

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

CHRISTINE STIX-HACKL

presentate l'11 luglio 2002 [\(1\)](#)

**Causa C-57/01**

**Makedoniko Metro e Michaniki AE**

**contro**

**Stato ellenico**

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Diokitiko Efeteio di Atene)

«Direttiva 71/305/CEE - Direttiva 93/37/CEE - Direttiva 89/665/CEE - Mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la provvisoria aggiudicazione dell'appalto - Effetti sulla partecipazione alla procedura di aggiudicazione - Divieto a norma del diritto nazionale - Tutela giurisdizionale»

### **I - Osservazioni introduttive**

1. Oggetto del presente procedimento è l'interpretazione di una direttiva sul coordinamento degli appalti di lavori, nonché 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 [\(2\)](#) (in prosieguo: la «direttiva sulle impugnazioni»). In particolare, si tratta dell'ammissibilità del mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori durante una procedura di aggiudicazione dell'appalto e degli effetti di un tale mutamento sulla tutela giurisdizionale.

### **II - Contesto normativo**

*A - La normativa comunitaria*

2. Tra le direttive di diritto sostanziale in materia di appalti pubblici rileva in questo contesto la direttiva 71/305/CEE sul coordinamento di appalti di lavori pubblici [\(3\)](#) nella versione della direttiva 89/440/CEE [\(4\)](#), che sostanzialmente corrisponde alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [\(5\)](#) [in prosieguo: la «direttiva sul coordinamento (lavori)»], alla quale si fa anche riferimento in prosieguo.
3. L'art. 1 di questa direttiva prevede tra l'altro quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva:

- a) gli «appalti pubblici di lavori» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;

(...)

d) la “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo;

(...))».

4. L'art. 21 recita:

«I raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare offerte. La trasformazione di tali raggruppamenti in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta, ma il raggruppamento prescelto può essere obbligato ad assicurare tale trasformazione quando l'appalto gli è stato aggiudicato».

5. Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale rilevano le disposizioni della direttiva sulle impugnazioni.

6. L'art. 1, n. 1, nella versione vigente all'epoca dei fatti, prevedeva:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».

7. L'art. 2, n. 1, prevede tra l'altro:

«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:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione».

#### *B - La normativa nazionale*

8. La gara d'appalto di cui è causa è disciplinata principalmente dalle disposizioni della legge n. 1418/1984, intitolata «Lavori pubblici e disciplina di materie connesse» (23 A), e del decreto presidenziale n. 609/1985 (223 A).

9. Nel presente procedimento l'autorità aggiudicatrice aveva scelto la procedura di aggiudicazione prevista dall'art. 4, n. 2, lett. b) della legge n. 1418/1984. Tale tipo di procedura prevede le seguenti fasi.

10. Preselezione dei concorrenti, presentazione delle offerte, esame dei contributi tecnici, esame delle offerte economiche e finanziarie e trattative con uno o più cosiddetti

aggiudicatari provvisori.

11. L'art. 5, n. 6, della legge n. 1418/1984 dispone: «E' vietata la sostituzione di un terzo nella realizzazione di parte o della totalità dell'opera (cessione dell'opera) senza l'autorizzazione dell'ente che realizza l'opera. In ogni ipotesi di sostituzione l'aggiudicatario è solidalmente responsabile insieme al sostituto nei confronti del titolare dell'opera, del personale e di qualsiasi terzo. In via eccezionale può essere autorizzata la sostituzione con liberazione dell'aggiudicatario dalla responsabilità nei confronti del titolare dell'opera qualora ciò sia imposto dall'interesse dell'opera e l'aggiudicatario si trovi nell'evidente impossibilità di completare l'opera. Con decreto presidenziale saranno definiti i requisiti del sostituto, le conseguenze per l'aggiudicatario, la procedura di autorizzazione della sostituzione, le materie correlate alla sostituzione di un membro del raggruppamento di imprenditori aggiudicatario e ogni dettaglio connesso».
12. L'art. 51, n. 6, del decreto presidenziale n. 609/1985, emanato fra l'altro in base alla delega contenuta nella disposizione testé citata, è così formulato:  
  
