

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

L.A. GEELHOED

presentate il 16 ottobre 2003 (1)

**Causa C-230/02**

**Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG**

**contro**

**Repubblica d'Austria**

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Bundesvergabeamt austriaco)

«Interpretazione dell'art. 1, n. 3, in combinato disposto con l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33) – Persone legittimate ad avviare procedure di ricorso – Persone che hanno o avevano un interesse all'aggiudicazione dell'appalto pubblico – Persona che non può eseguire l'intero appalto – Persona che nello stadio precedente della procedura non ha esperito un ricorso disponibile»

### I – Introduzione

1. Nella causa in esame il Bundesvergabeamt austriaco ha sottoposto questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (2), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (3) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Grossmann Air Service e la Repubblica d'Austria.

### II – Ambito normativo

#### A – Diritto comunitario

3. L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 stabilisce:

«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, 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.

(...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

4. L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 recita:

«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».

#### B – *Diritto nazionale*

5. La direttiva 89/665 è stata attuata nell'ordinamento austriaco con il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56; in prosieguo: il «BVergG»). Il BVergG prevede l'istituzione di una Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: la «B-VKK»), e di un Bundesvergabeamt (ufficio federale delle aggiudicazioni).

6. Ai sensi dell'art. 109 del BVergG la B-VKK è competente, fino all'aggiudicazione dell'appalto, a conciliare discordanze di valutazione che sorgano tra gli organi di aggiudicazione e uno o più offerenti o concorrenti circa l'esecuzione della legge federale stessa o dei suoi regolamenti di attuazione (n. 1). Una domanda di intervento da parte della B-VKK dev'essere presentata alla direzione della stessa nel più breve tempo possibile dopo aver avuto conoscenza della discordanza di valutazione (n. 6). Inoltre l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere all'aggiudicazione dell'appalto prima che sia trascorso un termine di quattro settimane a decorrere dalla notifica all'amministrazione aggiudicatrice della richiesta di conciliazione, a pena di nullità della stessa aggiudicazione (n. 8).

7. Ai sensi dell'art. 113 del BVergG, il Bundesvergabeamt è competente a espletare, su istanza, le procedure di ricorso (n. 1). Fino al momento dell'aggiudicazione, il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni di questa legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione, ad adottare misure transitorie, nonché ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice (n. 2). Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente ad accertare se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della legge federale stessa o dei suoi regolamenti di attuazione (n. 3).

8. L'art. 115, n. 1, del BVerGG stabilisce che un imprenditore che affermi di avere un interesse alla conclusione di un contratto rientrante nella sfera di applicazione della legge federale stessa può impugnare per illegittimità le decisioni adottate dall'autorità aggiudicatrice nel corso della procedura di aggiudicazione, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno.

### III – Fatti e procedimento

9. Il 27 gennaio 1998 il Bundesministerium für Finanzen (Ministero federale delle Finanze) ha indetto un bando di gara relativo a trasporti aerei non regolari di persone per il governo federale austriaco e per le sue delegazioni, con aerei a reazione e ad elica. La Grossmann Air Service ha presentato un'offerta per tale gara.

10. Il bando di gara è stato tuttavia revocato il 3 aprile 1998, mentre il 28 luglio 1998 veniva indetta una nuova gara d'appalto per gli stessi servizi di trasporto aereo. La Grossmann Air Service, pur avendo richiesto i documenti per la gara, ha rinunciato a presentare una nuova offerta.

11. Con lettera 8 ottobre 1998, il governo austriaco informava la Grossmann Air Service della propria intenzione di aggiudicare l'appalto alla Lauda Air Luftfahrt AG (in prosieguo: la «Lauda Air»). Questa lettera è stata ricevuta dalla Grossmann Air Service il 9 ottobre 1998. Il 29 ottobre 1998 è stato stipulato il contratto con la Lauda Air.

12. Con atto introduttivo in data 19 ottobre 1998, consegnato alla posta il 23 ottobre e pervenuto al Bundesvergabeamt il 27 ottobre 1998, la Grossmann Air Service ha presentato ricorso avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare i voli alla Lauda Air, chiedendone l'annullamento. Essa sosteneva in merito che il bando di gara sin dall'inizio era stato «tagliato su misura» per un solo offerente, ossia la Lauda Air, di modo che altri interessati a priori non avrebbero avuto alcuna possibilità di ottenere l'appalto.

