

**CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ANTONIO SAGGIO**

presentate il 25 marzo 1999 *

1. Con ordinanza del 27 gennaio 1998 il Bundesvergabeamt della Repubblica d'Austria ha rivolto alla Corte due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 18 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (in prosieguo: la «direttiva») ¹.

2. I quesiti riguardano in sostanza la compatibilità della disciplina federale austriaca sugli appalti (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen; in prosieguo: il «BVerG») con l'art. 18 della direttiva che contiene i principi generali relativi alle modalità di aggiudicazione degli appalti, considerato che l'art. 55, n. 2, della richiamata normativa austriaca prevede che l'amministrazione possa revocare un bando di gara qualora, dopo l'esclusione delle offerte non presentate in conformità alla legge, ne rimanga in gara una sola. Si tratta dunque di valutare se la direttiva impone all'amministrazione, una volta valutata l'idoneità delle imprese candidate, di aggiudicare l'appalto anche in presenza di una sola offerta validamente ammessa.

La normativa comunitaria e nazionale

3. La direttiva coordina le normative nazionali in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Nel preambolo si legge che «la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti» (secondo 'considerando'). Nel successivo 'considerando', si aggiunge che «tale coordinamento deve rispettare per quanto possibile le procedure e la prassi in vigore in ognuno degli Stati membri». Nel decimo 'considerando', alla prima frase, si precisa poi che «lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri».

4. Il titolo I della direttiva è dedicato alle «Disposizioni generali». Ai fini della presente causa assume rilevanza l'art. 8, n. 2, ai sensi del quale «l'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati o offerenti

* Lingua originale: l'italiano.

¹ — GU L 199, pag. 54, di recente modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, 97/52/CEE (GU L 328, pag. 1).

che lo richiedano i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura. Essa comunica tale decisione anche all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee».

Il titolo IV contiene poi le «Norme comuni di partecipazione». Ai sensi dell'art. 18, «l'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'art. 19 dopo l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori non esclusi dalla gara in applicazione dell'articolo 24. Tale accertamento è effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 26 a 29».

5. La disciplina austriaca degli appalti pubblici di lavori è contenuta nel BVergG, in vigore dal primo gennaio 1994². Detta legge dispone che gli appalti di lavori e di servizi, espletato il procedimento previsto, devono essere aggiudicati in conformità ai principi della libera e leale concorrenza e della parità di trattamento di tutti i concorrenti e offerenti ad imprenditori autorizzati, efficienti ed affidabili a prezzi adeguati (art. 16, n. 1). Nella medesima legge si stabilisce che i procedimenti di aggiudicazione devono essere comunque conclusi soltanto qualora sia così espressamente previsto (art. 16, n. 5). Coerente-

mente, l'art. 56, n. 1, del BVergG dispone che la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico termina con la conclusione del contratto ovvero con la revoca della gara.

Viene infine in linea di conto l'art. 55, n. 2, della legge austriaca, disposizione della cui compatibilità con la direttiva si discute nel procedimento *a quo*, ai sensi del quale il bando di gara può essere revocato qualora dopo l'esclusione delle offerte ai sensi dell'art. 52 ne rimanga una sola. Preciso per completezza che l'art. 52, n. 1, del BVergG dispone che, prima di procedere alla scelta dell'offerente cui sarà aggiudicato l'appalto, l'ente aggiudicatore, basandosi sui risultati dell'istruttoria, è tenuto ad eliminare immediatamente le offerte delle imprese candidate che non rispettino alcuni requisiti. Vanno quindi escluse, ad esempio, le offerte presentate senza le necessarie autorizzazioni, ovvero carenti quanto alla capacità economica, finanziaria e tecnica ovvero alla necessaria credibilità dell'impresa (n. 1), nonché le offerte il cui prezzo globale non sia stato determinato in modo plausibile (n. 3).

I fatti e i quesiti pregiudiziali

6. Il procedimento *a quo* prende origine dalla decisione dell'Amt der Salzburger Landesregierung (Ufficio del governo federale di Salisburgo) di bandire nella primavera del 1996 una gara per l'esecuzione di lavori di costruzione sulla Westautobahn

2 — La legge, è stata ripubblicata, a seguito della codificazione della materia degli appalti pubblici avvenuta con la legge 27 maggio 1997, in BGBl n. 56/1997.

