

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

3 marzo 2005 \*

Nei procedimenti riuniti C-21/03 e C-34/03,

aventi ad oggetto talune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Conseil d'État (Belgio) con decisioni 27 dicembre 2002, pervenute in cancelleria rispettivamente il 29 e il 22 gennaio 2003, nelle cause tra

**Fabricom SA**

e

**Stato belga,**

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione (relatore), dai sigg. C. Gulmann, J.-P. Puissochet, dalla sig.ra N. Colneric e dal sig. J. N. Cunha Rodrigues, giudici,

avvocato generale: sig. P. Léger

cancelliere: sig. R. Grass

\* Lingua processuale: il francese.

viste le osservazioni presentate:

- per la Fabricom SA, dai sigg. J. Vanden Eynde e J.-M. Wolter, avocats;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo finlandese, dalla sig.ra T. Pynnä, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. K. Wiedner e B. Stromsky, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 novembre 2004,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

<sup>1</sup> Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione della 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), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 92/50»), più in particolare dell'art. 3, n. 2, della medesima, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), come modificata dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 93/36»), più in particolare dell'art. 5, n. 7, della medesima, 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), come modificata dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 93/37»), più in particolare dell'art. 6, n. 6, della medesima, nonché della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (GU L 101, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»), più in particolare dell'art. 4, n. 2, della medesima, in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il diritto di proprietà. Le stesse domande vertono inoltre sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), più in particolare dei suoi artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, nonché della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14), più in particolare dei suoi artt. 1 e 2.

- 2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie tra la Fabricom SA (in prosieguo: la «Fabricom») e lo Stato belga a proposito della legittimità di disposizioni nazionali che, a determinate condizioni, ostano a che una persona incaricata di lavori preparatori nell'ambito di un appalto pubblico, o un'impresa vincolata a quest'ultima, partecipi a tale appalto.

## Contesto giuridico

### *La normativa comunitaria*

- 3 L'art. VI, n. 4, dell'accordo sugli appalti pubblici, allegato alla decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/800/CE, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) (GU L 336, pag. 1; in prosieguo: l'«accordo sugli appalti pubblici»), prevede quanto segue:

«Gli enti non sollecitano né accettano, secondo modalità che avrebbero l'effetto di ostacolare la concorrenza, un parere che possa essere utilizzato per la redazione delle specifiche relative ad un determinato appalto da parte di una società che potrebbe avere un interesse commerciale in tale appalto».

- 4 Ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50:

«Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi».

- 5 L'art. 5, n. 7, della direttiva 93/36 prevede che:

«Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari fornitori».

6 L'art. 6, n. 6, della direttiva 93/37 dispone che:

«Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari imprenditori».

7 Ai sensi dell'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38:

«Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi».

8 Il decimo 'considerando' della direttiva 97/52, la cui lettera è riprodotta in termini sostanzialmente analoghi al tredicesimo 'considerando' della direttiva 98/4, precisa:

«(...) gli enti aggiudicatori possono sollecitare, o accettare, consulenze che possano essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza».

9 L'art. 2 della direttiva 89/665 prevede che:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

- a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

(...)).

10 Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 92/13:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, segnatamente nell'articolo 2, paragrafo 8, in quanto tali decisioni abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto per quanto riguarda:

- a) le procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinati dalla direttiva 90/531/CEE;

e

- b) l'osservanza dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a) e di detta direttiva, nel caso degli enti aggiudicatori a cui si applica tale disposizione.

2. Gli Stati membri provvedono a che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese che possono far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

3. Gli Stati membri provvedono a che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'ente aggiudicatore della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

11 L'art. 2 della direttiva 92/13 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini del ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano:

o

a) di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o [a] impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore;

e

- b) di annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nel bando di gara, nell'avviso periodico indicativo, nella comunicazione sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare l'offerta, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto;

oppure

- c) di prendere con la massima sollecitudine, se possibile con procedura d'urgenza e se necessario con procedura definitiva, altri provvedimenti, diversi da quelli indicati nelle lettere a) e b), intesi a riparare la violazione e impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco, in particolare la facoltà di imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata.

