

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
12 febbraio 2004 [\(1\)](#)

«Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici – Artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. b) – Persone da considerare legittimate a ricorrere – Nozione di “interesse ad ottenere un appalto pubblico”»

Nel procedimento C-230/02,

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

Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG

e

Repubblica d'Austria,

domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 1, n. 3, 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 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),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, dai sigg. C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues, J.P. Puissochet e R. Schintgen (relatore), giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed

cancelliere: sig.ra M.-F. Contet, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, dal sig. P. Schmutzner, Rechtsanwalt;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, rappresentata dal sig. P. Schmutzner, del governo austriaco, rappresentato dalla sig.ra M. Winkler, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal sig. J.C. Schieferer, in qualità di agente, all'udienza del 10 settembre 2003,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 16 ottobre 2003,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con ordinanza 14 maggio 2002, pervenuta in cancelleria il 20 giugno successivo, il Bundesvergabeamt (Ufficio federale austriaco per le aggiudicazioni) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli artt. 1, n. 3, 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 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»).
- 2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Grossmann») e la Repubblica d'Austria, rappresentata dal Ministero federale delle Finanze (in prosieguo: il «Ministero»), vertente su un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 3 L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 stabilisce quanto segue:

«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, n. 1, 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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;
- c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione».

La normativa nazionale

- 5 La direttiva 89/665 è stata attuata nel diritto austriaco con il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale 1997 relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56; in prosieguo: il «BVergG»). Il BVergG prevede l'istituzione della Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: la «B-VKK») e del Bundesvergabeamt.
- 6 L'art. 109 del BVergG definisce le competenze della B-VKK. Esso contiene le seguenti disposizioni:
 - «1. La B-VKK è competente:
 - 1) sino all'aggiudicazione dell'appalto, a conciliare discordanze di valutazione tra gli organi di aggiudicazione e uno o più concorrenti od offerenti circa l'esecuzione della presente legge federale o dei suoi regolamenti di attuazione;
 - (...)
 - 6. Una domanda d'intervento da parte della B-VKK dev'essere presentata alla direzione di tale autorità, in applicazione del n. 1, punto 1, nel più breve tempo possibile dopo aver avuto conoscenza della discordanza di valutazione.
 - 7. Nel caso in cui l'intervento della B-VKK non sia conseguente ad una domanda dell'amministrazione aggiudicatrice, essa deve notificare a quest'ultima senza ritardo il suo intervento.
 - 8. L'amministrazione aggiudicatrice non può aggiudicare l'appalto prima che sia trascorso un termine di quattro settimane a decorrere (...) dalla notifica prevista al n. 7, pena la nullità dell'aggiudicazione (...).
- 7 L'art. 113 del BVergG stabilisce le competenze del Bundesvergabeamt. Esso prevede quanto segue:
 - «1. Il Bundesvergabeamt è competente a espletare, su istanza, la procedura di ricorso prevista dalle disposizioni del capo seguente.
 - 2. Fino al momento dell'aggiudicazione dell'appalto il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni della presente legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione:

- 1) ad adottare misure provvisorie, nonché
- 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 ad accertare se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei suoi regolamenti di esecuzione (...).

8 L'art. 115, n. 1, del BVergG dispone quanto segue:

«Un imprenditore che affermi di avere interesse alla conclusione di un contratto che rientra nella sfera di applicazione della presente legge federale può impugnare per illegittimità le decisioni adottate dall'autorità aggiudicatrice nell'ambito della procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno».

- 9 In conformità all'art. 122, n. 1, del BVergG, «in caso di violazione dolosa o colposa della legge federale o dei suoi regolamenti di attuazione da parte degli organi di un'amministrazione aggiudicatrice, un concorrente o un offerente escluso può far valere un diritto all'indennizzo delle spese di elaborazione della propria offerta e degli altri costi sostenuti in conseguenza della sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice cui dev'essere imputata la responsabilità per gli atti degli organi di aggiudicazione».
- 10 In forza dell'art. 125, n. 2, del BVergG, un ricorso per risarcimento danni, che dev'essere presentato dinanzi al giudice civile, è ammissibile soltanto 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 i ricorrenti dinanzi al Bundesvergabeamt sono vincolati da tale accertamento.

