

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ANTONIO TIZZANO

presentate il 28 giugno 2001 [\(1\)](#)

Causa C-92/00

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)

contro

Magistrat der Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Vergabekontrollsenat)

«Appalti pubblici - Direttiva 92/50 - Procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi -
Revoca di gara d'appalto - Direttiva 89/665 - Nozione di "decisione illegittima"»

I - Premessa

1. Con provvedimento del 17 febbraio 2000, pervenuto alla cancelleria della Corte in data 10 marzo 2000, il Vergabekontrollsenat (Commissione per il controllo degli appalti) del Land di Vienna (Austria) ha sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, tre quesiti pregiudiziali relativi ai ricorsi giurisdizionali eventualmente proponibili avverso i provvedimenti dell'amministrazione aggiudicatrice che revocano un bando di gara per un appalto pubblico. In particolare, il giudice di rinvio chiede alla Corte, in primo luogo, se l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 [\(2\)](#) imponga agli Stati membri di istituire anche rispetto a siffatti provvedimenti mezzi di ricorso giurisdizionale volti ad ottenerne l'annullamento. In caso di risposta affermativa a tale questione, poi, il Vergabekontrollsenat chiede se le direttive 89/665 e 92/50 [\(3\)](#) ostino a che la giurisdizione nazionale eventualmente investita del ricorso debba limitarsi ad esaminare la natura arbitraria o simulata del provvedimento impugnato (secondo quesito); e quale sia il momento determinante ai fini della valutazione della legittimità del provvedimento (terzo quesito).

II - Quadro giuridico

A - La normativa comunitaria

2. L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, come modificato dall'art. 41 della direttiva 92/50, prevede che:

«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, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665:

- «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) 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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione».

Il n. 6, secondo capoverso, del medesimo art. 2 dispone poi che:

«Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione».

L'art. 12, n. 2, della direttiva 92/50, come modificato dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1997, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1), prevede che:

«Le amministrazioni aggiudicatrici informano quanto prima, per iscritto qualora ricevano una richiesta in tal senso, i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo all'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 o di riavviare la procedura. Esse informano altresì l'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee di tali decisioni».

B - *La normativa nazionale*

3. In Austria, la normativa pertinente in materia è il Wiener Landesvergabegesetz (legge sugli appalti pubblici del Land di Vienna; in prosieguo: il «WLVerG») (4). L'art. 32 (intitolato «Rettifica e ritiro di una gara d'appalto»), nn. 2, 3 e 4, di questa legge dispone che (5):

«2) La gara d'appalto può essere ritirata entro il termine per la presentazione delle offerte quando sopravvengono eventi che, se fossero stati noti in precedenza, avrebbero escluso una gara d'appalto o avrebbero condotto ad una gara d'appalto dal contenuto sostanzialmente diverso.

3) Allo scadere del termine per la presentazione delle offerte, la gara d'appalto deve essere ritirata quando vi siano motivi imperativi. Motivi imperativi esistono, in particolare:

1. quando gli eventi indicati al paragrafo 2 non sono noti che dopo lo scadere del termine per la presentazione delle offerte,

oppure

2. quando tutte le offerte dovevano essere escluse.

4) La gara d'appalto può essere ritirata per esempio quando:

1. non sia stata presentata alcuna offerta accettabile dal punto di vista economico,

oppure,

2. non resti che una sola offerta dopo l'esclusione di tutte le altre».

4. Per quanto concerne la competenza giurisdizionale del Vergabekontrollsenat, cioè del giudice che ha effettuato il presente rinvio, l'art. 99 del WLVerG dispone che tale organo è competente in materia di ricorsi avverso decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice emesse nel quadro di procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici. In particolare, sino all'aggiudicazione di una gara d'appalto, esso può adottare provvedimenti provvisori o annullare decisioni illegittime dell'autorità aggiudicatrice per i motivi di cui all'art. 101 della legge. Nel caso in cui la gara sia già stata aggiudicata, il Vergabekontrollsenat può constatare che l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della WLVerG, così come può verificare, su domanda dell'autorità aggiudicatrice, se, in assenza di detta violazione, l'appalto non sarebbe stato attribuito ad un offerente non risultato vincitore.

5. L'art. 101 del WLVerG prevede poi che:

«Il Vergabekontrollsenat deve annullare le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice adottate in una procedura per l'aggiudicazione di un appalto:

1. quando nel bando di gara in cui gli operatori vengono invitati a concorrere ad una procedura ristretta o negoziata oppure nei documenti di gara figurano requisiti discriminatori con riguardo alle caratteristiche tecniche della prestazione ovvero alla capacità economica o finanziaria degli offerenti,

oppure

2. quando un offerente viene scartato senza rispettare i criteri che figurano nel bando di gara in cui gli operatori vengono invitati a concorrere ad una procedura ristretta o negoziata, nel caso in cui l'autorità aggiudicatrice possa adottare una decisione più favorevole all'istante qualora le disposizioni violate fossero rispettate».

III - Fatti e quesiti pregiudiziali

6. La città di Vienna, rappresentata dal Magistrat der Stadt Wien- Wiener Krankenanstaltenverbund (in prosieguo: la «città di Vienna» o la «convenuta»), pubblicava nel 1996 una gara d'appalto avente ad oggetto la «Direzione di un progetto per la realizzazione di una concezione globale strategica per l'approvvigionamento alimentare negli istituti ospedalieri del Wiener Krankenanstaltenverbund» [\(6\)](#).

7. Dopo il deposito delle offerte, tra le quali quelle della società tedesca Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) (in appresso: «HI» o l'«offerente») e della società austriaca Humanomed, la città di Vienna rinunciava alla gara revocandone il bando entro il termine previsto per l'aggiudicazione dell'appalto «per motivi imperativi in forza dell'art. 32, n. 3, punto 1, del WLVerG». Alla richiesta di informazioni rivolta dall'offerente, la città di Vienna rispondeva che, alla luce dei risultati di studi effettuati da Humanomed nel 1996, era emerso che il progetto inizialmente previsto e oggetto del bando di gara doveva essere sviluppato in modo decentralizzato e che era stato perciò deciso di non istituire alcuna istanza centrale di coordinamento; di conseguenza, non era più necessario attribuire l'incarico oggetto del bando di gara. Nella medesima lettera si faceva altresì notare che la revoca del bando era evidentemente giustificata dal sopravvenire di circostanze che, se note in precedenza, avrebbero escluso la stessa apertura della procedura di aggiudicazione.