Gli Stati membri possono operare la scelta in ordine a tale alternativa per tutti gli enti aggiudicatori o per categorie di enti definite mediante criteri oggettivi, salvaguardando in ogni caso l'efficacia dei provvedimenti previsti allo scopo di impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco;

(...))».

*La normativa nazionale*

- 12 L'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed alle concessioni di lavori pubblici (*Moniteur belge* del 9 aprile 1999, pag. 11690; in prosieguo: il «regio decreto 25 marzo 1999 che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996»), prevede che:

«(...)

1. Non è autorizzato a presentare una domanda di partecipazione ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, qualsiasi persona incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi.

2. L'impresa che sia vincolata a uno qualsiasi dei soggetti di cui al n. 1 non è autorizzata a presentare una domanda di partecipazione ovvero a formulare un'offerta, salvo che essa dimostri di non beneficiare, per tale ragione, di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.

Ai sensi del presente articolo, per "impresa vincolata" si intende qualsiasi impresa sulla quale la persona di cui al n. 1 possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, ovvero qualsiasi impresa che possa esercitare un'influenza dominante su tale persona o che, come quest'ultima, sia sottoposta all'influenza dominante di un'altra impresa per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria

o delle norme che la disciplinano. L'influenza dominante si presume quando un'impresa, direttamente o indirettamente, nei confronti di un'altra impresa:

- 1° detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, ovvero
- 2° dispone della maggioranza dei voti connessi alle quote dell'impresa, ovvero
- 3° può designare più della metà dei membri dell'organo amministrativo, direttivo o di sorveglianza dell'impresa.

Prima di escludere eventualmente un'impresa a causa del vantaggio ingiustificato di cui si presume benefici, l'autorità aggiudicatrice deve invitare tale impresa, con lettera raccomandata, a fornire giustificazioni, entro un termine di 12 giorni, ovvero entro un termine più lungo concesso alla luce delle circostanze del caso, in particolare riguardo ai suoi vincoli, al suo grado di autonomia e ad ogni circostanza che permetta di accertare che l'influenza dominante non sussiste ovvero è priva di effetti sull'appalto in questione.

3. I nn. 1 e 2 non si applicano:

- 1° agli appalti pubblici che abbiano ad oggetto sia l'elaborazione di un progetto che la sua esecuzione;
- 2° agli appalti pubblici aggiudicati con procedura negoziata senza pubblicità al momento dell'avvio della procedura, ai sensi dell'art. 17, n. 2, della legge».

- 13 L'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (*Moniteur belge* del 28 aprile 1999, pag. 14144; in prosieguo: l'«art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996»), è sostanzialmente formulato in termini analoghi a quelli dell'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996.

### **Causa principale e questioni pregiudiziali**

- 14 La Fabricom è un'impresa di lavori che presenta regolarmente offerte relative ad appalti pubblici, in particolare nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

### *Procedimento C-21/03*

- 15 Con ricorso presentato al Conseil d'État il 25 giugno 1999, la Fabricom chiede l'annullamento dell'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996.
- 16 Essa afferma che tale disposizione è contraria, in particolare, al principio della parità di trattamento fra gli offerenti, al principio dell'effettività del ricorso giurisdizionale, come garantito dalla direttiva 92/13, al principio di proporzionalità, alla libertà di commercio e di industria, nonché al diritto di proprietà, come previsto dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

- 17 Il governo belga contesta i motivi sollevati dalla Fabricom.
- 18 Quanto all'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996, il Conseil d'État osserva che ai termini del preambolo del detto regio decreto 25 marzo 1999 e della relazione al Re che lo precede, tale disposizione mira a impedire ad una persona che intenda ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico di trarre un vantaggio contrario alla libera concorrenza dalla ricerca, dalla sperimentazione, dallo studio o dallo sviluppo di lavori, di forniture o di servizi relativi ad un tale appalto.
- 19 Secondo il Conseil d'État, questa disposizione osta, in modo generale e senza distinzione, alla partecipazione all'appalto o alla formulazione di un'offerta da parte della persona incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo e, quindi, dell'impresa considerata vincolata a tale persona. Inoltre, essa non consente a tale persona, contrariamente a quanto previsto per l'impresa vincolata, alcuna possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, essa non ha potuto ottenere, tramite una di queste attività, alcun vantaggio tale da violare la parità tra gli offerenti. Essa non prevede espressamente che l'autorità aggiudicatrice debba pronunciarsi entro un certo termine in ordine alle giustificazioni fornite dall'impresa vincolata per dimostrare che l'influenza dominante non sussiste ovvero è priva di effetti sull'appalto in questione.
- 20 Considerando che la soluzione della controversia di cui è stato investito esige l'interpretazione di talune disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici, il Conseil d'État ha deciso, in applicazione dell'art. 234 CE, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le tre questioni pregiudiziali seguenti:

