SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

23 gennaio 2003 *

Nel procedimento C-57/01,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Dioikitiko Efeteio Athinon (Grecia) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Makedoniko Metro,

Michaniki AE

e

Stato ellenico,

domanda vertente 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che

* Lingua processuale: il greco.

coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dai sigg. C. Gulmann, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, V. Skouris, dalle sig.re F. Macken e N. Colneric e dal sig. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), giudici,

avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl
cancelliere: sig. H. A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

— per Makedoniko Metro e Michaniki AE, dai sigg. G. Karydis, A. Pliakos e N. I. Kampas, Dikigori;

— per il governo greco, dai sigg. V. Kyriazopoulos e C. Georgiadis e dalla sig.ra D. Tsangarakis, in qualità di agenti;

— per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. M. Nolin e P. Panayotopoulos, in qualità di agenti,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali di Makedoniko Metro e di Michaniki AE, rappresentati dagli avv.ti G. Karydis e A. Pliakos, del governo ellenico, rappresentato dal sig. V. Kyriazopoulos, e della Commissione, rappresentata dai sigg. M. Nolin e M. Konstantinidis, in qualità di agente, all'udienza del 6 giugno 2002,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 luglio 2002,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 26 ottobre 2000, pervenuta in cancelleria il 9 febbraio 2001, il Dioikitiko Efeteio Athinon (Corte d'appello amministrativa di Atene) ha sottoposto a questa Corte, a norma dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale vertente 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»), e della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54).

2 La detta questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia che oppone il raggruppamento di imprenditori Makedoniko Metro (in prosieguo: «Makedoniko Metro») e la società Michaniki AE (in prosieguo: «Michaniki») allo Stato ellenico in merito ad un appalto per la realizzazione della metropolitana nella città di Salonicco (Grecia).

Contesto normativo

Diritto comunitario

3 L'art. 1 della direttiva 89/665 così dispone:

«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 autorità 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.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

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 leso 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, della direttiva 89/665 stabilisce:

«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) (...)

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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

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

5 L'art. 5 della direttiva 89/665 prevedeva che gli Stati membri mettessero in vigore le misure necessarie per conformarsi alla direttiva stessa anteriormente al 21 dicembre 1991.

6 La direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), più volte modificata, è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 93/37.

7 L'art. 1, lett. a) e d), della direttiva 93/37 così recita:

«Ai fini della presente direttiva:

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

(...)

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

8 L'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37 prevede quanto segue:

«Qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 3, 6, 7 e da 9 a 13, nonché all'articolo 15 sono applicabili a tale contratto se il suo valore è pari o superiore a [un certo importo]».

9 Ai sensi degli artt. 4-6 della direttiva 93/37, questa si applica, fatte salve determinate eccezioni, agli appalti pubblici di lavori che superino un certo importo.

10 L'art. 21 della direttiva 93/37 recita:

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

11 Tale disposizione è sostanzialmente identica all'art. 21 della direttiva 71/305 che essa sostituisce.

12 L'art. 36, n. 1, della direttiva 93/37 abroga la direttiva 71/305, «fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento e di applicazione indicati nell'allegato VII». Ai sensi di tale allegato, il termine per l'attuazione della direttiva 71/305 era fissato, per quanto riguarda la Repubblica ellenica, al 1° gennaio 1981.

13 L'art. 36, n. 2, della direttiva 93/37 stabilisce che i riferimenti fatti alla direttiva 71/305, abrogata, debbano intendersi come riferimenti fatti alla direttiva 93/37.

Diritto nazionale

14 Dall'ordinanza di rinvio risulta che la procedura di gara d'appalto controversa nella causa principale è disciplinata principalmente dalla legge n. 1418/1984 (23 A), relativa ai lavori pubblici e a materie connesse, e dal decreto presidenziale n. 609/1985 (233 A). Tale normativa prevede, a determinate condizioni, la sostituzione di un membro del raggruppamento di imprenditori che è stato proclamato aggiudicatario di un determinato appalto. Tale sostituzione, che avviene sempre a seguito di autorizzazione dell'ente che realizza l'opera, è prevista solo nella fase di esecuzione della stessa, vale a dire nella fase che segue la sottoscrizione del contratto tra l'aggiudicatario e il committente dell'opera, e non anche nella precedente fase di aggiudicazione della gara.