13. Con decisione 4 gennaio 1999 il Bundesvergabeamt respingeva il ricorso, ai sensi dell'art. 115, n. 1 e dell'art. 113, nn. 2 e 3, del BVerGG.

14. Il Bundesvergabeamt era del parere che la Grossmann Air Service non avrebbe sufficientemente dimostrato il proprio interesse all'aggiudicazione nel suo complesso, in quanto essa non disporrebbe dei tipi più grandi di aerei richiesti e non sarebbe stata pertanto in grado di fornire tutte le prestazioni pretese. Inoltre essa non aveva presentato alcuna offerta per il secondo bando di gara. Del resto il Bundesvergabeamt, dopo l'avvenuta aggiudicazione, non sarebbe più stato competente ad annullare quest'ultima.

15. La Grossmann Air Service ha successivamente impugnato tale decisione dinanzi al Verfassungsgerichtshof. Con sentenza 10 dicembre 2001 (B 405/99-9) tale giudice ha annullato la decisione del Bundesvergabeamt per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice ordinario. Il Verfassungsgericht ha inoltre dichiarato che la mera circostanza che l'asserita illegittimità dell'aggiudicazione non sia stata fatta valere dalla Grossmann Air Service in uno stadio precedente della procedura di aggiudicazione non è di per sé sufficiente per constatare la mancanza di un interesse giuridico nella procedura di ricorso.

16. Di conseguenza il Bundesvergabeamt ha proposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali.

#### *Questioni pregiudiziali*

«1) Se l'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CE, 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, vada interpretato nel senso che qualunque imprenditore che abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione o abbia chiesto di partecipare allo stesso è legittimato a presentare un ricorso.

In caso di soluzione negativa di tale questione:

2) Se questa disposizione della direttiva sopra menzionata debba essere interpretata nel senso che un imprenditore ha o aveva interesse ad ottenere un determinato appalto pubblico solo qualora, oltre a partecipare al procedimento di aggiudicazione, adotti tutte le misure di cui dispone in base alla normativa nazionale, affinché l'appalto non venga aggiudicato ad un altro concorrente.

3) Se il combinato disposto degli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. b), della direttiva vada interpretato nel senso che ad un imprenditore deve essere legalmente consentito di presentare un ricorso contro un bando di gara da esso ritenuto illegittimo o discriminatorio, anche quando non sia in grado di fornire l'intera prestazione oggetto della gara e non abbia conseguentemente presentato alcuna offerta in tale procedimento di aggiudicazione».

### *Osservazioni sulle questioni pregiudiziali*

17. In merito alle prime due questioni il giudice del rinvio ha osservato che la Grossmann Air Service ha lasciato trascorrere un periodo di quattordici giorni, compresi tra la notifica della decisione di aggiudicazione (9 ottobre 1998) e la presentazione del suo ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt (23 ottobre 1998), senza essersi rivolta alla B-VKK per chiedere una conciliazione, facendo così scattare il termine di quattro settimane previsto dall'art. 109, n. 8, del BVerG o, ove siffatta conciliazione non avesse avuto successo, senza adire il Bundesvergabeamt per ottenere provvedimenti provvisori e l'annullamento della decisione di aggiudicazione. A giudizio del giudice del rinvio è pertanto importante sapere se le condizioni per la presentazione di un ricorso, ai sensi dell'art. 115, n. 1, del BVerG in combinato disposto con l'art. 109, n. 1, primo comma, punti 6 e 8, del BVerG, interpretati alla luce dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, debbano essere intese nel senso che ogni offerente, il quale intenda ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico oggetto di gara, già solo con ciò dimostri un interesse alla conclusione di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione del Bundesgesetz, oppure se il fatto che non siano stati esperiti tutti i rimedi previsti dal diritto nazionale implichi una perdita di siffatto interesse.

