

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

19 giugno 2003 [\(1\)](#)

«Appalti pubblici - Direttiva 89/665/CEE - Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici - Potere dell'organo responsabile delle procedure di ricorso di esaminare d'ufficio ogni violazione - Direttiva 93/36/CEE - Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture - Criteri d'idoneità - Criteri di aggiudicazione»

Nel procedimento C-315/01,

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

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

e

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

domanda vertente sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), nonché della 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),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. J.-P. Puissochet, presidente di sezione, dai sigg. R. Schintgen (relatore) e V. Skouris, dalla sig.ra F. Macken e dal sig. J.N. Cunha Rodrigues, giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed

cancelliere: sig. R. Grass

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), dal sig. S. Korn, Universitätsassistent;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. M. Nolin, in qualità di agente, assistito dal sig. R. Roniger, Rechtsanwalt,

vista la relazione del giudice relatore,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 ottobre 2002,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 11 luglio 2001, pervenuta in cancelleria il 13 agosto successivo, il Bundesvergabeamt (Ufficio federale per gli appalti) ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, cinque questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»), nonché della 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).
2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (in prosieguo: la «GAT») e la società Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (in prosieguo: l'«ÖSAG»), in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture per il quale la GAT aveva presentato un'offerta.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

Direttiva 89/665

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

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».
4. Ai sensi dell'art. 2, nn. 1, 2, 6 e 8, della direttiva 89/665:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di

aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

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

2. I poteri di cui al paragrafo 1 possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

(...)

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 essere sempre 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'articolo [234] del trattato 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».

Direttiva 93/36

5. L'art. 15 della direttiva 93/36, che fa parte del capitolo 1, intitolato «Norme comuni di partecipazione», del titolo IV della stessa, al n. 1 recita come segue:

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

6. L'art. 23 della direttiva 93/36, che fa parte del capitolo 2, intitolato «Criteri di selezione qualitativa», del titolo IV della stessa, al n. 1, lett. a) e d), così recita:

«La prova della capacità tecnica del fornitore può essere adottata 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».

7. L'art. 26 della direttiva 93/36, che fa parte del capitolo 3, intitolato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», del titolo IV della stessa, al n. 1 precisa quanto segue:

«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».

Normativa nazionale

8. Le direttive 89/665 e 93/36 sono state recepite nell'ordinamento austriaco mediante il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56; in prosieguo: il «BVerG»).

9. L'art. 113 del BVerG stabilisce le competenze del Bundesvergabeamt (ufficio federale per le aggiudicazioni). Esso prevede quanto segue:

«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 le 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 aggiudicatrice.

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 di attuazione. (...)».

10. L'art. 115, nn. 1 e 5, del BVergG dispone quanto segue:

«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:

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

(...)».

11. L'art. 117, nn. 1 e 3, del BVergG dispone quanto segue:

«1. Il Bundesvergabeamt, tenendo conto del parere espresso dalla commissione di conciliazione nella stessa controversia, deve annullare, con provvedimento amministrativo, qualsiasi decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto che

1) sia contraria alle disposizioni della presente legge federale o dei relativi regolamenti di esecuzione e

2) sia determinante per l'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto.

(...)

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto, il Bundesvergabeamt, conformemente alle condizioni di cui al paragrafo 1, constata unicamente se la pretesa illegittimità sia effettiva o meno».

12. Conformemente all'art. 122, n. 1, del BVergG, «in caso di violazione colposa della presente legge federale o dei suoi regolamenti di attuazione da parte delle autorità competenti di un'amministrazione aggiudicatrice, un offerente o un concorrente la cui offerta non sia stata accolta ha diritto all'indennizzo per le spese di elaborazione dell'offerta e per le altre spese che abbia sostenuto in conseguenza della partecipazione alla procedura di aggiudicazione nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice alla quale deve essere imputata la responsabilità per gli atti degli organi di aggiudicazione».