«1) Se la direttiva 93/38 (...), segnatamente nel suo art. 4, n. 2, e la direttiva 98/4 (...), in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il rispetto del diritto di proprietà, garantito

segnatamente dal protocollo addizionale, del 20 marzo 1952, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ostino a che non sia ammessa a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi qualsiasi persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

- 2) Se la soluzione della questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette alla luce dei medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso.
  
- 3) Se la direttiva 92/13 (...), segnatamente negli artt. 1 e 2, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'ente aggiudicatore può negare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in merito dall'ente aggiudicatore, affermi di non beneficiare per questo motivo di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza».

*Procedimento C-34/03*

- 21 Con ricorso proposto dinanzi al Conseil d'État l'8 giugno 1999, la Fabricom chiede l'annullamento dell'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999 che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996.

- 22 I motivi sollevati dalla Fabricom sono sostanzialmente gli stessi di quelli sollevati nel procedimento C-21/03. Le informazioni fornite dal Conseil d'État concernenti il detto art. 32 sono identiche a quelle fornite nel procedimento C-21/03 relative all'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996.
- 23 Ciò premesso, il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le tre questioni pregiudiziali seguenti:
- «1) Se la direttiva 92/50 (...), segnatamente nell'art. 3, n. 2, la direttiva 93/36 (...), segnatamente nell'art. 5, n. 7, la direttiva 93/37, segnatamente nell'art. 6, n. 6, e la direttiva 97/52 (...), segnatamente negli artt. 2, n. 1, lett. b), e 3, n. 1, lett. b), in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il rispetto del diritto di proprietà, garantito segnatamente dal protocollo addizionale, 20 marzo 1952, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ostino a che non sia ammessa a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, qualsiasi persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.
- 2) Se la soluzione della questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette alla luce dei medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso.
- 3) Se la direttiva 89/665 (...), segnatamente negli artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame

delle offerte, l'ente aggiudicatore può negare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in merito dall'ente aggiudicatore, affermi di non beneficiare per questo motivo di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza».

- 24 Con ordinanza del presidente della Corte 4 marzo 2003, i procedimenti C-21/03 e C-34/03 sono stati riuniti ai fini della fase scritta e orale del procedimento, nonché ai fini della sentenza.

## **Sulle questioni pregiudiziali**

### *Sulla prima questione proposta nei procedimenti C-21/03 e C-34/03*

- 25 Con la prima questione proposta nei procedimenti C-21/03 e C-34/03, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se le disposizioni di diritto comunitario alle quali essa fa riferimento ostino a una norma come quella prevista agli artt. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996, e 32 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996, norma secondo cui non è autorizzata a presentare una domanda di partecipazione ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, qualsiasi persona incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza (in prosieguo: la «norma in questione nella controversia principale»).

