

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

L.A. GEELHOED

presentate il 10 ottobre 2002 [\(1\)](#)

**Causa C-315/01**

**GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH**

**contro**

**Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)**

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Bundesvergabeamt)

«Appalto pubblico - Direttiva 89/665/CEE - Facoltà dell'autorità responsabile dei procedimenti di ricorso di esaminare d'ufficio l'illiceità - Direttiva 93/36/CEE - Criterio di idoneità o di aggiudicazione»

### **I - Introduzione**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame del Bundesvergabeamt austriaco concerne l'interpretazione di alcuni articoli della direttiva 89/665/CEE [\(2\)](#) e della direttiva 93/36/CEE [\(3\)](#). Più in particolare, si tratta di sapere se l'organo responsabile delle procedure di ricorso, nei procedimenti riguardanti gli appalti, possa prendere in considerazione, d'ufficio ed indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa, fatti e circostanze che ritenga rilevanti per la valutazione della legittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Il giudice del rinvio vuole poi stabilire se una decisione di questo genere, presa d'ufficio, possa avere effetti sulla facoltà del ricorrente di presentare una richiesta di risarcimento danni per irregolarità nella procedura di aggiudicazione. Inoltre vengono poste questioni circa l'illiceità di alcuni criteri adottati nella procedura di aggiudicazione di cui alla causa principale.

### **II - L'ambito normativo**

#### *A - Il diritto comunitario*

2. L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/CEE, come modificato dall'art. 41 della direttiva 92/50/CEE, prevede:  
  
«Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'art. 2, n. 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».
3. L'art. 2, nn. 1, 6 e 8, della direttiva 89/665/CEE così dispone:  
  
«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'art. 1 prevedano i poteri che permettano di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'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.

(...).

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

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

(...)

8. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono sempre essere motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato (oggi art. 234 CE) e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

4. L'art. 15, n. 1, della direttiva 93/36/CEE, che fa parte del capitolo 1 (norme comuni di partecipazione) del titolo IV, così prevede:

«Gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'art. 16 e dopo che l'idoneità dei fornitori non esclusi a norma dell'art. 20 sia stata verificata dalle amministrazioni conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 22, 23 e 24».

5. L'art. 23, n. 1, della direttiva 93/36/CEE, che fa parte del capitolo 2 (criteri di selezione qualitativa) del titolo IV, recita:

«La prova della capacità tecnica del fornitore può essere addotta mediante uno o più dei seguenti mezzi, a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei prodotti da fornire:

a) la presentazione di un elenco delle principali forniture effettuate negli ultimi tre anni con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati:

nel caso di forniture per autorità pubbliche, le consegne sono provate da certificati

rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

nel caso di forniture a privati, le consegne sono certificate dall'acquirente ovvero, in mancanza di un tale certificato, semplicemente dichiarate dal fornitore;

(...)

d) per i prodotti da fornire: campioni, descrizioni e/o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice;

(...)»

6. L'art. 26, n. 1, della direttiva 93/36/CEE, facente parte del capitolo 3 (criteri di aggiudicazione dell'appalto) del titolo IV, così dispone:

«I criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono

a) unicamente il prezzo più basso

b) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto, quali, ad esempio: prezzo, termine di consegna, costo d'utilizzazione, rendimento, qualità, caratteristiche estetiche e funzionali, merito tecnico, servizio post vendita e assistenza tecnica».

#### B - *Il diritto nazionale*

7. Tanto la direttiva 93/36/CEE quanto la direttiva 89/665/CEE sono trasposte nel diritto austriaco dal Bundesvergabegesetz [\(4\)](#).

8. L'art. 113 di questa legge prevede:

«1. Il Bundesvergabeamt è competente a svolgere, su istanza, la procedura di ricorso prevista dalle disposizioni del capitolo seguente.

2. Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni della presente legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione

1. ad adottare misure transitorie, come anche

2. ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione.

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente a stabilire se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei regolamenti connessi.

(...)».

9. L'art. 115, nn. 1 e 5, recita:

«1. Un imprenditore che affermi di avere un interesse alla conclusione di un contratto che rientra nella sfera di applicazione della presente legge federale può impugnare per illegittimità una decisione adottata dall'autorità aggiudicatrice nel corso della procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno.

(...).

5. L'istanza deve contenere:

l'indicazione precisa della gara d'appalto di cui trattasi e della decisione impugnata,

(...».

10. A norma dell'art. II, n. 2, lett. c), punto 40a, dell'Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen del 1991, al procedimento amministrativo del Bundesvergabeamt si applica l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz del 1991.

11. L'art. 39, nn. 1 e 2, dell'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz del 1991 dispone:

«1. Allo svolgimento dell'istruttoria si applicano le disposizioni amministrative.

2. Qualora le disposizioni amministrative non contengano norme, l'autorità competente deve procedere d'ufficio e deve determinare lo svolgimento dell'istruttoria rispettando le disposizioni contenute nella presente sezione.

(...».

### **III - Descrizione dei fatti della causa principale e svolgimento del procedimento**

12. Il 2 marzo 2000 l'Autobahnmeisterei St. Michael / Lungau ha indetto in tutta Europa, per conto dell'Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft, una gara d'appalto con procedura aperta relativa alla fornitura di un «autoveicolo speciale: spazzatrice stradale nuova, pronta per entrare in funzione e omologata per l'autostrada A9 - Phyrn, luogo di destinazione l'Autobahnmeisterei Kalwang».

13. Le offerte hanno cominciato ad essere vagliate il 25 aprile 2000. Oltre ad altri quattro offerenti, l'attuale ricorrente nella causa principale, la Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (nel prosieguo: la «GAT»), in qualità di rappresentante generale in Austria del produttore tedesco Bucher-Schörling, ha presentato un'offerta al prezzo di ATS 3 547 020 più IVA. L'impresa ÖAF & Steyr ha offerto un prezzo netto di ATS 4 174 290, ed un altro offerente ha proposto un prezzo di ATS 4 168 690 più IVA.

14. Al punto B.1.13, «Valutazione delle offerte», delle condizioni di gara è stabilito quanto segue:

«B.1.13 Valutazione delle offerte

La ricerca dell'offerta tecnicamente ed economicamente più vantaggiosa è effettuata secondo il principio del miglior offerente. La rispondenza dei veicoli offerti alle condizioni di gara costituisce un presupposto fondamentale.

La valutazione è effettuata nel modo seguente:

Nel valutare le offerte si deve sempre prendere come punto di riferimento il miglior offerente e il punteggio è determinato con riferimento al miglior offerente.

(...)

2) Altri criteri

In base ad altri criteri possono essere assegnati non più di cento punti, i quali costituiscono il 20% della valutazione complessiva.

2.1. Per le referenze di acquirenti di spazzatrici stradali nell'Unione europea e nella zona alpina (referenze in tedesco) vengono assegnati 20 punti.

Formula di valutazione:

Il più alto numero di acquirenti, diviso per il secondo numero più alto, moltiplicato per 20 punti».