13. In forza dell'art. 125, n. 2, del BVergG, un ricorso per risarcimento danni, che dev'essere presentato dinanzi alle giurisdizioni civili, è ammissibile solo se si sia previamente pronunciato il Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 3. Il giudice civile chiamato a pronunciarsi in merito a tale domanda di risarcimento e le parti istanti dinanzi al Bundesvergabeamt sono vincolati a tale pronuncia.

14. A norma dell'art. 2, n. 2, lett. c), punto 40 a, dell'Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (legge del 1991 recante disposizioni preliminari alle leggi sui procedimenti amministrativi, BGBl. 1991/50), al procedimento amministrativo del Bundesvergabeamt si applica l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (legge generale del 1991 sui procedimenti amministrativi, BGBl. 1991/51; in prosieguo: l'«AVG»).

15. L'art. 39, nn. 1 e 2, dell'AVG, nella versione applicabile alla causa principale, così

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 (...)».

Causa principale e questioni pregiudiziali

16. Il 2 marzo 2000 l'ÖSAG, rappresentata dall'Autobahnmeistere (servizio di gestione e manutenzione di autostrade) St. Michael/Lungau, ha indetto in tutta Europa una gara pubblica d'appalto relativa alla fornitura di un «autoveicolo speciale: spazzatrice stradale nuova, pronta per entrare in funzione e omologata, destinata al servizio di gestione e manutenzione di Kalwang, sull'autostrada A9, detta “di Phyrn”».
17. Le cinque offerte presentate sono state aperte il 25 aprile 2000. Il GAT ha presentato un'offerta per ATS 3 547 020, IVA esclusa. L'offerta presentata dall'impresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG era di ATS 4 174 290 netti; quella di un altro offerente ammontava ad ATS 4 168 690, IVA esclusa.
18. In relazione alla valutazione delle offerte, il punto B.1.13 del bando di gara precisava 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. Alla lista di referenze di acquirenti di spazzatrici stradali nella zona alpina dell'Unione europea (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».

19. Il 16 maggio 2000 l'ÖSAG ha respinto l'offerta della GAT, adducendo la motivazione che tale offerta non soddisfaceva le condizioni del bando 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'ÖSAG, la GAT non avrebbe soddisfatto la condizione posta dal bando di rendere possibile il collaudo dell'apparecchio in un raggio di 300 km. dalla sede dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, l'ÖSAG nutrivà dubbi circa la congruità del prezzo offerto dalla GAT. Infine, malgrado gli inviti dell'ÖSAG, la GAT non avrebbe spiegato in misura sufficiente il sistema tecnico di pulitura dei riflettori della macchina offerta.

20. Conformemente alla proposta di aggiudicazione del 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 GAT 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.

21. Il 17 novembre 2000 la GAT ha presentato un ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt chiedendo che venisse dichiarato che l'appalto non era stato aggiudicato al miglior offerente e sostenendo che la sua offerta era stata illegittimamente scartata 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'ÖSAG sarebbe stato invitata a visitare lo stabilimento del fornitore della ricorrente. In ogni caso, il criterio di aggiudicazione relativo alla «possibilità di collaudare il prodotto offerto in un raggio di 300 km dalla sede dell'appaltante» sarebbe in contrasto con le norme di diritto comunitario in quanto costituirebbe una discriminazione indiretta. L'ÖSAG avrebbe dovuto tener conto di tutti i prodotti oggetto di referenze che si trovassero in Europa. Inoltre, secondo la GAT, tale criterio avrebbe dovuto essere applicato solo ai fini dell'aggiudicazione e non avrebbe dovuto essere applicato come criterio d'idoneità, come avrebbe fatto erroneamente in un secondo tempo l'ÖSAG. E' vero che la versione base della spazzatrice stradale offerta dalla GAT non è utilizzabile a temperature inferiori a 0 °C. Tuttavia, l'ÖSAG si sarebbe riservata di acquistare una versione accessoriata. La versione offerta dalla GAT potrebbe funzionare con una temperatura sino a -5 °C, conformemente a quanto richiesto dal bando di gara. Infine, il prezzo offerto dalla GAT non sarebbe incongruo. Al contrario, la GAT sarebbe riuscita a giustificare sufficientemente all'ÖSAG il prezzo vantaggioso da essa offerto.

