

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
PHILIPPE LÉGER  
presentate l'11 novembre 2004 [\(1\)](#)

**Cause riunite C-21/03 e C-34/03**

**Fabricom SA**

e

**Stato belga**

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Conseil d'État (Belgio)]

«Appalti pubblici – Partecipazione ad un appalto pubblico – Esclusione di chiunque abbia contribuito allo sviluppo dei lavori, delle forniture o dei servizi che formano oggetto dello stesso appalto pubblico»

1. La collaborazione di un soggetto ai lavori preparatori di un appalto pubblico esclude tale soggetto, nonché l'impresa ad esso vincolata, dalla partecipazione a detto appalto? Una simile norma, intesa ad impedire che una persona possa trarre un vantaggio dal fatto di aver partecipato alla fase preparatoria di un appalto pubblico, il che la porrebbe in una condizione contraria alla libera concorrenza nel processo di aggiudicazione di detto appalto, è proporzionata all'obiettivo che essa tende a realizzare? Queste sono in sostanza le questioni che il Conseil d'État (Belgio) sottopone alla Corte nelle presenti cause riunite.

## **I – Ambito normativo**

### *A – La normativa comunitaria*

2. Il diritto positivo comunitario in materia di procedura d'aggiudicazione di pubblici appalti è costituito dalla direttiva 97/52/CE, 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 [\(2\)](#), e dalla direttiva, 98/4/CE, che modifica la direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni [\(3\)](#).

3. Queste due direttive [\(4\)](#) tengono conto delle modifiche necessarie intervenute in seguito alla conclusione, da parte della Comunità europea, dell'accordo sugli appalti pubblici nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (in prosieguo: l'«OMC») [\(5\)](#), che prevede all'art. VI, n. 4:

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

4. Le direttive citate hanno aperto alla concorrenza l'aggiudicazione degli appalti pubblici nell'ambito della Comunità, coordinandone le procedure. L'obiettivo principale di tali direttive è di assicurare che l'aggiudicazione degli appalti pubblici, sia a livello generale sia in settori specifici, si svolga, da un lato, in modo trasparente e, dall'altro, nel rispetto della libera concorrenza [\(6\)](#).

5. Per questo motivo è stata adottata la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, (in prosieguo: la «direttiva sui ricorsi») [\(7\)](#) nel settore degli appalti pubblici; essa disciplina i mezzi di ricorso in questo settore. L'obiettivo è quello di assicurare la possibilità di un ricorso adeguato e sollecito avverso le decisioni adottate da parte degli enti aggiudicatori che abbiano violato la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

## B – *La normativa nazionale*

6. Le direttive sono state trasposte nel diritto belga con la legge 24 dicembre 1993 relativa agli appalti pubblici ed a taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi [\(8\)](#).

7. L'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999 [\(9\)](#) modifica l'art. 78 del regio decreto 8 gennaio 1996, relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed alle concessioni di lavori pubblici. L'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999 modifica l'art. 65 del regio decreto 10 gennaio 1996, relativo agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni. Le due disposizioni prevedono in termini identici, in primo luogo, un regime di divieto assoluto di formulare un'offerta per un appalto pubblico per chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi e, in secondo luogo, un regime di divieto relativo di formulare un'offerta per ogni impresa che sia vincolata [\(10\)](#) a chi sia stato incaricato di lavori preparatori nell'ambito dell'appalto pubblico in questione. L'impresa può, tuttavia, superare tale presunzione fornendo informazioni che consentano di accertare che la sua influenza dominante è senza effetto sull'appalto.

## II – **Causa principale e questioni pregiudiziali**

### A – *Nel procedimento C-21/03*

8. La società per azioni Fabricom (in prosieguo: la «Fabricom») è un'impresa di lavori nei settori dei trasporti d'energia e di liquidi. Essa presenta regolarmente offerte relative ad appalti pubblici, in particolare nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

9. Con ricorso presentato al Conseil d'État il 25 giugno 1999, la Fabricom chiede l'annullamento dell'art. 26 del regio decreto 25 marzo 1999. Essa afferma che tale disposizione è contraria al principio di parità di trattamento fra gli offerenti, al principio dell'effettività del ricorso giurisdizionale, come garantito dalla direttiva sui ricorsi, al principio di proporzionalità, alla libertà di commercio e d'industria, nonché al rispetto del diritto di proprietà, come garantito dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il governo belga contesta tali affermazioni.