8. Non era affatto di questo avviso HI, secondo la quale la revoca era in realtà dovuta

all'intento della convenuta di favorire l'austriaca Humanomed, a scapito di una società, come appunto la ricorrente, di un altro Stato membro. A parte il sospetto che la città di Vienna avesse una partecipazione diretta o indiretta (mediante imprese municipali) nel capitale sociale di Humanomed, HI contestava il fatto che questa società era stata strettamente associata ai lavori di preparazione del bando di gara poi revocato ed aveva quindi influito sull'elaborazione dello schema del progetto che di quel bando formava l'oggetto. Stando così le cose, secondo HI, Humanomed avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in applicazione del principio della parità di trattamento tra i vari offerenti; la revoca del bando sarebbe stata finalizzata quindi proprio ad evitare di dover procedere ad una tale esclusione e a continuare al contempo nella collaborazione con Humanomed. Per tutti questi motivi, dunque, HI adiva il Vergabekontrollsenat chiedendo, in particolare, l'apertura di una via di ricorso, l'emanazione di una misura cautelare, l'annullamento di alcuni documenti di gara, nonché del provvedimento di revoca della gara, in quanto illegittimo e discriminatorio.

9. Con decisioni del 30 aprile e del 10 giugno 1997, il Vergabekontrollsenat respingeva il ricorso di HI. In particolare, esso dichiarava irricevibile la richiesta di annullamento della revoca del bando di gara in quanto, ai sensi dell'art. 101 del WLVergG, siffatte richieste possono essere rivolte solo contro determinate decisioni, tassativamente indicate, adottate nel corso di una procedura d'aggiudicazione, e tra queste non figurano le decisioni di revoca di una gara.
10. Su ricorso di HI, però, il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) annullava la decisione del Vergabekontrollsenat. In particolare, esso rilevava che ai fini di tale decisione era necessario risolvere anzitutto la questione se un provvedimento di revoca di un bando di gara rientri o meno nel campo d'applicazione dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, e, poiché la Corte di giustizia non aveva ancora avuto l'occasione di pronunciarsi al riguardo, il Vergabekontrollsenat avrebbe dovuto rivolgerle il relativo quesito in via pregiudiziale. Non avendolo fatto, esso aveva violato allo stesso tempo l'art. 234 CE, n. 3, e il diritto, costituzionalmente garantito, di HI ad un processo dinanzi al giudice naturale.
11. Reinvestito della questione, il Vergabekontrollsenat ha quindi analizzato il ricorso alla luce delle riferite indicazioni del Verfassungsgerichtshof, decidendo finalmente di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
 - «1) Se l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE (direttiva ricorsi) 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.
 - 2) In caso di soluzione positiva della prima questione: se una disposizione della direttiva ricorsi o della direttiva 92/50/CEE osti a che un ricorso debba limitarsi al solo esame della natura arbitraria o simulata della decisione di revoca del bando di gara.
 - 3) In caso di soluzione positiva della prima questione: quale sia il momento determinante ai fini della valutazione della legittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara».

IV - Analisi giuridica

A - Sul primo quesito pregiudiziale

1. Premessa

12. Con il primo quesito pregiudiziale, il giudice *a quo* chiede in sostanza alla Corte di

chiarire se, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, l'obbligo che quest'ultima impone agli Stati membri di istituire appropriati mezzi di ricorso contro le decisioni prese dalle competenti autorità nell'ambito delle procedure di aggiudicazione disciplinate dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (c.d. direttive materiali) si estenda anche ai provvedimenti di revoca di una gara d'appalto (nella specie, di servizi).

13. Come ha osservato la Commissione, peraltro, sarebbe stato forse più appropriato estendere la questione quanto meno all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, secondo il quale gli Stati membri devono garantire che «le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso». Ad ogni modo, nelle pagine che seguono, come del resto è avvenuto nella discussione che si è svolta tra le parti, è inevitabilmente ad entrambe le disposizioni che occorrerà fare riferimento.

2. Argomenti delle parti

14. Tra le parti che hanno presentato osservazioni nel presente procedimento, solo la ricorrente nel giudizio principale ha proposto di dare una risposta positiva al quesito. Le altre, e cioè la Commissione ed il governo austriaco, ma in definitiva anche il giudice del rinvio, hanno invece propugnato la soluzione opposta sulla base del ragionamento che passo ora ad esporre

15. Se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di prendere le misure necessarie per assicurare che le decisioni adottate dall'autorità aggiudicatrice possano essere oggetto di ricorsi rapidi ed efficaci, è evidentemente per perseguire l'obiettivo, sancito dalla stessa direttiva, di garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici. Ne consegue che l'obbligo di istituire mezzi di ricorso volti ad annullare o a far annullare «le decisioni illegittime» prese dall'autorità aggiudicatrice, di cui all'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva ricorsi, non può che riferirsi a quei soli provvedimenti dell'amministrazione aggiudicatrice che rientrano nel campo d'applicazione delle direttive materiali, e cioè alle sole decisioni che, essendo oggetto di specifica regolamentazione da parte di tali direttive, possono integrare una violazione delle medesime. Deporrebbero in tal senso, come rileva la Commissione, anche i lavori preparatori della direttiva 89/665. La prima versione del ricordato art. 1, n. 1, prevedeva infatti, nella proposta iniziale, che il predetto obbligo degli Stati membri si estendesse all'annullamento di tutte le decisioni prese in violazione della regolamentazione *comunitaria e/o nazionale* in materia di appalti pubblici. Malgrado però le richieste della Commissione e di alcuni Stati membri, il progetto fu poi modificato nel senso di limitare l'obbligo all'annullamento delle decisioni prese in violazione del *diritto comunitario in materia di appalti pubblici e delle norme nazionali di trasposizione di tale diritto*.