Causa principale e questione pregiudiziale

15 Lo Stato ellenico ha deciso di bandire una gara d'appalto internazionale relativa allo studio, alla realizzazione, all'autofinanziamento e alla gestione dell'opera «Metropolitana di Salonicco», con preventivo di spesa pari a GRD 65 000 000 000. Per l'aggiudicazione di tale appalto ha scelto una forma di procedura ristretta in sei fasi: la fase di preselezione dei candidati invitati a presentare un'offerta, la fase di presentazione delle offerte da parte dei candidati preselezionati, la fase della valutazione delle loro offerte tecniche, la fase di valutazione delle loro offerte economiche e finanziarie, la fase delle trattative tra l'autorità aggiudicatrice e l'offerente designato aggiudicatario provvisorio e la fase della sottoscrizione del contratto.

16 Con decreto 18 giugno 1992 il Ministro dell'Ambiente, della Pianificazione del territorio e dei Lavori pubblici greco (in prosieguo: il «Ministro») ha approvato il bando di gara che avviava la prima fase della procedura (preselezione dei candidati). In esito a tale fase, otto raggruppamenti di imprenditori che avevano presentato le loro candidature, tra i quali Makedoniko Metro e il raggruppamento di imprenditori Thessaloniki Metro (in prosieguo: «Thessaloniki Metro»), sono stati autorizzati a presentare un'offerta.

17 Con decreto 1° febbraio 1993 il Ministro ha approvato gli atti della gara di appalto relativi alla seconda fase della procedura (presentazione delle offerte dei candidati preselezionati), tra i quali in particolare il bando di gara integrativo (in prosieguo: il «bando integrativo») e lo specifico capitolato d'oneri.

18 L'art. 6, n. 2, del bando integrativo precisava che i raggruppamenti di imprenditori preselezionati erano autorizzati a partecipare nella compagine in cui si erano presentati nella prima fase della procedura, che era espressamente esclusa la costituzione di raggruppamenti o di altre forme di collaborazione fra gli stessi e, infine, che era possibile aggiungere a un raggruppamento nuovi membri, i quali tuttavia in nessun caso potevano aver fatto parte di altri raggruppamenti preselezionati per partecipare alla seconda fase della procedura.

19 L'art. 12, n. 2, del bando integrativo stabiliva che il fascicolo di ogni concorrente dovesse contenere tutti i documenti che dimostravano che esso aveva la forma giuridica del raggruppamento di imprenditori, in particolare un atto notarile attestante la costituzione del raggruppamento di imprenditori fra tutti i membri del raggruppamento preselezionato, compresi gli eventuali nuovi membri, in conformità a quanto disposto dall'art. 6 del detto bando integrativo. Ai sensi dell'art. 12, nn. 3 e 4, del bando integrativo, tali fascicoli dovevano contenere anche i verbali convalidati dei consigli di amministrazione dei membri del raggruppamento che approvavano la partecipazione allo stesso, nonché le copie

degli statuti degli eventuali nuovi membri del raggruppamento autenticate dalle autorità competenti. Infine l'art. 12, n. 6, del bando integrativo esigeva che per gli eventuali nuovi membri di un raggruppamento di imprenditori nel fascicolo dovessero risultare tutti gli elementi di cui all'art. 7, nn. 1-4, del bando relativo alla prima fase della gara.

20 L'art. 7, n. 2, di quest'ultimo stabiliva che i raggruppamenti di imprenditori interessati dovevano esplicitare le loro intenzioni riguardo al grado della loro partecipazione al finanziamento dell'opera e depositare una dichiarazione in cui affermavano di essere disponibili ad apportare i necessari capitali che, oltre a qualsivoglia sovvenzione, garantissero il compimento, la manutenzione e il funzionamento dell'opera.

