

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

4 dicembre 2003 [\(1\)](#)

«Direttiva 93/36/CE - Appalti pubblici di forniture - Nozione di offerta economicamente più vantaggiosa - Criterio d'aggiudicazione che privilegia l'elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili - Direttiva 89/665/CEE - Procedure di ricorso in materia di appalti pubblici - Decisioni illegittime - Possibilità di annullamento solo in caso di influenza decisiva sull'esito della procedura d'aggiudicazione - Illegittimità di un criterio d'aggiudicazione - Obbligo di revoca della gara d'appalto»

Nel procedimento C-448/01,

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

EVN AG,

Wienstrom GmbH,

e

Republik Österreich,

intervenanten :

Stadtwerke Klagenfurt AG

e

Kärntner Elektrizitäts-AG,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 26 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), nonché degli artt. 1 e 2, n. 1, lett. b), 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 d'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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. V. Skouris (relatore), facente funzioni di presidente della Sesta Sezione, dai sigg. C. Gulmann, J.-P. Puissochet e R. Schintgen e dalla sig.ra N. Colneric, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mischo

cancelliere: sig. H.A. Rühl amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la EVN AG e la Wienstrom GmbH, dal sig. M. Öhler, Rechtsanwalt;

- per la Republik Österreich, dal sig. A. Gerscha, Rechtsanwalt;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra S. Terstal, in qualità di agente;
- per il governo svedese, dalla sig.ra K. Renman, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. M. Nolin, in qualità di agente, assistito dal sig. T. Eilmansberger, Rechtsanwalt,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della EVN AG e della Wienstrom GmbH, della Republik Österreich, del governo austriaco e della Commissione, all'udienza del 23 gennaio 2003,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 27 febbraio 2003,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 13 novembre 1989, pervenuta alla Corte il 20 novembre seguente, il Bundesvergabeamt ha sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 26 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), nonché degli artt. 1 e 2, n. 1, lett. b), 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 d'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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).
2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il gruppo di imprese costituito dalle società EVN AG e Wienstrom GmbH e la Republik Österreich, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture per il quale le ricorrenti nella causa principale avevano presentato un'offerta.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3. L'art. 26 della direttiva 93/36, che figura nel titolo IV, capitolo 3, di quest'ultima, intitolato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», prevede ai nn. 1, lett. b), e 2:
 - «1. I criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:
 - (...)
 - 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.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita».

4. Risulta dal sesto 'considerando' della direttiva 89/665 la necessità di garantire in tutti gli Stati membri procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime e l'indennizzo delle persone lese da una violazione.

5. Ai sensi dell'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure d'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 desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

6. L'art. 2, nn. 1, lett. b), 5 e 6, della direttiva 89/665 dispone:

«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:

(...)

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 d'aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...)

5. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.

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».

7. Il secondo 'considerando' della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità (GU L 283, pag. 33), prevede:

«La promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità, come illustrato nel Libro bianco sulle fonti energetiche rinnovabili (...), per motivi di sicurezza e diversificazione dell'approvvigionamento energetico, protezione dell'ambiente e coesione economica e sociale (...)».

8. Il diciottesimo 'considerando' della direttiva 2001/77 è del seguente tenore:

«E' importante sfruttare le forze di mercato e del mercato interno per rendere competitiva e allettante per i cittadini europei l'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili».

9. Dall'art. 1 della direttiva 2001/77 risulta che quest'ultima mira a promuovere un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato interno e a creare le basi per un futuro quadro comunitario in materia. A tale riguardo, l'art. 3, n. 1, della detta direttiva impone agli Stati membri di adottare misure appropriate atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili perseguendo gli obiettivi indicativi nazionali indicati al n. 2 dello stesso articolo.

Normativa nazionale

10. 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»).

11. L'art. 16, nn. 1 e 7, del BVerG dispone:

«1. Gli appalti relativi a prestazioni devono essere aggiudicati secondo una procedura prevista dalla presente legge, in conformità dei principi della libera e leale concorrenza e della parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti, ad imprese autorizzate, competitive ed affidabili - il che va valutato al più tardi entro la data di apertura del bando di gara - a prezzi ragionevoli.

(...)

7. Nella procedura d'aggiudicazione dell'appalto si deve tener conto dell'impatto della prestazione sull'ambiente e dell'occupazione di persone con contratto di apprendistato».

12. L'art. 53 del BVerG prevede:

«Tra le offerte restanti dopo l'eliminazione, verrà scelta l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista tecnico ed economico in conformità dei criteri fissati nel bando di gara (principio dell'offerta migliore)».

13. L'art. 115, n. 1, del BVerG è del seguente tenore:

«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'amministrazione aggiudicatrice nel corso della

procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno».

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

«1. Il Bundesvergabeamt, tenendo conto del parere espresso dalla commissione di conciliazione (...), annulla, con provvedimento amministrativo, qualsiasi decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura d'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 d'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».

Causa principale e questioni pregiudiziali

15. La convenuta nella causa principale ha bandito una gara d'appalto mediante una procedura aperta per la fornitura di elettricità. Oggetto dell'appalto era la stipulazione di un contratto quadro, seguito dai relativi contratti accessori per l'approvvigionamento di elettricità a favore di tutti i servizi dell'amministrazione federale situati nel Land della Carinzia (Austria). La durata del contratto era fissata dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2003. Il bando di gara, pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 27 marzo 2001, prevedeva, nella sezione «Criteri d'aggiudicazione»:

«Offerta economicamente più vantaggiosa secondo i seguenti criteri: influenza delle prestazioni sull'ambiente conformemente al capitolato d'onere».