16. Per sostenere dunque che la revoca del bando di gara rientra tra le «decisioni illegittime» di cui parla l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, occorrerebbe che essa fosse oggetto di specifica regolamentazione nella pertinente direttiva materiale: nella specie, la direttiva 92/50. Ma tale direttiva, proseguono i fautori della tesi in esame, non detta alcuna disciplina in merito alle condizioni e alla forma della revoca di una gara d'appalto di servizi, ed anzi non impone neppure l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di portare a termine una procedura di aggiudicazione. L'art. 12, n. 2, della direttiva 92/50 si limita infatti a prevedere che, se richiesta da un offerente, l'autorità aggiudicatrice deve comunicargli i motivi della revoca. Diversamente quindi dalle decisioni che pongono fine alla gara aggiudicando l'appalto, quelle di revoca del bando non costituirebbero una «decisione» ai sensi della direttiva 89/665. Tale conclusione sarebbe del resto confermata, secondo il governo austriaco, dal fatto che l'art. 2, n. 1, lett. b), ha riguardo soltanto a decisioni che l'amministrazione aggiudicatrice deve adottare, nel rispetto della direttiva n. 92/50, *durante*

una procedura d'aggiudicazione d'appalto, mentre una decisione di revoca costituisce un atto che *pone fine* ad una tale procedura (7).

17. Ma non è tutto. Emerge dalla stessa giurisprudenza comunitaria che le autorità aggiudicatrici godono di un'ampia discrezionalità quanto alla scelta di porre fine ad una gara, sia decidendo di non aggiudicare la gara, sia revocando il relativo bando; come si è visto, infatti, le direttive comunitarie non impongono limiti o condizioni particolari al riguardo e neppure esigono la sussistenza di «circostanze gravi o eccezionali» (8). Ma, se non vi è un obbligo dell'amministrazione di aggiudicare un appalto, osservano i sostenitori della tesi in esame, si conferma che la decisione di mettere fine ad una procedura di aggiudicazione revocando il relativo bando non è oggetto della direttiva e quindi non costituisce una decisione ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665.

18. Il governo austriaco fa infine valere che, ai sensi dell'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, ove sia già stato stipulato un contratto tra l'amministrazione e l'offerente risultato vincitore della gara, gli Stati membri possono limitare al risarcimento dei danni la protezione dei diritti delle parti eventualmente lese, escludendo così la possibilità di ottenere l'annullamento della decisione di aggiudicazione. Non si vede allora, osserva quel governo, perché, rispetto alle decisioni di revoca di una gara d'appalto, si debba offrire agli interessati una protezione maggiore. Il solo obbligo che il legislatore nazionale dovrebbe in tal caso rispettare sarebbe di garantire il diritto dei partecipanti alla gara di chiedere il risarcimento dei danni nell'eventualità che l'autorità aggiudicatrice abbia ritirato il bando in maniera abusiva. In ogni caso, sottolinea a sua volta la Commissione, l'offerente leso da una revoca illegittima non è privo di mezzi per tutelare i propri interessi. Da un lato, infatti, esso dispone dei mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale in caso di violazione di disposizioni nazionali; dall'altro, potrà avvalersi dei mezzi di ricorso garantiti dalla direttiva 89/665 ove ritenga che l'amministrazione aggiudicatrice abbia bandito una nuova gara senza rispettare le direttive comunitarie.

3. Valutazione

19. Venendo ad un apprezzamento di tale tesi, vorrei anzitutto ricordare, sia pur molto sinteticamente, le finalità delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, che negli argomenti fin qui ricordati mi sembrano essere rimaste un po' nell'ombra. Com'è ben noto, tali direttive hanno disegnato una disciplina della materia finalizzata a rendere effettiva, anche in questo settore, la realizzazione della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, garantendo a tutti gli operatori comunitari il diritto di partecipare in assoluta parità di condizioni e in piena trasparenza a gare pubbliche. Come accaduto in altri settori, anche per gli appalti pubblici l'esigenza di pervenire a quel risultato ha imposto una normativa che superasse il mero divieto delle discriminazioni fondate sulla nazionalità per estendersi a tutti gli aspetti che in qualche modo potessero prestarsi a provocare una differenziazione nelle condizioni di accesso e di partecipazione ad un'attività. Si è quindi passati anche qui, per gradi, da una regolamentazione più limitata, quale quella delle prime direttive in materia di appalti pubblici di lavori e forniture, ad una più puntuale ed incisiva e soprattutto tendenzialmente globale, quale quella che si è venuta via via disegnando e che ormai può considerarsi nelle sue linee fondamentali quasi conclusa.

20. Per quanto qui in particolare interessa, rilevo che le direttive in parola si ispirano ad una precisa finalità, che ne costituisce il filo conduttore e che è esplicitamente enunciata nelle stesse direttive e più volte sottolineata anche dalla giurisprudenza comunitaria; esse mirano cioè a garantire la parità di trattamento tra i partecipanti ad una gara e la trasparenza della stessa in ogni fase delle procedure di aggiudicazione (9), anche istituendo, come nel caso della direttiva in esame, l'obbligo degli Stati membri di apprestare gli opportuni mezzi di ricorso sul piano nazionale al fine di rendere effettivo il rispetto di quei principi (10). Devo

anzi sottolineare che tali principi s'impongono nella materia in esame in misura che trascende lo stesso dettato delle direttive, le quali non li introducono, non ne costituiscono il fondamento, ma sono destinate solo a facilitarne ed a renderne effettiva l'applicazione. Come ha osservato in proposito la Corte, «se è pur vero che la direttiva [71/305/CEE [\(11\)](#)] non fa espressa menzione del principio di parità di trattamento degli offerenti, resta nondimeno il fatto che l'obbligo del rispetto di tale principio risponde all'essenza stessa della direttiva» [\(12\)](#).