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 11 Il 27 gennaio 1998 il Ministero ha indetto una gara d'appalto riguardante la fornitura di «servizi di trasporto aereo non regolari per il governo austriaco e le sue delegazioni con jet privati e aerei». La Grossmann ha partecipato al procedimento di aggiudicazione di tale appalto presentando un'offerta.
- 12 Il 3 aprile 1998 il Ministero ha deciso di revocare questa prima gara d'appalto in conformità all'art. 55, n. 2, del BVergG, che prevede che «la gara d'appalto può essere revocata qualora, in seguito all'eliminazione di offerte ai sensi dell'art. 52, rimanga una sola offerta».
- 13 Il 28 luglio 1998 il Ministero ha indetto una nuova gara d'appalto relativa a servizi di trasporto aereo non regolari per il governo austriaco e per le sue delegazioni. La Grossmann si è procurata i documenti relativi a tale gara, ma non ha presentato offerte.
- 14 Con lettera dell'8 ottobre 1998 il governo austriaco ha informato la Grossmann della propria intenzione di aggiudicare l'appalto alla Lauda Air Luftfahrt AG (in prosieguo: la «Lauda Air»). La Grossmann ha ricevuto tale lettera il giorno successivo. Il 29 ottobre 1998 è stato stipulato il contratto con la Lauda Air.
- 15 Con atto introduttivo del 19 ottobre 1998, spedito il 23 ottobre successivo e pervenuto al Bundesvergabeamt il 27 ottobre 1998, la Grossmann ha proposto dinanzi a quest'ultimo un ricorso per l'annullamento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di attribuire

l'appalto alla Lauda Air. A sostegno del proprio ricorso la Grossman ha rilevato in sostanza che la gara d'appalto era stata fin dall'inizio concepita in modo da favorire un solo offerente, vale a dire la Lauda Air.