21 Ai sensi dell'art. 7, n. 3, di tale bando, ogni impresa costruttrice o di progettazione aveva l'obbligo di presentare una certificazione dell'iscrizione al registro di commercio del paese in cui aveva la sede e di depositare documenti relativi alla sua capacità finanziaria ed economica nonché alle capacità e idoneità tecniche e l'art. 7, n. 4, del detto bando disponeva che le imprese del raggruppamento di imprenditori che si sarebbero occupate in particolare della gestione dell'opera dovessero presentare idonei certificati che dimostrassero la loro capacità ed esperienza nella gestione di sistemi di trasporto, specialmente di metropolitane.

22 Dal combinato disposto di tali bandi risulta che essi prevedevano, nella seconda fase della gara, la possibilità di ampliare con nuovi membri un raggruppamento di imprenditori preselezionato nella prima fase della gara, ma che tale ampliamento era possibile solo fino al momento stabilito per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti.

23 Nella seconda fase della procedura hanno presentato contributi tecnici, studi economici e offerte economiche e finanziarie, tra gli altri, Makedoniko Metro e Thessaloniki Metro.

24 Al momento della preselezione erano membri di Makedoniko Metro le società Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA e Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, con quote di partecipazione rispettivamente pari al 70%, 20%, 5% e 5%.

25 Nella seconda fase della gara il raggruppamento Makedoniko Metro è stato ampliato con l'aggiunta della società AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. Le quote di partecipazione delle quattro società menzionate in precedenza sono quindi passate rispettivamente al 63%, 17%, 5% e 5%, mentre la quota di partecipazione della AEG Westinghouse Transport Systems GmbH si elevava al 10%. Così era composto Makedoniko Metro al momento della sua proclamazione come aggiudicatario provvisorio (14 giugno 1994). Tale composizione non è stata contestata dalle parti nella causa principale.

26 Dopo la costituzione, con decisione del 24 giugno 1994, della commissione per le trattative e l'inizio delle trattative fra lo Stato ellenico e Makedoniko Metro in quanto aggiudicatario provvisorio, con lettera del 29 marzo 1996 quest'ultimo ha comunicato al Ministro una nuova composizione, che contemplava come membri la società Michaniki, la società ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (in prosieguo: «Adtranz») e il gruppo Fidel Group, a sua volta costituito da Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA e Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, con quote di partecipazione rispettivamente pari all'80% per Michaniki, al 19% per Adtranz e all'1% per Fidel Group.

27 In seguito, con lettera del 14 giugno 1996 indirizzata alla commissione grandi opere, rispondendo a domande relative a voci secondo le quali i membri del gruppo Fidel Group erano falliti o erano stati messi in liquidazione, Makedoniko Metro ha comunicato a tale commissione che le società del detto gruppo non facevano più parte di Makedoniko Metro e che lo stesso, in quel momento, era composto dalle società Michaniki, Adtranz e Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), con quote di partecipazione pari rispettivamente all'80,65%, 19% e 0,35%. L'atto di costituzione di Makedoniko Metro con quest'ultima composizione non è stato presentato all'amministrazione. Tale atto è stato sottoscritto il 27 novembre 1996. È con la detta composizione che il raggruppamento ha agito nella causa principale.

28 Constatando sostanziali divergenze tra le posizioni adottate da Makedoniko Metro e le prescrizioni imposte per l'appalto, il Ministro, ritenendo che le trattative non avessero avuto buon fine, ha disposto, con decisione 29 novembre 1996, la fine delle trattative tra lo Stato ellenico e Makedoniko Metro ed ha invitato Thessaloniki Metro, quale primo candidato all'aggiudicazione temporanea, ad intavolare le trattative.