10. Considerando che la soluzione della controversia di cui è stato investito esige l'interpretazione di talune disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici, il Conseil d'État ha deciso, in applicazione dell'art. 234 CE, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le tre questioni pregiudiziali seguenti:

- «1) Se la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni [GU L 199, pag. 84], segnatamente nel suo art 4, n. 2, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE, che modifica la citata direttiva 93/38/CEE, in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il rispetto del diritto di proprietà, garantito segnatamente dal protocollo 20 marzo 1952, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ostino a che non sia ammessa a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi qualsiasi persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza;
- 2) Se la soluzione della questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette alla luce dei medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che esse si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso;
- 3) Se la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, segnatamente negli artt. 1 e 2, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'ente aggiudicatore può negare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall'ente aggiudicatore, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali»

#### B – *Nel procedimento C-34/03*

11. La stessa società Fabricom, con ricorso proposto dinanzi al Conseil d'État l'8 giugno 1999, chiede l'annullamento dell'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999. Gli argomenti della Fabricom e del governo belga sono sostanzialmente i medesimi indicati nel procedimento C-21/03.

12. Il Conseil d'État ha deciso, anche in questa causa, di fare applicazione dell'art. 234 CE, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le tre questioni pregiudiziali seguenti:

- «1) Se la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, segnatamente nell'art. 3, n. 2, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, segnatamente nell'art. 5, n. 7, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, segnatamente nell'art. 6, n. 6, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, che coordinano le procedure di aggiudicazione di pubblici appalti di servizi, di pubblici appalti di forniture e di pubblici appalti di lavori, segnatamente negli artt. 2, n. 1, lett. b) e 3, n. 1, lett. b), in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il rispetto del diritto di proprietà, garantito segnatamente dal protocollo 20 marzo 1952, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle

libertà fondamentali, ostino a che non sia ammessa a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, qualsiasi persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza;

- 2) Se la soluzione della questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette alla luce dei medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che esse si riferiscono solamente alle imprese private o a quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso;
- 3) Se la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici di forniture e di lavori, segnatamente negli artt. 2, n. 1, lett. a), e 5, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'ente aggiudicatore può negare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall'ente aggiudicatore, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali».

13. Con ordinanza 4 marzo 2003, il presidente della Corte ha deciso di riunire le due cause, tenuto conto della connessione oggettiva fra esse esistente.

### **III – Analisi**

14. Poiché le tre questioni sollevate dal Conseil d'État sono simili nelle due cause sottoposte alla Corte, propongo di esaminare, in successione, ciascuna delle questioni pregiudiziali relative al procedimento C-34/03. Quindi, preciserò se sembra che si debba adottare una diversa soluzione rispetto ai settori specifici considerati nel procedimento C-21/03.

15. La prima e la seconda questione sollevate dal giudice del rinvio presentano una connessione tale che ne risulta opportuna l'analisi congiunta. Pertanto, in un primo momento, risolverò contestualmente la prima e la seconda questione e, in un secondo momento, affronterò la terza.

16. Innanzitutto, va ricordato che, se non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento promosso ai sensi dell'art. 234 CE, sulla compatibilità di norme di diritto interno con il diritto comunitario, né interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali, essa è tuttavia competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa di cui è investito [\(11\)](#).

*A – Sulla prima e sulla seconda questione: l'esclusione dal procedimento di aggiudicazione della persona che ha partecipato alla preparazione dell'appalto pubblico*

17. Con la prima questione, il Conseil d'État domanda se le direttive sugli appalti pubblici ostano a che non sia ammesso a presentare un'offerta per un appalto pubblico chi ha partecipato alla preparazione dello stesso, senza che l'interessato possa provare che tale circostanza non ha falsato la concorrenza fra gli offerenti al suddetto appalto. Per quanto riguarda la seconda questione, il Conseil d'État desidera sapere dalla Corte se la soluzione della prima questione sarebbe diversa qualora le direttive avessero ad oggetto solamente le persone private, ovvero le

persone che effettuano prestazioni a titolo oneroso.