16. Nell'offerta doveva essere indicato il prezzo del kilowattora (kWh) in ATS. Detto prezzo doveva valere per l'intera durata del contratto e non essere sottoposto né a revisione né ad adeguamento. Il soggetto erogatore di energia doveva impegnarsi, nei limiti delle sue possibilità tecniche, a fornire ai servizi amministrativi federali energia elettrica ottenuta da fonti di energia rinnovabili e, in ogni caso, a non fornire loro scientemente energia elettrica ottenuta da fissione nucleare. Tuttavia non gli era stato richiesto di presentare documentazione in merito alle sue fonti di approvvigionamento. Per l'ipotesi di una violazione dei detti obblighi erano previsti, a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, il diritto di risolvere il contratto, nonché una clausola penale.

17. Nel capitolato d'onere era precisato che l'amministrazione aggiudicatrice era cosciente del fatto che, per motivi tecnici, nessun fornitore poteva garantire che l'elettricità da lui fornita ad un determinato cliente fosse effettivamente ottenuta da fonti di energia rinnovabili, tuttavia essa era determinata a stipulare contratti con offerenti che disponessero di almeno 22,5 gigawattora (GWh) all'anno di elettricità così ottenuta, essendo il consumo annuale dei servizi federali oggetto della gara d'appalto stimato in circa 22,5 GWh.

18. Era inoltre previsto che sarebbero state escluse le offerte prive di elementi comprovanti che «l'offerente, nei due anni precedenti e/o nei prossimi due anni, ha prodotto o acquistato e/o produrrà o acquisterà almeno 22,5 GWh all'anno di energia elettrica ottenuta da fonti di

energia rinnovabili e che esso l'ha fornita e/o la fornirà a consumatori finali». Quali criteri d'aggiudicazione sono stati fissati il prezzo netto per kWh, con un coefficiente del 55%, e il criterio dell'«energia proveniente da fonti di energia rinnovabili» con un coefficiente, a sua volta, del 45%. In merito a quest'ultimo criterio d'aggiudicazione era stabilito che a tale proposito «sarà preso in considerazione solo il quantitativo annuale eccedente i 22,5 GWh di energia proveniente da fonti di energia rinnovabili che l'offerente sarà in grado di fornire».

19. L'apertura delle quattro offerte presentate aveva luogo il 10 maggio 2001. L'offerta proposta dal gruppo di offerenti Kärntner Elektrizitäts-AG e Stadtwerke Klagenfurt AG (in prosieguo: la «KELAG») indicava un prezzo di 0,44 ATS/kWh e, facendo riferimento ad una tabella relativa ai quantitativi di energia elettrica prodotti o forniti dalle dette società e alla loro origine, dichiarava che esse erano in grado di fornire un quantitativo complessivo di energia rinnovabile pari a 3 406,2 GWh. Un'altra offerta era stata presentata dalla Energie Oberösterreich AG, che proponeva un prezzo di 0,4191 ATS/kWh per un consumo annuale di 1 milione di GWh e precisava dettagliatamente in una tabella relativa agli anni 1999-2002 i diversi quantitativi di energia elettrica prodotta da fonti di energia rinnovabili che essa poteva erogare per ciascuno degli anni compresi in tale periodo. Il quantitativo più elevato indicato era pari a 5 280 GWh all'anno. Un'ulteriore offerta era stata presentata dalla BEWAG, la quale indicava un prezzo di 0,465 ATS/kWh. La tabella allegata alla sua offerta riguardava la quota rappresentata dall'energia proveniente da fonti rinnovabili nell'ambito dell'elettricità complessivamente prodotta o fornita dalla stessa, e dall'analisi della detta tabella l'amministrazione aggiudicatrice ha concluso che essa aveva indicato una cifra pari a 449,2 GWh.
20. L'offerta presentata dalle ricorrenti nella causa principale prevedeva un prezzo di 0,52 ATS/KWh. Esse non indicavano alcuna cifra concreta relativa al quantitativo di energia elettrica proveniente da fonti energetiche rinnovabili che esse erano in grado di erogare, ma a tale proposito dichiaravano solo di disporre di propri impianti di produzione nei quali producevano elettricità proveniente da tali fonti. Inoltre, esse avrebbero avuto diritti di opzione sull'energia prodotta da centrali idroelettriche della Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft e da altre centrali idroelettriche austriache, mentre l'energia acquistata ad integrazione proveniva per lo più da contratti di coordinamento di lunga durata conclusi con il maggior produttore di energia elettrica certificata come prodotta in tal modo. Nel 1999 e nel 2000 sarebbe stata acquistata, e si continuerebbe ad acquistare, esclusivamente energia idraulica prodotta in Svizzera. Complessivamente sarebbe stato prodotto da fonti di energia rinnovabili un quantitativo più volte superiore a quello oggetto della gara.
21. Tra le quattro offerte presentate, la convenuta nel procedimento principale giudicava migliore l'offerta della KELAG, che ha ottenuto il massimo punteggio per ciascuno dei due criteri di attribuzione. Le ricorrenti nella causa principale ottenevano in base a ciascuno dei due criteri il punteggio più basso.
22. Dopo aver informato l'amministrazione aggiudicatrice, già il 9 e il 30 maggio 2001, del fatto che, a loro parere, diverse disposizioni del bando di gara, tra cui il criterio d'aggiudicazione «energia ottenuta da fonti di energia rinnovabili», erano illegittime, il 12 giugno 2001 le ricorrenti nella causa principale chiedevano l'avvio di una procedura di conciliazione dinanzi alla Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sugli appalti) che respingeva la loro domanda in quanto la procedura di conciliazione non aveva alcuna possibilità di successo.
23. Le ricorrenti nella causa principale proponevano quindi un ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt, chiedendo, in particolare, l'annullamento dell'appalto nel suo complesso nonché l'annullamento di tutta una serie di disposizioni del capitolato d'onere e di decisioni