21. Ne consegue allora non solo che le direttive appalti devono essere interpretate secondo i principi tradizionali della giurisprudenza comunitaria, ed in particolare quello che impone di dare alle disposizioni che attuano i fondamentali principi di libertà di circolazione un'interpretazione che non ne restringa la portata e non ne pregiudichi l'effetto utile [\(13\)](#); ma soprattutto che esse vanno lette alla luce della loro indicata funzione di garantire in modo pieno ed effettivo il rispetto dei superiori principi di parità di trattamento e di trasparenza. In particolare, la direttiva ricorsi deve essere interpretata, in stretta coerenza con le finalità che ispirano tale direttiva e l'intero sistema, nel senso che essa vuole assicurare a tutto campo l'effettività del rispetto delle direttive materiali e dei principi ad esse sottostanti, sicché, al di là dei casi espressamente previsti, non si possono presumere o dedurre implicitamente, nell'ambito delle procedure oggetto di quelle direttive, limitazioni di tutela giurisdizionale che lascino scoperti passaggi o fasi di tali procedure. E ciò anche in coerenza con il principio della «giustiziabilità» degli atti produttivi di effetti giuridici definitivi, che «costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» [\(14\)](#). In altri termini, occorre seguire una logica esattamente opposta a quella che ha ispirato i sostenitori della tesi in precedenza illustrata.
22. Se si passa ora a considerare il quesito in esame alla luce di quanto precede, la risposta negativa che ad esso propone di dare quella tesi appare molto discutibile e, per quanto concerne la Commissione, direi perfino sorprendente, se si ha riguardo ai tradizionali indirizzi da essa professati in questa materia [\(15\)](#). Ad ogni modo non mi pare che la tesi in parola riesca a resistere ad un'analisi critica.
23. Rilevo in primo luogo che dal testo della direttiva 89/665 non emerge alcun limite quanto alla natura e al contenuto delle decisioni rispetto alle quali gli Stati membri devono garantire mezzi di ricorso. Al contrario, al suo art. 1, n. 1, la direttiva dichiara, senza ulteriori specificazioni, che essa vuole riferirsi alle «procedure di aggiudicazione» disciplinate dalle pertinenti direttive materiali e che nell'ambito di tali procedure gli Stati membri devono prendere i provvedimenti necessari per garantire che possano essere oggetto di un ricorso efficace e rapido «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici»: tutte quindi le decisioni adottate nell'ambito di quelle procedure, dall'inizio alla fine delle stesse, e sia che esse si concludano con l'aggiudicazione della gara, sia che invece venga loro posto termine con una decisione di rinuncia o di revoca del bando. Insomma, come rileva la stessa Corte in *Alcatel Austria*, l'articolo non prevede alcuna «limitazione in merito alla natura e al contenuto» delle decisioni che hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le relative norme nazionali di attuazione (punto 35).
24. D'altra parte, il tenore letterale del successivo art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva in esame («annullare decisioni illegittime, compresa» ecc.) induce alla medesima conclusione, visto che da esso non emerge alcuna indicazione limitativa o altro indizio che autorizzi in qualche modo a restringere il campo delle decisioni considerate in funzione del loro contenuto o della fase della procedura di aggiudicazione in cui intervengono o di altro motivo [\(16\)](#). Una conferma in tal senso viene infine anche dal dettato della lett. a) dell'art. 2, n. 1, che impone agli Stati membri la previsione di procedure d'urgenza nei confronti di «qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici»; non si comprende, infatti, perchè l'oggetto dei ricorsi di

annullamento di cui alla successiva lett. b) dovrebbe essere più limitato.

25. Già ad un'analisi testuale, dunque, la direttiva non solo non fornisce argomenti a sostegno della tesi in esame, ma ne fornisce semmai di contrari. Quel che però mi preme rilevare è che l'interpretazione qui proposta è altresì più conforme alle indicate finalità delle direttive in materia di appalti, e segnatamente della direttiva 89/665, che, come ha ricordato la Corte in *Alcatel Austria*, serve appunto a rafforzare i meccanismi esistenti. Ma anche dal punto di vista della logica del sistema non si comprende, come osserva HI, perché dei due principali modi di conclusione di una procedura di appalto, e cioè l'aggiudicazione della gara e la revoca della stessa, solo il primo dovrebbe essere sottoposto a controllo, mentre il secondo ne sarebbe sottratto: e ciò anche se per avventura l'aggiudicazione fosse decisa in modo del tutto arbitrario o al solo fine di favorire un determinato offerente, e perfino se la gara fosse ripetuta nel tempo più volte fino al successo dell'offerente che si volesse in ipotesi favorire. Ciò significherebbe, da un lato, creare una evidente ed ingiustificata differenziazione rispetto alle decisioni di aggiudicazione; dall'altro, lasciar libera l'autorità aggiudicatrice di far prevalere motivazioni diverse da quelle economiche e quindi aprire la via proprio a quei rischi di discriminazione e di opacità che le direttive hanno invece cercato di rimuovere: significherebbe cioè togliere a queste ogni effetto utile e quindi vanificarne le finalità.
26. Come ho prima ricordato, peraltro, i sostenitori della tesi in esame insistono soprattutto sul parallelismo tra la direttiva ricorsi e le direttive materiali, sottolineando che queste ultime nulla dispongono in merito alla revoca di una gara e che quindi, per definizione, i relativi provvedimenti resterebbero al di fuori dell'ambito di applicazione della prima, quale che sia la portata dell'espressione «decisioni illegittime», da essa utilizzata. Osservo però anzitutto che resta da dimostrare l'assunto stesso di tale tesi, secondo cui sarebbero oggetto della direttiva ricorsi solo le procedure e le decisioni per le quali vi sia nelle direttive materiali una specifica regolamentazione. E' infatti altrettanto legittimo, e semmai più conforme ai principi e alla logica del sistema, come ho più volte sottolineato, ritenere che la prima copra tutti i passaggi e le fasi delle procedure di aggiudicazione oggetto delle seconde, inclusi quelli che, in ragione della loro particolare natura, non esigono una specifica regolamentazione o ne esigono una succinta, come nel caso appunto della revoca del bando di gara.
27. Ma, a parte quanto precede, devo osservare che la direttiva materiale qui rilevante, e cioè la direttiva 92/50, non ignora affatto i provvedimenti di revoca di un bando di gara, anche se si limita a prescrivere al riguardo, come ho già segnalato, che l'autorità aggiudicatrice, se richiesta, deve comunicare per iscritto «i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione» dell'appalto (art. 12, n. 2, della direttiva 92/50). Ora, mi pare evidente che un siffatto obbligo di motivazione non è di poco conto ai presenti fini, perché motivazione di un atto e sindacato giurisdizionale sullo stesso costituiscono due aspetti tra loro strettamente collegati: come insegna anche la giurisprudenza della Corte, infatti, la prima è direttamente funzionale al secondo perché deve fare apparire in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'autore dell'atto, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento e al giudice competente di esercitare il proprio controllo (17). Se dunque le direttive prevedono un obbligo di motivazione, a più forte ragione dovrà presumersi l'obbligo di istituire una tutela giurisdizionale.
28. Né può in alcun modo rilevare ai presenti fini l'obiezione, in precedenza ricordata, che l'amministrazione aggiudicatrice gode di ampia discrezionalità quanto al ritiro di un bando di gara, sicché i partecipanti alla procedura non avrebbero diritto a che questa si concluda comunque con un'aggiudicazione. Se, infatti, a parte l'obbligo di motivazione appena ricordato, non sono dettate condizioni procedurali e sostanziali ai fini della revoca, ciò non significa né che i relativi provvedimenti restino fuori della direttiva ricorsi, né che il potere riconosciuto alle autorità nazionali possa esercitarsi al di fuori di ogni controllo e di ogni limitazione. La indubbia discrezionalità di cui godono in materia tali autorità potrà infatti