«1. La sostituzione di un'altra impresa appaltatrice per la realizzazione dell'opera ai sensi dell'art. 5, n. 6, della legge n. 1418/1984 è proposta dal servizio direttivo ed autorizzata dall'autorità superiore. Per l'autorizzazione della sostituzione, l'impresa appaltatrice che deve sostituire l'aggiudicatario deve avere gli stessi requisiti previsti per l'assegnazione dell'opera all'aggiudicatario e prestare le necessarie garanzie per l'esecuzione dell'opera secondo il giudizio dell'autorità superiore».
13. Le altre disposizioni dello stesso articolo disciplinano l'autorizzazione delle sostituzioni dell'aggiudicatario originario con liberazione dalla responsabilità (n. 2), la sostituzione di un membro del raggruppamento di imprenditori aggiudicatario, quando la sostituzione viene richiesta da tale membro (n. 3), la risoluzione del contratto in caso di fallimento dell'aggiudicatario (n. 5), e la risoluzione, in linea di principio, del contratto nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario sia un'impresa su base personale e venga a mancare colui che la esercita (n. 6).
14. Infine l'art. 35 del citato decreto presidenziale contiene norme relative agli obblighi dei membri del raggruppamento di imprenditori aggiudicatario riguardo all'esecuzione dell'opera presa in appalto dal raggruppamento di imprenditori, e ai nn. 6 e 7 dello stesso articolo sono contenute norme sulla sorte del raggruppamento di imprenditori e sugli obblighi dei suoi membri in caso di decesso delle persone fisiche partecipanti al raggruppamento di imprenditori con le loro imprese individuali e in caso di fallimento di un membro del raggruppamento di imprenditori.
15. Dal combinato disposto delle citate norme discende che la legislazione relativa alle gare di appalto di opere pubbliche prevede, a determinate condizioni, la sostituzione di un membro del raggruppamento di imprenditori che è stato proclamato aggiudicatario dell'appalto nella relativa gara. Tale sostituzione, che avviene sempre a seguito di autorizzazione dell'ente che realizza l'opera, è prevista solo nella fase di esecuzione della stessa, vale a dire nella fase che segue la sottoscrizione del contratto tra l'aggiudicatario e il committente dell'opera, e non anche nella precedente fase di aggiudicazione della gara [\(6\)](#).
16. Nel bando integrativo della gara d'appalto (bando relativo alla seconda fase della gara) si stabilisce che possono partecipare a tale fase gli otto raggruppamenti che hanno presentato una dichiarazione di interesse nella prima fase della gara e sono stati preselezionati. Si prevede anche che tali raggruppamenti hanno diritto a partecipare nella compagine in cui si sono presentati nella prima fase della gara, che è espressamente esclusa la costituzione di raggruppamenti di imprenditori o di altre forme di collaborazione fra gli stessi, e infine che è

possibile l'ampliamento di un raggruppamento con nuovi membri, i quali tuttavia non possono in alcun caso far parte di altri raggruppamenti preselezionati per partecipare alla seconda fase della gara.

17. Inoltre l'art. 12 di tale bando stabilisce che il fascicolo di ogni concorrente deve contenere tutti i documenti atti a dimostrare che esso ha la forma giuridica di raggruppamento di imprenditori. Tra i suddetti documenti figura un atto notarile attestante la costituzione del raggruppamento di imprenditori tra tutti i membri del raggruppamento preselezionato nonché tra gli eventuali nuovi membri, in conformità a quanto disposto dall'art. 6 del bando. Sono compresi anche i verbali autenticati delle riunioni dei consigli di amministrazione di tutti i membri del raggruppamento di imprenditori che approvano la partecipazione allo stesso, in collaborazione con gli altri membri, che devono essere menzionati espressamente per nome, nonché le copie degli statuti degli eventuali nuovi membri del raggruppamento di imprenditori autenticate dalle autorità competenti. Infine lo stesso articolo dispone che nel fascicolo devono essere inseriti tutti gli elementi cui fanno riferimento gli artt. 7.1, 7.2, 7.3 e 7.4 del bando concernente la prima fase della gara.
18. Quest'ultimo bando stabilisce inoltre che i raggruppamenti di imprenditori devono spiegare in che misura intendano partecipare al finanziamento dell'opera e devono dichiararsi disponibili ad apportare i necessari capitali che, oltre ad eventuali sovvenzioni, garantiranno il compimento, la manutenzione e il funzionamento dell'opera. Viene stabilito inoltre che ogni impresa costruttrice e di progettazione ha l'obbligo di presentare un certificato d'iscrizione al registro di commercio del paese in cui ha la sede e documenti relativi alla sua capacità finanziaria ed economica nonché alle capacità e idoneità tecniche. Infine si dispone che le imprese del raggruppamento che si occuperanno in particolare della gestione dell'opera dovranno presentare idonei certificati e dimostrare la loro capacità ed esperienza nella gestione di opere di trasporto e specialmente di metropolitane.
19. Dal combinato disposto dei bandi citati in precedenza risulta che essi prevedono nella seconda fase della gara in oggetto la possibilità di ampliare con nuovi membri un raggruppamento di imprenditori preselezionato nella prima fase della gara. Tale ampliamento tuttavia viene previsto solo fino al momento stabilito per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti. Come risulta dagli elementi del fascicolo, tale limitazione è stata evidentemente dettata per far sì che le commissioni di gara competenti a proclamare l'aggiudicatario provvisorio abbiano a disposizione, dapprima nella valutazione delle offerte tecniche e successivamente nella valutazione dei progetti economici e nel calcolo dell'importo della corrispondente spesa pubblica - separatamente per ogni singolo membro del raggruppamento di imprenditori - tutti gli elementi rilevanti per l'aggiudicazione, con riferimento alla capacità finanziaria ed economica di ogni membro, alle qualità e capacità tecniche di cui dispone, nonché alla sua capacità ed esperienza nel gestire l'opera di cui trattasi [\(7\)](#).