dell'amministrazione aggiudicatrice. Fra le dette decisioni si annoverano, in particolare, la decisione che prevede quale causa di esclusione la mancanza di documenti comprovanti la produzione e l'acquisto, durante un periodo definito, di energia proveniente da fonti di energia rinnovabili o la mancanza di elementi probatori riguardo ad acquisti futuri, la decisione di esigere, quale criterio di idoneità, la prova della produzione o dell'acquisto di un determinato quantitativo di energia così prodotta nel corso di un determinato periodo, la decisione di imporre come criterio d'aggiudicazione la disponibilità di un quantitativo superiore ai 22,5 GWh annui di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, nonché la decisione di non revocare la gara d'appalto. Inoltre le ricorrenti hanno presentato domanda di provvedimenti urgenti perché fosse vietato all'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

24. Con decisione 16 luglio 2001 il Bundesvergabeamt accoglieva la domanda delle ricorrenti e, inizialmente, vietava l'aggiudicazione dell'appalto sino al 10 settembre 2001. Dietro nuova istanza delle dette ricorrenti il Bundesvergabeamt, con decisione 17 settembre 2001, autorizzava l'amministrazione aggiudicatrice, a titolo di provvedimento provvisorio, a procedere all'aggiudicazione del contratto a condizione che l'aggiudicazione venisse revocata e il contratto risolto qualora anche una sola delle domande presentate dalle ricorrenti nella causa principale dinanzi a detto giudice fosse stata accolta o se l'illegittimità della decisione d'aggiudicazione dell'appalto controverso a uno dei coofferenti delle ricorrenti fosse risultata da altri accertamenti del detto giudice.
25. Il 24 ottobre 2001 il contratto quadro, accompagnato dalle condizioni risolutive fissate nella decisione citata, veniva aggiudicato alla società KELAG.
26. 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) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, vietino all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire, per un appalto di fornitura di elettricità, un criterio d'aggiudicazione con applicazione di un coefficiente del 45%, che imponga all'offerente - senza vincolarlo a una data di consegna determinata - di precisare il quantitativo di elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili che sarà in grado di mettere a disposizione di una clientela non definita, e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, precisando che sarà preso in considerazione solo il quantitativo eccedente il consumo prevedibile nell'ambito dell'appalto bandito.
 - 2) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE alla condizione che sia provato che tale decisione illegittima ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura d'aggiudicazione.
 - 3) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE alla condizione che sia provato che tale decisione ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura d'aggiudicazione, qualora tale prova risulti dalla verifica, da parte dell'organo competente per i ricorsi, che la classificazione delle offerte effettivamente presentate è diversa qualora esse siano oggetto di un'ulteriore

valutazione effettuata senza tener conto del criterio d'aggiudicazione illegittimo.

4) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara d'appalto qualora, nella procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE, uno dei criteri d'aggiudicazione da essa stabiliti si riveli illegittimo».

Prima questione

27. Risulta dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio che si deve intendere la sua prima questione come suddivisa in due parti. In primo luogo, essa mira a sapere se la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, osti a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per aggiudicare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio che impone la fornitura di elettricità prodotta da fonti rinnovabili di energia.
28. In secondo luogo, nel caso in cui la risposta alla prima parte di tale questione sia di segno affermativo, il giudice del rinvio chiede precisazioni riguardo alle prescrizioni del diritto comunitario quanto all'applicazione concreta di tale criterio, tenuto conto della specificità della formulazione del criterio di cui trattasi nell'ambito della controversia di cui è investito, cosicché la seconda parte della suddetta questione si scompone in diversi aspetti.
29. Più precisamente, il detto giudice si interroga sulla compatibilità di un simile criterio con il diritto comunitario, tenuto conto delle circostanze menzionate di seguito alle lettere da a) a d), ovvero tenuto conto del fatto
- a) che il detto criterio è collegato ad un coefficiente del 45%;
 - b) che esso non è accompagnato da prescrizioni che consentano un controllo effettivo dell'esattezza delle informazioni contenute nelle offerte e non consente necessariamente di raggiungere l'obiettivo perseguito;
 - c) che esso non impone una data determinata di fornitura, e
 - d) che esso esige dagli offerenti che indichino il quantitativo di elettricità prodotta a partire da fonti rinnovabili di energia che saranno in grado di fornire ad una clientela non individuata e attribuisce il punteggio massimo all'offerente che menzioni il quantitativo più elevato, precisando che sarà preso in considerazione solo il quantitativo eccedente il consumo prevedibile nell'ambito dell'appalto bandito.

Prima parte della prima questione

30. Ricordando l'imprecisione della nozione di «offerta economicamente più vantaggiosa» che compare all'art. 26 della direttiva 93/36, il Bundesvergabeamt solleva anzitutto la questione di principio se il diritto comunitario autorizzi l'amministrazione aggiudicatrice a fissare criteri diretti ad ottenere vantaggi non atti ad essere sottoposti a un'immediata valutazione economica oggettiva, quali quelli connessi alla tutela ambientale.
31. A questo riguardo, occorre ricordare che, in una sentenza successiva al deposito dell'ordinanza di rinvio nella presente causa, riferentesi all'interpretazione dell'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50, formulato in termini sostanzialmente identici a quelli dell'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi riguardo alla questione se e a quali condizioni un'amministrazione aggiudicatrice possa, nell'ambito

della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adottare criteri di natura ecologica.