22. Il Bundesvergabeamt, considerando che la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente richiedeva l'interpretazione di diverse norme di diritto comunitario, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1 a) 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.

b) 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 1 a) 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 1 a) 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».

23. Il giudice del rinvio ha chiesto altresì alla Corte di trattare la domanda di pronuncia pregiudiziale secondo un procedimento accelerato ai sensi dell'art. 104 bis del regolamento di procedura, per il fatto che, da un lato, la prima questione sorge in circa la metà dei ricorsi promossi dinanzi al Bundesvergabeamt e, dall'altro, il Verfassungsgerichtshof ha già annullato diverse decisioni del Bundesvergabeamt adducendo anche la motivazione che il Bundesvergabeamt aveva sollevato d'ufficio l'illegittimità di determinati aspetti delle gare d'appalto in esame.

24. Con decisione 13 settembre 2001, tale domanda è stata però respinta dal presidente della Corte, su proposta del giudice relatore e sentito l'avvocato generale, per il fatto che le circostanze invocate non comprovavano l'urgenza straordinaria di statuire sulle questioni proposte in via pregiudiziale.

Sulla competenza della Corte

25. Fondandosi sull'ordinanza di rinvio del Bundesvergabeamt 11 luglio 2001, resa

nell'ambito di un'altra causa in materia di aggiudicazione di un appalto pubblico, iscritta al ruolo nella cancelleria della Corte con il numero C-314/01 ed attualmente pendente dinanzi a quest'ultima, la Commissione esprime dubbi riguardo al carattere giurisdizionale dell'organo remittente, per il motivo che quest'ultimo avrebbe riconosciuto, in detta ordinanza, che le sue decisioni non contengono «ingiunzioni esecutive [nei confronti dell']ente aggiudicatore». Pertanto la Commissione si interroga sulla ricevibilità delle questioni proposte dal Bundesvergabamt nella presente causa a fronte della giurisprudenza della Corte e, specificamente, delle sentenze 12 novembre 1998, causa C-134/97, Victoria Film (Racc. pag. I-7023, punto 14), e 14 giugno 2001, causa C-178/99, Salzmann (Racc. pag. I-4421, punto 14), secondo le quali i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

26. A tal riguardo occorre, da un lato, rilevare che dopo l'aggiudicazione dell'appalto il Bundesvergabamt è competente, ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, a stabilire se, a causa di una violazione della normativa nazionale pertinente, l'appalto non sia stato attribuito al miglior offerente.
27. D'altro lato, dallo stesso testo dell'art. 125, n. 2, del BVergG risulta che un accertamento del Bundesvergabamt ai sensi dell'art. 113, n. 3, della stessa legge non solo costituisce una condizione di ricevibilità di ogni domanda di risarcimento danni proposta dinanzi alle giurisdizioni ordinarie a causa di una violazione colposa della detta regolamentazione, ma, per di più, vincola sia le parti istanti dinanzi al Bundesvergabamt che il giudice civile adito.
28. Pertanto, né la natura vincolante di una decisione adottata dal Bundesvergabamt ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, né quindi il carattere giurisdizionale di tale organo potrebbero essere validamente contestati.
29. Ne consegue che la Corte è competente a risolvere le questioni pregiudiziali proposte dal Bundesvergabamt.

