

MIGLIOR ATTO MOOT COURT A.A. 2019-20

CONCLUSIONI DEGLI AVVOCATI GENERALI

**ALESSANDRO B.
STANISLAV C.
CARLOTTA R.
BEATRICE S.
PAOLO GIUSEPPE S.
SARA T.**

Presentate il 1/12/2019

Comune di Milano

contro

Consiglio dell'Unione europea

Ricorso avente ad oggetto una domanda fondata sull'articolo 263 TFUE e volta ad annullare la decisione che stabilisce la nuova sede di EMA (Agenzia europea del farmaco) ad Amsterdam, assunta ai margini del Consiglio Affari Generali del 20/11/2017. Si lamenta il mancato rispetto da parte delle istituzioni del generale principio di trasparenza sancito dall'art.15 TFUE, del diritto ad una buona amministrazione e del diritto d'accesso ai documenti ai sensi degli articoli 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché il mancato rispetto dei criteri del bando di gara e la sussistenza di diversi vizi.

Introduzione

La presente causa riguarda l'impugnazione di una decisione, presumibilmente imputabile al Consiglio, concernente la fissazione della nuova sede EMA ad Amsterdam, proposta dal Comune di Milano, ente autonomo di diritto pubblico, il quale ha preso parte alla procedura di assegnazione secondo bando di gara.

Tale causa dà l'opportunità al Tribunale di esprimersi sulla disciplina delle agenzie decentrate, specificamente riguardo la fissazione della loro sede, e rappresenta un'occasione per ribadire le linee direttive che le istituzioni sono chiamate a tenere nell'esercizio delle loro funzioni.

È necessario, poi, analizzare se l'iter decisionale seguito per l'attribuzione della sede EMA ad Amsterdam sia avvenuto correttamente e in conformità con l'obiettivo perseguito o se, al contrario, sussistano determinate condizioni che vadano ad inficiare tale scelta.

Contesto normativo

Art.263 TFUE, paragrafi 1,4,6 - art. 341 TFUE - art. 168, paragrafo 4 TFUE - Regolamento di procedura del 22/6/2017 - Nota esplicativa del 31/10/2017 - Regolamento 2018/1718 - Art. 277 TFUE - Articolo41, "diritto ad una buona amministrazione", Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Articolo42 Carta dei diritti fondamentali sul "diritto d'accesso ai documenti" - art.13, regolamento interno del Consiglio - art.296, co. 2 TFUE -

Fatti

1. A seguito della notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione Europea da parte del Regno Unito in data 29/03/2017, ai sensi dell'art.50 TUE, è parso doveroso al Consiglio Europeo promuovere le azioni necessarie finalizzate all'attribuzione di una nuova sede all'Agenzia europea per i medicinali situata nel Regno Unito, come risulta dagli orientamenti del 29 aprile.

Conseguentemente, gli Stati membri, a margine del Consiglio europeo, in data 22 giugno 2017 approvavano il regolamento di procedura volto a disciplinare le modalità di attribuzione della sede che prevedeva i seguenti passaggi:

- Organizzazione di un bando di gara fondato su criteri tecnici e di opportunità politica, fra cui l'idoneità a garantire piene funzioni dell'Agenzia al momento del recesso, l'accessibilità ad un'infrastruttura adeguata, condizioni socio-economiche favorevoli e valorizzazione di un'equa distribuzione geografica;
- Presentazione delle offerte entro il 31 luglio 2017 e successiva valutazione della Commissione, finalizzata ad informare il processo decisionale;
- votazione a margine del Consiglio in data 20 novembre 2017, preceduta da una discussione politica tra i rappresentanti degli stati membri sulla base della valutazione della Commissione e strutturata con un massimo di tre tornate di voto ed un eventuale sorteggio finale, in caso di parità, eseguito dalla Presidenza che provvederà a notificare il vincitore;
- Procedura legislativa volta a confermare l'attribuzione della sede modificando il Regolamento 726/2004.

2. In data successiva, 31 ottobre 2017, veniva approvata una nota esplicativa con lo scopo di disciplinare nel dettaglio lo svolgimento della votazione.

3. Fra le altre offerte, anche quelle di Amsterdam e Milano venivano ritenute idonee dalla Commissione. In particolare, la prima prevedeva due sedi transitorie, poiché quella definitiva era in fase di costruzione.

4. A seguito delle tre tornate di voto, Amsterdam e Milano risultavano parimerito, circostanza che ha provocato il ricorso al sorteggio, il quale decretava la vittoria di Amsterdam. Al sorteggio non erano presenti i rappresentanti delle due città, inoltre la procedura si è conclusa senza la redazione di un verbale. Seguiva nell'immediato la notifica del vincitore attraverso la pubblicazione di un comunicato stampa.

5. In un secondo momento si scopriva che le due sedi transitorie erano offerte da Amsterdam alternativamente, al contrario di quanto era stato inteso dalla Commissione. Avendo EMA valutato negativamente le suddette strutture, Amsterdam ne proponeva una terza inizialmente non contenuta nell'offerta.