giocare, come vedremo esaminando il secondo quesito, in ordine alla portata del sindacato giurisdizionale, ma certo non implica libertà assoluta e sottrazione ad ogni controllo. Quelle autorità dovranno infatti pur sempre agire nel rispetto delle pertinenti disposizioni comunitarie e nazionali e soprattutto nel rispetto di quei principi di parità di trattamento e di trasparenza che, come dice la Corte, «costituiscono l'essenza stessa» della disciplina della materia e che quindi si impongono in modo assoluto ed incondizionato [\(18\)](#).

29. Prima di concludere sul punto devo ancora prendere posizione su alcuni argomenti che sono stati svolti rispettivamente dal governo austriaco e dalla Commissione a sostegno di una risposta negativa al quesito in esame.
30. Il primo fa leva, come si è visto (paragrafo 18), sull'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, per dedurne che, se nelle ipotesi in cui c'è già stata aggiudicazione gli Stati membri possono limitare la tutela degli interessati ad una richiesta di risarcimento dei danni, non vi è ragione di offrire loro una protezione giurisdizionale maggiore nel caso di un provvedimento di revoca. Si deve tuttavia obiettare che non c'è alcuna analogia tra le due ipotesi richiamate, e cioè tra la fase precedente la conclusione del contratto d'appalto (cui si riferisce l'art. 2, n. 1, che qui interessa) e la fase successiva a detta conclusione (cui ha riguardo l'art. 2, n. 6). Come ha chiarito la Corte in *Alcatel Austria*, è la stessa direttiva 89/665 a tracciare una chiara distinzione tra quelle due fasi, dettandone una disciplina differente (punto 37). D'altra parte, un'estensione analogica della disciplina di cui all'art. 2, n. 6, non solo non si giustificerebbe sotto alcun profilo nell'economia del sistema in esame, ma si porrebbe in netto contrasto con le finalità del sistema [\(19\)](#).
31. Né si può ritenere, come sembra ipotizzare ancora il governo austriaco, che una domanda di risarcimento dei danni causati da una revoca illegittima basterebbe a soddisfare le ragioni dell'offerente leso da tale revoca. Mi limito infatti a ricordare che la direttiva ricorsi autorizza gli Stati membri a subordinare le azioni di danni al previo esperimento di un ricorso per annullamento (v. art. 2, n. 5, della direttiva 89/665), sicché, quanto meno in presenza di una siffatta eventualità, da quest'ultimo tipo di ricorsi non si potrebbe prescindere. Non solo, ma mi pare che ciò offra un ulteriore argomento a favore di una risposta positiva al primo quesito del Vergabekontrollsenat, posto che, diversamente, gli eventuali interessati non potrebbero neppure promuovere un'azione di danni ove lo Stato membro in causa si fosse avvalso della facoltà offertagli dal predetto art. 2, n. 5.
32. Quanto alla Commissione, essa insiste anzitutto sul fatto che l'offerente eventualmente leso da un'illegittima decisione di revoca di una gara disporrebbe comunque dei mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento degli Stati membri in caso di violazione di disposizioni nazionali. Non so se tale prospettiva possa produrre effetti consolatori; di certo, però, essa non risponde alle segnalate esigenze della materia e francamente suona abbastanza singolare in bocca ad un'istituzione che da decenni si batte perché le direttive in materia di appalti siano garantite in modo effettivo e ne ha anche proposta più di una (come appunto la direttiva 89/665) proprio per rafforzare quella garanzia a livello comunitario, sottraendola alle disparità e alle carenze delle legislazioni nazionali.
33. Altrettanto consolatoria, ma ugualmente poco decisiva ai presenti fini, mi sembra poi l'altra osservazione della Commissione, secondo cui i partecipanti ad una gara poi revocata sarebbero in qualche modo tutelati dal fatto che, se l'amministrazione aggiudicatrice decidesse di attribuire l'appalto in questione sperando una nuova gara, essa sarebbe comunque tenuta al rispetto delle pertinenti direttive comunitarie, rispetto che potrebbe all'occorrenza essere sottoposto a controllo giurisdizionale conformemente alle previsioni della direttiva 89/665. Osservo, d'altra parte, che non sempre l'amministrazione aggiudicatrice decide di bandire nuovamente una gara in precedenza revocata; se anche così fosse, comunque, non per questo verrebbe meno l'utilità dell'azione di annullamento del

provvedimento di revoca, perché, ove tale azione avesse successo, a parte le conseguenze poc'anzi indicate (paragrafo 31), ne verrebbe inevitabilmente limitata la discrezionalità dell'amministrazione in occasione dell'eventuale riproposizione del bando, dovendo essa attenersi ai principi fissati dalla sentenza di annullamento [\(20\)](#).

