

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)
16 settembre 1999 *

Nel procedimento C-27/98,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Bundesvergabeamt (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Metalmeccanica Fracasso SpA,
Leitschutz Handels- und Montage GmbH

e

**Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche
Angelegenheiten,**

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 18, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nella versione risultante dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1),

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dai signori P.J.G. Kapteyn (relatore), presidente di sezione, J.L. Murray e H. Ragnemalm, giudici,

avvocato generale: A. Saggio

cancelliere: H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Metalmeccanica Fracasso SpA e la Leitschutz Handels- und Montage GmbH, dall'avv. Andreas Schmid, del foro di Vienna;
- per l'Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, dal signor Kurt Klima, consigliere presso la Finanzprokuratur Wien, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal signor Wolf Okresek, Sektionschef presso la Cancelleria, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal signor Hendrik van Lier, consigliere giuridico, in qualità di agente, assistito dall'avv. Bertrand Wägenbaur, del foro di Bruxelles,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali dell'Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, rappresentato dal signor Kurt Klima, del governo austriaco, rappresentato dal signor Michael Fruhmann,

della Cancelleria, in qualità di agente, del governo francese, rappresentato dalla signora Anne Bréville-Viéville, chargé de mission presso la direzione «Affari giuridici» del Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal signor Hendrik van Lier, assistito dall'avv. Bertrand Wägenbaur, all'udienza del 28 gennaio 1999,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 marzo 1999,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con ordinanza 27 gennaio 1998 il Bundesvergabeamt ha proposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 18, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nella versione risultante dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1).
- 2 Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia sorta tra le società Metalmeccanica Fracasso SpA e Leitschutz Handels- und Montage GmbH (in prosieguo: «Fracasso e Leitschutz»), da una parte, e l'Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (in prosieguo: l'«Amt»), dall'altra, in ordine al ritiro da parte di quest'ultimo del bando di gara di un appalto pubblico di lavori per il quale la Fracasso e la Leitschutz avevano presentato un'offerta.

Quadro giuridico

- 3 La direttiva 93/37 ha codificato la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5). Ai sensi dell'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37, nella versione risultante dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 93/37»):

«L'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 19, dopo 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».

- 4 Conformemente all'art. 56, n. 1, del Bundesvergabegesetz (legge federale sulle aggiudicazioni; in prosieguo: il «BVergG»), la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico termina con la conclusione del contratto di prestazioni (aggiudicazione) ovvero con la revoca della gara. Il BVergG non prevede altro modo di porre fine ad una procedura di aggiudicazione d'appalto.

- 5 L'art. 52, n. 1, del BVergG prevede:

«(1) Prima di procedere alla scelta dell'offerente cui sarà aggiudicato l'appalto, l'ente aggiudicatore, basandosi sui risultati dell'istruttoria, eliminerà immediatamente le seguenti offerte:

1. le offerte delle imprese candidate che non dispongano dell'autorizzazione o che siano carenti quanto alla capacità economica, finanziaria e tecnica ovvero alla necessaria credibilità;

2. le offerte delle imprese candidate escluse dalla concorrenza, in conformità all'art. 16, n. 3 o 4;

3. le offerte il cui prezzo globale non sia stato determinato in modo plausibile;

(...)».

6 L'art. 55, n. 2, del BVergG dispone:

«Il bando di gara può essere revocato qualora dopo l'esclusione delle offerte ai sensi dell'art. 52 ne rimanga una sola».

7 L'art. 16, n. 5, del BVergG precisa:

«I procedimenti di aggiudicazione devono essere avviati solo ove si preveda realmente di aggiudicare la prestazione considerata».