15. Il 16 maggio l'appaltante ha respinto l'offerta della GAT, adducendo la motivazione che tale offerta non soddisfaceva le condizioni di gara, in quanto l'apparecchio per la pulitura di marciapiedi offerto non era utilizzabile a temperature inferiori a 0° C, mentre il bando di gara richiedeva che la macchina potesse funzionare almeno sino a - 5° C. Inoltre, malgrado gli inviti dell'appaltante, la ricorrente non avrebbe reso possibile il collaudo dell'apparecchio in un raggio di 300 Km. dalla sede dell'appaltante, secondo quanto richiesto dal bando. Inoltre, l'appaltante nutreva dubbi circa la congruità del prezzo offerto dalla ricorrente. Infine, malgrado gli inviti dell'appaltante, la ricorrente non avrebbe spiegato come si effettua la pulitura dei riflettori della macchina offerta.
16. Conformemente alla proposta di aggiudicazione 31 luglio 2000, l'appalto è stato aggiudicato con lettera 23 agosto 2000 all'impresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG. Con lettera 12 luglio 2000 gli altri offerenti erano stati informati dell'avvenuta individuazione dell'aggiudicatario. Con lettera 17 luglio 2000, alla ricorrente è stato comunicato che la sua offerta non era stata presa in considerazione ai fini dell'aggiudicazione; con lettera 5 ottobre 2000 le sono stati comunicati il nome dell'aggiudicatario e l'ammontare dell'appalto.
17. Il 17 novembre 2000 la ricorrente ha chiesto che venisse dichiarato che l'appalto di cui trattasi non era stato aggiudicato al miglior offerente e ha sostenuto che la sua offerta era stata illegittimamente ignorata ai fini dell'aggiudicazione. La ricorrente ha affermato che, per un esperto, la descrizione tecnica della pulitura dei riflettori allegata alla sua offerta era sufficiente. Inoltre, l'appaltante sarebbe stato invitato a visitare lo stabilimento del fornitore della ricorrente. La GAT ha anche argomentato che il criterio di aggiudicazione stabilito dall'appaltante «possibilità di collaudare il prodotto offerto in un raggio di 300 Km. dalla sede dell'appaltante» è in contrasto con le norme di diritto comunitario in quanto costituisce una discriminazione indiretta. L'appaltante avrebbe dovuto tener conto di tutti i prodotti oggetto di referenze che si trovassero in Europa. Inoltre, tale criterio dovrebbe essere applicato solo ai fini dell'aggiudicazione, mentre l'appaltante, in un secondo tempo, lo ha erroneamente applicato ai fini dell'accertamento dell'idoneità degli offerenti. E' vero che la versione base della spazzatrice stradale offerta dalla ricorrente non è utilizzabile a temperature inferiori a 0° C. Tuttavia, l'appaltante si è riservato di acquistare una versione accessoriata. La versione accessoriata offerta dalla ricorrente può funzionare con una temperatura sino a - 5° C, conformemente a quanto richiesto dal bando di gara. Infine, il prezzo offerto dalla ricorrente non è incongruo. La ricorrente ha invece sufficientemente giustificato all'appaltante il prezzo vantaggioso da essa offerto.

#### **IV - Questioni pregiudiziali**

18. Dal momento che secondo il Bundesvergabebamt è necessaria una pronuncia della Corte di Giustizia, il Bundesvergabebamt stesso, con ordinanza 11 luglio 2001, ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
  - «1a) Se dall'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE, riguardante i ricorsi in materia di

appalti, o da un'altra disposizione di tale direttiva, o, ancora, da un'altra norma di diritto comunitario si debba dedurre che alle autorità competenti a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva, ivi comprese le autorità competenti a esercitare i poteri di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva, è vietato sollevare, di propria iniziativa e indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa, le questioni rilevanti ai sensi della normativa in materia di aggiudicazione degli appalti che, ad avviso dell'autorità competente a conoscere di detti ricorsi, sono importanti ai fini della decisione della causa.

1b) Se l'art. 2, n. 1, lett. c) della direttiva 89/665/CEE, eventualmente insieme ad altri principi di diritto comunitario, osti all'adozione - da parte delle autorità competenti a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva, ivi comprese le autorità competenti a esercitare i poteri di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva - di una decisione di rigetto della domanda con cui un offerente ha indirettamente chiesto il risarcimento del danno che avrebbe subito nell'ambito di una procedura di aggiudicazione la cui legittimità è già stata gravemente compromessa da un atto dell'appaltante diverso da quello impugnato dal detto offerente, decisione di rigetto fondata sulla circostanza che il danno eventualmente subito dall'offerente si sarebbe comunque prodotto per altre ragioni indipendentemente dall'atto impugnato.

2) Nell'ipotesi in cui la questione 1a) venga risolta negativamente: se le disposizioni della direttiva 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in particolare gli artt. 15-26 di tale direttiva, ostino a che, nello svolgimento delle procedure di appalto, le referenze dei prodotti proposti dagli offerenti siano prese in considerazione dalle autorità aggiudicatrici non ai fini dell'accertamento dell'idoneità degli offerenti, bensì come criterio di aggiudicazione, con la conseguenza che la valutazione negativa delle dette referenze, anziché determinare l'esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione, comporterebbe soltanto l'attribuzione di una valutazione meno positiva ad un'offerta, per esempio nell'ambito di un sistema a punti, in cui un prezzo più basso potrebbe controbilanciare una valutazione negativa delle referenze.

3) Nell'ipotesi in cui le questioni 1a) e 2) vengano risolte negativamente: se sia compatibile con le pertinenti disposizioni di diritto comunitario, ivi incluso l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di diritto internazionale della Comunità, un criterio di aggiudicazione in base al quale si tiene conto solo del numero delle referenze riguardanti i prodotti e non si effettua un esame sostanziale volto a stabilire se le esperienze avute dagli appaltanti con il prodotto siano state positive o negative, e in base al quale si prendono in considerazione solo le referenze provenienti dalla zona alpina dell'Unione europea.

4) Se sia compatibile con le disposizioni del diritto comunitario, in particolare con il divieto di discriminazione, un criterio di aggiudicazione in base al quale la possibilità di collaudare il prodotto offerto può essere valutata positivamente solo se il collaudo è effettuabile in un raggio di 300 Km. dalla sede dell'appaltante.

5) Nell'ipotesi in cui venga risolta positivamente la questione 2), oppure venga risolta negativamente la questione 3) o la questione 4): se l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE, eventualmente insieme ad altri principi di diritto comunitario, debba essere interpretato nel senso che, ove l'illegalità commessa dall'appaltante consista nell'adozione di un criterio di aggiudicazione illegittimo, l'offerente ha diritto al risarcimento solo qualora si possa concretamente dimostrare che, se il detto criterio non fosse stato adottato, l'offerta dell'interessato sarebbe stata la migliore».

## V - Valutazione

19. Nel procedimento in esame sono state presentate alla Corte osservazioni scritte da parte della GAT, del governo austriaco e della Commissione. Tanto la Commissione quanto il governo austriaco hanno eccepito l'irricevibilità delle questioni. In prosieguo sarà esaminato in primo luogo questo aspetto.