34. In considerazione delle osservazioni fin qui svolte ritengo quindi che alla prima domanda pregiudiziale debba risponderci nel senso che l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 impone 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.

B - Sul secondo quesito pregiudiziale

35. Con il secondo quesito pregiudiziale, il Vergabekontrollsenat chiede, nell'eventualità di una risposta positiva alla prima questione, se una disposizione della direttiva 89/665 o della direttiva 92/50 osti a che il controllo giurisdizionale della legalità di una revoca di una gara debba limitarsi al solo esame della natura arbitraria o simulata di tale atto.
36. Si tratta, per la verità, di un quesito assai contorto, che neppure la motivazione che ne fornisce l'ordinanza di rinvio aiuta a rendere più chiaro, anche perché probabilmente esso riflette problemi e preoccupazioni proprie dell'ordinamento austriaco. Mi par di capire, comunque, che il Vergabekontrollsenat sia incline a proporre una risposta negativa, volta cioè a limitare il sindacato giurisdizionale sulla revoca di una gara d'appalto, mentre HI si orienta in senso opposto, sostenendo che dalla direttiva 89/665 non è possibile dedurre che un ricorso per l'annullamento di una revoca debba limitarsi al solo esame della natura arbitraria o simulata dell'atto impugnato; al contrario, una decisione di revoca dovrebbe essere suscettibile, a suo avviso, di un controllo giurisdizionale completo. Per parte sua, infine, dopo aver ribadito che i provvedimenti di revoca sono esclusi dalla direttiva 89/665, la Commissione si limita ad osservare che comunque, se un giudice nazionale è investito di un ricorso sulla legittimità della revoca di una gara, egli può verificare se i motivi di una tale revoca siano conformi alle disposizioni nazionali e, eventualmente, a quelle comunitarie.
37. Venendo ad una valutazione di carattere generale del quesito, e prescindendo dunque da eventuali situazioni specifiche dell'ordinamento austriaco, devo dire che ho molta difficoltà a individuare nelle conferenti direttive comunitarie disposizioni rilevanti dal punto di vista della questione che ci viene sottoposta: disposizioni, cioè, che consentano di dedurre o, al contrario, escludere limiti alla portata del controllo giurisdizionale su un provvedimento di revoca di un bando di gara. Si dovrà certo avere ben presente quanto ho detto in precedenza a proposito della discrezionalità di cui gode in materia l'autorità aggiudicatrice e dei limiti che ne derivano, in questo come in tutti gli analoghi casi, sul piano del controllo giurisdizionale. La giurisprudenza comunitaria ha più volte sottolineato che, data la natura del potere di cui godono quelle autorità, il sindacato del giudice dovrà limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere [\(21\)](#). Ma al di là di questa limitazione, direttamente collegata, ripeto, alla natura del potere esercitato nella specie, resta il fatto che le autorità nazionali saranno pur sempre tenute a rispettare le pertinenti disposizioni comunitarie e nazionali e soprattutto i principi di parità di trattamento e di trasparenza, più volte richiamati; e che quindi il controllo giurisdizionale dovrà estendersi anche a tali profili.
38. Ritengo quindi che al quesito in esame debba risponderci nel senso che nessuna disposizione delle direttive 89/665 e 92/50 consente di limitare il controllo giurisdizionale della legalità dell'atto di revoca di un bando di gara al solo esame della natura arbitraria o simulata di tale atto.

C - Sul terzo quesito pregiudiziale

39. Con tale quesito, anch'esso proposto subordinatamente ad una risposta positiva al primo, il giudice austriaco chiede infine quale sia il momento determinante ai fini della valutazione della legittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara.
40. Nel motivare tale quesito il Vergabekontrollsenat osserva che la direttiva 89/665 non contiene alcuna indicazione al riguardo e che, a suo avviso, le soluzioni possibili sarebbero due: il momento della decisione dell'autorità aggiudicatrice oppure quello della decisione dell'organo di controllo. A favore della prima soluzione deporrebbe il fatto che la decisione di revoca costituisce l'oggetto del ricorso, mentre a favore della seconda vi sarebbe il principio dell'effetto utile della direttiva, la quale mira a garantire l'esistenza di «mezzi di ricorso efficaci e rapidi». A parere di HI occorrerebbe invece fare riferimento al momento della pronuncia sulla legittimità dell'atto impugnato, mentre secondo la Commissione, poiché la revoca di una gara non è regolata dal diritto comunitario ma dal diritto nazionale applicabile, sarà da quest'ultimo che dipenderà la soluzione al terzo quesito pregiudiziale.
41. Per parte mia, osservo che la direttiva 89/665 non dispone circa il momento determinante ai fini dell'esame della legalità di una decisione di revoca. Credo che questo sia dovuto alla natura di tale direttiva, che non è di armonizzazione legislativa, ma solo di coordinamento delle procedure esistenti; essa non mira quindi a creare un quadro normativo completo della materia, ma si limita a fissare le regole necessarie a garantire la piena ed effettiva applicazione delle direttive materiali. E' ai singoli ordinamenti nazionali che occorre poi fare riferimento per individuare, beninteso nel rispetto delle regole e dei principi tracciati dalla direttiva, modalità e procedure per l'esercizio della tutela da questa sancita. Come ha ricordato ancora di recente la Corte, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria in materia, «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario» [\(22\)](#).
42. Ritengo quindi che sul terzo quesito occorra rispondere al giudice del rinvio nel senso che, senza pregiudizio per l'efficacia e la tempestività della tutela garantita dai principi e dalle norme del diritto comunitario, l'individuazione del momento determinante ai fini della valutazione della legittimità della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di revocare un bando di gara va operata sulla base della legislazione nazionale applicabile.