Contestando la liceità delle procedure e delle valutazioni, il Comune di Milano ha presentato ricorso.

Analisi giuridica

Questioni procedurali

6. Occorre in prima battuta esaminare il rispetto dei termini di presentazione del ricorso da parte del ricorrente.
7. In particolare modo ai sensi dell'art. 263 TFUE ult. comma è previsto un "termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza". Complementare a tale disposizione è l'art. 51 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, il quale indica un termine aggiuntivo di 10 giorni.
8. Alla luce di quanto esposto è necessario valutare l'identificazione del *dies a quo*, dal quale vanno computati i termini. Considerando la data dell'avvenuta conoscenza della decisione riconducibile allo stesso 20 novembre 2017 e che il ricorso è stato effettuato il 30 gennaio 2018, questo è stato presentato in tempo.
9. Il ricorso è stato depositato presso la cancelleria della Corte, tuttavia l'art. 256 TFUE dispone che "il Tribunale è competente a conoscere in primo grado dei ricorsi di cui agli artt. 263, 265, 268, 270, 272, ad eccezione [...] di quelli che lo statuto riserva alla Corte di Giustizia." Alla luce di quanto sancito dall'art. 51 dello Statuto della Corte di giustizia, i ricorsi presentati da privati, con tale espressione intendendosi ogni persona fisica o giuridica, non rientrano nelle competenze esclusive della Corte in primo grado. Ciò considerato, la causa va rinviata al Tribunale ai sensi dell'art. 54 comma 2 dello Statuto.
10. Data la natura eventuale dell'intervento degli avvocati generali in seno al Tribunale, stabilita dall'art. 254, comma 1 TFUE e dall'art. 49 dello Statuto della Corte di giustizia siamo chiamati a presentare le nostre conclusioni a seguito della decisione presa dal Tribunale in seduta plenaria su domanda della sezione alla quale la causa attribuita ex art. 19, regolamento di procedura del Tribunale, data la difficoltà in diritto della causa ai sensi dell'art. 18 dello stesso regolamento.

Sulla giurisdizione della Corte di Giustizia

11. Secondo quanto sancito dall'art. 263, comma 1 TFUE, sono soggetti al controllo di legittimità "atti legislativi, atti del Consiglio, [...] che non siano raccomandazioni o pareri [...], atti degli organi e organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi". Alla luce della giurisprudenza consolidata, inoltre, gli elementi qualificativi per l'impugnabilità sono la riconducibilità dell'atto ad un'istituzione, organo o organismo e l'idoneità dello stesso ad avere efficacia vincolante nei confronti dei terzi.
12. Ne discende che l'organo giurisdizionale non esercita i suoi poteri di controllo su atti adottati dagli Stati membri o dai loro rappresentanti anche se fisicamente riuniti in seno al Consiglio. Stando all'orientamento prevalente, ai fini dell'imputabilità di un atto occorre aver riguardo non alla forma, che si può esprimere in un *nomen iuris*, bensì "al suo contenuto e al complesso delle circostanze in cui è stato adottato". Allo stesso modo, per la valutazione di un'eventuale efficacia, rileva non la denominazione ma la sostanza dello stesso, ossia l'idoneità a modificare situazioni giuridiche soggettive di terzi (ordinanza del 28 febbraio 2017, NF/Consiglio Europeo causa T-192/16; sentenza del 30 giugno 1993, Parlamento contro Consiglio, cause riunite C-181/91 e C-248/91).
13. Nel caso di specie, è possibile un'agevole determinazione della veste nella quale hanno agito i rappresentanti degli Stati membri, ossia se in qualità di delegazione degli stessi ovvero di membri del Consiglio.

14. Il primo documento che illustra una seppur scarna disciplina è la *Dichiarazione congiunta del 19 luglio 2012*, nella quale la fissazione della sede delle Agenzie è definita “*decisione politica [...] presa di comune accordo dai rappresentanti degli Stati membri riuniti a livello di capi di Stato o di governo o dal Consiglio*”. Da tale atto emerge la duplice possibilità che la decisione venga assunta alternativamente dal Consiglio ovvero dai rappresentanti degli Stati membri. Più ambiguamente la medesima questione viene ribadita negli *orientamenti del Consiglio europeo del 29 aprile 2017*, la quale fa riferimento ai 27 Stati membri senza specificarne la qualificazione.

15. Più nel merito entrano le *Regole di procedura del 22 giugno 2017*, adottate a margine del Consiglio europeo dal Consiglio. In esso si statuisce che “*la presente nota definisce la procedura da noi raccomandata per raggiungere la decisione dei 27 Stati membri rimanenti in merito alla sede delle due Agenzie dopo il recesso del Regno Unito dall’Unione*”: stando al contenuto di detto documento, si evidenzia una consistente alterità tra il Consiglio e l’autore della decisione relativa alla fissazione della sede. Ciò farebbe propendere verso un’iniziale ipotesi di non imputabilità al Consiglio.

