

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

15 ottobre 2009 (*)

«Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – Procedure iniziate dopo l’entrata in vigore della direttiva 2004/18/CE e prima della scadenza del termine per la trasposizione della stessa – Procedure negoziate con pubblicazione d’un bando di gara – Obbligo di ammettere un numero minimo di candidati idonei – Obbligo di assicurare una concorrenza reale»

Nel procedimento C-138/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Fővárosi Ítéltábla (Ungheria), con decisione 13 febbraio 2008, pervenuta in cancelleria il 7 aprile 2008, nella causa

Hochtief AG,

Linde-Kca-Dresden GmbH

contro

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

con l’intervento di:

Budapest Főváros Önkormányzata,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dai sigg. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta (relatore), dai sigg. E. Juhász, G. Arestis, e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig. P. Mengozzi

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 12 marzo 2009,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Hochtief AG e la Linde-Kca-Dresden GmbH, dagli avv.ti A. László e E. Kiss, ügyvédek;
- per il Budapest Főváros Önkormányzata, dagli avv.ti J. Molnár e G. Birkás, ügyvédek;
- per il governo ungherese, dalle sig.re J. Fazekas, R. Somssich, K. Borvölgyi e K. Mocsári-Gál, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, dal sig. M. Smolek, in qualità di agente;
- per il governo italiano, dalla sig.ra I. Bruni, in qualità di agente, assistita dal sig. S. Fiorentino, avvocato dello Stato;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. D. Kukovec, A. Sipos, B. Simon e M. Konstantinidis, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 22 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), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/37»), nonché sulle relazioni giuridiche intercorrenti a titolo transitorio fra la citata direttiva e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra la Hochtief AG e la Linde-Kca-Dresden GmbH, da una parte, e la Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (Commissione decisoria in materia di aggiudicazione di pubblici appalti del Consiglio per i pubblici appalti; in prosieguo: la «KTKD») dall'altra, relativamente ad una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico con pubblicazione di un bando di gara.

Contesto normativo

Il diritto comunitario

- 3 L'art. 1 della direttiva 93/37 stabilisce che:
«Ai fini della presente direttiva:
(...)
g) le "procedure negoziate" sono le procedure nazionali in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto;
h) "offerente" è l'imprenditore che ha presentato un'offerta e "candidato" è chi chiede un invito a partecipare a una procedura ristretta o a una procedura negoziata».
- 4 Ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva 93/37:
«Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti nei casi seguenti:
a) in caso di offerte irregolari in esito ad una procedura aperta o ristretta, o in caso di deposito di offerte inaccettabili ai sensi delle disposizioni nazionali compatibili con le prescrizioni del titolo IV, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici non pubblicano un bando di gara, se includono nella procedura negoziata tutte le imprese che soddisfano i criteri di cui agli articoli da 24 a 29 e che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi alle esigenze formali della procedura di aggiudicazione dell'appalto;
b) per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo;
c) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi».
- 5 L'art. 18, n. 1, della direttiva 93/37 è così formulato:

«L'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 19 dopo accertamento dell'idoneità degli imprenditori non esclusi dalla gara in applicazione dell'articolo 24. Tale accertamento è effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 26 a 29».

6 L'art. 22 della menzionata direttiva prevede quanto segue:

«1. Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate, le amministrazioni aggiudicatrici scelgono, sulla base delle informazioni riguardanti la situazione personale dell'imprenditore e delle informazioni e formalità necessarie per la valutazione delle condizioni minime di carattere economico e tecnico che questi ultimi devono soddisfare, i candidati che esse inviteranno a presentare un'offerta o a negoziare, fra quelli che posseggono le qualifiche richieste dagli articoli da 24 a 29.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, possono prevedere la forcella all'interno della quale si collocherà il numero delle imprese che esse intendono invitare. In questo caso, la forcella è indicata nel bando di gara. La forcella è stabilita in funzione della natura dell'opera da realizzare. La cifra meno elevata della forcella non deve essere inferiore a cinque. La cifra superiore della forcella può essere fissata a venti.