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

30. Il governo austriaco sostiene che la prima questione, lett. a), e la quinta questione sono irricevibili, in quanto poste nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, che non costituirebbe un ricorso ai sensi della direttiva 89/665, bensì una semplice azione di accertamento.
31. Il governo austriaco afferma a questo proposito che il legislatore austriaco si è avvalso della facoltà offerta dall'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, prevedendo che, dopo la conclusione del contratto susseguente all'aggiudicazione di un appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso sono limitati alla concessione del risarcimento a chiunque sia stato danneggiato da una violazione. Ora, nell'ordinamento giuridico austriaco, il potere di concedere tali risarcimenti, che l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di prevedere, non sarebbe stato attribuito al Bundesvergabamt, ma ai giudici civili, come risulta dagli artt. 122 e 125 del BVergG.
32. Il governo austriaco ritiene che, conseguentemente, non sia necessario risolvere la prima questione, lett. a), e la quinta questione ai fini della risoluzione della controversia principale.
33. A questo proposito si deve sottolineare, intanto, che una ripartizione del potere previsto all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 tra più organi responsabili non è in contrasto con le disposizioni di tale direttiva, in quanto l'art. 2, n. 2, della stessa permette espressamente agli Stati membri di conferire i poteri previsti dal n. 1 di quella norma ad organi distinti

responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

34. Si deve ricordare, inoltre, che il Bundesvergabeamt, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, non è competente a concedere il risarcimento alle persone danneggiate da una violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o di norme nazionali che recepiscono tale diritto, ma solo per constatare che, in ragione di una violazione questo tipo, l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente; tale constatazione, come risulta dal punto 27 della presente sentenza, non solo costituisce una condizione di ricevibilità di ogni domanda di risarcimento danni proposta dinanzi alle giurisdizioni civili, ma, per di più, vincola sia le parti istanti dinanzi al Bundesvergabeamt che il giudice civile adito.
35. Si deve pertanto concludere che il Bundesvergabeamt, anche quando è adito ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, agisce nell'ambito di una procedura di ricorso prevista dalla direttiva 89/665 e, come risulta già dal punto 28 della presente sentenza, è chiamato ad adottare una decisione di natura vincolante.
36. Inoltre, come confermato dall'art. 117, n. 3, del BVergG, nell'ambito di una procedura ai sensi dell'art. 113, n. 3, dello stesso testo normativo, il Bundesvergabeamt è competente a verificare l'esistenza del preteso illecito. Non si può escludere, a questo punto, che esso, nell'esercizio di tale competenza, possa ritenere necessario sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte.
37. Dal momento che tali questioni, ritenute necessarie dal Bundesvergabeamt per poter verificare l'esistenza di un illecito, vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, esse non possono essere dichiarate irricevibili (v., in questo senso, in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 38, e 10 dicembre 2002, causa C-153/00, Der Weduwe, Racc. pag. I-11319, punto 31).
38. Invece, il Bundesvergabeamt, che non è direttamente competente a concedere un risarcimento ai soggetti danneggiati da un illecito, non è legittimato a sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali relative alla concessione stessa ovvero alle condizioni di concessione del risarcimento.
39. Da quanto sovraesposto risulta che tutte le questioni pregiudiziali proposte nel caso di specie dal Bundesvergabeamt sono ricevibili, ad eccezione della quinta, che è volta proprio a stabilire quali siano i presupposti perché un offerente che sostenga di essere stato danneggiato dall'adozione di un criterio di aggiudicazione illegittimo abbia diritto ad un risarcimento.

Sulla prima questione, lett. a) e b)

40. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt dichiara che dagli artt. 113, n. 3, e 115, n. 1, del BVergG risulta che, in un ricorso avviato successivamente all'aggiudicazione di un appalto, esso deve verificare la legittimità della decisione di aggiudicazione impugnata, ma può accogliere il ricorso solo qualora l'appalto non sia stato aggiudicato al miglior offerente ai sensi della detta legge per effetto della decisione illegittima impugnata. Pertanto, gli sarebbe impossibile accogliere il ricorso qualora la procedura di aggiudicazione fosse già viziata, a causa di un'altra decisione, eventualmente precedente, dell'amministrazione aggiudicatrice, da una illegittimità di base tale per cui il ricorrente non sarebbe in ogni caso il miglior offerente ai sensi della legge, e tale altra decisione dell'amministrazione aggiudicatrice non sia stata contestata dal ricorrente nella procedura di ricorso. In tal caso, il ricorrente non sarebbe infatti «danneggiato» dalla presunta violazione, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, perché il danno, che potrebbe consistere nelle spese inutilmente affrontate per la presentazione dell'offerta, sarebbe stato causato da un'altra

infrazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

41. Il Bundesvergabeamt ricorda peraltro che, in virtù dell'art. 39, n. 2, dell'AVG, esso ha il compito di accertare d'ufficio i fatti pertinenti e, quindi, di verificare d'ufficio se, nella causa principale, i criteri di aggiudicazione diversi dal criterio della «possibilità di collaudo», contestato dalla ricorrente, siano legittimi. Rileva altresì che, secondo una sentenza del Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale, Austria) dell'8 marzo 2001 (B 707/00), la questione dell'applicabilità di norme procedurali improntate al principio dell'azione d'ufficio - che, indipendentemente dall'argomentazione delle parti, autorizza l'organo responsabile della procedura di ricorso a sollevare tutte le questioni pertinenti in merito alla procedura di aggiudicazione - potrebbe sollevare, tenendo conto del procedimento in contraddittorio prevista dall'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665, determinati problemi di diritto comunitario che rendono obbligatorio il rinvio alla Corte, in virtù dell'art. 234, terzo comma, CE.
42. Il Bundesvergabeamt spiega che è stata questa giurisprudenza del Verfassungsgerichtshof a spingerlo a formulare la prima questione, lett. a) e b), pur essendo perfettamente consapevole sia che la necessità di imprimere al procedimento un carattere contraddittorio - che deriverebbe non già dall'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665, che sarebbe applicabile solo agli «organi indipendenti» d'appello, bensì dalle prescrizioni incombenti al giudice per effetto dell'art. 234 CE - non è in contrasto con il principio dell'azione d'ufficio che si applica nei procedimenti amministrativi, sia che la Corte ha già implicitamente dichiarato che dinanzi al Bundesvergabeamt si svolge un procedimento in contraddittorio, in quanto essa avrebbe riconosciuto il diritto di quest'ultimo a presentare domande pregiudiziali.
43. Dalle considerazioni che precedono e dal quadro normativo nel quale esse si iscrivono risulta che, mediante la prima questione, lett. a) e lett. b), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 89/665 osti a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente e, inoltre, a che lo stesso organo possa respingere la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata.
44. Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punti 33 e 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 74).
45. La direttiva 89/665, tuttavia, stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure d'impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, Racc. pag. I-1877, punto 47).

46. In mancanza di una disposizione specifica in merito, spetta quindi all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare se e in quali condizioni un organo responsabile delle dette procedure di ricorso possa sollevare d'ufficio illegittimità che non sono state dedotte dalle parti della controversia dinanzi ad esso pendente.
47. Né la finalità della direttiva 89/665 né la necessità di imprimere un carattere contraddittorio alla procedura di ricorso che questa prevede ostano a che l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro istituisca una simile possibilità.
48. Da un lato, infatti, non è in contrasto con l'obiettivo della citata direttiva, che è di garantire il rispetto delle prescrizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici mediante rimedi giurisdizionali efficaci e rapidi, il fatto che l'organo responsabile delle procedure di ricorso sollevi d'ufficio illegittimità che vizioano una procedura di aggiudicazione, senza attendere che sia una delle parti a farlo.
49. Dall'altro, la necessità di imprimere alle procedure di ricorso un carattere contraddittorio non è tale da escludere che l'organo responsabile di una procedura di questo tipo possa sollevare d'ufficio un'illegittimità che è esso stesso il primo a constatare, ma implica semplicemente che, prima di emanare la propria decisione, tale organo debba rispettare il diritto delle parti ad essere sentite in merito all'illegittimità sollevata d'ufficio.
50. Ne consegue che la direttiva 89/665 non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente.
51. Tuttavia, da quanto precede non deriva che lo stesso organo possa respingere la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata.
52. Infatti, da un lato, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 è applicabile a tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68) e non prevede alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto delle dette decisioni (v., in particolare, citate sentenze Alcatel Austria e a., punto 35, e HI, punto 49).
53. D'altro lato, tra le procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di instaurare al fine di garantire che le decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice possano formare oggetto di ricorsi efficaci e il più rapidi possibile figura espressamente, all'art. 2, n. 1, lett. c), quella che consente di accordare un risarcimento alle persone lese da una violazione.
54. Ne consegue che un offerente leso da una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico di cui contesta la legittimità non può essere privato del diritto di richiedere il risarcimento per il danno causato dalla detta decisione per il fatto che la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare a causa dell'illegittimità - sollevata d'ufficio - di un'altra decisione, eventualmente precedente, dell'amministrazione aggiudicatrice.
55. Tale conclusione si impone a maggior ragione nell'ipotesi in cui uno Stato membro si sia