18. Con la terza questione il Bundesvergabeamt fa rilevare che, a giudizio del Verfassungsgericht, come risulta dalla sua sentenza 10 dicembre 2001, in forza dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, nell'ambito della procedura di ricorso devono poter essere soppresse specificazioni discriminatorie. Un'interpretazione secondo cui l'accesso alla procedura di ricorso per contestare specificazioni di gara discriminatorie dipende dal fatto che la ricorrente possa soddisfare tali specificazioni può essere incompatibile con la finalità (di diritto comunitario) di garantire una tutela completa ed effettiva in materia di aggiudicazioni. Pertanto un'impresa di trasporto aereo che sostenga in maniera credibile di essere interessata alla stipulazione di un contratto relativo a voli aerei e che si consideri discriminata dalla forma di aggiudicazione di siffatte prestazioni – come appalto nel suo complesso – può avere un interesse giuridico ai sensi dell'art. 115, n. 1, del BVerG e pertanto il diritto al controllo delle pretese specificazioni illegittime, in quanto altrimenti non potrebbe dimostrare l'illegittimità – a suo parere – dell'appalto e il conseguente danno che potrebbe derivarne.

19. Su questo sfondo sorge la questione se possa ritenersi che un imprenditore abbia accesso alla procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, anche quando si rivolge al giudice del ricorso a causa di specificazioni a suo avviso discriminatorie ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), di questa direttiva, e affermi che da ciò derivi o rischi di derivare un danno nei suoi confronti, sebbene non sia in grado di prestare il servizio definito nell'appalto, motivo per cui non

ha presentato un'offerta nella procedura di aggiudicazione.

### *Procedimento dinanzi alla Corte*

20. L'ordinanza di rinvio è stata depositata nella Cancelleria della Corte il 20 giugno 2002. La Grossmann Air Service, il governo austriaco e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte. Durante la trattazione orale, svoltasi il 10 settembre 2003, essi hanno illustrato le loro posizioni.

### **IV – Valutazione**

21. Alla luce di una recente giurisprudenza della Corte, non occorre trattare in dettaglio le prime due questioni. Tali questioni implicano infatti lo stabilire se un imprenditore abbia o abbia avuto interesse all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, e possa pertanto avvalersi delle procedure di ricorso previste da questa direttiva per poter stabilire l'illegittimità di un provvedimento di aggiudicazione, anche ove non siano stati esauriti tutti i rimedi giuridici messi a sua disposizione dal diritto nazionale, per evitare che l'appalto venga aggiudicato ad un terzo.

22. Tali questioni sono state tra l'altro esaminate di recente nella sentenza Hackemüller (4), e, più in particolare, nella sentenza Fritsch e a. (5).

23. Entrambi i procedimenti vertevano sulla questione se ogni imprenditore che voglia essere preso in considerazione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa esperire una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665. Dalla sentenza Hackemüller risulta che non può essere così e che lo Stato membro può porre l'ulteriore condizione che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa asserita.

24. La seconda questione è stata esplicitamente risolta nella sentenza Fritsch, in cui veniva in rilievo la questione se il legislatore nazionale possa far dipendere l'interesse di un offerente ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico, e quindi la sua legittimazione attiva nelle procedure di ricorso previste dalla direttiva, dalla condizione che egli abbia previamente adito una commissione di conciliazione quale la B-VKK. La Corte ha risolto negativamente la questione. L'imposizione di una siffatta condizione sarebbe contraria agli obiettivi di rapidità ed efficacia perseguiti dalla direttiva. Vero è che viene riconosciuto che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 lascia espressamente agli Stati membri il compito di determinare le modalità con cui le procedure di ricorso previste da detta direttiva devono essere accessibili a chiunque abbia o abbia avuto un interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e sia stato o possa essere stato lesa da un'asserita violazione, ma ciò non li autorizza comunque a dare alla nozione di «interesse ad ottenere un appalto pubblico» un'interpretazione che possa compromettere l'effetto utile di detta direttiva. Ciò si verificherebbe ove si considerasse venuto meno l'interesse di un imprenditore per il motivo che egli abbia omissis di adire in primo luogo una commissione di conciliazione, quale la B-VKK.

25. In entrambe le cause sopra ricordate gli interessati avevano partecipato alla relativa procedura di aggiudicazione, mentre dall'ordinanza di rinvio emerge che nel caso di specie ciò non è avvenuto. Proprio come la Commissione sono tuttavia del parere che una partecipazione alla procedura di aggiudicazione sia in linea di principio una condizione per poter dimostrare la sussistenza di un interesse all'aggiudicazione dell'appalto e di un possibile pregiudizio derivante dall'asserita irregolarità dell'aggiudicazione stessa. È arduo per chi non abbia partecipato alla procedura di aggiudicazione sostenere di avere un interesse a impugnare una pretesa decisione di aggiudicazione illegittima.