A1. Espletate le relative procedure, il contratto d'appalto veniva aggiudicato all'impresa ARGE Betondecke-Salzburg West. Nel novembre dello stesso anno il medesimo ente aggiudicatore, sulla base di una nuova valutazione tecnica delle opere interessate, indiceva una gara per l'appalto di costruzione relativo al «lotto di pavimentazione Salisburgo Ovest A1 Westautobahn dal Km 292,7 fino al Km 297,7, ampliamento finale; fornitura e montaggio di un guard-rail di acciaio». Con la comunicazione della gara in data 24 aprile 1997, iniziava formalmente il procedimento di aggiudicazione finale del contratto dei lavori in questione. A seguito della verifica dei requisiti di qualificazione delle quattro imprese concorrenti ne rimaneva in gara soltanto una, precisamente il raggruppamento di imprese *Bietergemeinschaft Metalmeccanica Fracasso SpA-Leitschutz Handels- und Montage GmbH*. L'amministrazione aggiudicatrice decideva quindi di avvalersi della facoltà di porre fine alla procedura di aggiudicazione ai sensi del già richiamato art. 55, n. 2, del BVergG. In seguito ad un accordo amichevole raggiunto nel contesto di una procedura di conciliazione esperita di fronte ad una speciale commissione federale di controllo (*Bundes-Vergabekontrollkommission*)³, l'associazione di imprese attivava una procedura di riesame ex art. 113 del BVergG. La terza sezione del *Bundesvergabeamt*, investita della questione, decideva di rivolgere alla Corte il seguente quesito pregiudiziale:

«Se la disposizione dell'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37/CEE, secondo cui l'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri

previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle esposizioni dell'art. 19 dopo che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano accertato conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 26-29 l'idoneità degli imprenditori non esclusi dalla gara in applicazione dell'art. 24, vada interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata ad aggiudicare l'appalto accogliendo un'offerta, anche se questa rimane l'unica nel procedimento di aggiudicazione. Se l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37/CEE sia sufficientemente concreto e preciso così che i singoli possano avvalersene in un procedimento in base alle disposizioni di diritto nazionale e questa disposizione possa essere contrapposta come elemento del diritto comunitario alla disposizione di diritto nazionale».

Sul primo quesito pregiudiziale

7. Sia pure sotto forma di un unico quesito pregiudiziale, di fatto la giurisdizione nazionale pone in realtà alla Corte due distinte questioni. Con la prima il giudice austriaco intende sapere se l'art. 18 della direttiva possa avere incidenza nella soluzione della controversia principale. Questa concerne, lo ribadisco, la legittimità della decisione dell'amministrazione aggiudica-

³ — Artt. 109 e 110 del BVergG.

trice di non procedere ad una gara d'appalto in presenza di un'unica offerta validamente ammessa.

8. La direttiva comunitaria in oggetto, alla stregua di tutte le direttive in materia di appalti che costituiscono, com'è noto, un *corpus* normativo omogeneo nei principi, nelle finalità e nella tecnica redazionale del testo, non fornisce indicazioni esplicite al riguardo. La circostanza peraltro non può sorprendere, posto che la direttiva reca soltanto un coordinamento delle procedure nazionali e non tende affatto ad una esaustiva disciplina destinata a sostituire in toto i diversi sistemi giuridici nazionali di aggiudicazione degli appalti. Tale conclusione si ricava dalla direttiva stessa la quale, nel suo terzo 'considerando', prevede che un siffatto coordinamento debba «rispettare per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli Stati membri».

Alla luce di una tale circostanza si potrebbe ragionevolmente sollevare il dubbio se la fattispecie *de qua* non sia al di fuori della sfera di applicazione della direttiva, con la conseguenza che la soluzione del quesito dovrebbe essere lasciata alla competenza degli Stati membri, in omaggio al principio appena richiamato del rispetto, «per quanto possibile», delle prassi e delle procedure nazionali.

9. La tesi, per quanto suggestiva, non convince: invero la Commissione, come del resto i governi intervenuti nella proce-

dura, pur ritenendo che gli Stati membri restino liberi di accordare ad un'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di revocare la gara, insiste nel segnalare i possibili rischi derivanti da un eventuale utilizzo abusivo di detta facoltà.

Ritengo infatti ragionevole che la disciplina comunitaria, ed in particolare, per quello che qui rileva, la direttiva lavori, non si disinteressi delle modalità con cui viene in concreto disciplinata una tale fattispecie nei diversi ordinamenti nazionali. A questo proposito, vale la pena richiamare brevemente gli argomenti delle parti intervenute nella presente procedura.