### **III - Fatti, causa a qua e questione pregiudiziale**

20. Con bando autorizzato per decreto ministeriale 18 giugno 1992, D 1d/2/207, il Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici bandiva la prima fase (fase di preselezione) della gara d'appalto internazionale concernente l'aggiudicazione dell'appalto per lo «Studio, realizzazione, autofinanziamento e gestione della metropolitana di Salonicco», con preventivo di spesa pari a GRD 65 000 000 000. In tale fase la commissione di gara selezionava otto raggruppamenti di società che avevano manifestato interesse, tra i quali figurava anche il raggruppamento di imprenditori appellante. Successivamente, con decreto 1° febbraio 1993, D1/4/37, del Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici venivano approvati gli atti d'appalto della seconda fase della gara, tra i quali sono compresi il bando integrativo e lo specifico

capitolato d'oneri. In tale fase presentavano offerte tecniche, studi economici e offerte economiche e finanziarie, fra gli altri, il raggruppamento di imprenditori Makedoniko Metro (in prosieguo: «Makedoniko») nella sua compagine originaria e il raggruppamento di imprenditori «Tessaloniki Metro» («Bouygues»).

21. Al momento della preselezione facevano parte della composizione originaria del raggruppamento di imprenditori Makedoniko le società Michaniki A.E., Fidel SpA, Edi-Strad-Edilizia Stradale SpA e Teknocenter-Centro Servizi Amministrativi Srl.
22. Nella seconda fase della gara di cui trattasi, quindi successivamente alla preselezione e all'invito a presentare offerte, il raggruppamento di imprenditori veniva ampliato con l'aggiunta della società AEG Westinghouse Transport Systems GmbH (in prosieguo: l'«AEG»). Con tale composizione il raggruppamento di imprenditori ha anche presentato un'offerta.
23. Come emerge dal fascicolo ed è riconosciuto dalle parti, tale era la composizione del raggruppamento di imprenditori al momento in cui fu proclamato aggiudicatario provvisorio (14 giugno 1994), cioè dopo l'esame delle offerte.
24. Istituita la commissione per le trattative ed iniziate le trattative tra lo Stato ellenico e il raggruppamento di imprenditori in quanto aggiudicatario provvisorio, quest'ultimo, con lettera 29 marzo 1996 comunicava al Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici la sua nuova composizione [ne facevano ora parte la società Michaniki A.E., la società ABB Daimler-Benz Transportation (Deutschland) GmbH (Adtranz) e il Fidel Group, costituito dalle tre società italiane citate].
25. In seguito il raggruppamento di imprenditori, con lettera 14 giugno 1996 indirizzata alla Commissione grandi opere, rispondendo a domande relative a voci secondo le quali i membri del raggruppamento di società italiane erano falliti o erano stati messi in liquidazione, comunicava a tale commissione che le società di detto raggruppamento non facevano più parte del raggruppamento di imprenditori e che lo stesso, in quel momento, era composto dalle società Michaniki A.E., Adtranz e Transurb Consult. Come risulta dal fascicolo, l'atto costitutivo del raggruppamento di imprenditori in quest'ultima composizione non è stato presentato all'amministrazione. Esso è stato sottoscritto il 27 novembre 1996, appena due giorni prima che il Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici constatasse il fallimento delle trattative, e circa due anni e mezzo dopo la proclamazione dell'appellante come aggiudicatario provvisorio. Con tale composizione il raggruppamento di imprenditori ha più tardi agito in giudizio.
26. Il Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici, agendo per conto del committente, dopo aver constatato nelle proposte dell'appellante sostanziali divergenze dalle prescrizioni degli atti d'appalto, riteneva che le trattative non avessero avuto successo, interrompeva i contatti tra il governo greco e l'appellante e invitava a trattare il secondo raggruppamento di imprenditori, primo candidato all'aggiudicazione provvisoria.
27. In seguito, il raggruppamento di imprenditori Makedoniko si rivolgeva al Consiglio di Stato ellenico per chiedere che fosse annullato il provvedimento con cui il committente aveva posto fine alle trattative. Secondo il Consiglio di Stato il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori sarebbe ammissibile solo fino alla presentazione delle offerte. Per tale motivo il raggruppamento di imprenditori, nella sua nuova composizione, non sarebbe legittimato a richiedere l'annullamento.
28. Con la loro azione giudiziaria di fronte al Tribunale amministrativo di primo grado di Atene la Michaniki AE e le altre società facenti parte del raggruppamento di imprenditori

chiedevano che venisse dichiarato l'obbligo dello Stato di pagare, come risarcimento per il danno materiale e morale subito in conseguenza dell'atto e dell'omissione citati, che sarebbero illegittimi, le somme indicate nell'atto introduttivo.

29. L'azione veniva respinta dal Tribunale amministrativo di primo grado di Atene con la motivazione che il raggruppamento di imprenditori, nella nuova compagine con la quale ha agito in giudizio, non era legittimato a chiedere il risarcimento.
30. Contro la sentenza il raggruppamento di imprenditori Makedoniko interponeva appello di fronte al Tribunale amministrativo di secondo grado di Atene, deducendo l'errata interpretazione ed applicazione delle disposizioni pertinenti da parte della sentenza impugnata e chiedendo, in via subordinata, che venisse proposta una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee sull'interpretazione delle relative disposizioni comunitarie.
31. Con ordinanza 14 giugno 2000 il Tribunale amministrativo di secondo grado di Atene poneva alla Corte la seguente questione:

Se il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa a una gara d'appalto per l'assegnazione di lavori pubblici, che sia posto in essere dopo la presentazione delle offerte e la scelta del raggruppamento di imprenditori come aggiudicatario provvisorio e sia tacitamente accettato dall'autorità appaltante, debba essere interpretato nel senso che determina il venir meno del diritto del raggruppamento di imprenditori a partecipare alla gara e, di conseguenza, anche del diritto o dell'interesse dello stesso a vedersi aggiudicare l'appalto per l'esecuzione dell'opera;

se un'interpretazione di questo genere sia conforme alle disposizioni e allo spirito delle direttive 93/37/CEE e 89/665/CEE.