32. Più in particolare, nel punto 55 della sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland (Racc. pag. I-7213) la Corte ha dichiarato che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 non può essere interpretato nel senso che ciascuno dei criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica.
33. La Corte ha pertanto ammesso che, allorché decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può adottare criteri ecologici, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione (Concordia Bus Finland, cit., punto 69).
34. Ne consegue che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per aggiudicare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili purché tale criterio sia collegato all'oggetto dell'appalto, non conferisca alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, sia espressamente menzionato nel capitolato d'onere o nel bando di gara e rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione.

Seconda parte della prima questione

Seconda parte, sub a)

35. Nella sua ordinanza di rinvio, il giudice nazionale osserva che, anche laddove un criterio d'aggiudicazione a carattere ambientale del tipo di quello adottato nella causa principale dovesse essere considerato, in linea di massima, compatibile con le regole comunitarie in materia d'aggiudicazione degli appalti, si pone un ulteriore problema per il fatto che a tale criterio è attribuito un coefficiente del 45%, in quanto si potrebbe in proposito obiettare che è vietato all'amministrazione aggiudicatrice attribuire ad un elemento che non può essere sottoposto a valutazione economica diretta un'influenza tanto rilevante sulla decisione d'aggiudicazione.
36. La convenuta nella causa principale sostiene in questo contesto che, tenuto conto del potere discrezionale di cui dispone un'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe illegittima solo una ponderazione che comportasse un'ingiustificata distorsione. Orbene, nella causa principale, non solo esisterebbe un collegamento oggettivo tra i criteri «prezzo» e «elettricità prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili», ma, inoltre, la precedenza sarebbe accordata al criterio numerico, in quanto al prezzo sarebbe attribuito un coefficiente di dieci punti più elevato rispetto a quello attribuito alla capacità di fornire elettricità così prodotta.
37. Si deve ricordare che, secondo giurisprudenza costante, la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la selezione dei criteri di attribuzione dell'appalto che esse intendono adottare, purché tali criteri siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta per l'aggiudicazione

dell'appalto ad un offerente (v., in questo senso, sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punti 19 e 26; 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punti 36 e 37, nonché Concordia Bus Finland, cit., punti 59 e 61).

38. Inoltre l'applicazione dei detti criteri deve avvenire nel rispetto tanto delle norme procedurali quanto dei principi fondamentali che derivano dal diritto comunitario (v., in questo senso, sentenze citate Beentjes, punti 29 e 31, e Concordia Bus Finland, punti 62 e 63).
39. Ne consegue che, nell'osservanza delle previsioni del diritto comunitario, le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.
40. Riguardo al criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale, si deve rilevare che, come la Corte ha già constatato, l'impiego di fonti di energia rinnovabili nella produzione di energia elettrica è utile alla protezione dell'ambiente in quanto contribuisce a ridurre le emissioni di gas a effetto serra che rientrano tra le principali cause dei cambiamenti climatici che la Commissione europea e gli Stati membri si sono impegnati a contrastare (sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 73).
41. Inoltre, come risulta, in particolare, dal suo diciottesimo 'considerando' e dagli artt. 1 e 3, è appunto in tale prospettiva che la direttiva 2001/77 mira a favorire, utilizzando la potenza delle forze del mercato, un aumento dell'apporto delle fonti di energia rinnovabili nella produzione di elettricità nel mercato interno, obiettivo che, secondo il suo secondo 'considerando', è altamente prioritario a livello della Comunità.
42. Considerata quindi l'importanza dell'obiettivo perseguito dal criterio controverso nella causa principale, la ponderazione di quest'ultimo al 45% non sembra impedire una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.
43. Alla luce di quanto precede, e in mancanza di elementi che consentano di accertare una violazione delle disposizioni del diritto comunitario, si deve constatare che la ponderazione del criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale in ragione del 45% non è, di per sé, incompatibile con la normativa comunitaria in materia di pubblici appalti.

Seconda parte, sub b)

44. Il giudice nazionale si interroga inoltre sulla liceità del criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale rispetto al diritto comunitario, in considerazione del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice stessa ha ammesso di non essere in grado di controllare tecnicamente se l'elettricità fornita sia stata effettivamente ottenuta da fonti di energia rinnovabili e non ha imposto agli offerenti di presentare documenti comprovanti i loro obblighi concreti di fornitura o contratti di fornitura di elettricità già conclusi.
45. Quindi il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici ostino a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi un criterio d'aggiudicazione che non è collegato a requisiti che consentano un effettivo controllo dell'esattezza delle informazioni contenute nelle offerte.