### *A - Competenza del Bundesvergabeamt a porre questioni pregiudiziali*

20. La Commissione dubita che le questioni siano ricevibili, dal momento che le decisioni del Bundesvergabeamt non avrebbero carattere giurisdizionale. Essa fa riferimento alle osservazioni che ha proposto nella causa C-314/00, Siemens / Arge, pendente presso la Corte. In tale causa la Commissione osserva che il Bundesvergabeamt soddisfa i requisiti di organo giudiziario ai sensi dell'art. 234 CE, come stabiliti dalla Corte nella sua giurisprudenza, ma dubita del carattere giurisdizionale delle sue pronunce. A questo proposito, rimanda alla giurisprudenza in cui la Corte ha deciso che il giudice nazionale è competente ad adire la Corte solamente qualora una causa sia pendente presso di lui, ed egli debba pronunciarsi nell'ambito di un procedimento che debba sfociare in una decisione che presenta le caratteristiche di una pronuncia giurisdizionale. In particolare, la Commissione fa riferimento alle cause C-134/97, Victoria Film A/S (5), e C-178/99, Salzmann (6). La Commissione dubita del carattere giurisdizionale delle pronunce perché il giudice del rinvio nella causa C-314/00 avrebbe osservato che le disposizioni adottate dal Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 2, secondo comma, BVergG, non comportano alcun ordine esecutivo nei confronti dell'autorità aggiudicatrice. Pertanto, la Commissione non esclude che le decisioni del Bundesvergabeamt non presentino le caratteristiche di una pronuncia giurisdizionale.

### *B - Ricevibilità delle questioni pregiudiziali*

21. Il governo austriaco ritiene che le questioni 1a) e 5) non siano ricevibili. Esso ritiene di poter desumere dall'ordinanza di rinvio che tali questioni sono poste in un procedimento basato sull'art. 113, n. 3, del BVergG. Secondo il governo austriaco tale procedimento non è una procedura di ricorso ai sensi della direttiva 89/665/CEE, bensì una procedura di accertamento. A tal proposito il governo austriaco chiarisce che il legislatore ha utilizzato la facoltà di opzione offerta dall'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665/CEE, disponendo che dopo la stipulazione del contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto può essere chiesto soltanto un risarcimento. Il governo austriaco spiega che il Bundesvergabeamt è competente per le procedure di ricorso ai sensi della direttiva. A quest'organo non sono tuttavia state attribuite le competenze di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE. In base all'art. 113, n. 3, dopo la stipulazione del contratto il Bundesvergabeamt deve limitarsi ad accertare se sussista o meno una lesione del diritto relativo all'appalto (per una disposizione simile, si veda l'art. 117, n. 3, del BVergG). Il motivo dell'attribuzione di questo compito al Bundesvergabeamt è di natura legato all'economia processuale. In primo luogo il Bundesvergabeamt, in qualità di esperto nelle gare d'appalto, è il più adatto a questo compito. Inoltre, in questo modo si possono prevenire possibili divergenze nella giurisprudenza, costi processuali inutili ed una più lunga durata del processo. Per la concessione del risarcimento danni è tuttavia competente il giudice civile. La procedura di accertamento davanti al Bundesvergabeamt deve precedere l'eventuale azione di risarcimento danni dinanzi al giudice civile, poiché altrimenti, ai sensi dell'art. 125, n. 2, del BVergG, la domanda è irricevibile. Il medesimo articolo dispone anche che le parti ed il giudice civile sono vincolati all'accertamento del Bundesvergabeamt. Secondo il governo austriaco ne discende che la procedura di accertamento non è una procedura ai sensi della direttiva 89/665/CEE e che di conseguenza una risposta alle questioni 1a) e 5) non è necessaria per la decisione nella causa principale.

## C - Valutazione

22. La Commissione non nega che questo ente soddisfi i requisiti di organo giudiziario, come formulati dalla Corte nella precedente giurisprudenza. Si domanda tuttavia se le decisioni del Bundesvergabeamt sfocino in una decisione aventi le caratteristiche di una pronuncia giurisdizionale. Il governo austriaco invece limita l'eccezione di irricevibilità alle questioni pregiudiziali 1a) e 5). Secondo detto governo il Bundesvergabeamt non ha bisogno di ottenere queste risposte per giungere ad una pronuncia. Tali questioni riguardano infatti aspetti per i quali questo ente non è competente.
23. In prosieguo esaminerò in primo luogo l'eccezione nei termini in cui è stata sollevata dalla Commissione. Su questo punto posso essere conciso. Non è in discussione il fatto che si tratti di un organo giudiziario ai sensi dell'art. 234 CE. La Corte lo ha già riconosciuto (implicitamente) più volte (7). La questione se le decisioni del Bundesvergabeamt abbiano anche talvolta le caratteristiche di una sentenza del giudice è stata recentemente esaminata nelle conclusioni dell'avvocato generale Mischo nella causa C-411/00, Felix Swoboda (8). Egli spiega giustamente che un ente può senz'altro adottare decisioni che abbiano le caratteristiche di una pronuncia giurisdizionale, anche se l'ente in questione non è competente ad emettere ordinanze esecutive. A titolo illustrativo indica la Corte di giustizia, che, eccetto i casi in cui viene resa una sentenza in procedimenti d'urgenza, è anch'essa priva di siffatta competenza. Mi associo a questo punto di vista. Come è stato rilevato nelle conclusioni di cui sopra, il Bundesvergabeamt non dispone di mezzi coercitivi per dare effetto alla propria pronuncia nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice; tuttavia quest'organo è competente a dichiarare l'annullamento e le sue pronunce sono vincolanti. Anche nella causa cui si riferiscono le conclusioni dell'avvocato generale Mischo si trattava di un caso in cui il Bundesvergabeamt non poteva più annullare la decisione dell'autorità aggiudicatrice, perché il contratto d'appalto era già stato stipulato e ai sensi della legislazione austriaca si può in tal caso solo chiedere il risarcimento danni. In detto caso, ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, il Bundesvergabeamt rimane competente a stabilire se l'appalto non sia stato aggiudicato al miglior offerente. Una pronuncia siffatta non è priva di importanza. In primo luogo, risulta dall'art. 125, n. 2, del BVergG, che un tale procedimento davanti al Bundesvergabeamt è necessario, a pena dell'irricevibilità, per una successiva azione di risarcimento danni dinanzi al giudice civile. In secondo luogo, le parti ed il giudice civile sono vincolati dalla pronuncia del Bundesvergabeamt. Mi associo quindi alle conclusioni dell'avvocato generale Mischo, nel senso che il Bundesvergabeamt, in quanto organo giudiziario, è competente a porre questioni pregiudiziali.
24. Occorre ora valutare se siano ammissibili tutte le questioni poste, il che il governo austriaco contesta. La Repubblica d'Austria sostiene che le procedure di accertamento non sono procedure di ricorso ai sensi della direttiva 89/665/CEE. Non condivido questa interpretazione.
25. Dalla sistematica della legislazione austriaca risulta che le competenze di cui all'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della direttiva sono attribuite al Bundesvergabeamt, e la competenza di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), è attribuita al giudice civile. In questa suddivisione dei compiti il legislatore austriaco si è avvalso dell'art. 2, n. 2, della direttiva. La Repubblica d'Austria ha quindi fatto uso della facoltà prevista dall'art. 2, n. 6, della direttiva. Ai sensi di detta disposizione, gli Stati membri possono optare per limitare le competenze dell'organo competente per le procedure di ricorso alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione, qualora il contratto, in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, sia già stato stipulato.
26. La direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere i poteri relativi a procedure d'urgenza, procedure di annullamento e procedure di risarcimento danni. Il fatto che nel proprio



ordinamento giuridico interno il legislatore austriaco abbia di conseguenza previsto nell'ambito delle procedure di risarcimento danni un procedimento a due stadi (la procedura davanti al Bundesvergabeamt, detta dal governo austriaco procedura di accertamento, e la vera e propria procedura di risarcimento danni dinanzi al giudice civile) nulla toglie alla competenza del Bundesvergabeamt a porre questioni pregiudiziali, tanto più che il giudice civile è vincolato dalla pronuncia del Bundesvergabeamt. Le procedure sono quindi strettamente collegate tra loro. Il fatto che in una procedura definita dal governo austriaco procedura di accertamento il Bundesvergabeamt non potesse porre questioni pregiudiziali sarebbe in contrasto con l'effetto utile della direttiva.