#### **IV - Sulla questione pregiudiziale**

32. Affinché la Corte possa fornire al giudice del rinvio un contributo effettivo per la definizione del procedimento a quo occorre riformulare le due questioni pregiudiziali [\(8\)](#), come giustamente propongono la Commissione e il governo austriaco.
33. Nell'ambito dell'art. 234 CE la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario. Essa può tuttavia fornire al giudice a quo gli elementi d'interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto [\(9\)](#).
34. «Infine, secondo una giurisprudenza consolidata, spetta alla Corte, di fronte a questioni formulate in modo impreciso, trarre dal complesso dei dati forniti dal giudice a quo e dal fascicolo della causa a quo i punti di diritto comunitario che vanno interpretati, tenuto conto dell'oggetto della lite» [\(10\)](#).
35. Sulla base degli elementi forniti dall'ordinanza di rinvio, in particolare in considerazione del fatto che la questione sollevata dal giudice a quo fa riferimento sia alla direttiva di diritto sostanziale in materia di appalti pubblici rilevante nel caso di specie, ovvero la direttiva sul coordinamento (lavori), sia alla corrispondente direttiva sulle impugnazioni, si reputa opportuno suddividere la questione come segue:

Se le disposizioni della direttiva sul coordinamento (lavori) debbano essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa la quale vieti un mutamento della composizione di un

raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione di un'offerta:

Se la direttiva sulle impugnazioni sia applicabile a decisioni relative al mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori come quella del procedimento a quo.

*A - Argomenti delle parti*

36. Il *raggruppamento di imprenditori Makedoniko* deduce che il suo ampliamento con AEG prima della presentazione delle offerte era compatibile con il bando integrativo dell'appalto. Per quanto attiene al successivo mutamento della composizione del raggruppamento di imprenditori, con l'uscita di AEG e l'ingresso di Adtranz, Makedoniko fa presente che tale società proviene dalla fusione di AEG, che nel frattempo ha mutato la propria denominazione in AEG Schienenfahrzeuge GmbH, con AEG Nahverkehr und Wagen GmbH. Come avente causa, questa nuova società sarebbe subentrata nei diritti e negli obblighi di AEG. In seguito, non si sarebbe verificato alcun mutamento rilevante nella composizione del raggruppamento di imprenditori.
37. L'ultimo mutamento della composizione del raggruppamento di imprenditori sarebbe stato riconducibile alla circostanza che le società del Fidel Group, a causa di cambiamenti del proprio status giuridico, sarebbero state costrette ad abbandonare il raggruppamento di imprenditori. Le società del Fidel Group sono state messe in liquidazione nel 1995. Quest'ultimo mutamento avrebbe determinato l'ingresso della società Transurb Consult, la quale del resto sarebbe stata titolare solo di una piccola quota.
38. Makedoniko fa valere che la presente controversia riguarda un fatto usuale nell'ambito di un appalto di lavori pubblici. La direttiva sulle impugnazioni si applicherebbe, anche se si trattasse di una concessione di lavori, giacché essa costituisce solo una particolare concretizzazione del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale.
39. Makedoniko propone di risolvere le questioni pregiudiziali nel senso che il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che abbia partecipato ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto di lavori o per l'assegnazione di una concessione di lavori, accettato tacitamente dalle amministrazioni aggiudicatrici e posto in essere successivamente alla presentazione delle offerte e alla selezione provvisoria dell'aggiudicatario, non potrebbe né far perdere a tale raggruppamento di imprenditori con ciò la propria qualità di offerente, né far venir meno l'interesse del raggruppamento di imprenditori stesso o dei suoi membri all'aggiudicazione o la loro legittimazione attiva a far valere i diritti loro attribuiti dal diritto comunitario. Quest'ultimo punto vale a maggior ragione in quanto né il provvedimento che ha sancito la fine delle trattative con il raggruppamento di imprenditori, né il provvedimento di esclusione avrebbero menzionato, quale motivo, tale mutamento. Ogni interpretazione contraria delle pertinenti disposizioni nazionali violerebbe lo spirito e la lettera della direttiva sul coordinamento (lavori), della direttiva sulle impugnazioni e del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale. In udienza, Makedoniko ha sostenuto inoltre che il divieto di mutare la composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione delle offerte violerebbe la libertà di prestazione dei servizi.
40. Il *governo ellenico* rileva che il mutamento nella composizione del raggruppamento di imprenditori non viene menzionato né dalla direttiva sul coordinamento (lavori) né dalla direttiva sulle impugnazioni. Non sarebbe possibile mutare la composizione durante le trattative con l'offerente prescelto come aggiudicatario provvisorio. Ciò discenderebbe dal fatto che oggetto esclusivo delle trattative sarebbe il contenuto definitivo del contratto di aggiudicazione e non l'identità dell'aggiudicatario, che non sarebbe oggetto di negoziazione. Per tale motivo, l'identità di un aggiudicatario provvisorio non dovrebbe essere modificata.

