato che il bando di gara ESP-DIMA è stato pubblicato il 27 dicembre 2003 e che i reclami della richiedente contro il principio stesso di tale bando di gara sono stati respinti con lettera della Commissione 30 gennaio 2004.
- 68 Questo comportamento della richiedente incide direttamente sul valore dei suoi argomenti vertenti sulla condizione dell'urgenza. La richiedente, infatti, solo indirettamente afferma che un danno grave ed irreparabile deriverebbe dall'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA ad un altro offerente o dalla stessa esistenza di tale appalto. Al contrario, essa sottolinea chiaramente di considerare il danno derivante dalla «eventuale mancata esecuzione o riduzione delle prestazioni oggetto del lotto ESP 5», il che le risulterebbe «fatale». La richiedente cerca di dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità tra l'esecuzione irregolare del lotto ESP 5 e l'aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA facendo presente, nella sua domanda, che «è più che evidente che l'irregolare esecuzione [del lotto ESP 4] significherebbe la fine [del lotto ESP 5] poiché [il lotto ESP 4] sarà prolungato mediante [l'appalto ESP-DIMA]»; che, se la sospensione richiesta non sarà concessa «la Commissione sottoscriverà i

contratti [in questione], aprendo così la strada all'utilizzo mediante [l'appalto ESP-DIMA] di una notevole parte del bilancio esistente» e che «a partire da quel momento, non si potrà più dare attuazione [al lotto ESP 5]».

- 69 La richiedente non ha tuttavia impugnato né l'esecuzione errata dei lotti ESP 4 e ESP 5 che, sostanzialmente, è alla base delle sue preoccupazioni, né le prevedibili condizioni di esecuzione dell'appalto ESP-DIMA. È quindi evidente che la richiedente non può dimostrare che la concessione dei provvedimenti provvisori determinerebbe un maggiore ricorso ai contratti del lotto ESP 5, posto che la Commissione ha chiaramente indicato che in nessun caso essa utilizzerebbe i contratti del lotto ESP 5 per ricorrere a prestazioni di servizi rientranti nel settore iniziale del lotto ESP 4 o dell'appalto ESP-DIMA. La richiedente non ha quindi dimostrato l'esistenza di un nesso di causalità tra, da una parte, gli atti di cui si chiede la sospensione dell'esecuzione (la decisione di aggiudicazione dell'appalto ESP-DIMA ad un altro offerente e la lettera di motivazione) e, dall'altra, il danno che essa potrebbe subire, ossia una diminuzione della sua cifra d'affari realizzata grazie al lotto ESP 5. Pertanto, risulta che i provvedimenti provvisori richiesti non avranno impatto sull'esecuzione del lotto ESP 5.
- 70 Ne consegue che i provvedimenti provvisori richiesti non sono né pertinenti né necessari per evitare il sorgere del danno fatto valere.
- 71 In ogni caso, anche se lo si considerasse derivante dalle azioni contestate, è giocoforza constatare che il danno asserito non potrebbe essere ritenuto grave ed irreparabile ai sensi della giurisprudenza del Tribunale.
- 72 Per quanto attiene al danno finanziario lamentato dalla richiedente, occorre rilevare, come ha fatto la Commissione, che, secondo una giurisprudenza consolidata, siffatto danno non può essere considerato, in linea di principio, come irreparabile né difficilmente riparabile se può costituire oggetto di una successiva compensazione

finanziaria (v. ordinanza Esedra/Commissione, cit., punto 44 e giurisprudenza ivi citata). La richiedente non ha dimostrato e neppure fatto valere di non poter ottenere siffatta compensazione mediante un eventuale ricorso per risarcimento ai sensi dell'art. 288 CE (v., in questo senso, ordinanza Esedra/Commissione, cit., punto 47, e ordinanza del presidente del Tribunale 1^o ottobre 1997, causa T-230/97 R, Comafra e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione, Racc. pag. II-1589, punto 38).

73 Alla luce di quanto precede, nella fattispecie i provvedimenti provvisori richiesti sarebbero giustificati solo se risultasse che, in assenza di tali provvedimenti, la richiedente si troverebbe in una situazione idonea a pregiudicare la sua stessa esistenza o a modificare irrimediabilmente la sua posizione sul mercato (v., in questo senso, ordinanza Esedra/Commissione, cit., punto 45).

74 Orbene, la richiedente non ha fornito la prova che, in assenza dei provvedimenti provvisori richiesti, essa rischia di trovarsi in una situazione del genere.