In ogni caso, il numero dei candidati ammessi a presentare offerta deve essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale.

3. [Quando le] amministrazioni aggiudicatrici (...) attribuiscono un appalto mediante procedura negoziata, nei casi previsti all'articolo 7, paragrafo 2, il numero dei candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei.

4. Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici facciano appello, senza discriminazione, agli imprenditori degli altri Stati membri aventi le qualifiche prescritte e che ciò avvenga a condizioni uguali a quelle applicabili agli imprenditori nazionali».

7 L'art. 80, n. 1, della direttiva 2004/18 così dispone:

«1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

(...)».

8 L'art. 82 della direttiva in parola, intitolato «[a]bbrogazioni», stabilisce che:

«La direttiva 92/50/CEE, ad eccezione dell'articolo 41, e le direttive 93/36/CEE e 93/37(...) sono abrogate, a decorrere dalla data di cui all'articolo 80, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento e di attuazione di cui all'allegato XI.

I riferimenti alle direttive abrogate s'intendono fatti alla presente direttiva e vanno letti secondo la tabella di concordanza di cui all'allegato XII».

9 La direttiva 2004/18 è entrata in vigore il 30 aprile 2004.

Il diritto nazionale

10 La direttiva 93/37 è stata trasposta nel diritto ungherese dalla legge CXXIX del 2003 in materia di appalti pubblici (a közbiztosításokról szóló 2003 évi CXXIX. törvény, *Magyar Közlöny* 2003/157; in prosieguo: la «Kbt»).

11 L'art. 130, nn. 1, 2 e 7, della Kbt, applicabile alle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, è così formulato:

«1) In tale procedura l'amministrazione aggiudicatrice può sia fissare un numero sia i limiti inferiore e superiore di candidati che potranno presentare offerte, così che il totale dei candidati

idonei che inoltre abbiano presentato una candidatura valida e che saranno invitati a presentare offerte potrà raggiungere detto limite superiore o, quanto meno, un numero sufficiente di tali candidati.

2) Il numero minimo di partecipanti o il citato limite inferiore non può essere inferiore a tre. Detto numero o detti limiti inferiore e superiore devono essere appropriati alla natura dell'oggetto dell'appalto e, in ogni caso, devono assicurare una concorrenza reale.

(...)

7) L'amministrazione aggiudicatrice inviterà individualmente, direttamente e per iscritto tutti i candidati selezionati, il cui insieme corrisponde, se il numero dei candidati selezionati lo consente, al numero o ai limiti inferiore e superiore fissati – in base alla loro capacità economica e finanziaria e al soddisfacimento dei requisiti tecnici e professionali – affinché presentino le loro offerte. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice non avesse specificato detto numero o detti limiti inferiore e superiore, essa inviterà a presentare offerte tutti i candidati idonei. I candidati invitati non possono presentare offerte collettive».

12 Alla data dei fatti della causa principale, la direttiva 2004/18 non era ancora stata trasposta nel diritto ungherese.

Causa principale e questioni pregiudiziali

13 La causa principale concerne una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori per un importo che supera la soglia comunitaria e vede contrapposte due società commerciali con sede in Germania, la Hochtief AG e la Linde-Kca-Dresden GmbH, alla KTKD. L'amministrazione aggiudicatrice di tale appalto, ossia il Budapest Főváros Önkormányzata (Comune di Budapest), è intervenuta, nella causa, a sostegno della KTKD.

14 Il 5 febbraio 2005 il Budapest Főváros Önkormányzata ha fatto pubblicare nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un invito a manifestare interesse per la procedura di aggiudicazione di appalto di cui alla causa principale. Il limite minimo e quello massimo di candidati che potevano essere invitati a presentare un'offerta erano, rispettivamente, di tre e cinque.

15 Alla scadenza del termine di presentazione delle candidature si erano manifestati cinque candidati, fra cui il consorzio creato dalle ricorrenti nella causa principale. Considerate le candidature così ricevute, il Budapest Főváros Önkormányzata, da un lato, ha escluso la candidatura di detto consorzio in quanto irricevibile per «incompatibilità» e, dall'altro, ha deciso di proseguire la procedura con i due candidati qualificati «idonei», trasmettendo loro un bando di gara.