## 1. Argomenti delle parti

18. La ricorrente nella causa principale, la Fabricom, sostiene che gli artt. 26 e 32 del regio decreto (in prosieguo: le «disposizioni della normativa belga») sono contrari al diritto comunitario [\(12\)](#) e, in particolare, sono contrari al principio di non discriminazione enunciato nelle direttive sugli appalti pubblici, nonché alla sentenza Telaustria e Telefonadress [\(13\)](#), che si ispira del pari a tale principio. Infatti, rileva la Fabricom, il principio di non discriminazione è applicabile agli offerenti nel loro insieme, compresi quelli che hanno partecipato alla fase preparatoria dell'appalto. Questi ultimi dovrebbero essere esclusi dalla partecipazione all'appalto pubblico soltanto se risultasse chiaramente ed in concreto che, per il solo fatto della loro partecipazione, essi godono di un vantaggio tale da falsare il normale gioco della concorrenza.

19. Così, la presunzione assoluta prevista dalle disposizioni oggetto di controversia ha, secondo la Fabricom, un effetto sproporzionato rispetto all'obiettivo che esse perseguono, ossia quello di garantire una concorrenza leale fra gli offerenti. La ricorrente nella causa principale invoca la giurisprudenza della Corte [\(14\)](#), secondo cui il diritto comunitario si oppone a che una determinata offerta sia rigettata d'ufficio in funzione di un criterio applicato in modo automatico [\(15\)](#).

20. La Fabricom è appoggiata dai governi austriaco e finlandese i quali, nelle loro osservazioni, sottolineano che l'esclusione di un'impresa nell'ipotesi particolare della partecipazione ai lavori preparatori deve essere preceduta da un esame completo e differenziato del tipo di lavori preparatori, in particolare l'accesso al capitolato d'onori. L'esclusione può intervenire unicamente ove l'impresa, in ragione dell'attività preparatoria da essa svolta, abbia ottenuto informazioni specifiche relative all'appalto, che le abbiano procurato un vantaggio concorrenziale.

21. La Commissione sostiene invece che le disposizioni della normativa belga mirano ad evitare una possibile discriminazione ed un vantaggio concorrenziale in favore di chi abbia partecipato ai lavori preparatori, quando costui chiede di partecipare al medesimo appalto. Essa sottolinea che, se l'autore dei lavori preparatori potesse anche divenire aggiudicatario, potrebbe essere tentato di orientare la preparazione dell'appalto pubblico a proprio vantaggio.

## 2. Analisi

22. Numerose sentenze della Corte hanno già stabilito i principi che, nel diritto comunitario, disciplinano la selezione degli offerenti in materia di pubblici appalti [\(16\)](#). Come ho ricordato, le direttive sugli appalti pubblici, ciascuna nel suo ambito specifico, mirano a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva [\(17\)](#). La realizzazione e la soddisfazione di tale obiettivo possono essere effettive solamente se gli operatori economici che partecipano all'appalto pubblico sono in condizione di farlo su un piano di parità, senza la minima forma di discriminazione.

23. L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer ha così giustamente precisato, nelle cause riunite Lombardini e Mantovani [\(18\)](#), che «a tal fine risulta imprescindibile un sistema caratterizzato dall'obiettività sia sul piano sostanziale che su quello formale. Sul primo, fissando criteri obiettivi di partecipazione alle gare e di aggiudicazione degli appalti, sul secondo, prevedendo procedure trasparenti nelle quali la pubblicità sia la norma».

24. È pacifico che le direttive sugli appalti pubblici non contengono disposizioni espresse disciplinanti l'incapacità a partecipare alle procedure di gara dei pubblici appalti. In particolare, le direttive non contengono disposizioni ai sensi delle quali una persona non possa partecipare ad una gara di pubblico appalto laddove essa abbia anteriormente partecipato alla preparazione dell'appalto corrispondente.

