

**LA “SOSPETTA” DECISIONE DELLA CITTÀ DI VIENNA DI
REVOCARE UNA GARA D’APPALTO CONVINCHE LA
COMMISSIONE MA NON IL GIUDICE COMUNITARIO.**

Nota del dott. Marcello Salerno*



**Corte di giustizia, VI, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure
Krankenhaustechnik Planungs v. Stadt Wien***

*Appalti pubblici – Dir. 92/50/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti
pubblici di servizi – Dir. 89/665/CEE - Ambito di applicazione – Decisione di
revoca di un bando di gara – Sindacato giurisdizionale – Portata.*

*L’art. 1, n. 1, dir. 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, come
modificata dalla dir. 92/50/CEE, impone che la decisione dell’amministrazione
aggiudicatrice di revocare il bando di gara per un appalto pubblico di servizi possa
costituire oggetto di ricorso e essere eventualmente annullata in quanto contraria
al diritto comunitario in materia o alle norme nazionali che recepiscono tale
diritto.*

*La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, osta altresì a una
normativa nazionale che limiti il controllo sulla legittimità della revoca di un
bando di gara al mero esame del carattere arbitrario di tale decisione.*

*La determinazione del momento decisivo ai fini della valutazione relativa alla
legittimità della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice di revocare un
bando di gara spetta al diritto nazionale, a condizione che le norme nazionali
applicabili non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di
natura interna, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile
l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario.*

1. È la prima volta che la Corte di giustizia entra nel merito del sindacato giurisdizionale sulla revoca di un bando di gara. Nonostante l’originalità della fattispecie, tuttavia, si confermano immutati, dall’aspetto quasi granitico, i parametri di giudizio ai quali la Corte continua a fare riferimento ogni volta che deve esprimersi in tema di appalti pubblici.

* Articolo estratto dalla riv. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV/2002, p. 1746-1750.

Il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE scaturisce da un *iter* piuttosto articolato che è necessario ripercorrere. La città di Vienna pubblicava nel 1996 una gara d'appalto per la direzione di un progetto riguardante la strategia di approvvigionamento alimentare di istituti ospedalieri. Tra le offerte vi era quella della *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs - Gesellschaft mbH* (in seguito HI). Una volta conclusasi la fase relativa al deposito di tutte le offerte, l'appaltante rinunciava alla gara revocandone il bando per «motivi imperativi», ai sensi della normativa austriaca vigente.

La legge sugli appalti pubblici del Land di Vienna (*Wiener Landesvergabegesetz*) annovera tra i motivi imperativi che impongono il ritiro del bando di gara, la circostanza in cui l'ente appaltante viene a conoscenza, dopo lo scadere del termine per la presentazione delle offerte, di sopravvenuti eventi che, se fossero stati noti in precedenza, avrebbero escluso la gara d'appalto o avrebbero condotto ad una gara d'appalto dal contenuto sostanzialmente diverso. E in effetti, ad una richiesta di informazioni rivolta dalla HI alla città di Vienna, quest'ultima giustificava la revoca sostenendo che, alla luce di studi effettuati dalla società Humanomed (società che compare anche tra gli offerenti nella stessa gara d'appalto!), era emerso che il progetto inizialmente previsto e oggetto del bando di gara doveva in realtà essere sviluppato in modo diverso rispetto al progetto originario e non era più necessario, quindi, attribuire l'incarico oggetto dell'appalto.

Alla luce di ciò la HI si opponeva al provvedimento di revoca di fronte al *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* (sui mezzi di ricorso in materia di appalti pubblici nell'ordinamento austriaco, v. B. Gutknecht, *Remedies for Breach of the Public Procurement Rules in Austria*, in *Publ. Proc. L. Rev.*, 1994, CS106), adducendo il sospetto (legittimo, sembrerebbe) che il ritiro del bando fosse dovuto, in realtà, all'intento di favorire la convenuta austriaca Humanomed a scapito di una società di un altro Stato membro quale appunto la ricorrente. Più precisamente la HI rilevava che la Humanomed era stata strettamente associata ai lavori di preparazione del bando di gara ed aveva quindi influito sull'elaborazione del progetto. Secondo la HI questa circostanza avrebbe costretto prima o poi l'appaltante ad escludere tale società dalla gara, in applicazione del principio della parità di