16 Le ricorrenti nella causa principale hanno proposto un ricorso avverso la decisione del Budapest Főváros Önkormányzata dinanzi alla KTKD, facendo valere in particolare che, conformemente all'art. 130 della Kbt, siccome il numero di candidati idonei non raggiungeva il limite minimo previsto, la procedura non poteva proseguire. La KTKD ha respinto tale ricorso.

17 Successivamente le ricorrenti nella causa principale hanno intentato un'azione contro la decisione della KTKD basandosi segnatamente sull'art. 22, nn. 2 e 3, della direttiva 93/37. Dal momento che il giudice adito in primo grado aveva a sua volta respinto il loro ricorso, le ricorrenti nella causa principale hanno interposto appello dinanzi al giudice del rinvio.

18 È in tale contesto che il Fővárosi Ítéltábla ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia applicabile il regime di cui all'art. 44, n. 3, della direttiva 2004/18(...), che ha sostituito l'art. 22 della direttiva (...) 93/77(...), qualora l'inizio della procedura di appalto si sia verificato in un lasso di tempo in cui la direttiva 2004/18(...) era già entrata in vigore, ma non era ancora scaduto il periodo concesso agli Stati membri per l'attuazione della direttiva in parola, così che quest'ultima non era ancora stata recepita nel diritto interno.

2) Qualora la prima questione sia risolta in senso affermativo, si chiede altresì alla Corte di giustizia se, in caso di procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara,

considerato che l'art. 44, n. 3 della direttiva 2004/18(...) stabilisce che "[i]n ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza", si debba interpretare la limitazione del numero di candidati idonei nel senso che nella seconda fase – quella relativa all'aggiudicazione dell'appalto – debba esserci invariabilmente un numero minimo di candidati (pari a tre).

- 3) Qualora la prima questione sia risolta in senso negativo, si chiede altresì alla Corte di giustizia se il requisito che "vi sia un numero sufficiente di candidati idonei", di cui all'art. 22, n. 3, della direttiva (...) 93/37(...), si debba interpretare nel senso che, quando non si raggiunga il numero minimo (tre) di candidati idonei invitati a partecipare, l'iter della procedura non possa proseguire con l'invito a presentare offerte.
- 4) Qualora la Corte di giustizia risolva la terza questione in senso negativo, si chiede altresì se l'art. 22, n. 2, secondo comma, della direttiva 93/37(...), collocato fra le disposizioni relative alle procedure ristrette, in base al quale "[i]n ogni caso, il numero dei candidati ammessi a presentare offerta deve essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale", si applichi alle procedure negoziate in due fasi disciplinate al n. 3».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