27. Dal sistema della legislazione austriaca discende infatti che il Bundesvergabeamt accerta se siano soddisfatti i requisiti stabiliti dalle direttive in materia di appalti pubblici. Questo accertamento, come già indicato nei paragrafi precedenti, esplica effetti giuridici, poiché in base ad esso si può proporre azione di risarcimento danni di fronte al giudice civile. Dal momento che le decisioni del Bundesvergabeamt hanno effetti giuridici, possono certamente porsi questioni pregiudiziali nell'ambito della procedura di accertamento, nella quale, si noti bene, si deve appurare se sia stato violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, o le disposizioni nazionali che traspongono il diritto comunitario.
28. Pertanto non condivido la posizione del governo austriaco, secondo cui la prima questione non rileva. E' proprio quest'organo competente per eccellenza a valutare se si sia in presenza di una violazione. Esso ha interesse ad appurare se può sollevare anche d'ufficio nella causa aspetti non adottati dalle parti. La situazione è diversa per la quinta questione. Tale questione concerne il momento in cui l'offerente abbia diritto al risarcimento danni. Secondo il diritto austriaco, questa è una questione di competenza del giudice civile. La questione se in concreto sussista un diritto al risarcimento è perciò una questione cui deve essere data risposta da detto giudice, in conformità con il suo diritto nazionale.
29. Concludo perciò che il Bundesvergabeamt austriaco è competente a porre questioni pregiudiziali e che tutte le questioni proposte da quest'organo sono ricevibili, eccezion fatta per la questione n. 5).

## **VI - Nel merito**

### *A - Questione 1a)*

30. Con questa questione il giudice del rinvio vuole sapere se il prendere in considerazione d'ufficio circostanze rilevanti per la procedura di aggiudicazione degli appalti sia in contrasto con l'art. 2, n. 8, della direttiva, o con qualche altra disposizione della direttiva o del diritto comunitario.
31. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt chiarisce di essere tenuto, a norma dell'art. 39, n. 2, dell'AVG, a pronunciarsi d'ufficio e perciò a verificare la legittimità anche di altri criteri di aggiudicazione oltre che di quello contestato dalla ricorrente. Qualora risultasse l'illegittimità anche di altri criteri, ciò potrebbe condurre al rigetto del ricorso. Il Bundesvergabeamt ritiene questa conseguenza della formulazione dell'art. 113, n. 3, del BVergG, in combinato disposto con il principio della sollevabilità d'ufficio nel procedimento amministrativo, sostanzialmente compatibile con il diritto comunitario. In considerazione dello spirito della disposizione di cui all'art. 113, n. 3, del BVergG, questa conclusione potrebbe tuttavia essere contestata sulla base del principio dell'efficacia della tutela giuridica.
32. Il giudice del rinvio osserva poi di non vedere, in linea di principio, disposizioni di diritto comunitario in base alle quali l'intervento d'ufficio non sia ammissibile, pur senza negare l'esistenza di una certa tensione tra la sollevabilità d'ufficio nel procedimento amministrativo

ed il requisito della contraddittorietà del procedimento.

33. Cionondimeno, il Bundesvergabeamt si vede costretto a porre dei quesiti a questo riguardo, in base all'art. 234, terzo comma, CE. Ciò per effetto diretto della sentenza 8 marzo 2001 del Bundesverfassungsgericht, in cui vengono sollevate delle questioni in merito alla compatibilità dell'intervento d'ufficio con il principio del ricorso in contraddittorio stabilito dall'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE. La Corte Costituzionale austriaca ha annullato varie decisioni del Bundesvergabeamt con la motivazione che tale ente avrebbe preso in considerazione d'ufficio aspetti illegittimi della procedura di aggiudicazione degli appalti.
34. La Commissione rileva che la direttiva non dispone che lo svolgimento della procedura di ricorso per un organo indipendente, ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE, debba essere basato esclusivamente sugli argomenti svolti dalle parti in causa, e che perciò non è escluso che tale organo ricomprenda d'ufficio nella valutazione circostanze rilevanti, purché però le parti abbiano il diritto di essere sentite. Anche il governo austriaco, che a tale proposito rimanda alle osservazioni che ha presentato nella causa Primetzhofer (9), ritiene che l'intervento d'ufficio non sia in contrasto con la prima parte dell'ultimo comma dell'art. 2, n. 8, della direttiva.
35. Le osservazioni della GAT, che si concentrano specialmente sulle conseguenze dell'intervento d'ufficio, sono volte in sostanza a sostenere che l'includere d'ufficio nella valutazione circostanze non addotte dalle parti sarebbe in contrasto con la direttiva.
36. In primo luogo si deve osservare che il Bundesvergabeamt è un organo giudiziario ai sensi dell'art. 234 CE. In precedenza la Corte ha chiarito che, ai sensi dell'art. 2, n. 8, primo comma, nell'organizzare un sistema di controllo in materia di appalti pubblici gli Stati membri possono scegliere tra due soluzioni. La competenza viene attribuita o a un organo giudiziario, o a un «organo di base» non giudiziario, nel qual caso deve essere consentito il ricorso a un organo giudiziario o a un altro organo, che, per garantire adeguata possibilità di ricorso, deve soddisfare gli specifici requisiti di cui all'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665/CEE (10). Dal momento che il Bundesvergabeamt è da considerarsi organo giudiziario («la prima opzione»), detta disposizione di garanzia non è applicabile. Le osservazioni del governo austriaco, e anche della Commissione, secondo cui l'intervento d'ufficio non sarebbe in contrasto con la prima parte dell'ultimo comma dell'art. 2, n. 8, della direttiva, sono perciò in casu irrilevanti. La questione rimane per contro rilevante, poiché il giudice del rinvio la pone anche alla luce del suo intervento quale «organo giudiziario». Inoltre, il fatto che la pronuncia venga emessa dopo un procedimento in contraddittorio è uno dei fattori che la Corte prende in considerazione per valutare se si tratti di un organo giudiziario ai sensi dell'art. 234 CE.
37. Per le seguenti ragioni ritengo che il principio del contraddittorio non escluda l'intervento d'ufficio del giudice competente in un procedimento amministrativo. Il principio del contraddittorio prevede, in realtà, che le parti possano reciprocamente reagire agli argomenti espressi prima che l'organo competente si pronunci, e che, se tale organo include d'ufficio nella propria indagine determinati aspetti, le parti possano altresì reagirvi. Inoltre ai sensi della direttiva gli Stati membri devono prevedere procedure accessibili, efficaci e mirate. Per ciò che concerne l'organizzazione di tali procedure, tuttavia, gli Stati membri sono liberi. Possono quindi disporre che un giudice possa includere d'ufficio nella propria valutazione circostanze rilevanti. Fino a che punto il Bundesvergabeamt sia tenuto a includere d'ufficio nella propria valutazione tutte le circostanze rilevanti, indipendentemente quindi dagli argomenti svolti dalle parti in causa, è un quesito che rientra anche nella prossima questione. Ritengo quindi che il prendere in considerazione d'ufficio, ed indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa nella procedura di ricorso, circostanze rilevanti per il procedimento di aggiudicazione dell'appalto non sia in contrasto con la direttiva, purché con

ciò venga garantito l'obiettivo che la direttiva si propone, cioè un'efficace tutela giuridica.