41. In assenza di una normativa comunitaria, l'ammissibilità di un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori sarebbe disciplinata esclusivamente dal diritto nazionale, che appunto non prevede la sostituzione di un membro di un raggruppamento di imprenditori durante le trattative. La questione pregiudiziale sarebbe pertanto da risolvere in senso positivo.
42. Il *governo austriaco* propone per prima cosa una riformulazione della questione pregiudiziale.
43. Per il governo austriaco dalla giurisprudenza della Corte, secondo la quale le direttive in materia di appalti pubblici non costituiscono una normativa comunitaria uniforme e tassativa, discende la possibilità per il legislatore nazionale di emanare disposizioni nella cornice di queste direttive, come avrebbe fatto anche la Grecia. Inoltre, anche le amministrazioni aggiudicatrici disporrebbero di un certo margine di discrezionalità, ad esempio nell'adottare disposizioni relative ai raggruppamenti di imprenditori. I limiti di tale margine risulterebbero dal diritto primario.
44. Le direttive in materia di appalti pubblici mirerebbero ad impedire favoritismi nei confronti di offerenti locali e ad escludere la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici si facciano condizionare da considerazioni extraeconomiche.
45. La questione pregiudiziale riformulata andrebbe pertanto risolta come segue:  
«Le disposizioni della direttiva 93/37/CEE non impediscono un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione di offerte. Il raggruppamento di imprenditori non perde a causa delle disposizioni della direttiva 93/37/CEE il proprio diritto a partecipare alla gara e di conseguenza neanche il proprio diritto o interesse a vedersi aggiudicare l'appalto per l'esecuzione dell'opera».
46. La *Commissione* è dell'avviso che la prima parte della questione pregiudiziale potrebbe essere intesa nel senso che si chieda alla Corte di pronunciarsi sul diritto nazionale, cosa che non rientra però nelle sue competenze. Per tale motivo, la Commissione propone di riformulare la domanda pregiudiziale e di suddividerla in tre parti.
47. Anzitutto, occorrerebbe tener presente che la direttiva sul coordinamento (lavori) non disciplina espressamente il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori. L'art. 21 si limiterebbe a stabilire che, prima dell'aggiudicazione, non è possibile richiedere una particolare forma giuridica ai raggruppamenti di imprenditori che presentano offerte. Sarebbe quindi rimesso al legislatore nazionale o alla singola autorità aggiudicatrice di predisporre una disciplina più particolareggiata. Lo stesso varrebbe per le concessioni di lavori.
48. Con riferimento alla prima parte della questione pregiudiziale riformulata, si dovrebbe pertanto statuire che la direttiva sul coordinamento (lavori) non contiene alcuna disposizione che si opponga ad una norma della legislazione nazionale o dei capitolati d'onori intesa a vietare mutamenti nella composizione di un raggruppamento di imprenditori a partire da una determinata fase della procedura di aggiudicazione. Ciò varrebbe in particolare dopo la presentazione di un'offerta.
49. Inoltre, la Commissione ritiene che se l'autorità aggiudicatrice potesse unilateralmente modificare a vantaggio di un offerente le condizioni inderogabili fissate nei capitolati d'onori, senza riaprire l'intera procedura di aggiudicazione, verrebbe violato il principio della parità di trattamento degli offerenti in quanto si sottrarrebbe agli altri offerenti - anche potenziali - la possibilità di avvantaggiarsi di tale modifica. La seconda parte della questione

pregiudiziale andrebbe pertanto risolta nel senso che il diritto comunitario non consente ad un'amministrazione aggiudicatrice di continuare a trattare con un offerente che abbia mutato la propria composizione in violazione del diritto nazionale o dei capitoli d'oneri.

50. Relativamente alla terza parte della questione pregiudiziale, la Commissione ricorda che, ai sensi dell'art. 1, n. 1 della direttiva sulle impugnazioni, possono essere oggetto di ricorso solo violazioni del diritto comunitario o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. Questa disposizione non imporrebbe pertanto agli Stati membri l'obbligo di prevedere procedure volte a consentire il riesame di atti di un procedimento di aggiudicazione che violino disposizioni diverse da quelle adottate per recepire direttive in materia di appalti pubblici.
51. La Commissione pertanto ritiene che si debba statuire che il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che contrasti con il diritto nazionale o i capitoli d'oneri non pregiudica l'esercizio dei diritti che il raggruppamento di imprenditori potrebbe far valere in base alla direttiva sulle impugnazioni, in particolare la richiesta di risarcimento del danno.