25. È del pari pacifico che i principi generali, come la libera concorrenza, la parità di trattamento e la non-discriminazione, sono applicabili al settore dell'aggiudicazione dei pubblici appalti. Pertanto, non è possibile compiere una discriminazione fra gli offerenti, in qualsivoglia fase della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

26. Occorre dunque verificare se le direttive sui pubblici appalti ed i principi generali del diritto comunitario consentono di escludere dalla presentazione di un'offerta ad un pubblico appalto chi abbia partecipato alla preparazione di detto appalto. A tal fine, conformemente ai metodi interpretativi adottati dalla Corte [\(19\)](#), mi appresto ora ad affrontare l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle direttive sui pubblici appalti per rispondere al giudice del rinvio.

27. Le direttive 92/50/CEE [\(20\)](#), 93/36/CEE [\(21\)](#) e 93/37/CEE [\(22\)](#), così come modificate dalla direttiva 97/52/CEE, nonché la direttiva 93/38/CEE [\(23\)](#), così come modificata dalla direttiva 98/4/CE, enunciano tutte, in una delle loro disposizioni iniziali, la regola secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici devono assicurare che non vi siano discriminazioni fra gli offerenti [\(24\)](#).

28. Inoltre, il decimo considerando della direttiva 97/52/CE ed il tredicesimo considerando della direttiva 98/4/CE prevedono la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di richiedere consulenze per la preparazione di pubblici appalti, purché ciò non falsi la concorrenza [\(25\)](#). È interessante notare che si tratta dei termini dell'accordo sui pubblici appalti nell'ambito dell'OMC.

29. Così, allo stato attuale della normativa comunitaria, per quanto riguarda le consulenze tecniche per la preparazione di un appalto pubblico, nulla vieta, nelle disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici, che gli enti aggiudicatori sollecitino o accettino consulenze che possano essere utilizzate nella redazione delle specifiche relative ad un determinato appalto da parte di un soggetto che possa formulare un'offerta. La normativa comunitaria esclude tale modo di procedere soltanto nell'ipotesi in cui ciò abbia l'effetto di compromettere l'efficacia della concorrenza [\(26\)](#).

30. Questo breve richiamo delle disposizioni della direttiva relative ai principi che governano le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici porta a formulare le seguenti osservazioni. Innanzitutto, dall'interpretazione letterale si deduce che le direttive permettono alle amministrazioni aggiudicatrici di sollecitare varie consulenze per la preparazione di un appalto pubblico a condizione di non compromettere la concorrenza. Esse non prevedono, però, incompatibilità tra la partecipazione di una persona alla fase preparatoria di un appalto pubblico e la successiva presentazione di un'offerta nell'ambito del medesimo appalto.

31. Occorre, a questo punto, interpretare i detti articoli delle direttive sui pubblici appalti alla luce delle altre disposizioni contenute in tali direttive, nonché dei principi generali del diritto comunitario e dei diritti fondamentali. In particolare, occorre esaminarli alla luce delle altre disposizioni delle direttive, che prevedono i criteri oggettivi di partecipazione e d'aggiudicazione.

32. Benché non prevedano la possibilità di escludere, per incompatibilità, il potenziale offerente che abbia partecipato ai lavori preparatori, le direttive elencano tuttavia i criteri di selezione degli eventuali candidati all'aggiudicazione. Al momento della trasposizione delle direttive sui pubblici appalti, gli Stati membri possono aggiungere, a tali criteri, altri motivi che consentano di escludere una candidatura, purché ciò miri a conseguire l'obiettivo cui tende la direttiva.

33. Le indicazioni che figurano ora nelle direttive sui pubblici appalti, relative alla possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di sollecitare o di accettare consulenze che possano essere utilizzate per la redazione delle specifiche di un determinato appalto, non mirano a predeterminare le persone che possono concorrere nell'ambito di tale appalto pubblico. Al pari della Commissione, ritengo che simili disposizioni non intendano ampliare la possibilità di sollecitare o di accettare consulenze nell'ambito della preparazione di un appalto pubblico, bensì evitare che questo modo di

procedere finisca col compromettere la concorrenza leale. Tali indicazioni traducono dunque una diffidenza nei confronti della persona che partecipi sia al processo di preparazione dell'appalto pubblico sia alla fase di aggiudicazione.