B - *Questione 1b)*

38. Con la questione 1b) il Bundesvergabeamt vuole sapere se l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva, eventualmente insieme ad altri principi del diritto comunitario, osti all'adozione, da parte dell'autorità competente a conoscere dei ricorsi, di una decisione di rigetto della domanda con cui un offerente ha indirettamente chiesto il risarcimento del danno che avrebbe subito nell'ambito di una procedura di aggiudicazione la cui legittimità è già stata compromessa da altri motivi diversi da quelli da lui adottati.
39. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt ha chiarito con le questioni 1a) e 1b) che gli artt. 113, n. 3, e 115, n. 1, del BVergG dispongono che in una procedura di ricorso dopo l'aggiudicazione dell'appalto esso è tenuto ad accertare la legittimità della decisione del committente impugnata dal ricorrente, ma che un tale ricorso può essere ammesso solo se proprio la decisione illegittima impugnata ha fatto sì che l'appalto non venisse aggiudicato al miglior offerente ai sensi della legge. Perciò, se la procedura di aggiudicazione è già fundamentalmente illegittima in base ad un'altra (possibilmente precedente) decisione dell'appaltante, e se tale altra decisione dell'appaltante non è stata impugnata dal ricorrente nella procedura di ricorso, il ricorso non può essere ammesso. Se ne deduce che un offerente, in relazione a una decisione del committente di cui è stata accertata l'illegittimità, non può comunque presentare una domanda di risarcimento danni, perché un'altra decisione non impugnata del committente ha già in precedenza portato alla conclusione che la procedura di aggiudicazione in questione è illegittima. In un caso del genere il ricorrente non è «leso» dalla violazione da lui impugnata ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE, poiché il danno, per esempio in forma di costi relativi all'offerta sostenuti inutilmente, è causato da un'altra (precedente) violazione.
40. La GAT ritiene che la suddetta pratica giurisdizionale del Bundesvergabeamt sia in contrasto con l'efficace tutela giuridica richiesta dal diritto comunitario in materia di appalti. A tal proposito, la GAT fa riferimento alla sentenza del Verfassungsgerichtshof, che in base alla giurisprudenza della Corte giunge alla conclusione che il diritto di ricorso in base all'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665/CEE debba essere interpretato in maniera ampia e che tale diritto spetti a chiunque, presentando un'offerta, abbia dimostrato il proprio interesse all'aggiudicazione. La GAT chiarisce che in tale sentenza il Verfassungsgerichtshof ha concluso che, alla luce dell'estesa tutela giuridica a favore di candidati ed offerenti, è dubbio se l'interpretazione del Bundesvergabeamt, secondo cui il ricorso di un offerente non può essere accolto perché la relativa procedura di aggiudicazione è viziata già per un altro motivo, sia compatibile con il diritto comunitario.
41. A titolo illustrativo la GAT riferisce che nel procedimento principale il Bundesvergabeamt l'ha confrontata con la propria opinione, secondo la quale in uno svolgimento regolare in realtà la procedura di aggiudicazione dell'appalto avrebbe dovuto essere annullata, perché il criterio di aggiudicazione riguardante una lista di referenze è illecito ai sensi del diritto in materia di appalti sia europeo che austriaco. La GAT rileva che tale criterio non è oggetto del procedimento da lei avviato. Secondo il Bundesvergabeamt la conseguenza è però che la GAT decade dal diritto al risarcimento danni. Secondo la GAT una siffatta pratica giuridica, in cui il Bundesvergabeamt constata d'ufficio che la procedura è illegittima, può essere lecita se ha luogo prima dell'aggiudicazione dell'appalto. In tal caso può essere emesso un nuovo bando di gara, eliminando i criteri illeciti. In detto caso l'offerente non sarebbe danneggiato, nel senso che potrebbe nuovamente concorrere. Dopo l'aggiudicazione, però, la possibilità di ripristino viene a mancare. Inoltre, gli offerenti hanno valutato la propria situazione giuridica solamente in base a ciò che nel caso concreto si è realmente verificato. Su questo deve allora, secondo la GAT, essere pure basata la procedura di ricorso.

42. La GAT rileva che per mezzo della pratica giuridica del Bundesvergabeamt in esame in realtà la responsabilità del corretto svolgimento, dal punto di vista legale, della procedura di aggiudicazione viene fatta gravare sugli offerenti, mentre l'appaltante in caso di svolgimento irregolare ne resta esonerato. Non spetta all'offerente evidenziare tutte le violazioni o tutte le potenziali violazioni in una procedura di aggiudicazione di appalto. Il diritto a presentare ricorso si riallaccia comunque ai suoi diritti soggettivi, sussiste cioè quando egli è danneggiato, o rischia di essere danneggiato, a seguito di una violazione del diritto applicabile.
43. Sia la Commissione che il governo austriaco propongono di risolvere affermativamente tale questione. La Commissione rileva che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665/CEE dispone che le procedure di ricorso devono essere accessibili a chiunque abbia, o abbia avuto, interesse all'aggiudicazione e che è, o rischia di essere, leso da una asserita violazione. Per ciò che concerne la portata delle procedure di ricorso contro decisioni di autorità aggiudicatrici la Commissione rimanda alle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa 92/00 (11). Le considerazioni ivi esposte valgono, secondo la Commissione, non solo per procedure rivolte contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ma anche per azioni di risarcimento danni ex art. 2, n. 1, lett. c), tanto più che la direttiva stessa non prevede la possibilità di porre limiti all'azione di risarcimento danni.
44. Il governo austriaco fa presente che una risposta negativa avrebbe per conseguenza che, nonostante la fondatezza dell'istanza, il ricorso contro l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere respinto, perché il danno subito dall'interessato sarebbe stato causato da altre irregolarità, da lui non impugnate, nella procedura di aggiudicazione. Un ricorrente in una procedura di aggiudicazione sarebbe perciò costretto a denunciare sistematicamente tutte le irregolarità nella procedura al fine di poter far valere il proprio diritto. Questa interpretazione potrebbe essere in contrasto con la direttiva 89/665/CEE, che richiede proprio un intervento efficace e mirato contro ogni violazione asserita dal ricorrente. Il respingere un ricorso fondato dal punto di vista contenutistico potrebbe considerarsi diniego di giustizia. D'altro canto, il governo austriaco rileva che si può anche sostenere, dal momento che la direttiva non contiene regolamentazione esplicita al riguardo, che la questione debba essere risolta esclusivamente in base al diritto nazionale.
45. La Corte ha più volte ricordato che lo scopo della direttiva 89/665/CEE è di rinforzare i provvedimenti esistenti a livello nazionale e comunitario per garantire un'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Per questo motivo l'art. 1, n. 1, della direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere possibilità di ricorso efficaci e rapide. Si tratta quindi della possibilità di presentare ricorso contro decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice senza alcuna limitazione relativa al tipo e al contenuto delle decisioni (12). Questo tenore della direttiva si oppone ad una sua interpretazione ed applicazione che abbia per effetto di limitare direttamente o indirettamente le possibilità di ricorso per gli offerenti. Ciò, a mio parere, vale anche per le azioni di risarcimento danni. L'art. 1, n. 3, della direttiva dispone che le procedure di ricorso (tra cui quelle di risarcimento danni) devono essere consentite a chiunque abbia, o abbia avuto, interesse all'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato, o rischi di essere, leso da un'asserita violazione. La direttiva non prevede alcuna possibilità di un limite a tale riguardo. Anzi, l'unica possibilità per gli Stati membri dopo la stipulazione del contratto e l'avvenuta aggiudicazione è di limitare le procedure a azioni di risarcimento danni, che però devono comunque rimanere consentite a «chiunque sia stato leso a causa di una violazione». Né dal disposto dell'art. 1, n. 3, né da quello dell'art. 2, n. 6, risulta che possano porsi limitazioni a questa facoltà dell'offerente interessato.
46. La pratica descritta dal giudice del rinvio ha come conseguenza che gli offerenti danneggiati da una violazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice non possano