10. La ricorrente nel procedimento principale, nell'espone la sua tesi nel senso dell'obbligatorietà dell'aggiudicazione a favore dell'unica offerta rimasta in gara, sostiene che da una lettura sistematica delle disposizioni della direttiva, in particolare degli artt. 7, 8, 18 e 30 — così come interpretati, a suo modo di vedere, dalla Corte⁴ — si dovrebbe ricavare che la facoltà per l'amministrazione di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto o di ricominciare la procedura debba essere limitata

4 — La ricorrente nella causa principale richiama in particolare le sentenze 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute* (Racc. pag. 417), 9 luglio 1987, cause riunite 27/86, 28/86 e 29/86, *C&I* (Racc. pag. 3347), 20 settembre 1988, causa 31/87, *Beentjes* (Racc. pag. 4635), 16 ottobre 1997, causa C-304/96, *Hera* (Racc. pag. I-5685).

ad ipotesi eccezionali e particolarmente gravi (morte, fallimento e così via).

sima, a partire dai criteri di aggiudicazione di cui all'art. 30, n. 1, lett. a) e b), della direttiva, presuppongono la possibilità di comparare più offerte.

La Commissione, al contrario, evidenzia che proprio in ragione dell'art. 8, n. 2, della direttiva lavori, a tenore del quale «l'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati o offerenti che lo richiedono i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura», si dovrebbe concludere nel senso opposto. A suo parere, detta disposizione dimostrerebbe infatti in maniera indiscutibile che la direttiva attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di porre termine ad una gara pubblica con la revoca della stessa. Del resto, argomenta ancora la Commissione, si può agevolmente ricavare dalla *ratio* della direttiva come questa sia ispirata all'esigenza fondamentale di sottoporre i contratti di appalto pubblico ad una concorrenza effettiva (decimo 'considerando') o reale (si veda l'art. 22, per l'ipotesi dell'adozione della procedura negoziata), esigenza che sarebbe invece contraddetta dal preteso obbligo di contrarre che incombe all'amministrazione anche nel caso di una sola impresa offerente.

Il governo austriaco, inoltre, utilizzando analoghi argomenti, precisa che l'art. 18 della direttiva stabilisce semplicemente una regola comune di partecipazione, dal momento che essa indica semplicemente quali tipi di impresa possano essere presi in considerazione dall'amministrazione per l'aggiudicazione dell'appalto.

Il governo francese, infine, intervenuto nella fase orale, sottolinea che anche in diritto francese (in particolare in virtù dell'art. 95 ter del codice degli appalti pubblici) il soggetto responsabile dell'appalto può, per motivi d'interesse generale, non dar seguito ad un bando di gara.

L'Amt der Salzburger Landesregierung, convenuto nel procedimento principale, pone anch'esso l'accento sulla circostanza che la *ratio* fondamentale della direttiva comunitaria è quella di aprire alla concorrenza il settore dei pubblici appalti e sul fatto che tutte le disposizioni della mede-

11. In sede di discussione orale, poi, alcune delle parti hanno ricordato come di recente il Tribunale di primo grado abbia avuto modo di risolvere una questione analoga, sia pure con riferimento alla direttiva «servizi»⁵, nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta portare a ter-

5 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

mine una gara di appalto pubblico con un provvedimento di aggiudicazione⁶.

12. Orbene, ritengo che la tesi della ricorrente nel procedimento principale non possa essere accolta. In primo luogo, non si può non tener conto della presenza di una prescrizione quale quella contenuta nell'art. 8, n. 2, che espressamente prevede che vi possa essere un provvedimento di ritiro del bando di gara. In secondo luogo, ritengo che la disposizione di cui all'art. 18 sia norma di natura procedurale che vincola l'amministrazione quanto ai criteri di aggiudicazione (ovvero quelli di cui al capitolo 3 del medesimo titolo), stabilendo al contempo un regime comune di qualificazione delle imprese offerenti, che costituisce una sorta di prerequisito per la partecipazione alla gara. Null'altro si può ricavare dunque dall'art. 18, se non che i criteri di selezione dei candidati e le cause di esclusione dalla gara degli stessi devono essere precisamente quelli richiamati dalla citata disposizione: ogni diversa interpretazione — e segnatamente quella mirante a ricavare dalla norma un obbligo a contrarre anche nell'ipotesi che si sia presentata e qualificata una sola impresa — costituirebbe soltanto una indebita forzatura del dato normativo.