#### *B - Valutazione*

52. Per poter risolvere le questioni sollevate con la domanda di pronuncia pregiudiziale, occorre in primo luogo sottolineare che la tutela giurisdizionale accordata mediante un procedimento di riesame ai sensi della direttiva sulle impugnazioni scatta solo quando sono soddisfatti i requisiti del suo ambito di applicazione. Poiché tuttavia quest'ultimo si ricollega all'ambito di applicazione delle direttive di diritto sostanziale in materia di appalti pubblici, quindi anche a quello della direttiva sul coordinamento (lavori), è necessario analizzare se la procedura di aggiudicazione in oggetto ricada nell'ambito di applicazione di tale direttiva.
53. A tal fine può in un primo momento rimanere in sospeso la questione se la procedura di aggiudicazione di cui trattasi abbia ad oggetto l'aggiudicazione di una concessione o di un appalto di lavori.
1. Sull'applicabilità della direttiva coordinamento (lavori)
54. Per cominciare è necessario affrontare l'argomento avanzato dal governo ellenico, il quale sostiene che, in forza della giurisprudenza della Corte [\(11\)](#), l'autorità aggiudicatrice può decidere di non procedere all'aggiudicazione. Tale aspetto non presenta utilità per la soluzione della presente questione, in quanto la fattispecie cui si riferisce la sentenza invocata era differente da quella ora in esame. In quella occasione infatti, la gara di appalto si era conclusa senza che si procedesse all'aggiudicazione perché il committente aveva scelto un materiale diverso rispetto a quello previsto dal bando di gara, modificando l'oggetto dell'appalto. Diversamente rispetto alla sentenza citata dal governo ellenico, nel presente procedimento l'autorità aggiudicatrice non soltanto si è decisa a favore di un altro tipo di procedura, ma essa aveva anche più offerte da valutare.
55. Contro l'assunto del governo ellenico depone altresì il fatto che, in linea di principio, può anche accadere che il diritto comunitario obblighi a provvedere all'aggiudicazione; ci si domanda quindi se un tale obbligo sussista anche nel presente caso. Ciò presuppone tuttavia che in generale il diritto comunitario disciplini fattispecie quali il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori.
56. Di seguito occorre quindi esaminare se la direttiva sul coordinamento (lavori) si applichi a disposizioni sui raggruppamenti di imprenditori come quella di cui si tratta nel procedimento a quo e se tale direttiva si opponga alla normativa nazionale oggetto del presente

procedimento.

57. A tal fine occorre assumere la validità del principio espresso nella giurisprudenza della Corte, ai sensi del quale dal titolo e dai 'considerando' della direttiva sul coordinamento (lavori) risulta che quest'ultima ha semplicemente per oggetto il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, cosicché essa non prevede un sistema completo di norme comunitarie in materia [\(12\)](#).
58. Un'espressa regolamentazione dei raggruppamenti di imprenditori si rinviene soltanto nell'art. 21 della direttiva sul coordinamento (lavori). Questa norma disciplina tuttavia solo determinate questioni giuridiche relative ai raggruppamenti di imprenditori. Essa concede infatti a questi il diritto di presentare offerte. Inoltre, essa vieta di richiedere una forma giuridica determinata per la presentazione delle offerte, ma lo permette qualora si sia pervenuti all'aggiudicazione.
59. L'assunto del governo austriaco e della Commissione, secondo il quale le direttive in materia di appalti pubblici non disciplinano espressamente il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori, risulta pertanto pertinente.
60. In considerazione dei due dati di fatto dell'assenza di una completa armonizzazione e della presenza di una disciplina solo parziale dei raggruppamenti di imprenditori, si potrebbe pervenire a contrario alla conclusione che altri aspetti riguardanti i raggruppamenti di imprenditori non sono ricompresi dalla direttiva sul coordinamento (lavori). Da ciò si potrebbe ulteriormente dedurre la possibilità per gli Stati membri e le autorità aggiudicatrici di disciplinare tali aspetti non regolati. Tra questi rientrerebbe anche la normativa sulla composizione di un raggruppamento di imprenditori, ad esempio sugli effetti giuridici legati a mutamenti che lo riguardano.
61. Nel caso in questione esisteva una tale normativa - nazionale - sul mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori. Essa era applicabile al mutamento di composizione del raggruppamento di imprenditori, avvenuto dopo l'accertamento dell'idoneità. A tale riguardo, la Commissione rileva a ragione che dalle direttive in materia di appalti pubblici non è possibile dedurre a carico dell'autorità aggiudicatrice alcun obbligo di verificare l'idoneità del raggruppamento di imprenditori nella sua nuova composizione. Se il diritto nazionale prevede una nuova verifica del raggruppamento di imprenditori dopo il mutamento avvenuto nella sua composizione e tale verifica non viene effettuata, si tratta allora di una questione di diritto che va risolta alla luce dell'ordinamento nazionale.
62. Si deve quindi concludere che la direttiva sul coordinamento (lavori) non disciplina una tale fattispecie, per cui trova applicazione «solo» il diritto nazionale. A tale riguardo tuttavia gli Stati membri, comprese le autorità aggiudicatrici di cui essi rispondono, non godono di una completa libertà. Al contrario, essi devono rispettare i limiti derivanti dal diritto comunitario, che verranno trattati in prosieguo.

## 2. Principi generali delle direttive in materia di appalti pubblici

63. Dalle direttive in materia di appalti pubblici è possibile dedurre determinati principi. Il governo ellenico cita giustamente i principi della trasparenza e della concorrenza. La Corte ha precisato al riguardo che, come risulta dal preambolo nonché dal secondo e dal decimo 'considerando' della direttiva sul coordinamento (lavori), questa «mira ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva tra gli imprenditori degli Stati membri» [\(13\)](#).