V - Conclusioni

43. In virtù delle considerazioni che precedono propongo, perciò, alla Corte di dichiarare che:
- «1) L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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, impone 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.
- 2) Nessuna disposizione della direttiva 89/665/CEE o della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, consente di limitare il controllo giurisdizionale della legalità dell'atto di revoca di un bando di gara al solo esame della natura arbitraria o simulata di tale atto.

3) Senza pregiudizio per l'efficacia e la tempestività della tutela garantita dai principi e dalle norme del diritto comunitario, l'individuazione del momento determinante ai fini della valutazione della legittimità della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di revocare un bando di gara va operata sulla base della legislazione nazionale applicabile».

1: - Lingua originale: l'italiano.

2: - Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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; in appresso: la «direttiva 89/665» o anche «direttiva ricorsi»).

3: - Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in appresso: la «direttiva 92/50»).

4: - LGBl. n. 36/1995, nella versione pubblicata in LGBl. n. 30/1999.

5: - La traduzione delle disposizioni nazionali non è ufficiale.

6: - In supplemento della GU del 24 dicembre 1996 e negli annunci legali della Wiener Zeitung del 30 dicembre 1996.

7: - In tal senso deporrebbe, secondo questa tesi, anche la sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria (Racc. pag. I-7671), secondo la quale possono essere impugnate tutte le decisioni adottate durante una procedura d'aggiudicazione sino al momento della conclusione del contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente risultato vincente.

8: - V. sentenza 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Fracasso e Leitschutz* (Racc. pag. I-5697, in particolare punti 23-25). Nelle conclusioni presentate in tale causa, l'avvocato generale Saggio espresse l'avviso che «la facoltà di ritiro dell'atto amministrativo di indizione di una gara di appalti sia espressione di un potere riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici negli ordinamenti degli Stati membri e che, fintantoché non intervenga una decisione finale di aggiudicazione, l'amministrazione sia sostanzialmente libera di non aggiudicare per un sopravvenuto motivo di interesse pubblico o una rinnovata valutazione delle condizioni di realizzabilità dell'opera progettata (assenza di risorse adeguate, mutamento dello stato dell'arte in un particolare settore tecnologico, e così via)» (paragrafo 13). Sulla discrezionalità delle autorità aggiudicatrici v. anche, più in generale, tra le altre, sentenze 23 novembre 1978, causa 56/77, Agence européenne d'Interims (Racc. pag. 2215, punto 20), nonché, nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado, sentenze 8 maggio 1996, causa T-19/95, Adia interim/Commissione (Racc. pag. II-321, punto 49);

17 dicembre 1998, causa T-203/96, Embassy Limousines & Services/Parlamento (Racc. pag. II-4239, punto 54); 24 febbraio 2000, causa T-145/98, ADT Projekt/Commissione (Racc. pag. II-387, punto 147), e 6 luglio 2000, causa T-139/99, AICS/Parlamento (Racc. pag. II-2849, punto 39).

9: - V., in particolare, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043), nella quale la Corte ha affermato che «la procedura di raffronto tra le offerte [deve (...)] rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza» (punto 54); *Embassy Limousines & Services*, cit., punto 85; 14 ottobre 1999, cause riunite T-191/96 e T-106/97, CAS Succhi di Frutta/Commissione (Racc. pag. II-3181, punto 72); *ADT Projekt*, cit., punto 164.

10: - Ricordo che i primi tre ‘considerando’ della direttiva 89/665 espressamente sottolineano, l'uno, che lo scopo della direttiva è appunto di ovviare alla mancanza, in seno alle direttive in materia di appalti pubblici, di disposizioni specifiche che permettano di garantirne l'effettiva applicazione; l'altro, la necessità di rafforzare i meccanismi di controllo, nazionali e comunitari, che non sempre permettevano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie; il terzo, infine, l'esigenza di provvedere ad un «aumento notevole» delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione, imponendo agli Stati membri l'istituzione di mezzi di ricorso efficaci e rapidi per il caso di infrazioni alla normativa comunitaria e nazionale.

11: - Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

12: - V. sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca, «Storebaelt» (Racc. pag. I-3353, punto 33). Nello stesso senso, v. sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, «Bus Wallons» (Racc. pag. I-2043, punto 51). Anche la Commissione, del resto, ha recentemente ricordato che «[c]ome risulta dalla giurisprudenza della Corte, gli Stati membri, pur rimanendo liberi, in virtù del trattato, di stabilire norme materiali e procedurali, sono tenuti a rispettare tutte le disposizioni pertinenti del diritto comunitario e, in particolare, i divieti che derivano dai principi sanciti dal trattato CE in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi. La Corte ha, del resto, sottolineato l'importanza dei principi e delle norme derivanti dal trattato, precisando, in particolare, che le direttive relative agli appalti pubblici sono volte, da una parte, “a facilitare la realizzazione effettiva, all'interno della Comunità, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi” e, d'altra parte, “a garantire l'effettività dei diritti riconosciuti dal trattato nel settore dei pubblici appalti di lavori e di forniture”» [v. la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (degli appalti pubblici) (GU 2000, C 121, punto 3, dove sono richiamate le sentenze 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 1039, e 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5923)]. Proprio su questa base, anzi, essa ha potuto affermare, appunto con riferimento alle concessioni, che, sebbene queste non siano definite dal Trattato e siano praticamente ignorate dalle direttive appalti, ciò non significa che esse «sfuggano alle norme e ai principi del trattato. Infatti, nella misura in cui si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, le concessioni sono soggette alle norme conferenti del trattato CE e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte» (*ibidem*, punto 2).