46. In tale contesto, il giudice del rinvio chiede anche entro quali limiti un criterio d'aggiudicazione di questo tipo sia adeguato a raggiungere l'obiettivo che si prefigge. Infatti, dal momento che non è prevista alcuna verifica per conoscere in quale misura l'aggiudicatario, date le sue strutture produttive, contribuisca effettivamente all'aumento dei quantitativi di elettricità ottenuti da fonti di energia rinnovabili, il giudice del rinvio considera possibile che l'applicazione di tale criterio non abbia alcuna conseguenza sul quantitativo globale di energia prodotta in tal modo.
47. Occorre ricordare che il principio della parità di trattamento degli offerenti, che, come dichiarato ripetutamente dalla Corte, costituisce la base delle direttive relative alle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, Racc. pag. I-11617, punto 91, e 19 giugno 2003, causa C-315/01, *GAT*, Racc. pag. I-6351, punto 73) comporta, da un lato, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (sentenza *SIAC Construction*, cit., punto 34).
48. Più in particolare, ciò comporta che, al momento della valutazione delle offerte, i criteri d'aggiudicazione devono essere applicati in maniera obiettiva ed uniforme a tutti gli offerenti (sentenza *SIAC Construction*, cit., punto 44).
49. D'altro lato, il principio della parità di trattamento implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto, che consiste appunto nel garantire il controllo sull'imparzialità dei procedimenti d'aggiudicazione (v., in questo senso, in particolare, sentenza *Universale-Bau e a.*, cit., punti 91 e 92).
50. Orbene, la valutazione obiettiva e trasparente delle diverse offerte presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice, in base ad informazioni e documenti giustificativi forniti dagli offerenti, sia in grado di verificare effettivamente se le loro offerte rispondano ai criteri d'aggiudicazione.
51. Risulta quindi che, allorché un'amministrazione aggiudicatrice stabilisce un criterio d'aggiudicazione indicando di non essere né disposta a verificare l'esattezza delle informazioni fornite dagli offerenti né in grado di farlo, viola il principio della parità di trattamento, poiché siffatto criterio non garantisce la trasparenza e l'obiettività della procedura d'aggiudicazione.
52. Si deve pertanto constatare che un criterio d'aggiudicazione non collegato a requisiti che consentano un effettivo controllo dell'esattezza delle informazioni fornite dagli offerenti è contrario ai principi del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.
53. Per quanto riguarda la domanda del giudice del rinvio se il criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale violi la normativa comunitaria in quanto esso non è necessariamente adeguato a contribuire all'aumento dei quantitativi di elettricità ottenuti da fonti di energia rinnovabili, è sufficiente rilevare che, anche ammesso che ciò sia vero, un criterio del genere non può essere considerato incompatibile con le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici per il solo fatto che non consente necessariamente di raggiungere l'obiettivo che si prefigge.

Seconda parte, sub c)

54. Il giudice del rinvio considera che, dato che l'amministrazione aggiudicatrice non ha fissato una determinata data di fornitura per la quale si doveva indicare il quantitativo che avrebbe potuto essere fornito, il criterio adottato è contrario al principio della comparabilità

delle offerte, che discende dal principio di trasparenza. Tale giudice sottolinea che, per quanto riguarda i documenti giustificativi richiesti al fine di verificare l'idoneità degli offerenti, è stato preso in considerazione come pertinente, per il quantitativo di elettricità prevedibile per l'approvvigionamento concreto, il periodo riguardante i due anni precedenti il bando di gara nonché i due anni ad esso successivi. Orbene, secondo tale giudice, pur se si applicasse tale disposizione anche riguardo al criterio d'aggiudicazione, non risulterebbe una data determinata di fornitura che consenta di calcolare precisamente il quantitativo di cui si deve effettivamente tener conto. Al contrario, nel corso di un periodo di quattro anni possono essere forniti quantitativi diversi. Si potrebbe anche immaginare che un offerente indichi a questo riguardo quantitativi basati su presunzioni relative alla costruzione di centrali o su una produzione meramente potenziale ottenuta da fonti di energia rinnovabili.

55. La convenuta nella causa principale spiega al riguardo che in Austria il mercato dell'elettricità è stato interamente liberalizzato dal 1° ottobre 2001 e che, a partire da quella data, è possibile costituire società di trading che si occupano dell'acquisto e della rivendita di elettricità. Sottolinea che, poiché il bando di gara è stato pubblicato circa sei mesi prima di tale data, essa era tenuta a formulare il criterio d'aggiudicazione in termini che consentissero di presentare un'offerta tanto a società già sul mercato, che disponevano di mezzi propri per la produzione di elettricità, quanto a società di trading di elettricità, autorizzate ad esercitare solo a partire dal 1° ottobre 2001. Di conseguenza essa avrebbe voluto offrire alle imprese la possibilità di indicare i quantitativi di elettricità ottenuti da fonti di energia rinnovabili da esse prodotti o acquistati nel corso dei due anni civili precedenti il bando di gara o di fornire indicazioni per i due anni successivi. Essa osserva infine che, de facto, tutte le imprese offerenti hanno fornito indicazioni solo per i due anni precedenti e che, quando i quantitativi annuali erano diversi, la miglior offerta è stata stabilita in base alla media.
56. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che il procedimento d'aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (v., in questo senso, sentenza *Universale-Bau e a.*, cit., punto 93).
57. Più specificamente, questo significa che i criteri d'aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo (sentenza *SIAC Construction*, cit., punto 41).
58. Di conseguenza, nella causa principale, la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia precisato nel bando di gara quale fosse il periodo per il quale gli offerenti dovevano indicare il quantitativo di elettricità prodotta da fonti rinnovabili che essi erano in grado di fornire potrebbe costituire una violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, nell'ipotesi in cui emergesse che tale omissione ha reso difficile o addirittura impossibile per gli offerenti di conoscere l'esatta portata del criterio di cui trattasi e pertanto di essere in grado di interpretarlo allo stesso modo.
59. Orbene, trattandosi di una valutazione attinente ai fatti, è compito del giudice nazionale verificare, tenuto conto di tutte le circostanze della fattispecie, se, nonostante tale omissione, il criterio d'aggiudicazione di cui trattasi nella causa principale sia stato formulato in modo sufficientemente chiaro per soddisfare i principi di parità di trattamento e di trasparenza in materia di procedimenti d'aggiudicazione di pubblici appalti.

Seconda parte, sub d)

60. Il giudice del rinvio osserva che il criterio d'aggiudicazione di cui trattasi nella causa

principale consiste nell'attribuire un punteggio per il quantitativo di elettricità prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili che gli offerenti sarebbero stati in grado di fornire ad una clientela non determinata, precisando che sarebbe stata presa in considerazione la parte eccedente il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara. Orbene, nei limiti in cui tale criterio si riferisce unicamente al quantitativo totale che potrà essere fornito in generale e non a quello che potrà essere fornito specificamente all'amministrazione aggiudicatrice, il giudice del rinvio si domanda se il detto criterio comporti vantaggi economici diretti per l'amministrazione aggiudicatrice.