- 16 Con decisione 4 gennaio 1999, il Bundesvergabeamt ha respinto il ricorso della Grossmann in applicazione degli artt. 115, n. 1, e 113, nn. 2 e 3, del BVergG, con il motivo che quest'ultima non aveva fatto valere un proprio interesse giuridicamente rilevante all'acquisizione dell'intero appalto e che, in ogni caso, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, il Bundesvergabeamt non era più competente a procedere all'annullamento della stessa.
- 17 Con riferimento alla mancanza di interesse, il Bundesvergabeamt ha constatato, da un lato, che, non disponendo di aerei di grandi dimensioni, la Grossmann non era in grado di fornire tutte le prestazioni richieste e, dall'altro, che essa aveva rinunciato a presentare un'offerta nell'ambito del secondo procedimento di gara d'appalto di cui trattasi.
- 18 La Grossmann ha proposto dinanzi al Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale austriaca) un ricorso di annullamento avverso la decisione del Bundesvergabeamt. Con sentenza 10 dicembre 2001, il Verfassungsgerichtshof ha annullato tale decisione per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice precostituito per legge, in quanto il Bundesvergabeamt aveva erroneamente omissso di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale relativa alla conformità al diritto comunitario dell'interpretazione da esso fornita dell'art. 115, n. 1, del BVergG.
- 19 Nella sua ordinanza di rinvio, il Bundesvergabeamt spiega che le disposizioni dell'art. 109, nn. 1, 6 e 8, del BVergG sono volte a garantire che nessun contratto venga concluso in pendenza del procedimento di conciliazione. Esso aggiunge che, nel caso in cui nel corso di tale procedimento non venga conclusa nessuna transazione, un imprenditore può sempre chiedere, prima della conclusione del contratto, l'annullamento di ogni decisione dell'autorità aggiudicatrice, compresa la decisione di aggiudicazione dell'appalto, mentre, successivamente a quest'ultima, il Bundesvergabeamt è competente soltanto ad accertare se il detto appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione del BVergG o dei suoi regolamenti di esecuzione.
- 20 Il giudice del rinvio rileva che, nella fattispecie, il ricorso presentato dalla Grossmann, volto all'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto alla Lauda Air, è certamente pervenuto al Bundesvergabeamt prima che fosse concluso il contratto tra quest'ultima e l'autorità aggiudicatrice, ma che esso ha potuto essere esaminato dal Bundesvergabeamt, nel rispetto del termine impartitogli, soltanto dopo la conclusione del detto contratto. Tale giudice sottolinea altresì che il detto ricorso è stato spedito soltanto il 23 ottobre 1998, nonostante l'autorità aggiudicatrice avesse informato la Grossmann con lettera dell'8 ottobre 1998, pervenuta a tale società il giorno successivo, della sua intenzione di aggiudicare l'appalto alla Lauda Air.
- 21 Il Bundesvergabeamt rileva così che la Grossmann ha lasciato trascorrere un periodo di quattordici giorni tra la notificazione a quest'ultima della decisione di aggiudicazione (9 ottobre 1998) e la presentazione da parte di tale società di un ricorso dinanzi ad esso (23 ottobre 1998), senza presentare dinanzi alla B-VKK una domanda di conciliazione (domanda che avrebbe fatto decorrere il termine di quattro settimane previsto dall'art. 109, n. 8, del BVergG, durante il quale l'autorità aggiudicatrice non può attribuire l'appalto) o, in caso di fallimento della procedura di conciliazione, senza adire lo stesso per la concessione di misure provvisorie e l'annullamento della decisione di aggiudicazione. Si pone pertanto la questione, secondo il giudice del rinvio, se la Grossmann possa far valere un interesse ad agire ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, dal momento che, non essendo in grado di fornire le prestazioni di cui trattasi in quanto, secondo la stessa, i documenti della gara

d'appalto contenevano disposizioni discriminatorie ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva, tale società non ha presentato offerte nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto controverso.

22 Il Bundesvergabebamt ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 (...) vada interpretato nel senso che qualunque imprenditore che abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione di un appalto o abbia chiesto di partecipare allo stesso è legittimato a presentare ricorso.

In caso di soluzione negativa di tale questione:

2) Se la disposizione (...) sopra menzionata debba essere interpretata nel senso che un imprenditore ha o aveva interesse ad un determinato appalto pubblico soltanto qualora – oltre a partecipare al procedimento di aggiudicazione dell'appalto – adotti tutte le misure di cui dispone, in base alla normativa nazionale, affinché l'appalto non venga aggiudicato a un altro concorrente.

3) Se il combinato disposto degli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 (...) vada interpretato nel senso che ad un imprenditore deve essere legalmente consentito di presentare un ricorso contro un bando di gara da esso ritenuto illegittimo o discriminatorio anche quando non sia in grado di fornire l'intera prestazione oggetto della detta gara d'appalto e non abbia conseguentemente presentato alcuna offerta in tale procedimento di aggiudicazione».

Sulle questioni prima e terza

23 Tenuto conto dei fatti della causa principale, quali descritti dal giudice del rinvio, con le questioni prima e terza, che conviene esaminare congiuntamente, si chiede in sostanza se gli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 vadano interpretati nel senso che impediscono che una persona venga considerata, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, priva del diritto di accedere alle procedure di ricorso previste dalla detta direttiva, quando tale persona non abbia partecipato al procedimento di aggiudicazione di tale appalto perché non sarebbe stata in grado di fornire l'intera prestazione oggetto della gara d'appalto, a causa della presenza di presunte specifiche discriminatorie nei documenti ad essa relativi, e non abbia tuttavia presentato ricorso avverso dette specifiche prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

24 Per valutare se una persona che si trovi in una situazione quale quella contemplata dalle dette questioni così riformulate sia legittimata ad agire ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, occorre esaminare, in ordine successivo, le due circostanze rappresentate dalla sua mancata partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico controverso nella causa principale e dalla mancata presentazione di un suo ricorso contro il bando di gara prima dell'aggiudicazione di tale appalto.