chiedere il risarcimento danni. Un offerente che ritenga che a torto un appalto non gli sia stato aggiudicato, infatti, non necessariamente è a conoscenza del fatto che già nella fase di selezione degli offerenti è stato adottato un criterio illegittimo, a prescindere poi dal fatto che egli stesso soddisfa tale criterio illegittimo e perciò non ne ha tratto alcun danno. Se infatti egli fosse stato escluso già in tale fase in base ad un criterio illegittimo, avrebbe potuto agire a quello stadio.

47. Dovrebbe essere in effetti in contrasto con lo spirito del diritto comunitario se una verifica d'ufficio da parte del Bundesvergabeamt avesse come risultato che un comportamento illegittimo tenuto nei confronti di un offerente non potesse più consentire l'esperimento di un'azione di risarcimento danni. Questo è tanto più vero dal momento che dopo la stipulazione del contratto e a seguito dell'aggiudicazione non è più possibile l'impugnazione.

*C - Questione 2)*

48. Con questa questione il giudice del rinvio vuole sapere se la direttiva 93/36/CEE osti ad un criterio di aggiudicazione consistente nel prendere in considerazione una lista di referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti.
49. Dall'ordinanza di rinvio emerge che l'amministrazione aggiudicatrice riconosce un punteggio per tale lista, senza tener conto delle esperienze avute dai relativi acquirenti con il prodotto in questione. Inoltre, la lista deve essere relativa ad acquirenti della zona alpina dell'UE, punto riguardante in parte la questione seguente. Nella questione in esame si tratta di verificare se una lista del genere possa svolgere un ruolo nella valutazione dell'aggiudicazione, invece che come criterio di selezione qualitativa.
50. In sostanza sia la Commissione che il governo austriaco rilevano che in tal caso si tratta di un criterio di idoneità piuttosto che di un criterio di aggiudicazione, e che è in contrasto con il sistema della direttiva 93/36/CEE non valutare una lista di referenze sul prodotto proposto dall'offerente nell'ambito dell'idoneità dell'offerente, bensì includerla nella valutazione dell'aggiudicazione.
51. Finora la Corte ha fatto una rigorosa distinzione tra criteri di idoneità («selezione dell'offerente»), da una parte, e criteri di aggiudicazione («selezione dell'offerta»), dall'altra (13). Entrambe sono attività a sé stanti nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto e sono sottoposte a regole separate. La selezione dell'offerente ha luogo in base alle sue capacità economiche, finanziarie e tecniche. Gli artt. 22, 23 e 24 della direttiva 93/36/CEE dispongono, in maniera non esaustiva, attraverso quali referenze o mezzi di prova possano essere dimostrate le capacità degli offerenti. Per ciò che concerne la capacità tecnica, ai sensi dell'art. 23 della direttiva essa può essere valutata in base ad un elenco delle principali forniture. Per l'aggiudicazione, la selezione può aver luogo sia in base al prezzo più basso, sia in base a criteri volti alla determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36/CEE elenca una serie di esempi di tali criteri. Benché questo elenco non sia esaustivo, e l'autorità aggiudicatrice sia libera di optare per altri criteri, la scelta deve contenere solo criteri atti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (14). Dall'ordinanza di rinvio risulta che la lista di referenze nella fattispecie vale come criterio di aggiudicazione. Come osservato sia dalla Commissione che dal governo austriaco, una lista di referenze in base alla quale vengono attribuiti determinati punteggi senza che venga valutata l'esperienza dei precedenti committenti indicati nella lista è molto adatta come criterio di selezione qualitativa, ma non come criterio di aggiudicazione. Condivido tale opinione. Può darsi che l'elenco di referenze in questione dica qualcosa sull'esperienza e la competenza tecnica dell'offerente, ma una lista siffatta non è adatta per determinare l'offerta più vantaggiosa. Una lista di referenze del genere, infatti, non offre alcuna indicazione sulle prestazioni fornite, il servizio, i costi di

utilizzazione o altri criteri adatti a determinare quale offerta risulti essere in definitiva quella economicamente più vantaggiosa per l'appaltante.

52. Quanto sopra conduce alla conclusione che il poter presentare una lista come quella in questione quale criterio di aggiudicazione non è compatibile con il disposto dell'art. 26 della direttiva 93/36/CEE. Ad abundantiam rilevo anche che dall'ordinanza di rinvio non risulta quali referenze gli offerenti in questione abbiano dovuto presentare per comprovare la loro capacità tecnica. Il fatto che questo requisito non possa essere un criterio di aggiudicazione non implica perciò ancora che sia adatto come criterio di idoneità per l'offerente.

*D - Questione 3)*

53. Questa questione è formulata sulla scia della precedente. A rigore non è necessario darle una risposta, visto che è posta unicamente per il caso in cui si sia risposto negativamente alle questioni 1a) e 2). Dalla valutazione della questione precedente risulta che la presa in considerazione di una lista, da cui in quanto tale non si possono attingere dati determinanti per la valutazione della vantaggiosità economica dell'offerta, non può servire come criterio di aggiudicazione. Qui di seguito, perciò, mi addentrerò specificamente nella questione se sia compatibile con il diritto comunitario il prendere in considerazione unicamente referenze provenienti dalla zona alpina dell'Unione europea.

54. Secondo la Commissione il tener conto esclusivamente di referenze provenienti dalla zona alpina dell'Unione europea come criterio di idoneità può essere discriminatorio. Anche il governo austriaco è di questa opinione.