- Osservazioni presentate alla Corte

61. Le ricorrenti nella causa principale, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione sostengono a questo riguardo che, nei limiti in cui tale criterio si riferisce ad un quantitativo di elettricità che supera il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara, non è soddisfatta nella fattispecie la condizione relativa al nesso diretto con l'appalto. A loro parere, sarebbe pertinente solo il quantitativo di elettricità prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili che può essere fornito all'amministrazione aggiudicatrice.
62. Secondo la Commissione, sarebbe sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice imponesse all'offerente di disporre di una determinata capacità di elettricità ottenuta da fonti d'energia rinnovabili o di poter provare di essere in grado di fornire un determinato quantitativo oltre il quantitativo consumato annualmente, ad esempio calcolando una riserva del 10%.
63. Le ricorrenti nella causa principale sostengono inoltre che il detto criterio d'aggiudicazione è in realtà un criterio di selezione dissimulato, in quanto si riferisce alla capacità degli offerenti di fornire il massimo quantitativo possibile di energia elettrica prodotta da fonti d'energia rinnovabili e quindi, in definitiva, agli offerenti stessi.
64. Per contro la convenuta nella causa principale e il governo austriaco considerano che, prendendo in considerazione il quantitativo di energia ottenuta da fonti rinnovabili che ogni offerente era in grado di fornire oltre i 22,5 GWh, dovendo essere in ogni caso garantita la fornitura di detto quantitativo, l'amministrazione aggiudicatrice ha fatto assurgere a criterio d'aggiudicazione la sicurezza dell'approvvigionamento, che dipende dal quantitativo totale di elettricità di cui dispone un'impresa. Essi spiegano che, poiché l'elettricità non può essere immagazzinata, il detto criterio non è in alcun caso estraneo alla prestazione, poiché più un offerente è efficiente, più è limitato il rischio per l'amministrazione aggiudicatrice che la sua domanda non possa essere soddisfatta e che essa debba eventualmente trovare in tempi brevi una costosa alternativa.
65. Più in particolare, il governo austriaco osserva che, benché la produzione di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, quali l'energia eolica o solare, dipenda dalle stagioni, è in inverno che la domanda è più elevata. Il detto criterio d'aggiudicazione mirerebbe quindi a garantire che la fornitura di elettricità possa avvenire in modo continuo, nonostante che l'offerta e la domanda non siano lineari nel corso di tutto l'anno, il che giustificherebbe inoltre l'importante ponderazione di tale criterio in ragione del 45%.

- Giudizio della Corte

66. Com'è stato menzionato al punto 33 della presente sentenza, i criteri ecologici adottati dall'amministrazione aggiudicatrice quali criteri d'aggiudicazione per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa devono, in particolare, essere connessi all'oggetto dell'appalto.

67. Nella causa principale, va constatato che il criterio d'aggiudicazione adottato non riguarda la prestazione oggetto dell'appalto, vale a dire la fornitura all'amministrazione aggiudicatrice di quantitativi di elettricità corrispondenti al suo consumo annuale prevedibile fissato nel bando di gara, ma quantitativi che gli offerenti hanno fornito o forniranno a clienti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice.
68. Orbene, un criterio d'aggiudicazione che si riferisca unicamente al quantitativo di elettricità prodotta da fonti rinnovabili eccedente il consumo annuale prevedibile fissato nel bando di gara non può essere considerato connesso all'oggetto dell'appalto.
69. Inoltre la circostanza che, in base al criterio d'aggiudicazione adottato, ad essere determinante è il quantitativo eccedente il consumo annuale prevedibile fissato nel bando di gara è di natura tale da conferire un vantaggio agli offerenti che, per le loro maggiori capacità produttive o di fornitura, sono in grado di fornire quantitativi di elettricità più elevati rispetto agli altri. Il detto criterio è quindi atto a comportare un'ingiustificata discriminazione nei confronti degli offerenti le cui offerte possono pienamente soddisfare i requisiti connessi all'oggetto dell'appalto. Orbene, una siffatta limitazione dell'ambito degli operatori economici in grado di presentare un'offerta avrebbe l'effetto di contrastare l'obiettivo di apertura alla concorrenza perseguito dalle direttive recanti coordinazione delle procedure d'aggiudicazione dei pubblici appalti.
70. Infine, anche ammesso che il criterio di cui trattasi sia dettato dalla preoccupazione di garantire la certezza dell'approvvigionamento, circostanza che è compito del giudice nazionale verificare, si deve constatare che, benché la sicurezza dell'approvvigionamento possa, in linea di massima, rientrare tra i criteri d'aggiudicazione che servono a stabilire l'offerta economicamente più vantaggiosa, non si può validamente far assurgere a criterio d'aggiudicazione la capacità degli offerenti di fornire il massimo quantitativo possibile di elettricità oltre il quantitativo richiesto nel bando di gara.
71. Ne consegue che, nei limiti in cui esige dagli offerenti che indichino il quantitativo di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili che saranno in grado di fornire ad una clientela non individuata e attribuisce il punteggio massimo all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, precisando che sarà presa in considerazione solo la parte eccedente il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara, il criterio d'aggiudicazione adottato nella fattispecie è incompatibile con la normativa comunitaria in materia di pubblici appalti.
72. Tenuto conto di tutto quel che precede, si deve risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura di elettricità, adotti un criterio d'aggiudicazione che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%, essendo al riguardo priva di pertinenza la circostanza che il detto criterio non consente necessariamente di pervenire all'obiettivo perseguito.