29 Il 10 dicembre 1996 Makedoniko Metro si è rivolto al Symvoulio tis Epikrateias (Consiglio di Stato) (Grecia) per l'annullamento della decisione del Ministro 29 novembre 1996. Con sentenza 6 marzo 1998, n. 971/1998, il Consiglio di Stato ha respinto tale ricorso in quanto Makedoniko Metro non poteva mutare legittimamente la sua composizione dopo la presentazione delle offerte e dopo essere stato designato come aggiudicatario provvisorio, pur continuando a partecipare alla procedura controversa, e che, quindi, nella sua nuova composizione, non era legittimato a richiedere l'annullamento dell'atto impugnato.

30 Inoltre, Makedoniko Metro e Michaniki hanno adito il Dioikitiko Protodikeio Athinon (Tribunale amministrativo di primo grado di Atene) (Grecia) chiedendo che venisse dichiarato l'obbligo dello Stato ellenico di pagare determinate somme a titolo di risarcimento per il danno morale che essi sostenevano di aver subito in conseguenza dell'atto illegittimo e dell'omissione dell'amministrazione. Con sentenza 30 aprile 1999, n. 3794/1999, l'azione è stata respinta dal detto Tribunale amministrativo con la motivazione che Makedoniko Metro, nella nuova compagine con la quale aveva agito in giudizio, non era legittimato a chiedere il risarcimento.

31 A seguito del ricorso in appello di Makedoniko Metro e Michaniki contro tale decisione di fronte al Dioikitiko Efeteio Athinon, quest'ultimo ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa a una gara d'appalto per l'assegnazione di lavori pubblici, che sia posto

in essere dopo la presentazione delle offerte e la scelta del raggruppamento di imprenditori come aggiudicatario provvisorio e sia tacitamente accettato dall'autorità appaltante, debba essere interpretato nel senso che determina il venir meno del diritto del detto raggruppamento a partecipare alla gara d'appalto e, di conseguenza, del diritto o dell'interesse dello stesso a vedersi aggiudicare l'appalto per l'esecuzione dell'opera.

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

Sulla domanda di riapertura della fase orale

32 Con lettera del 15 luglio 2002 Makedoniko Metro ha chiesto la riapertura della fase orale «al fine di fornire alla Corte delucidazioni sull'oggetto del procedimento nazionale nell'ambito del quale sono state sollevate le questioni pregiudiziali».

33 A sostegno della propria domanda Makedoniko Metro contesta in particolare il paragrafo 35 delle conclusioni dell'avvocato generale, in cui questi riformula la questione pregiudiziale, e il paragrafo 79 delle stesse, che precisa l'oggetto della questione pregiudiziale. Secondo Makedoniko Metro, l'avvocato generale ha erroneamente ritenuto che le autorità nazionali abbiano preso una decisione di esclusione di Makedoniko Metro dalla procedura di aggiudicazione di un appalto controversa a causa della sua mutata composizione. Infatti, l'autorità aggiudicatrice non avrebbe mai preso la decisione di escludere di Makedoniko Metro dalla detta procedura a causa della sua mutata composizione e, quindi, la controversia di cui alla causa principale non potrebbe avere ad oggetto una tale decisione.

34 Va ricordato che la Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale, o anche su richiesta delle parti, ordinare la riapertura della fase orale, ai sensi

dell'art. 61 del suo regolamento di procedura, se essa ritiene necessari ulteriori chiarimenti o se la causa deve essere decisa sulla base di un argomento che non è stato dibattuto dalle parti (v. sentenze 10 febbraio 2000, cause riunite C-270/97 e C-271/97, Deutsche Post, Racc. pag. I-929, punto 30, e 18 giugno 2002, causa C-299/99, Philips, Racc. pag. I-5475, punto 20).

35 Per quanto riguarda gli argomenti dedotti da Makedoniko Metro, si deve ricordare, tuttavia, che, secondo una giurisprudenza costante, la Corte, ove necessario, può riformulare la questione pregiudiziale al fine di rispettare i limiti della propria competenza e di fornire al giudice del rinvio una risposta utile (v. in questo senso sentenze 4 maggio 1993, causa C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Racc. pag. I-2239, punto 8, e 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 33) e, inoltre, che la definizione dell'oggetto della causa principale spetta al giudice nazionale.