- 19 Secondo le ricorrenti nella causa principale, alle questioni sottoposte alla Corte il giudice del rinvio avrebbe dovuto aggiungerne una ulteriore, concernente il mancato rispetto, da parte della normativa ungherese, dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione e anche di proporzionalità, poiché detta normativa escluderebbe automaticamente dalla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici le persone o le imprese che abbiano partecipato ai lavori preparatori di un appalto senza concedere loro la possibilità di dimostrare che la concorrenza non viene falsata. A parere delle ricorrenti, misure analoghe presenti nelle normative nazionali di altri Stati membri sarebbero state considerate incompatibili con il diritto comunitario dalle sentenze 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, Fabricom (Racc. pag. I-1559), nonché 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki (non ancora pubblicata nella Raccolta).
- 20 A tale riguardo occorre ricordare che, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali quale prevista dall'art. 234 CE, spetta unicamente al giudice nazionale, il quale è investito della controversia e deve assumersi la responsabilità della futura pronuncia giurisdizionale, valutare, alla luce delle peculiarità della causa dinanzi ad esso pendente, sia la necessità di una decisione in via pregiudiziale ai fini della pronuncia della propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che esso propone alla Corte (v., in particolare, sentenze 7 gennaio 2003, causa C-306/99, BIAO, Racc. pag. I-1, punto 88; 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Racc. pag. I-11987, punto 16, nonché 2 aprile 2009, causa C-260/07, Pedro IV Servicios, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 28).
- 21 La facoltà di determinare le questioni da sottoporre alla Corte è quindi riservata al giudice nazionale e le parti non possono modificarne il tenore (v., in particolare, sentenze 9 dicembre 1965, causa 44/65, Singer, Racc. pag. 951, in particolare pag. 959; 17 settembre 1998, causa C-412/96, Kainuun Liikenne e Pohjolan Liikenne, Racc. pag. I-5141, punto 23, nonché 6 luglio 2000, causa C-402/98, ATB e a., Racc. pag. I-5501, punto 29).
- 22 Peraltro, una modifica delle questioni pregiudiziali sotto il profilo sostanziale o una risposta alle questioni complementari citate dalle ricorrenti nella causa principale nelle loro osservazioni sarebbe incompatibile con il ruolo assegnato alla Corte dall'art. 234 CE e con l'obbligo della Corte di dare ai governi degli Stati membri e alle parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 del suo Statuto, tenuto conto del fatto che, in base alla suddetta disposizione, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio (v., in tal senso, in particolare, sentenze 1° aprile 1982, cause riunite 141/81-143/81, Holdijk e a., Racc. pag. 1299, punto 6; 30 gennaio 1997, causa C-178/95, Wiljo, Racc. pag. I-585, punto 30; 20 marzo 1997, causa C-352/95, Phytheron International, Racc. pag. I-1729, punto 14, nonché Kainuun Liikenne e Pohjolan Liikenne, cit., punto 24).
- 23 Nella fattispecie in esame, poiché il giudice del rinvio non ha riconosciuto né la necessità né la pertinenza di una questione vertente sui motivi o sulle circostanze dell'esclusione delle ricorrenti

nella causa principale dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, la Corte non può dedicarsi ad un'analisi a tal proposito.

Sulla prima questione

- 24 Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/18 sia applicabile ad una procedura di gara d'appalto avviata dopo l'entrata in vigore della menzionata direttiva, ma prima della scadenza del termine di trasposizione della stessa, così che quest'ultima non era ancora stata recepita nel diritto interno.
- 25 Si deve innanzitutto ricordare che, prima della scadenza del termine di trasposizione di una direttiva, non si può contestare agli Stati membri di non aver ancora adottato i provvedimenti di recepimento di quest'ultima nel loro ordinamento giuridico (v. sentenze 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Racc. pag. I-7411, punto 43, nonché 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, Racc. pag. I-6057, punto 114).
- 26 Nella causa principale al momento dell'inizio della procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, la direttiva 2004/18 non era stata trasposta nell'ordinamento giuridico ungherese, in quanto il termine all'uopo previsto non era ancora scaduto, e pertanto la direttiva 93/37 risultava applicabile in tale fase della procedura.
- 27 Poiché la procedura di cui alla controversia principale era ancora in corso alla data di scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 2004/18, si pone altresì la questione dell'eventuale applicabilità di detta direttiva alla causa principale.
- 28 In proposito, dalle indicazioni fornite dal governo ungherese durante l'udienza risulta che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di rifiutare la proposta del consorzio formato dalle ricorrenti nella causa principale e di proseguire la procedura con i due candidati ritenuti idonei è stata adottata prima della data in cui scadeva il termine per la trasposizione della direttiva 2004/18.
- 29 In siffatte circostanze sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile alla causa principale con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto la decisione cui si addebita nella fattispecie una violazione del diritto comunitario è stata adottata prima della data menzionata al punto precedente della presente sentenza (v., per analogia, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, *Commissione/Francia*, Racc. pag. I-8377, punto 40).
- 30 Occorre quindi risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 2004/18 non è applicabile nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di un'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, prima della scadenza del termine per la trasposizione di tale direttiva.

Sulla seconda questione

- 31 Alla luce della soluzione fornita alla precedente questione, non è necessario risolvere la seconda questione.