26. La terza questione riguarda però una situazione alquanto diversa, in cui per i potenziali interessati ad un'aggiudicazione non ha senso partecipare alla gara, in quanto le prestazioni

richieste sono state specificate in maniera tale che essi a priori non possono soddisfarle. La questione che si pone allora è se in una situazione del genere debba essere possibile proporre direttamente un ricorso avverso le specificazioni discriminatorie.

27. A mio parere la questione va risolta in senso affermativo. Nella sua recente giurisprudenza la Corte ha interpretato estensivamente la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici», utilizzata all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (6). Dalla formulazione dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva emerge inoltre che i poteri giurisdizionali relativi ai ricorsi devono comprendere, tra l'altro quello di «annullare (...) le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie (...)». Mi sembra pertanto incontestabile che le possibilità di ricorso previste dalla direttiva 89/665 ricomprendono anche le decisioni in cui sono definite le prestazioni richieste in una procedura di aggiudicazione.

28. Una siffatta possibilità di ricorso avrebbe comunque una portata pratica alquanto ridotta ove non fosse accessibile alle imprese che, a causa delle specificazioni discriminatorie controverse, fossero a priori escluse dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione. Inoltre in una situazione del genere potrebbe essere eccessivo chiedere loro di compiere ciononostante lo sforzo di presentare un'offerta, sopportando i costi relativi, solo al fine di poter mantenere il diritto di ricorso avverso le specificazioni di aggiudicazione discriminatorie. Per questo motivo anche queste imprese devono essere considerate, in linea di principio, come interessate alla procedura di aggiudicazione e pertanto legittimate ad avviare una procedura di ricorso.

29. Nella causa principale che sta alla base del presente procedimento vengono in rilievo le specificazioni delle prestazioni richieste. Dato che i diversi elementi dei servizi di trasporto aereo richiesti erano riuniti in un tutt'unico, la cerchia degli interessati che avrebbero potuto fornire la prestazione globale era fortemente ridotta, mentre potenziali candidati per uno o più elementi di tale tutt'unico erano esclusi a priori dallo stesso. Dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente consegue che anche questi ultimi devono essere considerati come interessati all'aggiudicazione e pertanto legittimati al ricorso. La condizione tuttavia è che essi, in assenza di queste asserite specificazioni discriminatorie, sarebbero stati in grado di partecipare alla procedura.

30. Infine osservo ancora che l'interesse della certezza del diritto impone che questo rimedio giuridico sia esperito il più presto possibile. La presentazione di un siffatto ricorso dopo l'aggiudicazione dell'appalto potrà essere considerata tardiva. Questa decisione è tuttavia rimessa al giudice nazionale

## V – Conclusioni

31. Alla luce delle considerazioni che precedono suggerisco alla Corte di risolvere le questioni sollevate nei seguenti termini:

– L'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretato nel senso che chiunque abbia presentato un'offerta o abbia partecipato al procedimento di aggiudicazione è legittimato ad avviare la procedura di ricorso prevista dalla direttiva.

– L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665/CEE osta a che venga considerato che un imprenditore che abbia partecipato ad un procedimento per l'aggiudicazione di un appalto pubblico non abbia più interesse all'aggiudicazione in quanto questi, prima di avviare una procedura di ricorso ai sensi della direttiva, non si è rivolto ad una commissione di conciliazione come la B-VVK, istituita dal Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997.

– Il combinato disposto dell'art. 1, n. 3, e dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 va così interpretato nel senso che ad un imprenditore interessato all'aggiudicazione deve essere giuridicamente consentito presentare un ricorso avverso specificazioni nel bando di gara da esso ritenute illegittime o discriminatorie. Questa possibilità deve essere a disposizione anche di coloro che possano dimostrare che, in assenza delle menzionate specificazioni discriminatorie, avrebbero partecipato alla procedura di aggiudicazione.

---

1 – Lingua originale: l'olandese.

---

2 – GU L 395, pag. 33.

---

3 – GU L 209, pag. 1.

---

4 – Sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, Hackemüller (Racc. pag. I-6319).

---

5 – Sentenza 19 giugno 2003, causa C-410/01, Fritsch, Chiari e Partener e a. (Racc. pag. I-6413).

---

6 – Sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553).