36 Le osservazioni che Makedoniko Metro chiede di sviluppare nell'ambito di una riapertura della fase orale vertono esclusivamente su questioni rientranti nella sfera di competenza del giudice del rinvio.

37 Alla luce di tali considerazioni, la Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene che la domanda di Makedoniko Metro non contenga alcun elemento che dimostri l'utilità o la necessità di una riapertura della fase orale.

38 Pertanto, la domanda di Makedoniko Metro deve essere respinta.

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni presentate alla Corte

39 Makedoniko Metro e Michaniki sostengono che la decisione 29 novembre 1996, che poneva fine alle trattative tra lo Stato ellenico e Makedoniko Metro, non era fondata sul mutamento nella composizione di tale raggruppamento. Al contrario, la decisione avrebbe considerato Makedoniko Metro come soggetto che aveva conservato la qualità di offerente, cioè il diritto formale di partecipare alla gara di cui si tratta, nonostante i mutamenti della sua composizione. Conseguentemente, nella sua composizione finale, Makedoniko Metro sarebbe rimasto titolare dei rapporti giuridici derivanti dalla procedura di gara controversa e potrebbe vantare quindi una legittimazione attiva e un legittimo interesse a chiedere un risarcimento per violazione del disposto della direttiva 93/37 e per violazione del principio della parità di trattamento degli offerenti che, in quanto principio del diritto comunitario, si applica anche all'appalto di cui si tratta nella causa principale (anche se dovesse essere qualificato come concessione di lavori pubblici). Secondo Makedoniko Metro e Michaniki, nella fattispecie si è di fronte ad un classico caso di appalto pubblico di lavori, ma, anche qualora il contratto controverso nella causa principale dovesse essere qualificato come contratto di concessione, la direttiva 89/665 si applicherebbe comunque, dal momento che essa costituisce solo una concretizzazione specifica del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale dei soggetti interessati da violazioni del diritto comunitario sugli appalti pubblici.

40 Makedoniko Metro e Michaniki ritengono che la questione pregiudiziale debba essere risolta dichiarando che il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che ha partecipato ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori o per l'assegnazione di una concessione di lavori pubblici — mutamento accettato tacitamente dall'amministrazione aggiudicatrice e posto in essere successivamente alla presentazione delle offerte e alla selezione provvisoria del raggruppamento di imprenditori come aggiudicatario, e che, per di più, non è menzionato tra le ragioni addotte a sostegno della decisione di interruzione delle trattative e di esclusione del

raggruppamento dal resto della procedura — non può né far perdere a tale raggruppamento la qualità di offerente, né far venir meno l'interesse o il diritto del raggruppamento stesso o dei suoi membri all'aggiudicazione dell'appalto, né, di conseguenza, il suo legittimo interesse o la sua legittimazione attiva a far valere i diritti che gli sono attribuiti dal diritto comunitario e sui quali verte la procedura controversa. Ogni interpretazione contraria delle pertinenti disposizioni nazionali violerebbe lo spirito e la lettera delle direttive 93/37 e 89/665 e, in particolare, del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale.

41 Il governo ellenico rileva le direttive 93/37 e 89/665 non menzionano la questione dell'eventuale mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori.

42 Poiché la questione dell'ammissibilità o inammissibilità di un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa a un appalto di lavori pubblici non è disciplinata dal diritto comunitario, dovrebbero essere applicate le pertinenti disposizioni del diritto nazionale, le quali non consentirebbero la sostituzione di un membro di un raggruppamento di imprenditori nella fase della procedura che precede l'aggiudicazione dell'appalto.

43 Il governo ellenico conclude che la questione pregiudiziale deve essere risolta in senso affermativo.

44 Il governo austriaco sostiene che occorre riformulare la questione pregiudiziale nel senso che essa è volta a verificare se la direttiva 93/37 osti ad un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori successivamente alla presentazione delle offerte, privando tale raggruppamento del diritto di partecipare alla procedura di gara e, conseguentemente, del diritto e dell'interesse che avrebbe in relazione all'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione dei lavori.