- 26 A questo proposito, si deve rilevare che l'obbligo del rispetto del principio della parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici, che mirano in particolare a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nei settori rientranti nelle loro rispettive sfere di applicazione e che enunciano criteri di attribuzione dell'appalto miranti a garantire una siffatta concorrenza (v., in tal senso, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punto 81, e giurisprudenza citata).
- 27 Peraltro, secondo una costante giurisprudenza, il principio della parità di trattamento richiede che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato (sentenze 14 dicembre 2004, causa C-434/02, Arnold André, Racc. pag. I-11825, punto 68, e giurisprudenza citata, e causa C-210/03, Swedish Match e a., Racc. pag. I-11893, punto 70, e giurisprudenza citata).
- 28 Orbene, una persona che è stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi relativi ad un appalto pubblico (in prosieguo: «una persona che ha effettuato taluni lavori preparatori») non si trova necessariamente nella medesima situazione, per quanto riguarda la partecipazione alla procedura di attribuzione di tale appalto, di una persona che non ha effettuato tali lavori.
- 29 Infatti, da una parte, la persona che ha partecipato a taluni lavori preparatori può essere favorita nel formulare la sua offerta a causa delle informazioni relative all'appalto pubblico in questione che ha potuto ottenere effettuando i detti lavori preparatori. Orbene, tutti gli offerenti devono avere le stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (v., in tal senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punto 54).

- 30 D'altra parte, la detta persona può trovarsi in una situazione idonea a sfociare in un conflitto di interessi nel senso che, come rilevato correttamente dalla Commissione delle Comunità europee, qualora sia essa stessa offerente per l'appalto pubblico in questione, può influenzarne le conclusioni, anche senza averne l'intenzione, in un senso ad essa favorevole. Una situazione del genere potrebbe falsare la concorrenza tra gli offerenti.
- 31 Di conseguenza, tenuto conto di tale situazione in cui potrebbe trovarsi la persona che ha effettuato taluni lavori preparatori, non si può sostenere che il principio della parità di trattamento obbliga a trattare la medesima allo stesso modo degli altri offerenti.
- 32 La Fabricom, nonché il governo austriaco e finlandese fanno tuttavia valere, in sostanza, che la differenza di trattamento introdotta da una norma come quella in questione nella controversia principale, consistente nel vietare, in ogni caso, alla persona che ha effettuato taluni lavori preparatori di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, non è obiettivamente giustificata. Un divieto di tal genere sarebbe, infatti, sproporzionato. A loro avviso, la parità di trattamento fra tutti gli offerenti è garantita anche nel caso in cui vi sia una procedura mediante cui valutare, in ogni singolo caso, se il fatto di aver effettuato taluni lavori preparatori abbia apportato alla persona che li ha effettuati un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti. Una misura di tale tipo sarebbe meno restrittiva per la persona che ha effettuato taluni lavori preparatori.
- 33 Al riguardo occorre constatare che una norma quale quella in questione nella controversia principale non lascia alla persona che ha effettuato taluni lavori preparatori alcuna possibilità di dimostrare che, nel suo caso specifico, i problemi sollevati ai punti 29 e 30 della presente sentenza non si pongono.
- 34 Orbene, una norma di questo tipo eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti.

35 Infatti, l'applicazione della detta norma può avere la conseguenza che persone che hanno effettuato taluni lavori preparatori siano escluse dalla procedura di aggiudicazione senza che la loro partecipazione alla stessa comporti un qualsiasi rischio per la concorrenza tra gli offerenti.

36 Ciò posto, occorre risolvere la prima questione sollevata nei procedimenti C-21/03 e C-34/03 nel senso che la direttiva 92/50, più in particolare il suo art. 3, n. 2, la direttiva 93/36, più in particolare il suo art. 5, n. 7, la direttiva 93/37, più in particolare il suo art. 6, n. 6, e la direttiva 93/38, più in particolare il suo art. 4, n. 2, ostano ad una norma come quella prevista agli artt. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996, e 32 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996, con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

*Sulla seconda questione proposta nei procedimenti C-21/03 e C-34/03*

37 Con la seconda questione proposta nei procedimenti C-21/03 e C-34/03, il giudice del rinvio chiede se la soluzione della prima questione sarebbe diversa qualora le direttive 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38, in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria nonché con il diritto di proprietà, fossero interpretate nel senso che esse si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso.