13. In effetti, non credo possa dubitarsi del fatto che la facoltà di ritiro dell'atto amministrativo di indizione di una gara di

appalti sia espressione di un potere riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici negli ordinamenti degli Stati membri e che, fintantoché non intervenga una decisione finale di aggiudicazione, l'amministrazione sia sostanzialmente libera di non aggiudicare per un sopravvenuto motivo di interesse pubblico o una rinnovata valutazione delle condizioni di realizzabilità dell'opera progettata (assenza di risorse adeguate, mutamento dello stato dell'arte in un particolare settore tecnologico, e così via)⁷.

14. Quanto finora osservato non implica che un siffatto potere di autotutela sia assoluto e non suscettibile di un qualche sindacato giurisdizionale. In linea di principio, la comparazione di diverse offerte non è un obiettivo a se stante, costituendo piuttosto l'idea di fondo sulla quale si organizza la disciplina di razionalizzazione dell'azione amministrativa. Di conseguenza, non può escludersi che, in alcuni casi, la negoziazione con un solo candidato all'ottenimento di un appalto permetta d'ottenere risultati anche migliori del ricorso alla gara. In effetti, se è vero che la direttiva normalmente presuppone in tutte le sue disposizioni una comparazione fra diverse offerte, è altrettanto vero che

7 — Sempre con riferimento all'ipotesi dell'unico offerente, può segnalarsi che in Italia il regolamento sulla contabilità dello Stato — la cui applicazione peraltro è stata estesa in via pretoria a tutti gli enti pubblici — stabilisce addirittura che la gara pubblica *debb*a essere dichiarata deserta se non si sono presentati almeno due offerenti, «salvo il caso in cui l'amministrazione abbia stabilito, avvertendolo nell'avviso d'asta, che, tenendosi l'asta coi sistemi delle offerte segrete, si procede all'aggiudicazione anche se venga presentata una sola offerta» (art. 69 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827). Per una recente applicazione della norma si veda la decisione della Corte dei conti del 27 febbraio 1997, n. 33, in Riv. Corte dei conti, fasc. 1, pag. 36.

6 — Sentenza 17 dicembre 1998, causa T-203/96, Embassy Limousines (Racc. pag. II-4239).

alla luce dell'art. 18 l'amministrazione è tenuta a comunicare ai candidati e offerenti i motivi per cui ha preso la decisione di rinunciare all'aggiudicazione o di ricominciare la procedura.

15. In altri termini, se non può essere ricavato dalla direttiva che l'amministrazione è tenuta in ogni caso ad aggiudicare pur in presenza di un'unica offerta, deve d'altro canto ammettersi che la medesima possa talora aggiudicare, una volta espletata la gara secondo i dettami di pubblicità e parità di trattamento contenuti nella direttiva, anche al solo concorrente presentatosi o rimasto in gara, senza che possa invocarsi un inesistente principio di concorrenza a tutti i costi. In questa prospettiva va apprezzata, a mio avviso, la disposizione di cui all'art. 8, n. 2, della direttiva. Questa certamente mira ad impedire all'amministrazione aggiudicatrice di liberarsi di un potenziale contraente in modo del tutto arbitrario o in spregio a principi fondamentali del diritto comunitario.

16. Come prima anticipato, la conclusione per cui la direttiva non esclude la facoltà per l'amministrazione di ritirare il bando di gara è stata di recente condivisa dal Tribunale di primo grado con riferimento ad una gara d'appalto di servizi di trasporto per mezzo di automobili con autisti posta in

essere dal Parlamento europeo⁸. In un contesto diverso dalla fattispecie in esame (vi erano infatti più offerte e non una sola) il Tribunale ha affermato che «l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a portare a termine una procedura di aggiudicazione di un appalto» (punto 54 della sentenza), osservando che un'amministrazione aggiudicatrice dispone a questo proposito di un ampio potere discrezionale sindacabile per l'appunto nei limiti del carattere arbitrario della decisione (punto 60).

Orbene, ritengo che, pur trattandosi della direttiva servizi, il principio possa sicuramente essere condiviso ed esteso alla direttiva lavori, come del resto a tutte le altre direttive in materia di appalti, trattandosi di un principio generale, ricavabile dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri, che dette direttive intendono rispettare.