34. Le direttive, come sappiamo, rendono uniformi le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici al fine di garantire una concorrenza efficace in questo settore. Come abbiamo constatato nell'interpretazione letterale e sistematica delle direttive, queste ultime non disciplinano tutti i dettagli delle procedure di aggiudicazione di appalti, ma lasciano agli Stati membri un margine di libertà nella loro applicazione. La Corte ha avuto occasione di ricordare [\(27\)](#) che le direttive sui pubblici appalti non costituiscono, quindi, una normativa comunitaria uniforme ed esaustiva e che, nell'ambito delle norme che esse dettano, gli Stati membri restano liberi di mantenere o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di pubblici appalti, purché vengano rispettate tutte le disposizioni del diritto comunitario in materia [\(28\)](#).

35. Nel caso specifico, tale libertà degli Stati membri resta dunque delimitata, da una parte, dagli obiettivi delle direttive sui pubblici appalti e, dall'altra, dai principi generali del diritto comunitario. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che le norme fondamentali del trattato CE e i principi generali del diritto comunitario possono definire anche la portata degli obblighi che incombono sugli Stati membri nelle situazioni rientranti nel campo d'applicazione delle direttive, ma per le quali non viene specificamente previsto alcun obbligo. Così, la Corte ha aggiunto che il principio della parità di trattamento, che costituisce la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione dei pubblici appalti, implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto [\(29\)](#).

36. Questa è la ragione per cui, mancando disposizioni specifiche delle direttive in merito alla incompatibilità per la presentazione di un'offerta in un appalto pubblico, gli Stati membri possono eventualmente emanare norme volte a garantire gli obiettivi posti dalle direttive, ad esempio sancendo che la partecipazione alla preparazione di un appalto pubblico è incompatibile con la presentazione di un'offerta. Infatti, tale esclusione è intesa a salvaguardare l'obiettivo principale di concorrenza effettiva. Simile norma, però, tutela il principio di non discriminazione parimenti previsto dalla direttiva? La norma considerata, infatti, ha altresì l'effetto di escludere taluni offerenti.

37. Nella sentenza Commissione/Danimarca [\(30\)](#), la Corte ha dichiarato che l'obbligo di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive sui pubblici appalti. Il principio di parità, che deve governare i pubblici appalti, esige quindi che chi aspira ad un pubblico appalto sappia in anticipo ciò che deve fare o, al contrario, non fare a tal fine. In particolare, se la partecipazione ai lavori preparatori di un appalto pubblico toglie al partecipante la possibilità di presentare un'offerta nell'ambito di tale appalto, ogni potenziale offerente deve poter conoscere tale conseguenza e deve poter decidere liberamente se partecipare alla fase preparatoria, oppure se presentare un'offerta per il medesimo appalto pubblico [\(31\)](#).

38. Così, occorre tener conto tanto del fine di garantire una concorrenza effettiva, quanto del rispetto del principio di parità di trattamento fra gli offerenti. Ma, secondo una giurisprudenza costante, l'obiettivo principale della normativa comunitaria non può essere compromesso. Nel caso specifico, occorre verificare se l'obiettivo principale delle direttive citate venga garantito da una normativa come quella in questione e, in caso affermativo, se essa sia conforme al principio di parità di trattamento connesso alla loro applicazione. Bisognerà allora chiedersi se la legislazione nazionale preveda quanto è necessario per assicurare la realizzazione giusta e proporzionata dell'obiettivo delle direttive.

39. Come la Commissione [\(32\)](#), ritengo che, prevenendo i conflitti d'interesse, l'incompatibilità oggetto della controversia contribuisca effettivamente alla lealtà della concorrenza fra offerenti potenziali ed impedisca che le amministrazioni aggiudicatrici creino

discriminazioni fra questi ultimi. Tale disposizione sembra essere uno strumento appropriato per conseguire l'obiettivo previsto dalle direttive sui pubblici appalti.

40. Occorre infine verificare se la suddetta incompatibilità è proporzionale alla finalità delle citate direttive. Ritengo che sia così.