trattamento tra i vari offerenti, interrompendo così l'attività di collaborazione con la società. Ipotesi scongiurata grazie proprio all'intervenuta revoca del bando. Il fatto che la revoca fosse giustificata, poi, proprio da una consulenza della Humanomed sarebbe la plausibile conferma che il bando era stato pensato *ad hoc* per incrementare ed estendere le attività di collaborazione tra la città di Vienna e la Humanomed: fallito l'intento, revocato il bando.

L'anno successivo il *Vergabekontrollsenat* respingeva il ricorso della HI dichiarandolo irricevibile in quanto, secondo la normativa austriaca, la revoca di un bando di gara non figura tra le decisioni, tassativamente indicate dalla legge, nei confronti delle quali è possibile richiedere l'annullamento (art. 101 del *Wiener Landesvergabegesetz*). In un secondo momento la sentenza veniva però annullata, su ricorso della HI, dalla Corte costituzionale austriaca con la motivazione che su tale disposizione di diritto nazionale bisognava prima risolvere una questione di compatibilità con la normativa comunitaria. Quindi il *Vergabekontrollsenat*, reinvestito della questione, si decideva a sottoporre finalmente la domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia.

2. La normativa comunitaria oggetto del rinvio pregiudiziale cui la Corte austriaca ha fatto riferimento è costituita sostanzialmente dalla dir. 89/665 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative sull'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in parte modificata dalla dir. 92/50 che si occupa più in generale del coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Anche quest'ultima direttiva è stata ulteriormente modificata dalla direttiva CE 97/50 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13-10-1997 (in *G.U.C.E.*, L 328, del 28-11-1997, 1 ss.; per una panoramica sull'impianto complessivo della normativa comunitaria in materia di appalti v., in particolare, F. Lauria, *I pubblici appalti: disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, Giuffrè, 1998; G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M. P. Chiti, G. Greco (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, 214 ss.; A. Barone, *Appalti pubblici*,

in A. Tizzano (cur.), *Il diritto privato nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2000, 567 ss.).

La dir. 89/665 (direttiva ricorsi) nasce con lo scopo di colmare la generale inadeguatezza dei rimedi di carattere giurisdizionale e dei mezzi di difesa esperibili negli ordinamenti dei singoli Stati membri nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, attraverso una normativa comune sulle procedure di ricorso e l'introduzione di un sistema minimale uniforme di trattamento processuale in materia di appalti (cfr. G. Morbidelli, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829 ss.; S. Arrowsmith (cur.), *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community*, IV, Winteringham, Earlsgate Press, 1993; D. Tassan Mazzocco, *Si consolida la giurisprudenza della Corte con riguardo a talune questioni interpretative collegate all'applicazione della direttiva CEE 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in questa *Rivista*, 1999, 1176 ss.) rimuovendo, in tal modo, anche gli ostacoli derivanti dalla diversità dei sistemi amministrativi dei singoli Stati membri (in tal senso, G. di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998, 685).

L'art. 1 della dir. 89/665 dispone che «gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che ... le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile ... qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono» (cfr. E. Rosini, *I mezzi di tutela contro la violazione delle regole della direttiva comunitaria sugli appalti di servizi*, in *I contr. Dello St. e degli Enti pubbl.*, 1993, 24 ss.), senza però dare una definizione più precisa di tali provvedimenti (in tal senso cfr. Corte giust. sent. 28-10-1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria e a.*, in *Racc.*, I-7671, p.to 31). Inoltre l'art. 12, n. 2 della dir. 92/50, prevede l'obbligo, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di informare i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo l'aggiudicazione dell'appalto, «compresi i motivi per i quali hanno deciso di rinunciare ad aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara».

A parte quest'ultimo obbligo di motivazione, dunque, le direttive comunitarie nulla dispongono riguardo la possibilità di impugnare la decisione di revoca del bando.