64. Secondo la giurisprudenza della Corte, a questi principi è da aggiungere, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, l'obbligo di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, in riferimento al quale la Corte cita alcune disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici che regolano espressamente la parità di trattamento [\(14\)](#).
65. Dal divieto di discriminazione la Corte fa poi discendere un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertarne il rispetto [\(15\)](#). Qualora anche si volesse ammettere l'impossibilità di desumere l'obbligo di parità di trattamento dalle direttive in materia di appalti pubblici, resta pur sempre il principio di uguaglianza che rientra nei principi generali del diritto.
66. L'obbligo di parità di trattamento sancito dalle direttive in materia di appalti pubblici così come il principio di uguaglianza sarebbero però violati se l'amministrazione aggiudicatrice si discostasse unilateralmente dalle norme che disciplinano il mutamento nella composizione di raggruppamenti di imprenditori che essa stessa ha predisposto, in particolare se essa conducesse trattative con un offerente, la cui offerta non fosse conforme alle clausole del bando di gara. In tale misura, la violazione di un divieto nazionale può trasformarsi in una violazione del diritto comunitario.
67. Il divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 1, n. 2 della direttiva impugnazioni, menzionato da Makedoniko, al contrario non è invece pertinente. Questa norma contiene infatti disposizioni per l'instaurazione della tutela giurisdizionale, ma non estende l'ambito di applicazione della direttiva impugnazioni a violazioni del diritto nazionale.

### 3. Il diritto primario

68. Inoltre, occorre ricordare che le normative degli Stati membri in materia di appalti pubblici così come la concreta normativa sugli appalti pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici di cui lo Stato risponde, sono soggette al diritto comunitario primario, in particolare alle libertà fondamentali e alle norme sulla concorrenza dirette agli Stati, compresa la normativa sugli aiuti di Stato [\(16\)](#).
69. In tale contesto, occorre in generale sottolineare che in forza delle libertà fondamentali non solo sono vietate discriminazioni palesi o dissimulate, ma anche normative non discriminatorie che comportino una limitazione eccessiva di una delle libertà fondamentali. Le informazioni a disposizione della Corte non forniscono elementi sufficienti per dimostrare che il diritto greco sia in contrasto con la libertà di prestazione di servizi. Inoltre, l'interpretazione della libertà di prestazione di servizi non costituisce oggetto della domanda pregiudiziale e pertanto neanche del presente procedimento.

### 4. I principi di equivalenza e di effettività

70. Come sopra esposto, in assenza di norme specifiche di diritto comunitario che disciplinino il mutamento di composizione di un raggruppamento di imprenditori, risultano competenti in linea di principio gli Stati membri. A tale proposito essi sono soggetti in generale ai principi di equivalenza e di effettività, sviluppati dalla giurisprudenza [\(17\)](#).
71. A norma del principio di equivalenza, le modalità del diritto nazionale, quindi anche del diritto sostanziale in materia di appalti pubblici, non possono essere configurate in maniera meno favorevole di quelle previste da corrispondenti, cioè comparabili, disposizioni di natura interna.
72. Il principio di effettività vincola gli Stati membri, comprese le amministrazioni aggiudicatrici di cui essi rispondono, a non rendere praticamente impossibile o

eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

## 5. Tutela giurisdizionale nella procedura di ricorso

73. Come esposto all'inizio, la direttiva sulle impugnazioni, e con essa anche le procedure di ricorso da essa disciplinate, è applicabile soltanto alle aggiudicazioni che siano disciplinate anche da una delle direttive in materia di appalti pubblici, ad esempio dalla direttiva sul coordinamento (lavori).
74. A favore dell'applicabilità della direttiva sulle impugnazioni depone il fatto che, come la Commissione ha rilevato, i ricorsi previsti da questa direttiva riguardano anche le *decisioni* dell'amministrazione aggiudicatrice che dispongono l'interruzione delle trattative con gli offerenti. Ciò discende dall'ampia formulazione degli artt. 1 e 2 della direttiva sulle impugnazioni che parlano di «decisioni» senza ulteriori restrizioni. Tale lata interpretazione non solo è deducibile dalla genesi della direttiva sulle impugnazioni, ma è pure conforme all'obiettivo della direttiva di migliorare e rendere efficace la tutela giurisdizionale. A favore dell'applicabilità della direttiva sulle impugnazioni si potrebbe ancora addurre che l'art. 1 riguarda provvedimenti che gli Stati membri prendono con riferimento a «procedure (...) disciplinate dalle direttive». E' comunque pacifico che il presente procedimento di aggiudicazione come tale rientra in una delle direttive in materia di appalti pubblici.
75. Contro l'applicabilità della direttiva sulle impugnazioni a *decisioni* relative al mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori si potrebbe obiettare che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice fa riferimento al diritto nazionale, nel presente caso dunque alla normativa sul mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori. Il fondamento normativo materiale per questa decisione va pertanto cercato nel diritto nazionale.
76. Questa interpretazione trova riscontro nell'art. 1 della direttiva sulle impugnazioni, in forza del quale, infatti, la direttiva sulle impugnazioni si applica solo quando siano violati «il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».
77. Data una generale assenza di regolamentazione comunitaria sul mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori, diventa logicamente impossibile che si verifichino violazioni di tale disciplina comunitaria o di quella nazionale di attuazione. Poiché tali disposizioni appartengono al diritto puramente nazionale, nel caso presente non è soddisfatto uno dei requisiti dell'ambito di applicazione della direttiva sulle impugnazioni.
78. Gli strumenti di tutela giurisdizionale disciplinati dalla direttiva sulle impugnazioni, come ad esempio il ricorso, si applicano infatti alle decisioni di amministrazioni aggiudicatrici solo quando tali decisioni sono in contrasto con quanto previsto dall'art. 1 della direttiva sulle impugnazioni. Ciò si verifica ad esempio quando l'amministrazione aggiudicatrice conduce trattative con un offerente, la cui offerta non è conforme alle clausole del bando di gara, violando quindi il principio della parità di trattamento.
79. Qualora la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice contrasti sia con il diritto nazionale che con il diritto comunitario o le norme di attuazione, tale decisione è allora soggetta alla direttiva sulle impugnazioni nella misura in cui si debba valutarne la compatibilità con il diritto comunitario o le norme di attuazione. Soltanto a questo aspetto sono applicabili le disposizioni della direttiva sulle impugnazioni, come ad esempio il diritto ad una procedura di ricorso. La questione se l'amministrazione aggiudicatrice nella presente procedura di aggiudicazione abbia preso ulteriori decisioni oltre a quella di escludere il