- 38 Va rilevato che tale questione è fondata su un'ipotesi che non può essere accolta.
- 39 Non vi è infatti alcun indizio nelle dette direttive che consenta di interpretarle nel senso che, per quanto riguarda la loro applicabilità alle imprese che partecipano o intendono partecipare ad una procedura di appalto pubblico, esse si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso. Del resto, il principio della parità di trattamento osta a che solo le imprese private o che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso, che hanno effettuato taluni lavori preparatori, siano assoggettate ad una norma come quella in questione nella controversia principale, mentre non vi sarebbero assoggettate le imprese non aventi una di tali caratteristiche e che hanno parimenti effettuato lavori preparatori di tale tipo.
- 40 Non occorre dunque risolvere la seconda questione sollevata nei procedimenti C-21/03 e C-34/03.

*Sulla terza questione sollevata nei procedimenti C-21/03 e C-34/03*

- 41 Con la terza questione sollevata nei procedimenti C-21/03 e C-34/03, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 89/665, più in particolare i suoi artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, nonché la direttiva 92/13, più in particolare i suoi artt. 1 e 2, ostino a che l'ente aggiudicatore possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa vincolata ad una persona che abbia effettuato taluni lavori preparatori, quando tale impresa, interrogata in merito dall'ente aggiudicatore, affermi di non beneficiare per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza.

- 42 Al riguardo, occorre tuttavia ricordare che, allorché si tratta di modalità procedurali di ricorsi volti ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665 (sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, Racc. pag. I-11617, punto 72).
- 43 Peraltro, le disposizioni delle direttive 89/665 e 92/13, destinate a tutelare gli offerenti da atti arbitrari dell'autorità aggiudicatrice, sono dirette a garantire l'effettiva applicazione delle regole comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate. Una siffatta tutela non può essere efficace se gli offerenti non sono in grado di avvalersi di tali regole nei confronti dell'autorità aggiudicatrice (sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, *Commissione/Austria*, non pubblicata nella Raccolta, punto 20 e giurisprudenza citata).
- 44 Orbene, il fatto che l'autorità aggiudicatrice possa ritardare, sino ad una fase molto avanzata della procedura, la decisione se un'impresa vincolata ad una persona che ha effettuato taluni lavori preparatori possa partecipare alla procedura o formulare un'offerta, allorché tale autorità dispone di tutti gli elementi per prendere tale decisione, toglie a tale impresa la possibilità di invocare le regole comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici nei confronti dell'autorità aggiudicatrice per un periodo a esclusiva discrezione di quest'ultima e che può eventualmente estendersi sino al momento in cui le violazioni non possono più essere utilmente corrette.
- 45 Una situazione di questo tipo può pregiudicare l'effetto utile delle direttive 89/665 e 92/13 in quanto può comportare un rinvio ingiustificato della possibilità per gli interessati di esercitare i diritti loro conferiti dal diritto comunitario. Essa è inoltre contraria all'obiettivo delle direttive 89/665 e 92/13 consistente nel proteggere gli offerenti nei confronti dell'autorità aggiudicatrice.

- 46 Occorre dunque risolvere la terza questione sollevata nei procedimenti C-21/03 e C-34/03 nel senso che la direttiva 89/665, più in particolare i suoi artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, nonché la direttiva 92/13, più in particolare i suoi artt. 1 e 2, ostano a che l'autorità aggiudicatrice possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte di un'impresa vincolata ad una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in merito dall'autorità aggiudicatrice, affermi di non beneficiare per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza.

### Sulle spese

- 47 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento ha il carattere di un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, eccetto quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

- 1) La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, più in particolare l'art. 3, n. 2, della medesima, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva 97/52 più in particolare l'art. 5, n. 7, della medesima, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva 97/52, più in particolare l'art. 6, n. 6, della medesima, nonché la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE,

che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE, più in particolare l'art. 4, n. 2, della medesima, ostano ad una norma come quella prevista agli artt. 26 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 10 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, e 32 del regio decreto 25 marzo 1999, che modifica il regio decreto 8 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed alle concessioni di lavori pubblici, con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una persona chi sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

- 2) La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, e, più in particolare, gli artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, della medesima, nonché la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, più in particolare gli artt. 1 e 2 della medesima, ostano a che l'autorità aggiudicatrice possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura o la presentazione di un'offerta da parte dell'impresa vincolata ad una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in merito dall'autorità aggiudicatrice, affermi di non beneficiare per questo motivo di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza.

Firme