Sulla terza questione

- 32 Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37 debba essere interpretato nel senso che una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico non possa proseguire qualora non vi sia un numero sufficiente di candidati tale da raggiungere il limite minimo di tre candidati fissato dalla disposizione in parola.
- 33 A tale riguardo occorre ricordare che la direttiva 93/37 contiene, fra le sue disposizioni, norme relative allo svolgimento della procedura.
- 34 Relativamente allo svolgimento della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, l'art. 18 della direttiva 93/37 prevede almeno due diverse fasi, ossia, da un lato, l'eventuale esclusione degli offerenti o dei candidati in base all'art. 24 di tale direttiva, nonché l'accertamento,

conformemente ai criteri di idoneità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 26-29 della medesima direttiva e fissati per la procedura di cui si tratti, dell'idoneità degli offerenti o dei candidati non esclusi, e, dall'altro, l'aggiudicazione dell'appalto sulla base dei criteri stabiliti per detta procedura fra quelli previsti nel capitolo 3 del titolo IV, della citata direttiva, tenuto conto delle disposizioni dell'art. 19 della stessa.

- 35 Nella procedura negoziata, fra la prima succitata fase e la fase di aggiudicazione dell'appalto si svolge la fase di negoziazione fra l'amministrazione aggiudicatrice ed i candidati ammessi a negoziare.
- 36 Ai sensi dell'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37, quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata, il numero dei candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei.
- 37 Dal tenore letterale della citata disposizione risulta quindi che le amministrazioni aggiudicatrici sono, per lo meno, tenute a rispettare, relativamente al numero di candidati ammessi a negoziare, il limite minimo fissato dalla stessa, purché il numero dei candidati idonei lo consenta.
- 38 A tale riguardo, è considerato «candidato idoneo», ai sensi dell'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37, ogni imprenditore che abbia chiesto un invito a partecipare alla procedura di cui si tratti e che, fra quelli che posseggono le qualifiche richieste dagli artt. 24-29 di detta direttiva, soddisfi le condizioni economiche e tecniche fissate per la procedura in parola.
- 39 Da un lato, infatti, l'art. 1, lett. h), della direttiva 93/37 definisce quale «candidato» l'imprenditore che chiede un invito a partecipare a una procedura ristretta o a una procedura negoziata.
- 40 Dall'altro, conformemente all'art. 22, n. 1, della direttiva 93/37, nelle procedure negoziate le amministrazioni aggiudicatrici scelgono, sulla base delle informazioni riguardanti la situazione personale dell'imprenditore e delle informazioni e formalità necessarie per la valutazione delle condizioni di carattere economico e tecnico che quest'ultimo deve soddisfare, i candidati che esse inviteranno a presentare un'offerta o a negoziare fra quelli che posseggono le qualifiche richieste agli artt. 24-29 della medesima direttiva.
- 41 Ne deriva che l'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che, quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata, il numero dei candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un numero sufficiente di imprenditori che abbiano chiesto un invito a partecipare alla procedura di cui si tratti i quali, fra quelli che posseggono le qualifiche richieste agli artt. 24-29 di detta direttiva, soddisfano le condizioni economiche e tecniche fissate per la procedura in parola.
- 42 Pertanto, quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata e il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui trattasi, che non può essere inferiore a tre, l'amministrazione aggiudicatrice può comunque proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati idonei a negoziare le condizioni dell'appalto.
- 43 Come correttamente rilevato dalla Commissione, qualora così non fosse, l'esigenza sociale constatata e definita dall'amministrazione aggiudicatrice, cui quest'ultima contava di rispondere con l'attribuzione dell'appalto in questione, non potrebbe essere soddisfatta, ma non a causa della mancanza di candidati idonei, bensì in quanto il loro numero sarebbe inferiore al menzionato limite minimo.
- 44 Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la terza questione dichiarando che l'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata e il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui trattasi, l'amministrazione aggiudicatrice può comunque proseguire la procedura invitando il candidato idoneo o i candidati idonei a negoziare le condizioni dell'appalto in parola.