75 Al riguardo è d'uopo constatare che la richiedente non ha fornito elementi sulla sua situazione finanziaria atti a indurre il giudice del procedimento sommario a concludere che la sua esistenza sia in pericolo fino a quando il Tribunale non si sia pronunciato nella causa principale.

76 Occorre in particolare constatare che gli argomenti della richiedente relativi al calo delle sue entrate non sono corroborati da prove e che, in ogni caso, la richiedente non dimostra che siffatto calo delle entrate sarebbe idoneo a mettere in pericolo la sua esistenza prima della decisione del Tribunale nella causa principale.

- 77 Al contrario, va dichiarato che dagli elementi del fascicolo risulta che la richiedente continuerà ad esercitare un'attività sufficiente a garantirne l'esistenza fino alla decisione del Tribunale nella causa principale.
- 78 Come sottolinea la stessa richiedente nella sua domanda, essa partecipa regolarmente, con successo, alle gare d'appalto della Commissione e sviluppa un certo numero di progetti per le istituzioni europee e non soltanto per la Commissione.
- 79 Tutto ciò è confermato, tra l'altro, anche dalle relazioni degli studi EuroDB e Dun & Bradstreet, datati rispettivamente 22 marzo 2004 e 26 luglio 2004, allegati alle osservazioni della Commissione 15 ottobre 2004, dai quali emerge che la richiedente ha parecchi clienti, tra cui istituzioni europee, istituzioni pubbliche nazionali e società internazionali. Inoltre, da tali relazioni si evince che la situazione finanziaria della richiedente viene valutata come «buona», con note positive per quanto riguarda le vendite, la redditività e il patrimonio complessivo. Sempre a proposito di tali relazioni, va sottolineato che l'affermazione della richiedente, contenuta nella sua lettera del 2 novembre 2004, secondo cui tali relazioni sono «obsolete» ed «errate», è di natura alquanto generica e che la richiedente non ha prodotto alcuna prova idonea a dimostrare la veridicità di questa affermazione.
- 80 Va infine rilevato che la richiedente continuerà a partecipare al raggruppamento ESP 5, in qualità di primo contraente del lotto ESP 5, e parteciperà anche al raggruppamento ED come secondo contraente dell'appalto ESP-DIMA, proprio perché, nell'ambito della sua partecipazione alla gara d'appalto ESP-DIMA, essa ha dimostrato alla Commissione di possedere la capacità finanziaria e tecnica richiesta per siffatto progetto.
- 81 Quanto all'eventualità che, in assenza dei provvedimenti provvisori richiesti, la posizione della richiedente sul mercato risulti irrimediabilmente modificata, la richiedente afferma, in proposito, che sarà costretta a porre fine alla metà delle sue

attività, a licenziare la metà del personale e che tutte le infrastrutture previste per l'attuazione del lotto ESP 5 dovranno scomparire, con conseguenze «fatali». Tuttavia, essa non giustifica tali argomenti e non dimostra neppure, né tenta di dimostrare, che ostacoli di natura strutturale o giuridica le impedirebbero di riconquistare una congrua parte del mercato perduto (v., in questo senso, ordinanza del presidente del Tribunale 16 gennaio 2004, causa T-369/03 R, Arizona Chemical e a./Commissione, Racc. pag. II-205, punto 84). La richiedente, in particolare, non ha provato che le sarebbe impedito di aggiudicarsi altri appalti, tra cui quello controverso in seguito ad una nuova gara d'appalto, o che essa non potrebbe assumere dipendenti o ricreare un'infrastruttura tecnica idonea a sostenere grandi progetti come quelli attuati nell'ambito del lotto ESP 5, se ciò fosse necessario per riconquistare le quote di mercato perdute. Al riguardo occorre sottolineare, in primo luogo, che il lotto ESP 5 continuerà ad esistere e, in secondo luogo, che la circostanza che la richiedente partecipi e potrà continuare a partecipare ad altri progetti per istituzioni europee e per altri clienti garantisce che la sua capacità tecnica non verrà meno.

82 Quanto al danno di natura non finanziaria lamentato dalla richiedente, relativamente al suo argomento secondo cui i provvedimenti provvisori sarebbero urgenti a causa del danno irreparabile che sarebbe cagionato alla sua reputazione e alla sua credibilità, occorre osservare che la decisione di aggiudicazione non sortisce l'effetto di cagionare un danno del genere. Secondo una consolidata giurisprudenza, la partecipazione ad una gara di appalto pubblica, per sua natura altamente competitiva, comporta necessariamente rischi per tutti i partecipanti e l'eliminazione di un offerente in forza delle norme della gara non presenta, di per sé, alcun carattere pregiudizievole (ordinanza del presidente della Corte 5 agosto 1983, causa C-118/83 R, CMC/Commissione, Racc. pag. 2583, punto 51, e ordinanza Esedra/Commissione, cit., punto 48).