41. Innanzitutto, è importante ripetere che ogni soggetto è libero di scegliere se prendere parte alla fase preparatoria di un appalto pubblico, oppure se presentare un'offerta nell'ambito dello stesso. Secondo gli interessi in gioco, si sceglierà di partecipare all'una o all'altra fase di un appalto pubblico. Allo stesso modo, va sottolineato che tale incompatibilità è limitata all'appalto pubblico in questione.

42. L'incompatibilità mira ad evitare che si venga a creare una situazione in cui la concorrenza sia falsata a causa di informazioni ottenute da un offerente grazie alla sua partecipazione ai lavori preparatori dell'appalto. Infatti, è praticamente impossibile contemplare una procedura che permetta di garantire che un offerente non utilizzerà, al momento della presentazione dell'offerta, le informazioni e l'esperienza da lui acquisite durante la fase preparatoria. Le conoscenze acquisite sono, per lo più, soggettive e difficilmente identificabili, talora persino per la stessa persona in questione [\(33\)](#).

43. Così, avendo in mente la certezza del diritto e, soprattutto, la trasparenza, che è il principio di base delle direttive sui pubblici appalti, occorre prevenire ogni eventualità che si crei una situazione privilegiata tale da falsare la concorrenza.

44. In questa prospettiva, un provvedimento che disponga un'incompatibilità del tipo di quella prevista dalla normativa belga è conforme ai principi generali del diritto comunitario e risponde ad un obiettivo di interesse generale [\(34\)](#).

45. Con la sua seconda questione, il giudice a quo domanda alla Corte se la soluzione da darsi sarebbe diversa, qualora le direttive sui pubblici appalti dovessero essere interpretate nel senso che esse vietano di presentare un'offerta ad un appalto pubblico solamente ai soggetti privati che siano stati incaricati della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo dell'oggetto di tale appalto, nonché ai soggetti che abbiano effettuato tali prestazioni a titolo oneroso.

46. Ritengo, al pari di tutti gli intervenienti che si sono pronunciati su tale questione davanti alla Corte, che nulla giustifichi che le imprese private, ovvero che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso, siano trattate in modo discriminatorio rispetto alle imprese pubbliche con le quali esse sono in concorrenza per gli stessi appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte ha, in passato, stabilito che il diritto europeo dei pubblici appalti si applica con le stesse modalità, indipendentemente dal fatto che un pubblico appalto venga assegnato ad un soggetto privato, oppure ad un soggetto al quale partecipano le pubbliche autorità [\(35\)](#). Lo stesso vale, a mio parere, per la condizione d'incompatibilità in questione.

47. Il contenuto della direttiva che coordina le procedure di pubblici appalti di servizi, di forniture e di lavori, in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e d'industria, nonché con il rispetto del diritto di proprietà, non osta ad una normativa nazionale che preveda che i soggetti che sono stati incaricati della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi vengano sistematicamente privati della possibilità di presentare una domanda di partecipazione ovvero di formulare un'offerta per il medesimo appalto. È indifferente che il soggetto che ha partecipato ai lavori preparatori sia pubblico oppure privato.

*B – Sulla terza questione: il momento dell'esclusione dell'impresa offerente che sia vincolata al soggetto partecipante ai lavori preparatori*

48. Con la sua ultima questione, il Conseil d'État chiede alla Corte se la direttiva sui ricorsi [\(36\)](#) osti a che l'amministrazione aggiudicatrice, ovvero l'ente aggiudicatore, possa rifiutare, sino alla conclusione della procedura d'esame delle offerte, la partecipazione a tale procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca e della sperimentazione nell'ambito dei lavori preparatori del pubblico appalto, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall'amministrazione aggiudicatrice, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni della concorrenza.

49. Le parti sono concordi nel sostenere che la direttiva sui ricorsi si oppone a che l'amministrazione aggiudicatrice possa rifiutare, sino alla conclusione della procedura d'esame delle offerte, la partecipazione all'appalto da parte dell'impresa che, interrogata, affermi di non beneficiare di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni della concorrenza. Io condivido tale parere.