45 Detto governo sostiene che la direttiva 93/37 comporta solo disposizioni rudimentali in merito ai raggruppamenti di imprenditori. Essa mirerebbe a tutelare gli interessi degli operatori economici con sede in un altro Stato membro che desiderino offrire beni o servizi alle autorità aggiudicatrici con sede in un altro Stato membro. Le indicazioni fornite nell'ordinanza di rinvio non lascerebbero scorgere alcun indizio di infrazione dei principi del diritto comunitario.

46 Alla luce di tali considerazioni, il governo austriaco conclude che la questione pregiudiziale, così riformulata, va pertanto risolta come segue: la direttiva 93/37 non osta a un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori dopo la presentazione delle offerte; lo stesso raggruppamento non perde, a causa di tale direttiva, il proprio diritto a partecipare alla gara e di conseguenza neanche il proprio diritto o interesse a vedersi aggiudicare l'appalto per l'esecuzione dell'opera.

47 La Commissione sottolinea che la prima parte della questione pregiudiziale potrebbe essere intesa nel senso che si chiede alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale, cosa che non rientra però nelle sue competenze. Al fine di risolvere tale difficoltà e di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, la Commissione propone di riformulare la detta domanda e di affrontarla come se si trattasse di tre questioni distinte, cioè:

1) Se la direttiva 93/37 contenga regole che consentono o vietano il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che abbia già presentato un'offerta. Più precisamente, se uno Stato membro possa prevedere nel proprio diritto nazionale e un'autorità aggiudicatrice nel capitolato d'oneri regole che impongono agli offerenti l'obbligo, pena l'esclusione, di non mutare composizione durante una gara d'appalto.

2) Se il diritto comunitario consenta che un'autorità aggiudicatrice possa continuare le trattative con un offerente che abbia mutato la propria composizione in violazione delle regole del diritto nazionale e del capitolato d'oneri.

3) Se il mutamento nella composizione di un raggruppamento, contrario alla regole del diritto nazionale e del capitolato d'oneri, pregiudichi l'esercizio dei diritti che tale raggruppamento potrebbe far valere sulla base della direttiva 89/665, in particolare quello di richiedere il risarcimento dei danni.

48 Per quanto riguarda la prima questione, la Commissione osserva che la direttiva 93/37 non disciplina espressamente il mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori. La sola norma sui raggruppamenti di imprenditori sarebbe costituita dall'art. 21 di detta direttiva, che consente loro di presentare offerte senza che possa essere loro richiesta una particolare forma giuridica prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Secondo la Commissione, nessuna disposizione della direttiva 93/37 impone alle autorità aggiudicatrici specifiche modalità di comportamento in relazione a tale aspetto della procedura. Sarebbe quindi rimesso al legislatore nazionale o alla singola autorità aggiudicatrice, mediante una decisione ad hoc, di stabilire la linea da seguire.

49 Le stesse osservazioni, che si riferiscono al sistema complessivo della direttiva 93/37, varrebbero anche per le concessioni di lavori pubblici. Infatti, il regime particolare previsto da questa direttiva per le concessioni di lavori si limiterebbe ad alcune regole di pubblicità e lascerebbe il concedente libero di fissare le condizioni di selezione dei candidati e di aggiudicazione della concessione secondo le regole del diritto nazionale.

50 Pertanto, la Commissione propone di risolvere la prima questione riformulata nel senso che la direttiva 93/37 non contiene alcuna disposizione che si opponga a

che la legislazione nazionale o il capitolato d'oneri preveda un divieto di mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori a partire da una determinata fase della procedura di aggiudicazione, in particolare dopo la presentazione di un'offerta.