Sulla mancata partecipazione al procedimento di aggiudicazione dell'appalto

25 A tale riguardo si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a garantire che le procedure di ricorso da essa previste siano accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali

che attuano tale diritto.

- 26 Ne consegue che gli Stati membri non sono tenuti a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma hanno facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata (v. sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, Hackermüller, Racc. pag. I-6319, punto 18).
- 27 In tal senso, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire, riguardo all'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, una condizione che dev'essere soddisfatta per dimostrare che l'interessato ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione del detto appalto. Se non ha presentato un'offerta, tale persona può difficilmente dimostrare di avere interesse ad opporsi a tale decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo da tale aggiudicazione.
- 28 Nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero per l'appunto impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.
- 29 Infatti, da un lato, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisce di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.
- 30 Dall'altro, risulta chiaramente dal testo dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 che le procedure di ricorso, che gli Stati membri devono organizzare in conformità a tale direttiva, devono consentire in particolare di «annullare (...) le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie (...)». Ad un'impresa dev'essere pertanto consentito presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche discriminatorie senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

Sul mancato ricorso contro il bando di gara

- 31 Nel caso di specie, la Grossmann contesta all'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento ad un appalto concernente servizi di trasporto aereo non regolari, di aver imposto requisiti che soltanto un'impresa aerea che offra un servizio di voli regolari sarebbe in grado di soddisfare, il che avrebbe avuto l'effetto di ridurre il numero di concorrenti in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste.
- 32 Dal fascicolo risulta tuttavia che la Grossmann non ha presentato un ricorso direttamente avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice che ha stabilito le specifiche del bando di gara, ma che essa ha atteso la notifica della decisione di aggiudicazione dell'appalto alla Lauda Air per proporre al Bundesvergabeamt un ricorso volto all'annullamento di quest'ultima decisione.

- 33 Al riguardo il Bundesvergabeamt nella sua ordinanza di rinvio ricorda che, ai sensi dell'art. 115, n. 1, del BvergG, un imprenditore può impugnare una decisione dell'autorità aggiudicatrice qualora affermi di avere interesse alla conclusione di un contratto nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto, e che dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischi di derivargli un danno.
- 34 Il giudice del rinvio chiede quindi in sostanza se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che osta a che una persona che non solo non ha partecipato ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che per di più non ha proposto alcun ricorso contro la decisione dell'autorità aggiudicatrice che stabiliva le specifiche del bando di gara non abbia più interesse ad ottenere tale appalto e, pertanto, il diritto di accedere alle procedure di ricorso previste dalla detta direttiva.
- 35 Tale questione dev'essere esaminata alla luce della finalità della direttiva 89/665.
- 36 Deve ricordarsi in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando' di tale atto, 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; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 74, e 19 giugno 2003, causa C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner e a., Racc. pag. I-6413, punto 30).
- 37 Orbene va constatato che il fatto che una persona non presenti ricorso avverso una decisione dell'autorità aggiudicatrice con la quale sono stabilite le specifiche di un bando di gara che essa ritiene discriminatorie in suo danno, in quanto queste ultime le impediscono di partecipare utilmente al procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, ed attenda la notificazione della decisione di aggiudicazione di tale appalto per impugnarla dinanzi all'organo responsabile, basandosi in particolare sul carattere discriminatorio delle dette specifiche, non è conforme agli obiettivi di rapidità ed efficacia della direttiva 89/665.
- 38 Infatti, un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso, la cui attuazione è stata imposta agli Stati membri dalla direttiva 89/665, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.
- 39 Pertanto, il mancato riconoscimento dell'interesse ad ottenere l'appalto di cui trattasi e quindi del diritto ad accedere alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 ad una persona che non ha partecipato al procedimento di aggiudicazione dell'appalto, né ha proposto un ricorso contro la decisione dell'autorità aggiudicatrice che stabilisce le specifiche del bando di gara, non è tale da pregiudicare l'efficacia pratica della detta direttiva.
- 40 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni prima e terza dichiarando che gli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che una persona venga considerata, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, priva del diritto di accedere alle procedure di ricorso previste dalla detta direttiva, nel caso in cui tale persona non abbia partecipato al procedimento di aggiudicazione di tale appalto perché non sarebbe stata in grado di fornire