16. Nelle stesse regole di procedura, è poi precisato che “*la decisione sarà adottata mediante votazione a margine del Consiglio Affari Generali di novembre*”; rileviamo che la locuzione “*a margine*” potrebbe far supporre continuità rispetto ad una precedente riunione del Consiglio. Inoltre, nel *comunicato stampa del 20 novembre 2017* che rende noto l’esito della votazione, viene adoperato il termine “*ministri*” per indicare i soggetti che hanno assunto la decisione, il che, comunque, non chiarisce la questione.

17. Di fronte a tali ambiguità, bisogna rilevare che in diversi punti del regolamento di procedura, della nota esplicativa della stessa e del *regolamento modificativo 2018/1718* vi è un continuo riferimento agli autori della decisione in qualità di rappresentanti degli Stati e non di membri del Consiglio.

18. Nonostante la decisione faccia capo presumibilmente agli Stati membri, non si può non tener conto del ruolo attivo delle altre istituzioni, in particolare del COREPER, della Commissione e della Presidenza.

19. In primo luogo, il punto 6 del regolamento di procedura assegna al Coreper la preparazione approfondita della discussione politica sulla base della quale si basava la votazione. In secondo luogo, la Commissione svolge un ruolo di valutazione tecnica ai sensi della dichiarazione congiunta del 2012 (“*la Commissione è disposta ad aiutare nella valutazione delle offerte degli Stati membri*”) che si concretizza, secondo quanto disposto dal regolamento di procedura, nell’esame delle offerte e in una relativa valutazione sull’idoneità a soddisfare i requisiti richiesti. Tale valutazione non deve comunque essere classificata come vincolante.

20. In ultimo, risulta più complessa la ricostruzione della incisività dell’intervento della Presidenza: essa, oltre a vigilare sul corretto svolgimento della procedura, presentava i risultati delle tornate di voto e in caso di parità procedeva ad un sorteggio che decretava la nuova sede EMA.

21. Alla luce dei precedenti giurisprudenziali, è perfettamente ammissibile un compito di rappresentanza e di coordinamento svolto dalle stesse istituzioni al fine di agevolare il processo decisionale degli Stati membri, senza che ciò implichi l’imputabilità dell’atto alle stesse (*ordinanza 28 febbraio 2017, T-192/16 par. 67-68; conclusioni dell’avvocato generale Jacobs del 16 dicembre 1992 nella causa 181/91*). Per quanto concerne, poi, più nello specifico il ruolo della presidenza, ci si chiede se effettuando essa il sorteggio, la decisione non risulti alla stessa imputabile e, in caso negativo, se si possa parlare di una oggettivizzazione rispetto all’organo agente con conseguente scissione tra i due e irriducibilità della scelta ad alcun soggetto. Tale conclusione avrebbe infatti un esito paradossale in quanto si avrebbe una decisione auto-determinatasi.

22. A nostro avviso bisogna inquadrare la natura del sorteggio alla luce dell’intero processo decisionale, il quale vede la prevalente partecipazione degli Stati tramite votazione fino al configurarsi di una situazione di stallo dovuta alla parità. Di conseguenza il sorteggio non rappresenta l’unico fattore decisionale bensì una appendice quale contrappeso necessario per giungere ad una conclusione, superando l’impasse politico. È

evidente quindi che non vi sono margini di discrezionalità del Presidente che possano giustificare l'imputabilità dell'atto allo stesso e, di conseguenza, all'istituzione del Consiglio, in quanto il sorteggio rappresenta un atto meccanico e l'intervento del presidente garanzia di imparzialità.

23. Ad un altro livello, come già evidenziato nelle conclusioni dell'avvocato Jacobs nella sentenza 181/91, ai fini dell'imputabilità dell'atto risulta essere rilevante la materia oggetto dello stesso. A tal fine occorre valutare se la materia oggetto d'esame rientri nell'ambito di applicazione dell'art 341 TFUE e, quindi, se le agenzie decentrate rientrino o meno nel novero delle istituzioni.

24. Alla luce del dettato normativo dell'art. 13 TUE, la nozione di istituzione sembra ricomprendere unicamente quelle elencate, escludendo le agenzie decentrate. Tuttavia, l'attuale orientamento giurisprudenziale tende a far prevalere un'interpretazione estensiva di suddetto articolo, includendo tra le stesse tutti quegli organismi rispondenti ai seguenti requisiti da accertare caso per caso: preposizione al raggiungimento di uno degli obiettivi dell'Unione ed assoggettabilità al regime di responsabilità extracontrattuale ex art. 340 TFUE (sentenza C-370/89).

25. Con riguardo ad EMA, essa indubbiamente contribuisce a garantire "un livello elevato di protezione della salute umana" (art. 168 TFUE, comma 1), in quanto si occupa di controllare l'emissione di farmaci, concorrendo alla fissazione di parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico.