51 Per quanto riguarda la seconda questione riformulata, la Commissione ritiene che verrebbe violato il principio della parità di trattamento degli offerenti se l'autorità aggiudicatrice potesse unilateralmente modificare a vantaggio di un offerente i dati e le condizioni fissate nel capitolato d'oneri, condizioni presentate come immodificabili, senza riaprire l'intera procedura e concedere così agli altri offerenti — anche potenziali — la possibilità di beneficiare di tale modifica.

52 Così, in risposta a tale questione, la Commissione ritiene che il diritto comunitario non consenta ad un'amministrazione aggiudicatrice di continuare a trattare con un offerente che abbia mutato la propria composizione in violazione del diritto nazionale o del capitolato d'oneri.

53 Relativamente alla terza questione pregiudiziale riformulata, la Commissione ricorda che, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, possono essere oggetto di ricorso solo le decisioni che si ritenga violino il diritto comunitario o le norme nazionali che recepiscono tale diritto. Questa disposizione non imporrebbe pertanto agli Stati membri l'obbligo di prevedere procedure volte a consentire il riesame di decisioni prese nell'ambito di una procedura di aggiudicazione e in violazione di disposizioni del diritto nazionale che non recepiscono le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

54 Pertanto, la terza questione riformulata dovrebbe essere risolta nel senso che il mutamento nella composizione di un raggruppamento che contrasti con il diritto nazionale e il capitolato d'oneri non pregiudica l'esercizio dei diritti che il raggruppamento potrebbe far valere sul fondamento della direttiva 89/665, in

particolare la richiesta di risarcimento del danno, nella misura in cui i motivi di esclusione di tale raggruppamento siano contrari al diritto comunitario degli appalti pubblici o alle regole del diritto nazionale che recepiscono tale diritto.

Giudizio della Corte

55 Occorre ricordare che, nell'ambito dell'art. 234 CE, la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario. Essa può tuttavia fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto (citate sentenze Distribuidores Cinematográficos, punto 8, e Teckal, punto 33).

56 Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata, spetta alla Corte, di fronte a questioni formulate in modo impreciso, trarre dal complesso dei dati forniti dal giudice nazionale e dal fascicolo della causa principale i punti di diritto comunitario che vanno interpretati, tenuto conto dell'oggetto della lite (sentenze 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro, Racc. pag. I-4705, punto 21, e Teckal, già citata, punto 34).

57 Sulla base degli elementi forniti dall'ordinanza di rinvio, e in considerazione del fatto che la questione sollevata dal giudice a quo fa riferimento sia alla direttiva 93/37 sia alla direttiva 89/665, si deve ritenere che il detto giudice chieda, in sostanza:

1) se la direttiva 93/37 osti ad una normativa nazionale che vieta un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa ad

una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, mutamento verificatosi dopo la presentazione delle offerte, e

2) se e in quale misura la direttiva 89/665 attribuisca diritti di azione a tale raggruppamento di imprenditori.

58 Quanto alla prima parte della questione, l'ordinanza di rinvio non indica se l'appalto controverso nella causa principale sia un «appalto pubblico di lavori» ovvero una «concessione di lavori pubblici» ai sensi della direttiva 93/37. Non spetta alla Corte, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, decidere tale problema. Pertanto, si deve affrontare la questione esaminando successivamente ognuna delle due ipotesi.

59 Nel caso in cui si tratti di un «appalto pubblico di lavori» ai sensi della direttiva 93/37, tale direttiva sarebbe applicabile in virtù dei suoi artt. 4-6.

60 La sola disposizione della direttiva 93/37 relativa ai raggruppamenti di imprenditori è l'art. 21. Ora, quest'ultimo si limita a precisare che i raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare offerte e a vietare che la loro trasformazione in una forma giuridica determinata sia richiesta prima che l'appalto sia stato aggiudicato al raggruppamento prescelto.

61 È giocoforza constatare che tale articolo non contiene alcuna disposizione sulla composizione di tali raggruppamenti. La disciplina della loro composizione rientra quindi nella competenza degli Stati membri.