Per contro, la detta normativa osta ad un siffatto criterio nei limiti in cui

- esso non è accompagnato da requisiti che consentano un effettivo controllo dell'esattezza delle informazioni contenute nelle offerte,
- impone agli offerenti che essi indichino il quantitativo di elettricità prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili che saranno in grado di fornire ad una clientela non definita e attribuisce il punteggio massimo all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, precisando che verrà presa in considerazione solo la parte eccedente il consumo prevedibile

nell'ambito del bando di gara.

E' compito del giudice nazionale verificare se, nonostante che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia stabilito una data determinata di fornitura, il criterio d'aggiudicazione sia stato formulato in maniera sufficientemente chiara per rispondere ai principi di parità di trattamento e di trasparenza dei procedimenti d'aggiudicazione dei pubblici appalti.

Seconda e terza questione

73. Con queste due questioni, che è opportuno esaminare contemporaneamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 osti ad una disposizione di diritto interno come quella contenuta nell'art. 117, n. 1, sub 2, del BVergG, che subordina l'annullamento di una decisione illegittima dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito di un procedimento di ricorso, alla condizione che sia dimostrato che tale decisione ha avuto un'influenza essenziale sull'esito del procedimento d'aggiudicazione e se, tenuto conto, in particolare, dell'art. 26 della direttiva 93/36, si debba risolvere in modo diverso tale questione, quando la prova di detta influenza risulti dall'accertamento, da parte dell'organo competente per i ricorsi, che la classificazione delle offerte effettivamente presentate è diversa laddove esse siano oggetto di un'ulteriore valutazione effettuata senza tener conto del criterio d'aggiudicazione illegittimo.
74. Occorre anzitutto ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali sancita dall'art. 234 CE, spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni che propone alla Corte. Di conseguenza, dal momento che le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, Racc. pag. I-4921, punto 59; *PreussenElektra*, cit., punto 38; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Racc. pag. I-607, punto 18; 10 dicembre 2002, C-153/00, *Der Weduwe*, Racc. pag. I-11319, punto 31, e 21 gennaio 2003, causa C-318/00, *Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins*, Racc. pag. I-905, punto 40).
75. Tuttavia, la Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (citare sentenze *PreussenElektra*, punto 39, e *Canal Satélite Digital*, punto 19). Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere al funzionamento del rinvio pregiudiziale implica che, dal canto suo, il giudice nazionale tenga presente la funzione assegnata alla Corte, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche (citare sentenze *Der Weduwe*, punto 32 e *Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins*, punto 41).
76. Così, la Corte ha ritenuto di non poter statuire su una questione sollevata da un giudice nazionale qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione o il giudizio sulla validità di una norma comunitaria chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze *Bosman*, cit., punto 61, e 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co*, Racc. pag. I-1157, punto 52; e 13 luglio 2000, causa C-36/99, *Idéal tourisme*, Racc. pag. I-6049, punto 20, e *Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins*, cit., punto 42).

77. Più in particolare, occorre ricordare che l'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione giudiziaria, grazie al quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possono essere loro utili per valutare gli effetti di una disposizione di diritto nazionale controversa nell'ambito della causa sulla quale essi sono chiamati a pronunciarsi (v., in particolare, sentenza 15 maggio 2003, causa C-300/01, Salzmann, Racc. pag. I-4899, punto 28).
78. Ne consegue che, al fine di consentire alla Corte di espletare la sua funzione in conformità al Trattato CE, è indispensabile che i giudici nazionali chiariscano, nel caso in cui non risultino inequivocabilmente dal fascicolo, i motivi per i quali essi ritengono necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni da loro proposte (v., in particolare, sentenza Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins, cit., punto 43).
79. Orbene, nella fattispecie, la Corte non dispone di alcun elemento in tal senso.
80. Infatti, da un lato, come è stato ricordato al punto 23 della presente sentenza, il ricorso nella causa principale ha ad oggetto, in particolare, l'annullamento del bando di gara nel suo complesso e l'annullamento di una serie di disposizioni del capitolato d'onori e di decisioni dell'autorità aggiudicatrice relative ai requisiti posti dai criteri d'aggiudicazione e di idoneità adottati.
81. Tenuto conto quindi delle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio risulta che tutte le decisioni di cui si chiede l'annullamento nella causa principale hanno un effetto determinante sull'esito del procedimento d'aggiudicazione.
82. D'altro lato, il giudice del rinvio non fornisce nessuna spiegazione riguardo alle ragioni precise che lo inducono a ritenere che una pronuncia sulla questione relativa alla compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici della condizione posta dall'art. 117, paragrafo 1, sub 2, del BVergG sia necessaria a consentirgli di definire la controversia di cui è investito.
83. Pertanto, in mancanza di elementi da cui risulti che una soluzione alla seconda e terza questione è necessaria alla definizione della causa principale, le dette questioni devono essere considerate di natura ipotetica e, pertanto, dichiarate irricevibili.

Sulla quarta questione

84. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione dei pubblici appalti, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, impongano all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto qualora, nell'ambito del procedimento di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si sia rivelata illegittima.
85. Secondo il giudice del rinvio, laddove si partisse dall'ipotesi che la verifica della rilevanza delle decisioni illegittime riguardanti i criteri d'aggiudicazione è contraria al diritto comunitario, la sola alternativa sembrerebbe essere, nel caso in cui siffatta decisione sia illegittima, la revoca della gara d'appalto, in quanto altrimenti il procedimento d'aggiudicazione sarebbe portato a termine applicando una ponderazione di criteri che non è stata né stabilita dall'autorità di aggiudicatrice né resa nota agli offerenti.