Procedimento a quo

- 8 Nella primavera 1996 l'Amt ha proceduto a bandire una gara per l'esecuzione di lavori di pavimentazione, ivi inclusa l'installazione di una protezione in calcestruzzo dello spartitraffico, su un tratto della Westautobahn A1. L'appalto è stato aggiudicato alla società ARGE Betondecke-Salzburg West.
- 9 Nel novembre 1996 l'Amt ha deciso, per motivi tecnici, che lo spartitraffico del tratto d'autostrada in questione doveva essere munito di un guardavia in acciaio anziché in calcestruzzo, come indicato nel bando di gara. Ha dunque indetto, con procedura aperta, un'altra gara per la posa di un guardavia in acciaio a protezione dello spartitraffico. La procedura d'aggiudicazione è iniziata nell'aprile 1997.
- 10 Hanno presentato offerte quattro imprese o associazioni di imprese, tra cui l'associazione d'impresa costituita dalla società Fracasso e dalla società Leitschutz.
- 11 In seguito allo spoglio delle offerte presentate, l'Amt ha eliminato le offerte delle altre tre offerenti sulla base dell'art. 52, n. 1, del BVergG; è dunque rimasta la sola offerta della Fracasso e della Leitschutz.
- 12 Alla fine l'Amt ha deciso di non far più realizzare la protezione dello spartitraffico in acciaio, bensì in calcestruzzo, e di ritirare il relativo bando di gara, a norma dell'art. 55, n. 2, del BVergG. Per lettera ha informato la Fracasso e la Leitschutz di queste due decisioni.
- 13 Queste ultime hanno chiesto alla Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo delle aggiudicazioni) di avviare, in applicazione

dell'art. 109, n. 1, punto 1, del BVergG, una procedura di conciliazione per stabilire se la decisione dell'Amt recante ritiro del bando di gara e la sua intenzione di indire una nuova gara d'appalto per il guardavia fossero conformi alle disposizioni del BVergG.

- 14 Il 19 agosto 1997 le parti sono pervenute ad un accordo amichevole sul nuovo bando di gara proposto dal conciliatore, relativo alla costruzione di un guardavia in acciaio sui bordi laterali dell'autostrada. Tale appalto doveva costituire oggetto di una procedura ristretta che in linea di principio avrebbe dovuto includere tutti gli offerenti che avevano risposto al bando di gara ritirato.
- 15 La Fracasso e la Leitschutz hanno allora chiesto alla Bundes-Vergabekontrollkommission di completare la procedura di conciliazione, rilevando che non era stata risolta la controversia sulla legittimità del ritiro del bando di gara relativo al guardavia dello spartitraffico.
- 16 Poiché la Bundes-Vergabekontrollkommission si è dichiarata incompetente, la Fracasso e la Leitschutz hanno proposto dinanzi al Bundesvergabeamt una domanda di annullamento della decisione di ritiro del bando di gara adottata dall'Amt.
- 17 Interrogandosi sulla compatibilità dell'art. 55, n. 2, del BVergG con l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37, il Bundesvergabeamt ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione 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 disposizioni 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 del diritto nazionale e questa disposizione possa essere contrapposta come elemento del diritto comunitario alla disposizione di diritto nazionale».

Sulla prima parte della questione

- 18 Con la prima parte della questione pregiudiziale il giudice nazionale chiede se la direttiva 93/37 vada interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice che ha indetto una gara d'appalto è tenuta ad attribuire il contratto al solo offerente ritenuto idoneo a partecipare alla gara.
- 19 La Fracasso e la Leitschutz sostengono che dagli artt. 7, 8, 18 e 30 della direttiva 93/37, secondo l'interpretazione che ne avrebbe dato la Corte, risulta che la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto o di ricominciare la procedura deve rimanere confinata a casi eccezionali e può essere esercitata solo per gravi motivi.
- 20 Al contrario, l'Amt, i governi austriaco e francese nonché la Commissione sostengono, in sostanza, che la direttiva 93/37 non vieta all'ente aggiudicatore di rinunciare a dar corso ad una procedura di gara d'appalto.
- 21 È certo che la direttiva 93/37 non contiene alcuna disposizione che imponga espressamente all'amministrazione aggiudicatrice che ha pubblicato un bando di gara di aggiudicare l'appalto al solo offerente giudicato idoneo a parteciparvi.