50. Le disposizioni della normativa nazionale in questione prevedono, come abbiamo visto, che ogni impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato di lavori preparatori nell'ambito dell'appalto pubblico in questione possa superare la presunzione secondo cui essa gode di un vantaggio concorrenziale, fornendo informazioni che permettano di constatare che l'influenza dominante è senza effetto sull'appalto. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice non sottostà a termini vincolanti e può, in qualsiasi momento, e quindi sino alla conclusione della procedura d'aggiudicazione, escludere l'impresa in ragione del vantaggio ingiustificato di cui si presume essa benefici, avendo giudicato insufficienti le giustificazioni da essa addotte [\(37\)](#).

51. Una situazione del genere non consente all'impresa vincolata di far dichiarare da un giudice, se necessario, l'inapplicabilità, nel caso specifico, di una presunzione d'esclusione che equivale ad una riduzione della concorrenza prima dell'assegnazione dell'appalto. Orbene, discende dalla direttiva sui ricorsi e dalla giurisprudenza della Corte che gli Stati membri devono garantire mezzi di ricorso che permettano la sospensione della procedura, ovvero di ogni decisione d'assegnazione dell'appalto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice [\(38\)](#). Ne discende che la decisione di escludere l'impresa vincolata deve essere notificata anteriormente alla decisione d'assegnazione dell'appalto pubblico e con un margine di tempo tale da permettere a detta impresa, se essa lo ritiene opportuno, di presentare ricorso ed ottenere l'annullamento della decisione d'esclusione, qualora sussistano tutte le relative condizioni.

52. Permettendo di adottare, sino alla conclusione della procedura d'esame delle offerte, la decisione d'escludere un'impresa vincolata che desideri presentare un'offerta, cosicché un ricorso possa venire presentato solamente ad uno stadio in cui le violazioni non sono più suscettibili di essere riparate, dato che il pubblico appalto è stato frattanto assegnato, e ad uno stadio in cui il ricorrente può ottenere unicamente il risarcimento del danno, le disposizioni della normativa belga compromettono l'effetto utile della direttiva sui ricorsi.

53. Per questi motivi, ritengo che la direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di assegnazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti ad una normativa nazionale che consenta all'ente aggiudicatore di negare, sino alla conclusione della procedura d'esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi, quando tale impresa affermi che essa non beneficia di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.

54. Gli argomenti sviluppati a proposito delle questioni del procedimento C-34/03 possono essere trasposti, a mio avviso, alle identiche questioni del procedimento C-21/03, che si

riferiscono alla direttiva sul pubblico appalto di taluni settori specifici come l'acqua, l'energia, i trasporti e le telecomunicazioni.

#### IV – Conclusione

55. Suggesto pertanto alla Corte di risolvere la prima e la seconda questione sottoposte dal giudice nazionale come segue:

«1) La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente dei pubblici appalti di servizi, dei pubblici appalti di forniture e dei pubblici appalti di lavori, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE, che modifica la direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in combinazione con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con il rispetto del diritto di proprietà, non ostano ad una normativa nazionale che preveda che i soggetti che sono stati incaricati della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi vengano sistematicamente privati della possibilità di presentare una domanda di partecipazione ovvero di formulare un'offerta per il medesimo appalto. È indifferente che il soggetto che ha partecipato ai lavori preparatori sia pubblico oppure privato.

2)

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, e la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, ostano ad una normativa nazionale che permetta all'ente aggiudicatore di negare, sino alla conclusione della procedura d'esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, di forniture o di servizi, quando l'impresa affermi che essa non beneficia di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.»

---

1 – Lingua originale: il francese.

---

2 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997 (GU L 328, pag. 1).

---

3 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998 (GU L 101, pag. 1).

---

4 – In prosieguo: le «direttive sui pubblici appalti ».

---

5 – Decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/800/CE, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986–1994) (GU L 336, pag. 1).

---

6 – V. sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo (Racc. pag. 1839, fine del punto 18).

---

7 – Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di assegnazione dei pubblici appalti di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33). Una direttiva equivalente è stata adottata per quanto riguarda i pubblici appalti di specifici settori, ossia la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14).

---

8 – *.Moniteur belge*, 22 gennaio 1994.

---

9 – *.Moniteur belge*, 9 aprile 1999, pag. 11690.