55. Condivido questa opinione. Dalla valutazione della questione precedente risulta già che l'autorità aggiudicatrice può adottare esclusivamente criteri di aggiudicazione per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che il prendere in considerazione una lista di referenze non è adatto a tale scopo. Ciò vale certamente anche se queste referenze di acquirenti devono essere limitate a referenze provenienti dalla zona alpina dell'Unione europea. A prescindere dalla questione se la lista debba essere qualificata come criterio di aggiudicazione o come criterio di selezione qualitativa, essa è in ogni caso discriminatoria. Come ha anche rilevato il governo austriaco, è ugualmente possibile fare un paragone con esperienze in altre zone montuose, aventi caratteristiche climatologiche e topografiche simili. Può dunque darsi che un offerente non raggiunga il punteggio necessario perché larga parte della sua clientela si trova nella zona alpina svizzera o, ad esempio, nei Pirenei. Si potrebbe obiettare che questo vale indipendentemente dal fatto che gli offerenti abbiano nazionalità austriaca oppure la nazionalità di uno degli Stati membri dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, oppure di uno Stato con il quale è stato stipulato un accordo internazionale. In pratica tuttavia il requisito che la lista di acquirenti possa includere soltanto la zona alpina dell'Unione europea, quindi de facto le Alpi austriache e la parte relativamente piccola delle Alpi che si trova in Italia ed in Francia, avrebbe come conseguenza che de facto le imprese stabilite in Austria vengano a trovarsi in una posizione di favore grazie alla loro ubicazione.

56. Concludo perciò che l'adozione di criteri con limitazioni geografiche ha di per sé come conseguenza che la cerchia di offerenti venga circoscritta in base a parametri geografici, e che un criterio siffatto perciò è per sua natura discriminatorio con riguardo ai potenziali candidati che non possono soddisfare tale criterio geografico.

*E - Questione 4)*

57. Questa questione riguarda il criterio di aggiudicazione in base al quale una valutazione positiva è possibile solo se l'oggetto dell'appalto può essere collaudato in un raggio di 300

Km. dal luogo dell'appalto. La Commissione ha osservato al riguardo che, ai sensi dell'art. 23, n. 1, lett. d), della direttiva 93/36/CEE, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere come prova di idoneità campioni, descrizioni e/o fotografie dei prodotti da fornire. Perciò il requisito di avere una possibilità di collaudo entro un raggio di 300 Km. dovrebbe essere un criterio di idoneità. Anche la Repubblica d'Austria ha asserito che si tratta di un criterio di idoneità e non di un criterio di aggiudicazione. Inoltre un criterio siffatto è discriminatorio, secondo il governo austriaco, perché avvantaggia i partecipanti vicini all'autorità aggiudicatrice, il più delle volte cittadini dello Stato membro in questione o stabiliti nelle immediate vicinanze del confine.

58. La GAT ha rilevato al riguardo che l'art. 60 del BVergG stabilisce come possa essere fornita la prova della capacità tecnica. Normalmente ciò avviene a mezzo di certificati, fotografie e campioni. Solo in casi eccezionali il BVergG consente un controllo diretto, e cioè nei casi in cui il prodotto da fornire è per sua natura complesso (art. 60, n. 2, BVergG). Da questa disposizione discende pure che il requisito del collaudo non può essere formulato in maniera tale che l'oggetto di riferimento debba trovarsi nelle immediate vicinanze dell'autorità aggiudicatrice. Un requisito siffatto sarebbe in contrasto con lo scopo del diritto comunitario in materia di appalti, in quanto limita le possibilità di partecipare all'appalto consentite a fabbricanti e fornitori di altri Stati membri. Per questo motivo l'art. 60, n. 2, del BVergG prevederebbe che un collaudo in loco possa essere effettuato sia dall'autorità aggiudicatrice stessa, sia da un'autorità competente, che agisca in suo nome, del paese di provenienza dell'offerente. Ai sensi del BVergG un'autorità aggiudicatrice, nel caso in cui la complessità tecnica del prodotto da fornire renda necessario un esame diretto, deve ammettere come riferimento per la valutazione dell'abilità tecnica tutti i prodotti che si trovano in Europa. La GAT osserva inoltre che non sussiste una disposizione analoga per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cionondimeno l'opinione dominante in Austria sarebbe che, al fine di valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'appalto può essere prevista una possibilità di collaudo o una prova equivalente, come lo richiedono le specificità dell'oggetto dell'appalto. La GAT sostiene che non c'è motivo di operare una distinzione nel caso che la possibilità di collaudo sia richiesta come un criterio di idoneità piuttosto che come un criterio di aggiudicazione. La facoltà per un'autorità aggiudicatrice di chiedere un collaudo nelle vicinanze della sua sede equivale ad una discriminazione dissimulata, perché generalmente potranno soddisfare questo requisito soltanto imprese austriache. La questione sarebbe diversa solo se si trattasse di prodotti di serie o prodotti di dimensioni minori, per i quali normalmente è sufficiente l'invio di un campione. In casu tuttavia si tratta della produzione di un esemplare specifico, i cui costi di trasporto sono in genere molto elevati. In un caso siffatto dovrebbe prevalere l'interesse del fabbricante, e l'autorità aggiudicatrice non dovrebbe richiedere che il collaudo si svolga esclusivamente nelle vicinanze della propria sede.
59. Come si è già visto anche nelle soluzioni delle questioni precedenti, è vero che per il criterio di aggiudicazione «l'offerta economicamente più vantaggiosa» devono prendersi in considerazione soltanto criteri che possano servire alla determinazione della medesima. Non vedo come possa contribuirvi il criterio «possibilità di collaudo entro un raggio di 300 Km». Questo è quindi piuttosto un criterio di idoneità che un criterio di aggiudicazione. Nonostante ciò, tuttavia, tale criterio è inammissibile, perché un raggio di 300 Km. costituisce effettivamente una limitazione. Ne deriva comunque un vantaggio per gli offerenti i cui acquirenti e/o sede aziendale si trovano nelle vicinanze dell'autorità aggiudicatrice, e che quindi di solito hanno anche la stessa nazionalità dell'autorità aggiudicatrice. Si tratta perciò di una discriminazione secondo il Paese di provenienza dei beni e/o servizi in questione e secondo la nazionalità del fornitore. A prescindere da ciò, non vedo neppure la necessità di limitare la possibilità di collaudo in loco dell'oggetto a un raggio di 300 Km. dal luogo dell'appalto. Come ha anche osservato la GAT, quando è desiderato il collaudo dell'oggetto in loco si può ricorrere a soluzioni alternative.