3. Di conseguenza il giudice austriaco, con il ricorso in via pregiudiziale, chiede alla Corte di giustizia se il diritto comunitario «imponga che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diretta a revocare il bando di gara per un appalto di servizi possa essere esaminata ed eventualmente annullata in un procedimento di ricorso» (p.to 23).

Nel merito la Corte, dopo aver constatato che il *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* possiede tutte le caratteristiche per essere qualificato "giudice" ai sensi dell'art. 234 del Trattato – l'origine legale, il carattere permanente, l'obbligatorietà della giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e, infine, che sia indipendente (sul punto la giurisprudenza comunitaria è ormai consolidata, tra le più recenti cfr., Corte giust., sent. 4-4-1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, in *Racc.*, I-551, p.to 17; ma anche, Corte giust., sent. 17-9-1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.*, I-4961, p.to 23. Per i riferimenti ivi contenuti, cfr. S. Bagni, *Consolidamento e innovazione nella giurisprudenza della Corte in tema di «giurisdizione» ai sensi dell'art. 234 e di libera circolazione dei lavoratori*, in questa *Rivista*, 2001, 192 s.; G. Taccogna, *Autorità indipendenti per il contenzioso in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti?*, in questa *Rivista*, 1999, 810; P. Biavati, F. Carpi, *Diritto processuale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, 405 ss.) – si è trovata a dover stabilire, in buona sostanza, se tra le «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici», per le quali gli Stati membri devono prevedere nel loro diritto nazionale una procedura di ricorso «efficace e quanto più rapido possibile» (ai sensi dell'art. 1 della dir. 89/665), rientrasse o meno anche la scelta di revocare il bando di gara di un appalto pubblico di servizi.

Tra le due alternative soluzioni la Corte di giustizia ha assunto una posizione che risulta in netto disaccordo con quella sostenuta da tutte le parti intervenute nel procedimento (escludendo la ricorrente) e che,

ciononostante, non lascia spazio ad incertezze. Vale dunque la pena di passare brevemente in rassegna le opposte argomentazioni per meglio comprendere gli elementi decisivi della sentenza.

La soluzione negativa, sostenuta dalla Commissione, dal Governo austriaco e, in definitiva, anche dal giudice del rinvio, viene motivata con vari argomenti. In termini estremamente sintetici essa fa perno soprattutto sul fatto che la direttiva dispone l'obbligo di prevedere mezzi di ricorso soltanto contro le decisioni prese in violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che lo recepiscono. Partendo dunque dal presupposto che l'obiettivo della direttiva è quello di garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario in materia di appalti, l'obbligo di istituire mezzi di ricorso riguarderebbe soltanto le decisioni oggetto di una specifica regolamentazione da parte delle stesse direttive. Ma poiché le condizioni e la forma della revoca del bando di gara non formano oggetto di disciplina nella normativa comunitaria, non sarebbe conseguentemente possibile intravedere alcun tipo di sindacato di legittimità sulla decisione di annullare il bando: una questione che resterebbe quindi di esclusiva competenza degli ordinamenti nazionali.

Per sostenere questa tesi la Commissione ricorda anche la fase dei lavori preparatori della dir. 89/665, evidenziando come essa avesse esplicitamente proposto, in tale contesto, che l'obbligo incombente sugli Stati membri di istituire procedimenti di ricorso fosse esteso alle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione non solo della normativa comunitaria, ma anche del diritto nazionale; nel corso dell'*iter* legislativo si ripiegò, come si è già avuto modo di vedere, solo sulle decisioni adottate in violazione del diritto comunitario e delle norme nazionali che lo recepiscono. Ciò confermerebbe l'importanza attribuita, in sede di produzione normativa, a questo aspetto. Per sostenere dunque che la revoca del bando di gara rientra tra le decisioni illegittime di cui parla l'art. 2, dir. 89/665, occorrerebbe che essa fosse oggetto di specifica regolamentazione.