17. Va comunque aggiunto che l'obbligo di comunicazione dei motivi per i quali l'amministrazione ha inteso rinunciare all'aggiudicazione o ricominciare una procedura, di cui all'art. 8, n. 2, della direttiva, deve essere valorizzato al giusto. Esso consente infatti che possa essere espletato un sindacato di legittimità dell'azione amministrativa quanto meno nelle ipotesi in cui l'atto di ritiro risulti pretestuoso o in violazione di altre norme di diritto comunitario.

⁸ — Sentenza 17 dicembre 1998, causa T-203/96, Embassy Limousines, citata.

Questo sarebbe il caso, ad esempio, qualora l'amministrazione aggiudicatrice ponesse in essere degli atti di gara soltanto al fine di perdere tempo e creare ad arte un'urgenza, in seguito invocata pretestuosamente, allo scopo di affidare l'appalto con procedura negoziata, e ciò in spregio alla regola comunitaria per cui l'urgenza non deve mai essere imputabile all'amministrazione aggiudicatrice stessa [v. art. 7, n. 3, lett. c), della direttiva].

Ancora, venendo allo specifico caso concreto, il ritiro del bando di gara potrebbe in ipotesi risultare arbitrario qualora l'amministrazione annulli la gara non già in vista di una soluzione tecnica meno onerosa di quella originariamente prevista, come è effettivamente avvenuto nel caso di specie, bensì sulla base di una pretesa non convenienza dell'offerta, la quale invece era stata addirittura valutata in precedenza anormalmente bassa, superando la verifica in contraddittorio di cui all'art. 30, n. 4, della direttiva.

18. In definitiva, quindi, non mi pare contestabile che l'amministrazione aggiudicatrice possa talora, per obiettivi motivi di interesse pubblico, annullare la gara pubblica e rifiutarsi di aggiudicare in presenza di una sola offerta presentatasi o rimasta in gara, purché ciò non integri un atto arbitrario o pretestuoso o non si risolva in una

violazione di norme della direttiva o di altre norme o principi di diritto comunitario.

19. Propongo dunque alla Corte di rispondere al primo quesito pregiudiziale nel senso che l'art. 18 della direttiva 93/37/CEE non osta ad una normativa nazionale che consenta ad un'amministrazione di revocare la procedura di aggiudicazione nell'ipotesi in cui, a seguito della legittima esclusione di offerte non validamente presentate, rimanga in gara una sola impresa concorrente.

Sul secondo quesito pregiudiziale

20. Con il secondo quesito pregiudiziale il giudice *a quo* domanda alla Corte se la citata disposizione di cui all'art. 18, n. 1, della direttiva possa essere invocata dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

21. Va in proposito osservato che detto quesito assume rilevanza — nella prospettiva del giudice nazionale — solo nella misura in cui si dia all'art. 18 l'interpretazione suggerita dalla ricorrente nel procedimento principale. Alla luce della risposta

fornita al primo quesito pregiudiziale, la questione rimane senza oggetto.

questa soluzione è già stata accolta dalla Corte in precedenti occasioni, sia pure rispetto all'equivalente disposizione della precedente versione della direttiva⁹.

Ciò premesso, e volendo comunque fornire una risposta al quesito, mi limito ad osservare che questa deve essere positiva. L'art. 18 formula infatti a carico dell'amministrazione degli obblighi incondizionati e sufficientemente precisi, per cui lo stesso può essere invocato dai singoli dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Aggiungo poi che

22. Propongo dunque alla Corte di rispondere al secondo quesito nel senso che l'art. 18 della direttiva 93/37/CEE è sufficientemente chiaro e preciso per poter essere invocato davanti ad una giurisdizione nazionale.

⁹ — Sentenza Beentjes, cit., punto 44.

Conclusioni

23. Per i motivi indicati, propongo alla Corte di rispondere nella maniera seguente ai quesiti posti dal Bundesvergabeamt:

- «1) L'art. 18 della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non osta ad una normativa nazionale che consenta all'amministrazione di revocare la procedura di aggiudicazione nell'ipotesi in cui, a seguito della legittima esclusione di offerte non validamente presentate, rimanga in gara una sola impresa concorrente.
- 2) L'art. 18 della direttiva 93/37/CEE è sufficientemente chiaro e preciso per poter essere invocato davanti ad una giurisdizione nazionale».