In secondo luogo, escludere l'Agenzia dal novero dei possibili legittimati passivi ai sensi dell'art 340 TFUE rappresenterebbe un grave *vulnus* per la tutela dei singoli. Ben infatti si potrebbe supporre che l'Agenzia possa essere convenuta per rispondere di eventuali danni cagionati da farmaci la cui immissione sia stata autorizzata dalla stessa.

26. A sostegno di quanto detto sopra, rileviamo che già in passato per la fissazione delle sedi di Agenzie decentrate si è fatto riferimento ad una decisione dei rappresentanti degli Stati membri (*Decisione del 29 ottobre 1993; GUUE C 323*). Più recentemente si è fatto, poi, esplicito ricorso al 341 TFUE per lo stesso scopo con riguardo all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia con *Decisione 2009/913/UE*.

27. Alla luce delle osservazioni fino ad ora riportate riteniamo, quindi, che la decisione del 20 novembre 2017 sia assunta dai ministri non in qualità di membri del Consiglio bensì in veste di rappresentanti degli Stati membri in linea con il dettato del 341 TFUE. Pertanto suggeriamo alla Corte di dichiarare il ricorso irricevibile.

Sulla legittimazione ad agire del comune di Milano

28. Qualora la Corte ritenga il ricorso ricevibile per la natura dell'atto, da ritenersi imputabile al Consiglio, occorre procedere al vaglio dei criteri di legittimazione attiva del ricorrente, differenziati dai trattati sulla base della tipologia di quest'ultimo.

29. Lo stesso art. 263 TFUE, al comma 4, specifica che l'attore, qualora si tratti di una persona fisica o giuridica, "può proporre [...] un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura di esecuzione", subordinando, quindi, la ricevibilità del ricorso alla sussistenza di un interesse qualificato. Tale previsione, in sostanza, permette alle singole persone giuridiche, di natura non statale, pubbliche o private, di richiedere l'intervento della Corte in presenza di un atto che leda la propria sfera di interessi, riservando agli Stati membri e alle istituzioni europee la prerogativa della tutela della legalità nell'ordinamento.

30. Nel caso di specie, il Comune di Milano rientra indubbiamente nel novero dei ricorrenti privati in quanto dotato di personalità giuridica sia ai sensi dell'ordinamento nazionale sia secondo i criteri comunitari consolidati.

31. Occorre pertanto ricondurre l'atto oggetto della controversia in una delle tre categorie prospettate dal suddetto articolo, derivandone così i requisiti che il ricorrente deve dimostrare. Certamente la *Decisione del 20 novembre 2017* gode di portata generale in quanto, per sua stessa natura, non indirizzata a specifici destinatari ma ad ogni soggetto dell'Unione. In secondo luogo, data la peculiarità della procedura decisionale, l'atto non si configura come legislativo, mancando qualsiasi forma di co-decisione con il Parlamento europeo prevista dall'*art. 289 TFUE*. Concludiamo quindi che l'atto in questione sia di tipo regolamentare.

32. Constatato ciò, resta dunque da valutare l'idoneità del provvedimento a produrre effetti indipendentemente da qualsiasi altro atto di esecuzione, con tale intendendosi una successiva manifestazione di volontà da parte di un ulteriore soggetto, parte integrante dell'iter decisionale, che goda di un rilevante margine di *discrezionalità* circa il contenuto del proprio provvedimento, a cui si deve aggiungere il fatto che tali effetti si producano in capo a Milano.

33. Innanzitutto si rende necessario valutare la sussistenza o meno della facoltà di alterare l'esito del sorteggio in capo agli attori del procedimento legislativo volto ad adottare il regolamento modificativo del precedente *Regolamento CE 726/2004*. In tal senso, le regole di procedura del 22 giugno 2017 stabiliscono che il successivo atto legislativo ha un ruolo meramente confermativo, prevedendo che "*la Commissione elaborerà senza indugio le proposte legislative volte [...] a confermare la fissazione della nuova sede*", precisando, inoltre, che "*gli Stati membri concordano preventivamente di rispettare il risultato*" della procedura di voto. Ne discende che *sia la Commissione che il Consiglio non godono, nella formulazione del regolamento modificativo, di alcuna discrezionalità*.

34. Per quanto concerne il ruolo del Parlamento, lo stesso ha affermato, nella *risoluzione del 25 ottobre 2018* in sede di procedura legislativa ordinaria, che "*dovrebbe semplicemente confermare la scelta compiuta per la nuova ubicazione*".

35. Inoltre gli effetti giuridici si producono in capo a Milano in quanto, trattandosi di un concorrente della gara, è titolare di un interesse legittimo che la decisione del 20 novembre 2017 lede, come già evidenziato dalla nostra collega l'avvocato generale Rozes nella *causa 135/81*.