Sulla quarta questione

- 45 Con la quarta questione il giudice del rinvio chiede se l'art. 22, n. 2, secondo comma, della direttiva 93/37 sia applicabile alla procedura negoziata di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori.
- 46 A tal proposito va constatato che dall'economia dell'art. 22 della direttiva 93/37 emerge che il n. 2, secondo comma, di detto articolo si riferisce unicamente agli appalti aggiudicati mediante procedura ristretta.
- 47 Occorre, tuttavia, ricordare che, come risulta dal decimo 'considerando' della direttiva 93/37, quest'ultima mira a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici (v. sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschutz, Racc. pag. I-5697, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 34; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 89, nonché 7 ottobre 2004, causa C-247/02, Sintesi, Racc. pag. I-9215, punto 35).
- 48 Così, nel perseguire l'obiettivo di sviluppo di una concorrenza effettiva, la direttiva 93/37 mira ad organizzare l'attribuzione degli appalti in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi (v. citate sentenze Fracasso e Leitschutz, punto 31, e Sintesi, punto 37).
- 49 Di conseguenza, se è vero che l'art. 22, n. 2, secondo comma, della direttiva 93/37 dispone che, quando le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, il numero di candidati ammessi a presentare offerte dev'essere, in ogni caso, sufficiente ad assicurare una concorrenza reale, questa disposizione non fa che menzionare espressamente uno degli obiettivi della direttiva medesima (v., in tal senso, sentenza Sintesi, cit., punto 36).
- 50 Da ciò discende che, anche se la direttiva 93/37 non contiene disposizioni analoghe al suo art. 22, n. 2, secondo comma, per quanto riguarda le procedure negoziate, l'amministrazione aggiudicatrice che ricorre ad una procedura del genere nei casi contemplati dall'art. 7, n. 2, della direttiva in parola deve nondimeno premurarsi di garantire una concorrenza reale.
- 51 A tale proposito occorre innanzitutto sottolineare che, in casi del genere, il ricorso alla procedura negoziata richiede la previa pubblicazione di un bando di gara, diretto a sollecitare le candidature. Come indicato al punto 14 della presente sentenza, siffatto requisito è stato osservato nella causa principale.
- 52 Inoltre, relativamente alla fase di negoziazione dell'appalto, l'art. 22, n. 3, della direttiva 93/37 impone all'amministrazione aggiudicatrice d'invitare a partecipare a detta fase un numero sufficiente di candidati. La sufficienza o meno del numero in parola ai fini di garantire una concorrenza reale va determinata in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto interessato.
- 53 Infine, se, in una procedura del genere, il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui si tratti, che, conformemente alla direttiva 93/37, non può essere inferiore a tre, si deve riconoscere che, nella misura in cui le condizioni di carattere economico e tecnico specifiche di detta procedura siano state correttamente stabilite e applicate, una concorrenza reale è stata ciò nondimeno garantita dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 54 Da tutto quanto premesso risulta che occorre risolvere la quarta questione dichiarando che la direttiva 93/37 deve essere interpretata nel senso che l'obbligo di far sì che vi sia una concorrenza reale è adempiuto allorché l'amministrazione aggiudicatrice adotta la procedura negoziata nelle condizioni di cui all'art. 7, n. 2, della medesima direttiva.

Sulle spese

- 55 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

- 1) La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non è applicabile nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di un'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, prima della scadenza del termine per la trasposizione di tale direttiva.**
- 2) L'art. 22, n. 3, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che quando un appalto è attribuito mediante procedura negoziata e il numero dei candidati idonei non raggiunge il limite minimo fissato per la procedura di cui trattasi, l'amministrazione aggiudicatrice può comunque proseguire la procedura invitando il candidato idoneo o i candidati idonei a negoziare le condizioni dell'appalto in parola.**
- 3) La direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, deve essere interpretata nel senso che l'obbligo di far sì che vi sia una concorrenza reale è adempiuto allorché l'amministrazione aggiudicatrice adotta la procedura negoziata nelle condizioni di cui all'art. 7, n. 2, della medesima direttiva.**

Firme