62 La stessa soluzione vale a fortiori nel caso in cui la causa principale verta su una «concessione di lavori pubblici» ai sensi della direttiva 93/37. Infatti, dall'art. 3, n. 1, di tale direttiva deriva che il suo art. 21 non è neanche applicabile a tali concessioni.

63 Conseguentemente, si deve risolvere la prima parte della questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 93/37 non osta ad una normativa nazionale che vieti un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori pubblici, mutamento verificatosi dopo la presentazione delle offerte.

64 Quanto alla seconda parte della questione, si deve rilevare che, mediante il suo art. 1, n. 1, la direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di prendere i provvedimenti necessari per garantire che, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive comunitarie in materia, le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

65 Gli Stati membri sono inoltre tenuti, ai sensi del n. 3 dello stesso articolo, a garantire che tali ricorsi siano accessibili 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 leso a causa di una violazione denunciata.

66 È pertanto alla luce di tali elementi che si deve verificare se un raggruppamento di imprese come Makedoniko Metro, in condizioni quali quelle di cui alla causa principale, debba aver accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665.

67 A questo proposito si deve innanzi tutto ricordare che, come emerge dall'ordinanza di rinvio e come è stato rilevato al punto 28 della presente sentenza, con la decisione 29 novembre 1996 il Ministro, constatando sostanziali divergenze tra le posizioni adottate da Makedoniko Metro e le prescrizioni imposte per l'appalto, ha disposto la fine delle trattative con tale raggruppamento di imprese.

68 Al fine di determinare se la detta decisione del Ministro rientri nella nozione di «decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici» impiegata all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, si deve ricordare che la Corte ha precisato che tale nozione comprende le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici (sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37).

69 Ora, per stabilire se tali regole si applicano al caso di specie, si deve ricordare che, anche in mancanza nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di disposizioni specificamente applicabili, i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio della parità di trattamento, disciplinano anche le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici (v. sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, e HI, citata, punto 47).

70 Qualora tali principi fossero ritenuti applicabili a una decisione adottata nel corso di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, tale decisione rientrerebbe quindi anche nel campo di applicazione delle norme previste dalla direttiva 89/665 al fine di garantire il rispetto delle prescrizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici (v. sentenza HI, citata, punto 48).

71 All'occorrenza, spetterà al giudice del rinvio decidere se, tenuto conto di tutti i fattori, tali principi si applichino nella causa principale.

72 Spetterà sempre al giudice del rinvio stabilire se si può considerare che Makedoniko Metro abbia o abbia avuto, anche nella sua nuova composizione, interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta nella causa principale e sia stato danneggiato dalla decisione del Ministro del 29 novembre 1996, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665.

73 Pertanto, la seconda parte della questione pregiudiziale dev'essere risolta dichiarando che, qualora una decisione di un'autorità aggiudicatrice leda i diritti che un raggruppamento di imprenditori trae dal diritto comunitario nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, tale raggruppamento deve avere accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665.

74 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la questione proposta dev'essere risolta come segue:

1) la direttiva 93/37 non osta ad una normativa nazionale che vieti un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori pubblici, mutamento verificatosi dopo la presentazione delle offerte, e,

2) qualora una decisione di un'autorità aggiudicatrice leda i diritti che un raggruppamento di imprenditori trae dal diritto comunitario nell'ambito di

una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, tale raggruppamento deve avere accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665.

Sulle spese

75 Le spese sostenute dal governo austriaco e dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulla questione sottopostale dal Dioikitiko Efeteio Athinon con ordinanza 26 ottobre 2000, dichiara:

1) **La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non osta ad una normativa nazionale che vieti un mutamento nella composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori pubblici, mutamento verificatosi dopo la presentazione delle offerte.**

2) **Qualora una decisione di un'autorità aggiudicatrice leda i diritti che un raggruppamento di imprenditori trae dal diritto comunitario nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, tale raggruppamento deve avere accesso alle procedure di ricorso previste dalla 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 23 gennaio 2003.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione

J.-P. Puissochet