36. Ultimo requisito da valutare è l'assenza di misure di esecuzione, per tale intendendosi provvedimenti autoritativi sui quali sia possibile innestare dei procedimenti giudiziari artificiosi di fronte alla Corte con il solo scopo di accertare l'invalidità in via incidentale dell'atto a monte: nel caso di specie, la decisione del 20 Novembre 2017 pare assolutamente priva di misure qualificabili in questo senso.

37. Da tutte le considerazioni sopra riportate, riteniamo che il Comune di Milano sia legittimato ad agire ai sensi dell'*art. 263 co. 4*.

Nel merito

38. Procedendo alla valutazione di merito, è necessario affrontare la conformità della Decisione del 20 Novembre alle norme primarie oltre al corretto svolgimento dei lavori con riferimento alle regole di procedura del 22 giugno 2017.

39. In primo luogo, il ricorrente eccepisce in via incidentale la invalidità delle regole di procedura ai sensi dall'*art. 277 TFUE*, in particolare lamentando l'inidoneità del procedimento previsto rispetto all'obiettivo fissato, nello specifico l'inadeguatezza del sorteggio ai fini della determinazione del vincitore di una gara che prevede dei parametri tecnico-qualitativi.

40. Il suddetto articolo prevede infatti la possibilità per le parti di “*invocare dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea l’inapplicabilità di un “atto di portata generale adottato da un’istituzione, organo, organismo [...] anche dopo lo spirare del termine previsto all’articolo 263, sesto comma”*” e che sia rilevante ai fini della controversia, provocandone quindi l’accertamento dell’invalidità in via incidentale. Tuttavia, nonostante la norma non ponga restrizioni circa limiti temporali all’esercizio dell’eccezione di invalidità, questa è da ritenersi non degna di tutela qualora sia *strumentale all’elusione dei termini* di ricorso, laddove fosse stato possibile per il ricorrente esercitare con successo un’azione di annullamento ex art. 263 avente ad oggetto, appunto, l’atto a monte, successivamente messo in causa.

41. Tale precisazione rende a nostro parere ancor più stringente la valutazione circa la ricevibilità di tale strumento processuale, avendo considerazione anche dei recenti sviluppi introdotti dal Trattato di Lisbona nel senso di ampliare le possibilità per i privati di esperire azioni di annullamento aventi ad oggetto atti che incidono su di essi anche solo direttamente.

42. Ne consegue l’opportunità di valutare se il Comune di Milano abbia o meno avuto la possibilità di impugnare ai sensi dell’articolo 263 le regole di procedura del 22 Giugno 2017. Indubbiamente l’azione le era preclusa al momento dell’adozione dell’atto, in quanto questo non lo riguardava in alcun modo, essendo esso rivolto ad una generale platea di potenziali partecipanti. Tuttavia, riteniamo che già con la presentazione dell’offerta venga a concretizzarsi il requisito di idoneità ad essere riguardati *direttamente (e individualmente)* dall’atto che determini i criteri e procedure di individuazione del vincitore del bando di gara, costituendosi in capo ai partecipanti un interesse legittimo. Infatti, quest’ultimo non verrebbe eventualmente violato esclusivamente da una scorretta esecuzione della procedura, ma anche dalla *fissazione di modalità decisionali arbitrarie o non congrue rispetto all’obiettivo*.

43. Considerato che il *dies ad quem* per la presentazione di un ricorso contro la decisione che adotta le regole di procedura del 22 giugno ex art. 263 era il primo giorno di settembre e che le offerte per la candidatura erano da presentare entro il 31 luglio, il ricorrente disponeva di oltre un mese di tempo per valutare la convenienza dei criteri di determinazione del vincitore ed eventualmente proporre una azione di annullamento. Di conseguenza proponiamo alla Corte di respingere l’eccezione di invalidità esperita dal ricorrente.

44. Nonostante l’irricevibilità dell’eccezione di invalidità sollevata dal Comune di Milano per le ragioni sopra illustrate, è compito inderogabile della Corte approfondire l’eventuale sussistenza di ulteriori vizi idonei a provocare l’annullamento dell’atto. Questi sono infatti rilevabili d’ufficio se di incompetenza o di forme sostanziali.

45. Riteniamo dunque essenziale soffermarci su una valutazione concernente la normativa che di fatto disciplina la materia oggetto della controversia, ossia la fissazione delle sedi delle agenzie decentrate. Asserendo la riconducibilità della decisione del 20 Novembre al Consiglio e, di conseguenza, escludendo gli organismi in questione dal novero delle istituzioni, ne consegue necessariamente che la procedura oggetto d’esame deve essere ricondotta interamente nell’alveo delle funzioni dell’Unione europea. Tale considerazione è essenziale, giacché la normativa cui fare riferimento sarebbe infatti l’*art 168 TFUE*, il quale disciplina l’azione dell’Unione in materia di sanità pubblica, non il già citato art. 341 TFUE. A conferma di ciò si adduce il *Regolamento 2018/1718*, la base giuridica del quale è individuata specificamente nell’*art 168 paragrafo 4, lettera c)*, concernente “*misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico*” adottate dal “*Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni*”.