Prima di mostrare come l'argomentazione, apparentemente convincente, viene smontata dalla Corte di giustizia, sia permesso di portare subito alla luce una viziosa circolarità del ragionamento descritto, rimasta in ombra nel dibattito. Sostenere che l'obiettivo dell'art. 2 della dir. 89/665 è di garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario è, oltre che affermazione dall'evidenza quasi banale, un cerchio che chiudendosi in sé stesso non aggiunge alcun elemento utile al dibattito. Il problema di cui si discute, infatti, è proprio quello di capire se l'art. 2 della citata direttiva, nel prevedere strumenti giurisdizionali di tutela, volesse regolamentare anche quel nuovo elemento emerso nel caso specifico, costituito dal sindacato di legittimità su una decisione di revoca del bando.

La Corte di giustizia non cade in questo circolo vizioso: osserva i fatti da una prospettiva più elevata, e con le stesse lenti usate da sempre nella sua lunga esperienza giurisprudenziale. La Corte infatti opportunamente chiarisce che l'obiettivo perseguito dalle direttive comunitarie in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è quello di «eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro» (p.to 43); il principio è ribadito in numerosissime occasioni (v., per tutte, Corte giust., sent. 3-10-2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, in *Racc.*, I-8035, p.to 16, ma anche, Corte giust., sent. 18-10-2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*, in *Racc.*, I-7225, p.to 32; su quest'ultima sia consentito il rinvio a M. Salerno, *La Corte mette ... al bando i criteri last minute in fase di aggiudicazione di appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2002, 304 ss.).

La consolidata giurisprudenza della Corte ha poi esplicitato il concetto, individuando nel principio di non discriminazione e parità di trattamento degli offerenti, la fondamentale chiave di lettura interpretativa delle direttive comunitarie sugli appalti, il cui accertamento implica un obbligo di trasparenza per tutta la procedura (cfr. terzo *considerando* della dir. 89/665; sui principi di trasparenza, di parità di trattamento e relative connessioni cfr. Corte giust., sent. 18-11-1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia e 3-S*, in *Racc.*, I-

8291, p.to 31; Corte giust., sent. 25-4-1996, causa C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-2043, p.ti 53 e 54; Corte giust., sent. 7-12-2000, causa C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress*, in *Racc.*, I-10745, p.to 61. In dottrina, tra gli altri, C. Arrowsmith, *The application of the EC Rules to Public and Utilities Procurement*, in *Pub. Proc. L. Rev.*, 1995, 255-280; C. Caruso, *I principi generali del diritto comunitario a tutela del mercato negli appalti pubblici*, in *Europa e mezzogiorno*, Roma, Formez, 46/2002, 18-31).

Nel caso in questione, «nonostante il fatto che la direttiva 92/50 non disciplini specificamente le modalità di revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi, le autorità aggiudicatrici sono cionondimeno tenute, quando adottano una decisione di tal tipo, a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, in particolare» (p.to 47). Sostanzialmente i giudici di Lussemburgo prestano più attenzione alla sostanza che alla forma e invitano a leggere il diritto comunitario nell'ottica funzionalista dei principi, anche giurisprudenziali, che lo ispirano. Difatti, si legge esplicitamente nella sentenza che «la realizzazione integrale dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromesso se si consentisse alle autorità aggiudicatrici di procedere alla revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi senza assoggettarle a procedure di controllo giurisdizionale volte a garantire sotto ogni profilo l'effettivo rispetto sia delle direttive che stabiliscono le norme sostanziali relative agli appalti pubblici, sia dei principi su cui si basano» (p.to 53).

La chiave di lettura offerta dai giudici comunitari vale anche con riferimento all'art. 12, n. 2, della dir. 92/50 che si limita a prevedere l'obbligo di comunicare la motivazione della revoca del bando senza dettare alcuna disposizione specifica relativamente ai requisiti di merito o di forma che tale decisione deve avere. Infatti ciò non implica, precisa la Corte rispondendo alle argomentazioni opposte sollevate dalle parti, che tale decisione si sottragga ai principi fondamentali del diritto comunitario consacrati nel Trattato CE.