13: - Tra le tante, di recente, v. sentenze 24 febbraio 2000, causa C-434/97, Commissione/Francia (Racc. pag. I-1129, punto 21, ove figurano ulteriori richiami), e 9 marzo 2000, causa C-437/97, EKW et Wein & Co. (Racc. pag. I-1157, punto 41, ove figurano ulteriori richiami). Nello stesso senso le conclusioni dell'avvocato generale Mischo nel caso *Alcatel Austria* (paragrafo 40, con specifico riferimento all'art. 1 della direttiva 89/665).

14: - Sentenze 3 dicembre 1992, causa C-97/91, Borelli/Commissione (Racc. pag. I-6313, punto 14, ove figurano ulteriori richiami); 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia (Racc. pag. I-207, punto 46), e causa C-226/99, Siples (Racc. pag. I-277, punto 17).

15: - Mi limito a ricordare, ad esempio, che nel «Libro Verde» su «Gli appalti pubblici nell'Unione Europea» del 27 novembre 1996 [COM(96) 583 def.], la Commissione ha sostenuto che, anche con riguardo a situazioni che non rientrano nel campo di applicazione delle direttive (appalti sotto soglia, concessioni o contratti analoghi), i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza devono comunque trovare applicazione (cfr. punto 3.24). Così come «i comportamenti tenuti o le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatari, nell'ambito di appalti pubblici (...), sono contrari al diritto comunitario, anche se la regola da applicare o il divieto da rispettare non figurano esplicitamente nelle direttive» (punto 3.29). V., sulla stessa linea, anche la Comunicazione su «Gli appalti pubblici nell'Unione europea» dell'11 marzo 1998 [COM(1998) 143 def.] e soprattutto la ricordata Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici.

16: - V., in questo ordine di idee, anche i punti 32 e 33 della sentenza *Alcatel Austria*, cit.

17: - V., da ultimo, sentenza 22 marzo 2001, causa C-17/99, Francia/Commissione (non ancora pubblicata in Raccolta, punto 35, ove figurano ulteriori richiami). Condivido pienamente quindi le osservazioni svolte in proposito dall'avvocato generale Saggio, nelle conclusioni rese in *Fracasso e Leitschutz*, allorché ha sottolineato che «l'obbligo di comunicazione dei motivi per i quali l'amministrazione ha inteso rinunciare all'aggiudicazione o ricominciare una procedura, di cui all'art. 8, n. 2, della direttiva [93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), disposizione analoga all'art. 12, n. 2, della direttiva 92/50], deve essere valorizzato al giusto. Esso consente infatti che possa essere espletato un sindacato di legittimità dell'azione amministrativa quanto meno nelle ipotesi in cui l'atto di ritiro risulti pretestuoso o in violazione di altre norme di diritto comunitario» (paragrafo 17).

18: - Come ha osservato l'avvocato generale Saggio nelle ricordate conclusioni nella causa *Fracasso e Leitschutz*, «la facoltà di ritiro dell'atto amministrativo di indizione di una gara di appalti (...) non implica che un siffatto potere di autotutela sia assoluto e non suscettibile di un qualche sindacato giurisdizionale». Essa quindi non può integrare «un atto arbitrario o pretestuoso» o risolversi «in una violazione di norme della direttiva o di altre norme o principi di diritto comunitario». L'art. 8, n. 2, della direttiva 93/37 (corrispondente all'art. 12 della direttiva 92/50), insomma, «certamente mira ad impedire all'amministrazione aggiudicatrice di liberarsi di un potenziale contraente in modo del tutto arbitrario o in spregio a principi fondamentali del diritto comunitario» (paragrafi 13-18).

19: - Come ha sottolineato l'avvocato generale Mischo nelle conclusioni presentate nella stessa causa: «[l]'effetto utile della direttiva ricorsi, e in particolare lo scopo, richiamato all'art. 1, di predisporre procedure di ricorso rapide ed efficaci, verrebbero compromessi se uno Stato membro potesse attribuire alla limitazione prevista dall'art. 2, n. 6, una portata tale da farvi rientrare sistematicamente la decisione più importante dell'autorità aggiudicatrice, ossia l'aggiudicazione dell'appalto, sottraendosi in tal modo alla tutela generale attuata dall'art. 2, n. 1. L'obiettivo del rafforzamento delle procedure di ricorso perseguito dalla direttiva ricorsi implica infatti che la possibilità concessa agli Stati membri di limitarle sia considerata come eccezionale e venga quindi interpretata restrittivamente» (paragrafi 39-40). E' inutile aggiungere ovviamente che tali osservazioni, seppur riferite alle decisioni di aggiudicazione, valgono integralmente anche per i provvedimenti di revoca di un bando di gara.

20: - Segnalo al riguardo che in *Simmenthal* la Corte ha riconosciuto che un ricorrente ha interesse all'annullamento di una decisione di aggiudicazione (adottata nella specie dalla Commissione), anche se sia già stata pienamente attuata a favore di altri concorrenti, «sia per ottenere dalla Commissione un'adeguata rettifica della propria situazione sia per indurre la stessa Commissione ad apportare, in futuro, le opportune modifiche al sistema delle gare, nel caso in cui questo fosse dichiarato contrastante con determinate esigenze giuridiche» (sentenza 6 marzo 1979, causa 92/78, *Simmenthal/Commissione*, Racc. pag. 777, punto 32). Nello stesso senso, v. sentenza *CAS Succhi di Frutta/Commissione* (punto 63).

21: - Così il Tribunale nella sentenza *ADT Project*, punto 147. Ma v. anche la sentenza *Embassy Limousines & Services*, nella quale si afferma che il controllo sull'esercizio del potere di valutazione ai fini dell'eventuale annullamento di un provvedimento di revoca di una gara d'appalto è limitato alla verifica dell'assenza di un errore grave e manifesto (punto 56). V. ancora, nello stesso senso, la sentenza della Corte *Agence européenne d'Interims*, cit., punto 20, e quelle del Tribunale *Adia interim*, cit., punto 49, e *AICS*, cit. punto 39.

22: - Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I-4951, punto 19, ove figurano ulteriori richiami).