46. Adottando tale impostazione, invitiamo la Corte ad evidenziare l’evidente incompatibilità fra le regole di procedura del 22 Giugno e la procedura prevista dal suddetto articolo in materia sanitaria, in quanto la prima accentra l’intero processo decisionale in capo unicamente al Consiglio, privando il Parlamento di qualsiasi effettivo potere deliberativo, ledendone così le prerogative di “*co-legislatore*” ai sensi dell’*art. 16 TUE*. Peraltro, tale criticità è stata sollevata dallo stesso Parlamento nella propria Posizione del 25 Ottobre 2018 nell’ambito della procedura legislativa volta ad adottare il Regolamento 1718/2018. Rileviamo quindi la

sussistenza di un vizio di incompetenza del regolamento del 22 Giugno, in quanto lesivo delle attribuzioni del Parlamento europeo.

47. Tuttavia, l'oggetto dell'impugnazione è soltanto la decisione del 20 Novembre 2017, avendo escluso la ricevibilità dell'eccezione di invalidità ai sensi dell'art 277 TFUE proposta dal ricorrente. E' dirimente pertanto valutare la *rilevabilità ex officio in via incidentale, oltre che diretta, di un vizio concernente l'atto a monte.*

48. La questione pone rilevanti problemi in termini sia di estensione della portata del controllo di legittimità della Corte che di effettivo rispetto del principio di legalità. Sarebbe infatti contraria allo spirito dei Trattati la creazione di zone "d'ombra" nelle quali non possa essere fatta valere incidentalmente l'invalidità di determinati atti per irricevibilità dell'eccezione ai sensi dell'articolo 277 TFUE o per non rilevabilità d'ufficio di eventuali vizi da parte dell'organo giurisdizionale. D'altronde è però opportuno puntualizzare che di fatto il ricorso in via pregiudiziale, sollevabile dai giudici nazionali ai sensi dell'art. 267 TFUE, sopperisce a questa necessità, laddove permette alla Corte di pronunciarsi "*sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione*". Nel contempo, lo stesso articolo 277 TFUE fa unicamente riferimento alle "parti" per la promozione di un giudizio di validità incidentale, nulla dicendo circa possibili iniziative del giudice. Lungi dal voler indirizzare la Corte verso una interpretazione meramente letterale, riteniamo che la rilevabilità incidentale *ex officio* rappresenti una *extrema ratio*, alla quale può farsi ricorso in presenza di determinate circostanze, quali la sussistenza di un *grave vizio, l'assenza di altri rimedi giurisdizionali percorribili e la non occasionalità dell'atto.*

49. Circa il primo requisito, esso è certamente rispettato, trattandosi di un vizio di incompetenza, mentre lo stesso non vale per gli altri presupposti: in primo luogo, l'invalidità sarebbe potuta essere azionata nei termini sia dal ricorrente che dal Parlamento europeo; in secondo luogo, le regole di procedura del 22 giugno non troveranno mai in futuro una ulteriore applicazione, in quanto nell'introduzione delle stesse si afferma che "*questa procedura riguarda specificamente la situazione attuale e non costituisce un precedente per l'assegnazione di sedi di agenzie in futuro*". Pertanto, *riteniamo non rilevabile incidentalmente d'ufficio il vizio di incompetenza dell'atto.*

50. E' da valutare se in concreto siano state rispettate le regole di procedura e le disposizioni della relativa nota esplicativa ovvero si possano rilevare delle irregolarità nella votazione a margine del Consiglio del 20 Novembre e nella relativa scelta del candidato vincitore. In tal senso, riteniamo opportuno integrare la disciplina, a tratti lacunosa, dei suddetti atti ricorrendo ai principi generali e alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché al Regolamento interno del Consiglio.

51. In primis, è d'uopo qualificare, ai fini della sussistenza di un eventuale vizio invalidante dell'atto, l'assenza delle delegazioni degli Stati membri al momento dell'effettuazione del sorteggio ad opera della presidenza. La nota esplicativa del 31 Ottobre con riferimento al sorteggio non specifica la necessaria presenza dei rappresentanti, con ciò però non escludendo gli stessi, previsione altrimenti palesemente contraria a qualsiasi principio di trasparenza di cui all'art 15 TFUE. Tuttavia, la dinamica va ricostruita sulla base delle tempistiche della procedura, la quale prevedeva un tempo variabile di sospensione della seduta esclusivamente fra le tornate di voto, senza invece menzionarne alcuna fra la terza votazione ed il sorteggio. Il documento, infatti, lascia intendere un nesso di continuità, in ragione del quale l'abbandono della sala da parte dei delegati non costituisce un fattore invalidante della decisione, bensì un comportamento da interpretare come *spontanea rinuncia* ad una propria prerogativa.