l'intera prestazione oggetto della gara d'appalto, a causa della presenza di presunte specifiche discriminatorie nei documenti ad esso relativi, e non abbia tuttavia presentato un ricorso avverso dette specifiche prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

Sulla seconda questione

- 41 Tenuto conto dei fatti della causa principale quali descritti dal giudice del rinvio, la seconda questione dev'essere intesa nel senso che con essa si chiede in sostanza se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che osta a che una persona che ha partecipato ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non abbia più interesse ad ottenere tale appalto, perché, prima di iniziare una procedura di ricorso prevista dalla detta direttiva, ha omesso di rivolgersi ad una commissione di conciliazione, quale la B-VKK.
- 42 Al riguardo è sufficiente ricordare che, ai punti 31 e 34 della citata sentenza Fritsch, Chiari & Partner e a., la Corte ha affermato che, sebbene l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 consenta espressamente agli Stati membri di determinare le modalità con cui essi devono rendere accessibili le procedure di ricorso previste da tale direttiva a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere un determinato appalto pubblico e sia stato o possa essere leso da un'asserita violazione, ciò non li autorizza tuttavia a dare alla nozione di «interesse ad ottenere un appalto pubblico» un'interpretazione che possa compromettere l'efficacia pratica di detta direttiva. Orbene, il fatto di subordinare l'accesso alle procedure di ricorso previste da quest'ultima alla previa adizione di una commissione di conciliazione, quale la B-VKK, sarebbe contrario agli obiettivi di rapidità ed efficacia di tale direttiva.
- 43 Conseguentemente, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che osta a che una persona che ha partecipato ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non abbia più interesse ad ottenere tale appalto, perché, prima di iniziare una procedura di ricorso prevista dalla detta direttiva, ha omesso di adire una commissione di conciliazione, quale la B-VKK istituita con il BVergG.

Sulle spese

- 44 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 14 maggio 2002, dichiara:

- 1) **Gli artt. 1, n. 3, 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 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, devono essere interpretati nel senso che non ostano a che una persona venga considerata, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, priva del diritto di accedere alle procedure di ricorso previste dalla detta direttiva, nel caso in cui tale persona non abbia partecipato al procedimento di aggiudicazione di tale appalto perché non sarebbe stata in grado di fornire l'intera prestazione oggetto della gara d'appalto, a causa della presenza di presunte specifiche discriminatorie nei documenti ad esso relativi, e non abbia tuttavia presentato un ricorso avverso dette specifiche prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

- 2) L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, dev'essere interpretato nel senso che osta a che una persona che ha partecipato ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non abbia più interesse ad ottenere tale appalto, perché, prima di iniziare una procedura di ricorso prevista dalla detta direttiva, ha omesso di adire una commissione di conciliazione, quale la Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sulle aggiudicazioni) istituita con il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale 1997 relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici).

Skouris

Gulmann

Cunha Rodrigues

Puissochet

Schintgen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 12 febbraio 2004.

Il cancelliere

Il presidente

R. Grass

V. Skouris

1 – Lingua processuale: il tedesco.