Osservazioni presentate alla Corte

86. Il governo austriaco fa rilevare che il diritto comunitario stesso non contiene un obbligo

specifico di revoca, così come le direttive in materia di appalti pubblici non prevedono un obbligo d'aggiudicazione e ne deduce che spetta agli Stati membri, nel rispetto dei principi del diritto comunitario, disciplinare la questione se, in caso di riconosciuta illegittimità di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice sia obbligata a revocare il bando di gara.

87. La convenuta nella causa principale rileva che, ai sensi dell'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, le conseguenze di una violazione delle regole in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che è accertata dopo l'aggiudicazione dell'appalto vanno valutate in conformità del diritto interno. Orbene, a suo avviso, ai sensi dell'art. 117, n. 3, del BVergG, quando l'appalto sia stato aggiudicato, l'organo giudicante adito si limita a constatare se sussista o meno l'illegittimità fatta valere. Esso conclude quindi che la soluzione alla detta questione dovrebbe essere di segno negativo.
88. Le ricorrenti nella causa principale e la Commissione considerano per contro che, qualora, dopo la presentazione delle offerte o la loro apertura, l'organo competente per i ricorsi dichiari illegittima una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione, la gara non può concludersi con l'aggiudicazione dell'appalto e la sola possibilità è quella di revocarla. Infatti, qualsiasi modifica dei criteri influenzerebbe la valutazione delle offerte, mentre gli offerenti non hanno più la possibilità di adeguare queste ultime, poiché le hanno preparate in tutt'altro contesto temporale e materiale e sulla base di altri criteri. La sola opzione sarebbe quindi di ricominciare tutta la procedura di appalto.

Giudizio della Corte

89. Occorre rilevare che l'accertamento dell'illegittimità di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione non comporta in tutti i casi l'annullamento di quest'ultima.
90. Infatti, la facoltà, accordata agli Stati membri dall'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, di prevedere che dopo la conclusione del contratto che segue l'aggiudicazione di un appalto i poteri dell'organo competente per i ricorsi si limitano alla concessione del risarcimento del danno a qualsiasi persona lesa da una violazione, comporta che, allorché il ricorso sia presentato dopo la conclusione del contratto e lo Stato membro interessato si sia avvalso della detta facoltà, qualora constati che una decisione relativa ad un criterio d'aggiudicazione è illegittima, l'organo adito non può procedere all'annullamento della detta decisione, ma deve limitarsi a disporre il risarcimento dei danni.
91. Orbene, risulta dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio che la quarta questione riguarda l'ipotesi in cui l'accertamento dell'illegittimità di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione abbia come conseguenza l'annullamento di quest'ultima. Essa va dunque intesa nel senso che con la stessa si chiede se la normativa comunitaria in materia di pubblici appalti imponga all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto allorché, nell'ambito di un procedimento di ricorso ai sensi dell'art. 1 della direttiva 89/665, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si riveli illegittima e sia per questo motivo annullata dall'organo competente per i ricorsi.
92. Al fine di risolvere la questione così riformulata si deve rilevare che, come la Corte ha già statuito, i principi di parità di trattamento e di trasparenza dei procedimenti d'aggiudicazione implicano che l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di attenersi alla stessa interpretazione dei criteri d'aggiudicazione durante tutta la procedura (v., in tal senso, sentenza SIAC Construction, cit., punto 43).
93. Per quanto riguarda i criteri d'aggiudicazione stessi, si deve ammettere, a maggior ragione, che questi ultimi non devono subire alcuna modifica nel corso del procedimento

d'aggiudicazione.

94. Ne consegue che, in caso di annullamento da parte dell'organo competente per i ricorsi di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice non può validamente continuare il procedimento d'aggiudicazione senza tener conto del detto criterio, in quanto ciò equivarrebbe a modificare i criteri applicabili al procedimento di cui trattasi.
95. Pertanto, la quarta questione va risolta dichiarando che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici impone all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto qualora, nell'ambito del procedimento di ricorso di cui all'art. 1, della direttiva 89/665, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si riveli illegittima e sia per questo motivo annullata dall'organo competente per i ricorsi.

Sulle spese

96. Le spese sostenute dai governi austriaco, dei Paesi Bassi e svedese, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Bundesvergabeamt con ordinanza 13 novembre 2001, dichiara:

1) La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice adotti, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio d'aggiudicazione che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%, essendo al riguardo priva di pertinenza la circostanza che il detto criterio non consente necessariamente di pervenire all'obiettivo perseguito.

Per contro, la detta normativa osta ad un siffatto criterio nei limiti in cui

- esso non è accompagnato da requisiti che consentano un effettivo controllo dell'esattezza delle informazioni contenute nelle offerte,

- impone agli offerenti che essi indichino il quantitativo di elettricità prodotta utilizzando fonti di energia rinnovabili che saranno in grado di fornire ad una clientela non definita e attribuisce il punteggio massimo all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, precisando che verrà presa in considerazione solo la parte eccedente il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara.

E' compito del giudice nazionale verificare se, nonostante che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia stabilito una data determinata di fornitura, il criterio d'aggiudicazione sia stato formulato in maniera sufficientemente chiara per rispondere ai principi di parità di trattamento e di trasparenza dei procedimenti d'aggiudicazione dei pubblici appalti.

2) La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici impone all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto qualora, nell'ambito del procedimento di ricorso di cui all'art. 1 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 d'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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si riveli illegittima e sia per questo motivo annullata dall'organo competente per i ricorsi.

Skouris
Gulmann
Puissochet

Schintgen
Colneric

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 4 dicembre 2003.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente

V. Skouris

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