52. In secundis, si potrebbe addurre come possibile causa invalidante l'assenza di qualsiasi atto documentativo della votazione, in particolare la mancata redazione di un verbale. A riguardo, sempre la nota esplicativa del 31 Ottobre prevede che "*le schede utilizzate saranno immediatamente distrutte*". Ci si chiede quindi se tale espressione vada intesa in senso estensivo, e quindi comprensivo anche di un eventuale verbale ovvero con riferimento esclusivamente al materiale di voto fornito alle delegazioni. Ci pare facilmente condivisibile la seconda opzione. Innanzitutto perché alla luce dell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali ogni soggetto dell'Unione "*ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e*

organismi dell'Unione" a cui corrisponderebbe a ragione un obbligo delle istituzioni alla produzione e tenuta di tali documenti, affinché possano essere consultati.

Oltre a ciò, l'articolo 15, par. 3 comma 3 TFUE al fine di determinare in concreto le modalità di attuazione del principio di trasparenza menzionato rimanda al regolamento interno di ciascuna istituzione, che, nel caso del Consiglio, prevede all'articolo 13 che "di ogni sessione è redatto un processo verbale".

Da ciò constatiamo la sussistenza di un *obbligo generale in capo all'istituzione del Consiglio di redazione del verbale*. Inoltre, sarebbe illogico prevedere la produzione di un documento e la sua contestuale distruzione, pertanto l'assenza di quest'ultimo nel caso di specie rappresenta certamente un vizio.

Tuttavia, a fronte del principio di certezza del diritto e dell'esigenza di speditezza delle attività delle istituzioni, non si può ritenere che un vizio procedurale di qualsiasi natura possa invalidare un atto, essendo invece necessario che esso vada ad incidere sulla *formazione della volontà dell'organo*.

Non rientrando la mancata redazione del verbale in codesta ipotesi, esso non rappresenta un vizio invalidante dell'atto.

53. In aggiunta, il ricorrente asserisce la non idoneità dell'offerta di Amsterdam ai parametri fissati nelle regole di procedura, nello specifico la incapacità a garantire il parametro della "business continuity", data la transitorietà e inadeguatezza tecnico-strutturale dell'unica sede disponibile al momento del trasferimento.

54. Per quanto concerne la natura transitoria delle sedi proposte da Amsterdam, osserviamo che le stesse regole di procedura del 22 giugno 2017 ne indicano l'ammissibilità, purché sia garantita la disponibilità di uffici idonei al pieno esercizio delle funzioni dell'agenzia alla data del recesso del Regno Unito. Ne deduciamo quindi che, sino alla data in questione, sia ammissibile una parziale continuità operativa. Essendo, allo stato attuale dei negoziati, stato posticipato a Gennaio il termine per il recesso ed avendo Amsterdam recentemente assicurato entro la fine di Novembre 2019 la fine dei lavori per la sede definitiva, concludiamo che l'iniziale criticità è stata sanata e che pertanto le perplessità sollevate dal concorrente milanese non siano più fondate. *Ad abundantiam*, sia la dichiarazione congiunta del 2012 che il regolamento di procedura del 2017 sottolineano, come già più volte evidenziato, la natura politica della decisione e che quindi la componente tecnica svolge un ruolo secondario, seppur rilevante, nella scelta della sede.

55. Inoltre, il Comune di Milano solleva dubbi sulla legittimità della modifica postuma dell'offerta, avente ad oggetto la predisposizione di una terza sede transitoria, mai citata nell'offerta presentata da Amsterdam. La questione, a nostro parere, deve essere affrontata con riferimento al principio generale di un processo decisionale equo e trasparente, sancito nello stesso regolamento di procedura, nonché al diritto di buona amministrazione ex. *art. 41 della Carta dei diritti fondamentali*, che sancisce l'obbligatorietà in capo alle istituzioni di un trattamento equo ed imparziale di ogni persona. Riteniamo che valutare se la modifica dell'offerta abbia procurato un ingiusto vantaggio ad Amsterdam ai fini dell'assegnazione costituisca la chiave di volta della questione.

56. Riteniamo che si sarebbe concretizzata una agevolazione se la modificazione fosse stata apportata anteriormente alla assegnazione, in quanto avrebbe costituito un valore aggiunto all'offerta che i concorrenti non avrebbero potuto più eguagliare nelle loro proposte. Nel caso concreto la modifica era successiva alla aggiudicazione, quindi non influenzava la decisione. Va inoltre rilevato che l'introduzione della terza sede veniva resa necessaria dal rifiuto di EMA di stabilirsi in una delle strutture offerte: tale facoltà non era prevista dalle regole di procedura, nelle quali è previsto semplicemente l'espressione di un parere alla Commissione.

57. Infine, riteniamo si possa considerare illegittima una modifica postuma dell'offerta che ne cambi radicalmente il contenuto essenziale. Tale non è la previsione di una ulteriore sede transitoria che non comporti alcuna variazione di quella definitiva. Per tali motivi l'aggiudicazione della gara non è pregiudicata.