raggruppamento di imprenditori per mutamento della sua composizione o se nella decisione di esclusione siano stati adottati anche altri provvedimenti, come la prosecuzione della procedura di aggiudicazione con altri offerenti, non costituisce oggetto della domanda pregiudiziale. Quest'ultima riguarda solo l'applicabilità della direttiva impugnazioni a normative disciplinanti il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori.

80. Quanto sopra dimostrato non esclude tuttavia che gli Stati membri possano prevedere nelle proprie norme di attuazione l'applicabilità delle disposizioni della direttiva sulle impugnazioni anche a violazioni del diritto nazionale, ad esempio di norme sul mutamento della composizione di raggruppamenti di imprenditori.

#### 6. Osservazioni conclusive

81. Poiché l'aspetto di cui trattasi nella presente controversia, ovvero il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori, non rientra nella direttiva sul coordinamento (lavori), non si rende necessario accertare se la procedura di aggiudicazione in questione verta su una concessione o un appalto di lavori.

82. Con riferimento alla domanda pregiudiziale occorre statuire che le disposizioni della direttiva sul coordinamento (lavori) devono essere interpretate nel senso che non si oppongono ad una normativa che vieti il mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione di un'offerta. La direttiva sulle impugnazioni non si applica a decisioni relative al mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori come quella del procedimento a quo.

#### V - Conclusione

83. Alla luce di queste considerazioni propongo alla Corte di risolvere le questioni sollevate con la domanda pregiudiziale nei termini seguenti:

«Le disposizioni della direttiva 71/305/CEE sul coordinamento di appalti pubblici di lavori, nella versione della direttiva 89/440/CEE e della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, devono essere interpretate nel senso che non si oppongono ad una normativa che vieti di mutare la composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione di un'offerta.

La direttiva 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, non si applica a decisioni relative al mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori come quella del procedimento a quo».

---

1: - Lingua originale: il tedesco.

---

2: - GU L 395 del 30.12.1989, pag. 33.

---

3: - GU L 185 del 16.12.1971, pag. 5.

---

[4:](#) - GU L 210 del 21.7.1989, pag. 1.

---

[5:](#) - GU L 199 del 9.12.1993, pag. 54, in seguito modificata.

---

[6:](#) - Sentenza del Consiglio di Stato, sezioni unite, n. 971/1998.

---

[7:](#) - Sentenza del Consiglio di Stato, sezioni unite, n. 971/1998.

---

[8:](#) - V., in materia di appalti pubblici, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121).

---

[9:](#) - Sentenze causa C-107/98 (citata alla nota 8, punto 33), e 4 maggio 1993, causa C-17/92, Distribuidores Cinematográficos (Racc. pag. I-2239, punto 8).

---

[10:](#) - Sentenze causa C-107/98 (citata alla nota 8, punto 34), 13 dicembre 1984, causa 251/83, Haug-Adrion (Racc. pag. 4277, punto 9), e 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro (Racc. pag. I-4705, punto 21).

---

[11:](#) - Sentenza 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschutz (Racc. pag. I-5697).

---

[12:](#) - Sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e a. (Racc. pag. I-9233, punto 33).

---

[13:](#) - Sentenza cause riunite C-285/99 e C-286/99 (citata alla nota 12, punto 34); v. anche sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409, punto 52).

---

[14:](#) - Sentenza cause riunite C-285/99 e C-286/99 (citata alla nota 12), punto 37.

---

[15:](#) - Sentenza cause riunite C-285/99 e C-286/99 (citata alla nota 12, punto 38); v. sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31).

---

[16:](#) - Sentenze 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353), 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria (Racc. pag. I-7479) nonché 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-7445).

---

[17:](#) - Per questi due principi v., ad esempio, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani (Racc. pag. I-4025, punto 27), e 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage (Racc. pag. I-6297).