F - *Questione 5)*

60. Al paragrafo 29 sono giunto alla conclusione che questa questione è irricevibile, dal momento che dopo l'aggiudicazione dell'appalto il Bundesvergabeamt è competente solo ad accertare se la procedura pubblica di aggiudicazione si sia svolta correttamente e se l'appalto non sia stato aggiudicato al miglior offerente, ma non a riconoscere il risarcimento danni. Qualora la Corte non seguisse il mio punto di vista, esamino anche detta questione.
61. Il punto di partenza è che si tratta di una violazione e che questa violazione consiste nella fissazione di un criterio di aggiudicazione illegittimo. La questione è allora se l'offerente abbia diritto al risarcimento danni solo qualora possa concretamente dimostrarsi che egli, senza quel criterio di aggiudicazione illegittimo, sarebbe risultato il miglior offerente.
62. A titolo illustrativo, il giudice del rinvio ha rilevato che il diritto comunitario non stabilisce espressamente in quale caso si debba partire dal presupposto che un offerente debba considerarsi concretamente danneggiato da una violazione del diritto ad opera dell'autorità aggiudicatrice. Egli fa riferimento al fatto che nella pratica è spesso difficile dimostrare come si sarebbe collocata la proposta dell'offerente se non ci fosse stato il criterio illegittimo. D'altro canto, l'esame di violazioni in procedimenti di aggiudicazione di appalti nella pratica si può svolgere meglio qualora si parta dal presupposto che gli offerenti sono danneggiati da qualunque criterio di aggiudicazione illegittimo potenzialmente rilevante per il contenuto delle loro proposte.
63. L'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE riguarda la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione. Una disposizione analoga si ritrova all'art. 2, n. 1, lett. d), della direttiva 92/13/CEE (15). La Commissione riscontra fondatamente che, al contrario della suddetta direttiva - la quale stabilisce che, nel caso in cui venga presentata una richiesta di risarcimento danni a motivo dei costi sostenuti per la redazione di un'offerta o della partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto, il richiedente deve esclusivamente dimostrare che si tratta di una violazione del diritto in materia di appalti e che aveva effettive probabilità di vedersi aggiudicare l'appalto (16) - la direttiva 89/665/CEE non prevede una tale disposizione. Al contempo rilevo che neppure questa direttiva dispone alcunché per i casi in cui si lamenti un danno a motivo di altri costi.
64. In assenza di disposizioni al riguardo nella direttiva, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte (17), questa questione è regolata dal diritto nazionale, in considerazione dei principi generali del diritto comunitario, tra cui il principio di uguaglianza e il principio di efficacia. Ne consegue che la domanda di risarcimento danni è governata dalle condizioni sostanziali e formali fissate al riguardo dalla legislazione austriaca. Secondo una consolidata giurisprudenza, queste non possono tuttavia essere più sfavorevoli di quelle previste per i ricorsi nazionali analoghi (un principio dal quale muove anche la direttiva stessa), e non possono essere di natura tale da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario.
65. A ciò aggiungo che il riconoscere all'offerente un diritto al risarcimento danni soltanto qualora egli sia concretamente in grado di dimostrare che senza il criterio di aggiudicazione illegittimo avrebbe ottenuto l'appalto può far sì che l'esercizio dei diritti diventi in pratica impossibile, o quanto meno venga fortemente limitato.
66. Nell'ipotesi, che ne risulta, che i costi inutilmente sostenuti da un offerente per la partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto svoltasi irregolarmente rimangano non risarciti, potenziali candidati potrebbero essere dissuasi dal partecipare ad una gara d'appalto. Ritengo che ciò sia in contrasto con lo scopo delle direttive in materia di appalti e con la portata della direttiva 89/665/CEE, che mira proprio a rinforzare le



possibilità di ricorso contro violazioni di dette direttive. Ne concludo che l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva non può essere interpretato in maniera così restrittiva che un offerente abbia diritto al risarcimento danni solo qualora sia in grado di dimostrare che senza il criterio di aggiudicazione illegittimo avrebbe ottenuto l'appalto. E' vero che la portata del diritto al risarcimento danni in linea di principio è disciplinata dal diritto nazionale; tuttavia, l'applicazione di tale diritto non deve far sì che l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario diventi di fatto impossibile, o venga fortemente intralciato.

## VII - Conclusionione

67. In base a quanto sopra, suggerisco alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali del Bundesvergabeamt:

1a) 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 aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, non osta a che l'autorità competente a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva, ivi compreso l'esercizio dei poteri di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), prenda in considerazione circostanze rilevanti d'ufficio, indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa nella procedura di ricorso.

1b) L'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE osta all'adozione - da parte dell'autorità competente a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva, ivi compreso l'esercizio dei poteri di cui all'art. 2, n. 1, lett. c) - di una decisione di rigetto della domanda con cui un offerente ha indirettamente chiesto il risarcimento del danno, perché la procedura di aggiudicazione sarebbe già illegittima a motivo di violazioni diverse da quelle impugnate dal ricorrente.

2) Le disposizioni della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, ostano a che, nello svolgimento delle procedure d'appalto, l'autorità aggiudicatrice prenda in considerazione, come criterio di aggiudicazione, referenze dei prodotti proposti dagli offerenti.

3) Un criterio fondato sulle referenze, in base al quale si tenga conto solo del numero delle referenze e non si effettui un esame sostanziale delle esperienze avute dagli appaltanti con il prodotto, non è un criterio di aggiudicazione ai sensi dell'art. 26 della direttiva 93/36/CEE. Il prendere in considerazione esclusivamente referenze provenienti dalla zona alpina dell'UE costituisce inoltre una discriminazione, vietata dal Trattato, secondo la provenienza dei beni e servizi in questione.

4) Un criterio in base al quale i candidati sono presi in considerazione solo se l'oggetto dell'appalto può essere collaudato in un raggio di 300 Km. dal luogo dell'appalto non è un criterio di aggiudicazione. Tale criterio è inoltre illecito, in quanto discriminatorio.

5) Dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665/CEE non consegue che il diritto al risarcimento danni sussiste solo qualora l'offerente sia concretamente in grado di dimostrare che, senza criterio di aggiudicazione illegittimo, la sua offerta sarebbe stata la migliore.

---

1:- Lingua originale: l'olandese.

---

2:- 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).

---

[3:](#)- Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

---

[4:](#)- BGBl, I, 56/1997.

---

[5:](#)- Sentenza 12 novembre 1998, causa C-134/97, Victoria Film A/S (Racc. pag. I-7023, punto 14).

---

[6:](#)- Sentenza 14 giugno 2001, causa C-178/99, Salzmann (Racc. pag. I-4421, punto 14).

---

[7:](#)- V., ad esempio, sentenze 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73); 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel (Racc. pag. I-5357); 24 settembre 1998, causa C-111/97, EvoBus Austria (Racc. pag. I-5411); 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso und Leitschutz (Racc. pag. I-5697); 28 ottobre 1998, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671); 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745), nonché 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE (Racc. pag. I-11037).

---

[8:](#)- Conclusioni dell'avvocato generale Mischo del 18 aprile 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda, decisa con sentenza 14 novembre 2002 (Racc. pag. I-10567).

---

[9:](#)- Questa causa si è nel frattempo conclusa, v. ordinanza 11 luglio 2002 (causa C-464/00, non pubblicata nella Raccolta).

---

[10:](#)- Sentenza 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Altwanger (Racc. pag. I-551, punti 27-30). V. anche sentenza 4 marzo 1999, causa C-258/97, HI (Racc. pag. I-1405, punti 14-19).

---

[11:](#)- V. punti 23 e 24 delle conclusioni nella sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553).

---

[12:](#)- Sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria (citata alla nota 7), v. anche sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (citata alla nota 11).

---

[13:](#)- Sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635). Questa causa riguardava la direttiva 71/305/CEE; la direttiva 93/36/CEE presenta una sistemica analoga.

---

[14:](#)- V., ad esempio, sentenze 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction (Racc. pag. I-7725), e 20 settembre 1988, causa 31/87 (citata alla nota 13).

---

[15:](#) - Direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e 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 (GU L 76, pag. 14).

---

[16:](#) - V., al riguardo, art. 2, n. 7, della direttiva 92/13/CEE.

---

[17:](#) - V. ancora recentemente sentenza 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer (Racc. pag. I-6325 e la giurisprudenza ivi citata).