- 22 Malgrado l'assenza di una tale disposizione, occorre ricercare se, in forza della direttiva 93/37, l'ente aggiudicatore non sia tenuto a portare a termine una procedura di assegnazione di un appalto pubblico di lavori.
- 23 In primo luogo, per quanto riguarda le disposizioni della direttiva 93/37 richiamate dalla Fracasso e dalla Leitschutz, bisogna rilevare che l'art. 8, n. 2, della direttiva 93/37, che impone all'amministrazione aggiudicatrice di comunicare al più presto ai candidati e agli offerenti i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto già bandito o di ricominciare la procedura, non prevede che tale rinuncia sia limitata a casi eccezionali o sia necessariamente fondata su motivi gravi.
- 24 Parimenti, quanto agli artt. 7, 18 e 30 della direttiva 93/37, intesi a disciplinare le procedure da seguire per aggiudicare gli appalti pubblici di lavori e a determinare i criteri di aggiudicazione applicabili, è sufficiente constatare che da tali disposizioni non si può desumere alcun obbligo di aggiudicare l'appalto nel caso in cui risulti idonea soltanto un'impresa.
- 25 Ne deriva che la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto già bandito o di ricominciare la procedura di aggiudicazione, implicitamente ammessa dalla direttiva 93/37, non è da questa sottoposta alla condizione che ricorrano circostanze gravi o eccezionali.
- 26 In secondo luogo, occorre ricordare che, secondo il decimo 'considerando' della direttiva 93/37, questa mira a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici (v. anche, in merito alla direttiva 71/305, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punto 21).
- 27 A tale riguardo è necessario osservare che, come giustamente indicato dalla Commissione, l'art. 22, n. 2, della direttiva 93/37 persegue esplicitamente tale

obiettivo disponendo che, quando le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, il numero dei candidati ammessi a presentare le loro offerte deve in ogni caso essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale.

28 Inoltre l'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37 prevede che, quando le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono un appalto mediante procedura negoziata, nei casi previsti all'art. 7, n. 2, della medesima direttiva, il numero dei candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei.

29 È anche necessario notare che l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 prevede che l'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel titolo IV, capitolo 3, della stessa.

30 Tra le disposizioni del detto capitolo 3 figura l'art. 30, che, al n. 1, prevede i criteri in base ai quali l'ente aggiudicatore attribuisce gli appalti, vale a dire o unicamente il prezzo più basso o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto in questione, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

31 Ne deriva che, nel perseguire l'obiettivo di sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, la direttiva 93/37 mira ad organizzare l'attribuzione degli appalti in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa, in base a criteri obiettivi come quelli elencati a titolo esemplificativo nell'art. 30, n. 1 (v. in tal senso, in merito alla direttiva 71/305, sentenza Beentjes, citata, punto 27).

- 32 Ora, quando al termine di una delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici definite dalla direttiva 93/37 rimane una sola offerta, l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di comparare i prezzi o le altre caratteristiche di diverse offerte al fine di attribuire il contratto conformemente ai criteri di cui al titolo IV, capitolo 3, della direttiva 93/37.
- 33 Da quanto precede scaturisce che l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara.
- 34 Pertanto occorre risolvere la prima parte della questione nel senso che l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 non obbliga l'amministrazione aggiudicatrice ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara.

Sulla seconda parte della questione

- 35 Con la seconda parte della questione il giudice nazionale chiede se l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 possa essere invocato dinanzi ai giudici nazionali.
- 36 In merito basta constatare che, poiché per il rispetto delle prescrizioni enunciate nell'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 non è necessario alcun particolare provvedimento di attuazione, gli obblighi che ne derivano per gli Stati membri sono incondizionati e sufficientemente precisi (v. in tal senso, a proposito dell'art. 20 della direttiva 71/305, sostanzialmente ripreso nell'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37, sentenza Beentjes, citata, punto 43).

- 37 Pertanto occorre risolvere la seconda parte della questione nel senso che l'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 può essere invocato dai singoli innanzi ai giudici nazionali.

Sulle spese

- 38 Le spese sostenute dai governi austriaco e francese nonché dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Quarta Sezione),

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Bundesvergabeamt con ordinanza 27 gennaio 1998, dichiara:

- 1) L'art. 18, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, nella versione risultante dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di

forniture e degli appalti pubblici di lavori, deve essere inteso nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara.

- 2) L'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37, nella versione risultante dalla direttiva 97/52, può essere invocato dai singoli innanzi ai giudici nazionali.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 16 settembre 1999.

Il cancelliere

Il presidente della Quarta Sezione

R. Grass

P.J.G. Kapteyn