---

10 – Ai sensi del Regio decreto, per «impresa vincolata» s'intende ogni impresa sulla quale la persona di cui al n. 1 possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, ovvero ogni impresa che possa esercitare un'influenza dominante su tale persona o che, come quest'ultima, sia sottoposta all'influenza dominante di un'altra impresa per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o delle norme che la disciplinano. L'influenza dominante si presume quando un'impresa, direttamente o indirettamente, nei confronti di un'altra impresa, detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, dispone della maggioranza dei voti connessi alle quote dell'impresa, ovvero può designare più della metà dei membri dell'organo amministrativo, direttivo o di sorveglianza dell'impresa.

---

11 – V., in particolare, sentenze 15 dicembre 1993, causa C-292/92, Hünermund e a. (Racc. pag. I-6787, punto 8); 3 maggio 2001, causa C-28/99, Verdonck e a. (Racc. pag. I-3399, punto 28), e 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409, punto 48).

---

12 – Va segnalato che la Fabricom ha presentato alla Commissione una denuncia avente ad

oggetto le disposizioni della normativa belga citate e che la Commissione ha reagito a questa denuncia precisando che non era in grado di accertare una violazione del diritto comunitario.

---

[13](#) – Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745).

---

[14](#) – V., in particolare, sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani (Racc. pag. I-9233).

---

[15](#) – Nel caso specifico, tale criterio è quello della partecipazione ai lavori preparatori da parte dell'offerente.

---

[16](#) – V., in particolare, sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635), e cause riunite Lombardini e Mantovani, citata.

---

[17](#) – Sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo (Racc. pag. 1839).

---

[18](#) – V. sue conclusioni nel procedimento citato (paragrafo 25).

---

[19](#) – V., in particolare, sentenze 23 marzo 2000, causa C-208/98, Berliner Kindl Brauerei (Racc. pag. I-1741); 12 ottobre 2000, causa C-372/98, Cooke (Racc. pag. I-8683), e 29 aprile 2004, causa C-341/01, Plato Plastik Robert Frank (Racc. pag. I-0000).

---

[20](#) – V. art. 3, n. 2.

---

[21](#) – V. art. 5, n. 7.

---

[22](#) – V. art. 6, n. 6.

---

[23](#) – V. art. 4, n. 2.

- 
- [24](#) – Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni fra i fornitori, gli imprenditori, ovvero i prestatori di servizi.
- 
- [25](#) – «[C]onsiderando che gli enti aggiudicatori possono sollecitare, o accettare, consulenze che possano essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza ».
- 
- [26](#) – Posizione parimenti sostenuta dai governi austriaco e finlandese nelle loro osservazioni.
- 
- [27](#) – Sentenza 9 luglio 1987, cause riunite da 27/86 a 29/86, CEI e a. (Racc. pag. 3347, punto 15).
- 
- [28](#) – Come la Corte conferma nella sentenza Beentjes, citata (punto 20).
- 
- [29](#) – V. sentenze 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31); Telaustria e Telefonadress, citata (punto 61), e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505).
- 
- [30](#) – V. sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 33).
- 
- [31](#) – Dal rispetto del principio di trasparenza parimenti contenuto nelle direttive sui pubblici appalti, discende un obbligo di pubblicità a carico delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti degli offerenti, affinché essi vengano a conoscenza delle modalità di partecipazione all'appalto pubblico.
- 
- [32](#) – V. osservazioni, paragrafo 27.
- 
- [33](#) – Infatti, spesso non è in modo intenzionale che una persona trae profitto dalle conoscenze e dalle informazioni acquisite durante la sua partecipazione ai lavori preparatori. La buona o la mala fede non possono avere alcuna influenza sul vantaggio che ne deriva in favore di tale persona rispetto agli altri offerenti.

---

[34](#) – V., in questo senso, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/93, Germania/Consiglio (Racc. pag. I-4973).

---

[35](#) – V., in particolare, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121).

---

[36](#) – Ricordo che si tratta della direttiva 89/665/CEE, menzionata nell'ambito normativo delle presenti conclusioni.

---

[37](#) – Nel peggiore dei casi ipotizzabili, l'impresa potrà venire a conoscenza della propria esclusione nello stesso momento della notifica dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico all'offerente selezionato.

---

[38](#) – V., in particolare, sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671).