avvalso della facoltà, riservatagli dall'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, di limitare, dopo la conclusione del contratto che segue l'aggiudicazione di un appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso alla concessione del risarcimento danni. In un caso simile, infatti, l'illegittimità denunciata dall'offerente non potrebbe essere colpita da alcuna delle sanzioni previste dalla direttiva 89/665.

56. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente. Al contrario, tale direttiva osta a che lo stesso organo respinga la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata.

Sulla seconda questione

57. Dal punto 18 della presente sentenza e dalla formulazione della terza questione risulta che, nella causa principale, il bando di gara prescriveva che, al fine di valutare le offerte per determinare quale fosse l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice doveva tener conto di diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti, senza verificare se l'esperienza di questi ultimi con i prodotti acquistati fosse stata positiva o negativa.
58. Conseguentemente, la seconda questione dev'essere intesa come volta a stabilire se la direttiva 93/36 osti a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso.
59. Sotto questo profilo occorre mettere in rilievo che, nel sistema della direttiva 93/36, in particolare del suo titolo IV, l'accertamento dell'idoneità dei fornitori a consegnare i prodotti su cui verte l'appalto da aggiudicare e l'aggiudicazione del contratto sono due operazioni diverse nell'ambito del procedimento della conclusione di un contratto di appalto di lavori pubblici. L'art. 15, n. 1, della direttiva 93/36 stabilisce infatti che l'aggiudicazione dell'appalto avviene previo accertamento dell'idoneità dei fornitori (v., in questo senso, in materia di appalti di lavori pubblici, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4365, punto 15).
60. Benché la direttiva 96/36, che, secondo il quinto e sesto 'considerando', ha lo scopo di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, rispettando per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli Stati membri, non escluda che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse (v., in questo senso, sentenza Beentjes, cit., punto 16).
61. L'art. 15, n. 1, della direttiva 93/36 dispone che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità dei criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 22, 23 e 24 della stessa direttiva. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta dalla partecipazione alle varie gare

d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica dei fornitori (v., in questo senso, sentenza Beentjes, cit., punto 17).