58. In ultimo, il ricorrente lamenta l'assenza di motivazione nel comunicato stampa del 20 novembre 2017, rilevando in tal maniera la conseguente violazione di un obbligo di motivazione codificato, dopo le modifiche introdotte a Lisbona, a livello dell'*art. 296 TFUE, co. 2*, nonché dell'*art. 42 Carta dei diritti fondamentali*. Ne deriva quindi, stando all'espressa previsione dell'articolo sopra citato, che il dotare gli atti

giuridici di una motivazione è un onere facente capo alle istituzioni stesse, la cui violazione conduce al sorgere di un vizio.

59. Si considera, innanzitutto, che il concetto di motivazione si riferisce alla necessità che l'atto indichi il fondamento della legittimità della azione delle istituzioni che lo adottano, ossia l'identificazione della base giuridica che abilita l'istituzione a procedere all'emanazione dell'atto. Ad un secondo livello, poi, la motivazione può essere intesa come avente una funzione di controllo sull'attività dell'Unione, considerando che attraverso l'esame della stessa, i soggetti sono messi in grado di conoscere le valutazioni effettuate a monte dall'istituzione.

Rileviamo poi che nella specie degli atti aventi portata generale l'obbligo di motivazione è da ritenersi assolto nel momento in cui vengono specificati, oltre alla base giuridica, anche la situazione che ha condotto all'adozione del provvedimento e gli obiettivi che ci si prefigge di raggiungere (sentenza della Corte del 13 maggio 1968).

60. Contemporaneamente però vi è da sottolineare che nella giurisprudenza attuale tali requisiti sono interpretati tendenzialmente in maniera estensiva, nel senso che la Corte ha più volte sancito l'ammissibilità di motivazioni implicite, ossia che risultino dall'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione (sentenza C-92/77).

61. Stando al caso di specie si rileva che l'atto impugnato è un atto di natura regolamentare e quindi per sua definizione dotato di portata generale. Sarà così da chiarire, considerando il quadro normativo a livello del quale il comunicato si inserisce, se sussiste o meno una motivazione implicita coerente con gli sviluppi dell'attuale giurisprudenza. Riteniamo a riguardo, con riferimento nello specifico alla dichiarazione congiunta del 2012, alle regole di procedura del 22 giugno 2017 e agli orientamenti del 29 aprile del 2017, che siano ricavabili il contesto che ha condotto all'emanazione del provvedimento e gli obiettivi generali da raggiungere ma che manchi qualsiasi specificazione della base giuridica che abilita l'istituzione ad adottare tale provvedimento. Ne deriva una violazione dell'obbligo di motivazione, ossia un vizio di forma sostanziale che va ad inficiare la validità dell'atto.

Conclusioni

Alla luce di tutte le argomentazioni finora esposte rileviamo sufficienti motivi per l'annullamento della decisione del 20 Novembre 2017, qualora venga ritenuta impugnabile. Invitiamo, tuttavia, i giudici della Corte ad esaminare le criticità di un tale provvedimento, ossia l'incertezza delle sorti dell'Agenzia europea del farmaco ed i possibili pregiudizi alla sua operatività.

L'accoglimento del ricorso infatti renderebbe necessaria l'adozione di nuove regole di procedura che siano conformi al dettato dell'articolo 168 TFUE, e quindi rispettose del ruolo paritario delle due istituzioni legislative, ed un nuovo processo decisionale volto a fissare una nuova sede in tempi brevi. Non sarebbe nemmeno percorribile una ripetizione del solo sorteggio, in quanto inevitabilmente si presenterebbero problemi di ragionevole motivazione ai sensi dell'art. 296 TFUE. Riteniamo, poi, ugualmente impraticabile un intervento diretto della Corte che assegni la sede al Comune di Milano, data la natura non solo tecnica, ma anche politica della valutazione, che impone quindi una condotta di *self-restraint* dell'organo giurisdizionale.

Consigliamo pertanto alla Corte di inserire nel dispositivo della sentenza una clausola che mantenga gli effetti dell'atto annullato sino alla adozione di un ulteriore provvedimento ai sensi dell'art 168 par. 4, lettera c) rivolto alla fissazione della sede da realizzarsi entro un ragionevole termine, non eccessivamente breve tale da compromettere l'attività della Agenzia appena insediata ad Amsterdam né irragionevolmente lungo che preservi, così, ingiustificatamente gli effetti di una decisione viziata sotto vari aspetti. L'ammissibilità di una decisione in tal senso è inoltre sancita dalla giurisprudenza degli ultimi anni (sent. C-178/03, Commissione c. Parlamento e Consiglio; sent. C-43/12, Commissione c. Parlamento e Consiglio).

Pertanto, in conclusione, consigliamo alla Corte di dichiarare il ricorso irricevibile ed in subordine di accoglierlo, annullando la decisione del 20 Novembre, mantenendone comunque gli effetti sino all'adozione, entro un termine ragionevole, di un nuovo atto basato su fondamenti normativi adeguati.