Infine, come ulteriore argomentazione, la Corte aggiunge che la previsione di procedure di ricorso è strettamente collegata con quanto

dispone l'art. 2, n. 5, della dir. 89/665, il quale autorizza gli Stati membri a prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione illegittima dell'autorità aggiudicatrice, la decisione contestata deve essere subito annullata. Ma ammettere che gli Stati membri non siano tenuti a prevedere procedure di ricorso contro decisioni di revoca dei bandi di gara, significherebbe privare gli offerenti danneggiati da tali decisioni anche della possibilità di intentare azioni di risarcimento.

Nel rinvio pregiudiziale venivano poste altre due domande subordinate ad una risposta affermativa della Corte sulla prima. Tuttavia tali richieste, oltre ad apparire piuttosto fumose nella loro formulazione, risultano assai marginali, soprattutto alla luce delle considerazioni finora svolte. La seconda, in particolare, chiedeva se fosse possibile limitare il controllo sulla legittimità della revoca del bando al mero esame del carattere arbitrario di tale decisione (con tutti i dubbi che giuridicamente può sollevare un'espressione come "carattere arbitrario"). La risposta negativa della Corte conferma ulteriormente la teoria secondo la quale l'obiettivo di rafforzare i mezzi di ricorso risulta fondamentale e prioritario nella dir. 89/665.

4. La conclusione cui giunge la sentenza in commento rappresenta la perfetta trasposizione dei principi generali in materia di appalti pubblici cui le precedenti pronunce hanno da sempre fatto riferimento. Ma anche dal punto di vista della logica del sistema, non sarebbe giustificabile una diversa soluzione. Infatti una procedura di appalto può concludersi in due modi: con una aggiudicazione o con la revoca, e non si comprenderebbe perché soltanto la prima scelta dovrebbe rientrare tra quelle sottoposte a controllo mentre la seconda ne dovrebbe essere sottratta. Sembra, inoltre, si possa condividere in pieno la preoccupazione dell'Avvocato generale A. Tizzano secondo il quale, se la decisione di annullare il bando fosse totalmente arbitraria e lasciata alla piena discrezionalità dell'appaltante, la gara potrebbe essere revocata e ripetuta nel tempo più volte fino al successo dell'offerente che si volesse in ipotesi favorire; ciò significherebbe lasciare libera l'autorità aggiudicatrice di far prevalere motivazioni diverse da quelle economiche e aprire la strada proprio ai

quei rischi di discriminazione che le direttive intendono decisamente contrastare.

Da una attenta lettura, anche tra le righe, delle motivazioni contenute nella sentenza, traspare un atteggiamento “precauzionale” della Corte di giustizia che può essere utilmente annotato anche per ulteriori riscontri. Infatti, tra le due soluzioni alternative, quella che esclude la tutela giurisdizionale dei partecipanti alla gara riguardo un provvedimento dell’autorità appaltante e quella invece che attribuisce loro uno strumento in più di tutela, la Corte ha preferito, nel dubbio, quella più “garantista”. Un atteggiamento che ancora una volta si sposa perfettamente non solo con l’esigenza, più volte ribadita, di assicurare condizioni di trasparenza e parità di trattamento tra gli offerenti, ma anche con un più generale principio di “giustiziabilità” degli atti produttivi di effetti giuridici definitivi; un principio che, come sottolinea l’Avvocato generale, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, risulta consacrato dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed è entrato a pieno titolo nell’ordinamento comunitario (cfr. Corte giust., sent. 11-1-2001, causa C-1/99, *Cofisa Italia*, in *Racc.*, I-207, p.to 46).

In tutta la vicenda, resta solo un certo stupore per la singolare presa di posizione contraria della Commissione, che forse non ha tenuto in debito conto di quali e quanti siano i meccanismi e gli espedienti messi in atto dalle amministrazioni aggiudicatrici per veicolare l’esito di un appalto, o forse non ha sufficientemente valutato le reali intenzioni che possono celarsi dietro un’apparentemente innocua decisione di revocare un bando. È in ogni caso difficile da spiegare come una istituzione che da decenni si batte per dilatare gli strumenti comunitari di garanzia e per contrastare le disparità tra le legislazioni degli Stati e colmarne le carenze, in questa occasione preferisca lasciare invece al diritto nazionale la gestione di un problema davvero delicato in materia di appalti pubblici.