62. Per quanto riguarda i criteri che possono essere adottati come criteri di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'art. 26, n. 1, della direttiva 93/36 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici si fondano unicamente sul prezzo più basso ovvero, quando l'aggiudicazione avviene a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, su diversi criteri variabili secondo l'appalto di cui si tratta, quali il prezzo, il termine di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio post vendita e l'assistenza tecnica.
63. Come emerge chiaramente dalla lettera della citata disposizione e, in particolare, dall'utilizzo dell'espressione «per esempio», i criteri che possono essere adottati come criteri di aggiudicazione di un appalto pubblico all'offerta economicamente più vantaggiosa non sono enumerati in maniera tassativa (v., in questo senso, in merito agli appalti di lavori pubblici, sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punto 35, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punto 54).
64. Tuttavia, benché l'art. 26, n. 1, della direttiva 93/36 lasci all'amministrazione aggiudicatrice la scelta dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che intende adottare, tale scelta può riguardare, tuttavia, soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., questo senso, citate sentenze Beentjes, punto 19, SIAC Construction, punto 36, e Concordia Bus Finland, punto 59).
65. Orbene, è giocoforza constatare che la presentazione di un elenco delle principali forniture effettuate nel corso degli ultimi tre anni, con indicazione dell'importo, della data e del destinatario pubblico o privato, figura espressamente tra le referenze probanti o tra i mezzi di prova che, ai sensi dell'art. 23, n. 1, lett. a), della direttiva 93/36, possono essere richiesti a giustificazione della capacità tecnica dei fornitori.
66. Inoltre, un semplice elenco di referenze, come quello richiesto dal bando di gara in discussione nella causa principale, che comporta unicamente l'identità e il numero dei clienti precedenti degli offerenti, senza contenere altre precisazioni relative alle consegne effettuate a tali clienti, non fornisce alcuna indicazione che consenta di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36, e non può quindi in nessun modo costituire un criterio di aggiudicazione ai sensi di tale disposizione.
67. Alla luce delle considerazioni che precedono, la seconda questione dev'essere risolta dichiarando che la direttiva 93/36 osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso.

Sulla terza questione

68. Poiché tale questione è stata posta solo in caso di soluzione negativa della seconda questione, non occorre risolverla.

Sulla quarta questione

69. Con la quarta questione il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario, in particolare il principio della parità di trattamento, osti a un criterio di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture in virtù del quale si può avere una valutazione positiva dell'offerta dei partecipanti alla gara solo se il prodotto oggetto di tale offerta possa essere esaminato de visu dall'amministrazione aggiudicatrice in un raggio di 300 km dalla sede di quest'ultima.
70. Per rispondere a tale questione, occorre constatare che un simile criterio non può costituire un criterio di aggiudicazione degli appalti.
71. Da un lato, infatti, risulta dall'art. 23, n. 1, lett. d), della direttiva 93/36 che, nell'ambito di un appalto pubblico di forniture, le amministrazioni aggiudicatrici possono pretendere la presentazione di campioni, descrizioni e/o fotografie dei prodotti da fornire come referenze probanti o mezzi di prova della capacità tecnica dei fornitori ad eseguire l'appalto di cui si tratta.
72. D'altro lato, un criterio quale quello su cui verte la quarta questione non è tale da consentire di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36, e non può quindi in alcun modo costituire un criterio di aggiudicazione ai sensi di tale disposizione.
73. Conseguentemente, non è necessario verificare se tale criterio sia contrario anche al principio della parità di trattamento che, come dichiarato ripetutamente dalla Corte, costituisce la base delle direttive relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in particolare, citate sentenze HI, punto 45, e Universale-Bau e a., punto 91).
74. Alla luce delle considerazioni che precedono, la quarta questione dev'essere risolta dichiarando che la direttiva 93/36 osta a che, nell'ambito di un appalto pubblico di forniture, la pretesa che i prodotti oggetto delle offerte possano essere esaminati de visu dall'amministrazione aggiudicatrice in un raggio di 300 km dalla sede di quest'ultima serva da criterio di aggiudicazione del detto appalto.

Sulle spese

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

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Bundesvergabeamt con ordinanza 11 luglio 2001, dichiara:

1) 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso

sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente. Al contrario, tale direttiva osta a che lo stesso organo respinga la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata.

2) La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso.

3) La direttiva 93/36 osta a che, nell'ambito di un appalto pubblico di forniture, la pretesa che i prodotti oggetto delle offerte possano essere esaminati de visu dall'amministrazione aggiudicatrice in un raggio di 300 km dalla sede di quest'ultima serva da criterio di aggiudicazione del detto appalto.

Puissochet
Schintgen
Skouris

Macken
Cunha Rodrigues

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 19 giugno 2003.

Il cancelliere

Il presidente della Sesta Sezione

R. Grass

J.-P. Puissochet

[1](#): Lingua processuale: il tedesco.