83 Del pari, gli argomenti della richiedente diretti a dimostrare che l'urgenza deriverebbe dal fatto che il contratto con il raggruppamento ESP-DIMA sarà concluso e che il bilancio relativo all'appalto ESP-DIMA sarà fissato, prima della pronuncia della decisione che conclude la causa principale, in un importo tale da vincolare in modo permanente la Commissione al detto raggruppamento non possono essere accolti. Una siffatta situazione non costituisce una circostanza che

comprova l'urgenza, dal momento che, se, per ipotesi, il Tribunale dovesse accogliere il ricorso in via principale, spetterebbe alla Commissione adottare i provvedimenti necessari a garantire una protezione adeguata degli interessi della richiedente. In una ipotesi siffatta, tale istituzione potrebbe organizzare una nuova gara d'appalto alla quale la richiedente potrebbe partecipare, e ciò senza incontrare particolari difficoltà. Un simile provvedimento potrebbe essere combinato con il versamento di un'indennità. Orbene, la richiedente non ha addotto alcuna circostanza che potrebbe impedire che i suoi interessi siano tutelati in maniera simile (v., in tal senso, ordinanza Esedra/Commissione, cit., punto 51, e ordinanza del presidente del Tribunale 2 maggio 1994, causa T-108/94 R, Candiote/Consiglio, Racc. pag. II-249, punto 27).

84 Pertanto, è d'uopo concludere che gli elementi di prova forniti dalla richiedente non consentono di stabilire in diritto che, in mancanza dei provvedimenti provvisori richiesti, essa subirebbe un danno grave ed irreparabile.

85 Ne consegue che la richiedente non è riuscita a dimostrare che la condizione relativa all'urgenza è soddisfatta. Di conseguenza, la domanda di provvedimenti provvisori dev'essere respinta senza necessità di pronunciarsi sulla ricevibilità della stessa né di esaminare se siano soddisfatte le altre condizioni per la concessione degli stessi (ordinanza del presidente del Tribunale 9 agosto 1999, cause riunite da T-38/99 R a T-42/99 R, T-45/99 R e T-48/99 R, Sociedade Agrícola dos Arinhos e a./Commissione, Racc. pag. II-2567, punto 48).

Sulla domanda di mezzi istruttori diretta alla produzione di documenti da parte della Commissione

Argomenti delle parti

86 Nelle osservazioni del 23 settembre 2004, la richiedente chiede che il presidente del Tribunale ordini alla Commissione di produrre i documenti in questione in quanto

essi potrebbero dimostrare che l'esecuzione dell'ESP 4 era irregolare e che, di conseguenza, ottenere tali documenti sarebbe utile ed opportuno per il Tribunale e persino decisivo ai fini della sentenza del Tribunale.

- 87 La Commissione ritiene che la domanda di mezzi istruttori vada respinta poiché la richiedente non ha affatto dimostrato l'utilità della produzione dei documenti in questione, contrariamente a quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte. La Commissione fa poi presente che tali documenti contengono informazioni riservate che non possono essere divulgate, in quanto la produzione dei detti documenti pregiudica i legittimi interessi degli offerenti.

Valutazione del giudice del procedimento sommario

- 88 Anzitutto è giocoforza constatare che la domanda della richiedente relativa alla produzione dei documenti in questione va intesa come una domanda di mezzi istruttori o di misure di organizzazione del procedimento.
- 89 In proposito, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 105, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura, il presidente del Tribunale decide se sia il caso di disporre un'istruttoria. L'art. 65 del regolamento di procedura precisa che i mezzi istruttori comprendono, in particolare, la produzione di documenti. L'art. 64 del regolamento di procedura consente al Tribunale di adottare misure di organizzazione del procedimento che comprendono, segnatamente, la presentazione di documenti o di qualsiasi altra prova concernente la causa.

90 Dato che la domanda di provvedimenti urgenti va respinta per mancanza di urgenza, senza che sia necessario valutare se sono soddisfatte le altre condizioni per la concessione dei provvedimenti provvisori, segnatamente la condizione relativa all'esistenza del fumus boni iuris, il giudice del procedimento sommario considera che i documenti in questione non presentano interesse ai fini dell'esame di questa domanda di provvedimenti urgenti e che pertanto le misure relative ai documenti in questione richieste dalla richiedente non devono essere adottate.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

così provvede:

1) La domanda di provvedimenti urgenti è respinta.

2) Le spese sono riservate.

Lussemburgo, 10 novembre 2004.

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

B. Vesterdorf