SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)
25 aprile 1996 *

Nella causa C-87/94,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal signor Hendrik van Lier, consigliere giuridico, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Carlos Gómez de la Cruz, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

ricorrente,

contro

Regno del Belgio, rappresentato dal signor Jan Devadder, direttore presso il ministero degli Affari esteri, del Commercio estero e della Cooperazione allo sviluppo, in qualità di agente, assistito dagli avvocati Michel Waelbroeck e Denis Waelbroeck, del foro di Bruxelles, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'ambasciata del Belgio, 4, rue des Girondins,

convenuto,

avente ad oggetto il ricorso diretto a far dichiarare che, prendendo in considerazione, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla Société régionale wallonne du transport, modifiche apportate ad una delle offerte successivamente all'apertura delle offerte stesse, ammettendo nel procedimento di aggiudicazione un offerente che non rispondeva ai criteri di selezione del capitolato d'appalto e accogliendo un'offerta che non rispondeva ai criteri di assegnazione del capitolato d'appalto, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto

* Lingua processuale: il francese.

nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), nonché al principio della parità di trattamento sul quale si basa qualsiasi disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta dai signori D. A. O Edward (relatore), presidente di sezione, J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, P. Jann e L. Sevón, giudici,

avvocato generale: C. O. Lenz
cancelliere: H. A. Rühl, amministratore principale

vista la relazione d'udienza,

sentite le difese orali svolte dalle parti all'udienza del 13 luglio 1995,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 settembre 1995,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte l'11 marzo 1994, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CEE, un ricorso diretto a far dichiarare che, prendendo in considerazione, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla Société régionale wallonne du transport (in prosieguo: la «SRWT»), modifiche apportate ad una delle offerte

successivamente all'apertura delle offerte stesse, ammettendo nel procedimento di aggiudicazione un offerente che non rispondeva ai criteri di selezione del capitolato di appalto e accogliendo un'offerta che non rispondeva ai criteri di assegnazione del capitolato di appalto, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva»), nonché al principio della parità di trattamento, sul quale si basa qualsiasi disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

La direttiva

2 Nel trentaduesimo e nel trentatreesimo 'considerando' della direttiva si rileva che le disposizioni che gli enti interessati applicheranno devono stabilire un quadro per una sana prassi commerciale e preservare la massima flessibilità e, inoltre, che, a fronte di tale flessibilità e nell'interesse della reciproca fiducia, occorre garantire un livello minimo di trasparenza.

3 L'art. 2 della direttiva cita, fra gli enti aggiudicatori ai quali si applica la direttiva, le imprese pubbliche che gestiscono una rete destinata a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti mediante autobus. Detto articolo precisa, al n. 2, lett. c), secondo comma, che tale rete sussiste quando il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da una competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

4 L'art. 4, n. 1, della direttiva prescrive che, nell'assegnazione degli appalti di forniture, gli enti aggiudicatori applicano le procedure adeguate alle disposizioni della direttiva.

5 Ai sensi dell'art. 4, n. 2, della direttiva gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni fra fornitori e imprenditori.

6 L'art. 27, n. 2, della direttiva dispone che, nel caso in cui l'assegnazione di un appalto avviene in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, «(...) gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

7 Infine, l'art. 27, n. 3, dispone:

«Quando il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli enti aggiudicatori possono prendere in considerazione le varianti, presentate da un offerente, che soddisfano i requisiti minimi da essi prescritti. Gli enti aggiudicatori indicano nel capitolato d'oneri le condizioni minime che tali varianti devono rispettare nonché le modalità secondo cui devono essere presentate. Nel bando di gara essi indicano se le varianti non verranno prese in considerazione».

8 Una dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione ad art. 15 della direttiva (GU L 297, pag. 48) così recita:

«*Il Consiglio e la Commissione* dichiarano che, nelle procedure aperte o ristrette, è esclusa qualsiasi negoziazione con i candidati o gli offerenti vertente su elementi fondamentali dei contratti la cui variazione possa falsare il gioco della concorrenza, in particolare sui prezzi; tuttavia vi possono essere discussioni con i candidati o gli offerenti ma solo per far precisare o completare il tenore delle loro offerte nonché le esigenze degli enti aggiudicatori e purché ciò non abbia effetto discriminante».

I fatti

9 La SRWT, con sede in Namur (Belgio), con bando di gara pubblicato nel supplemento della Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 22 aprile 1993 (GU S 78, pag. 76), indiceva una gara pubblica d'appalto mediante una procedura aperta, per l'assegnazione di un appalto pubblico di fornitura avente ad oggetto 307 veicoli standard. Detto appalto, di importo valutato superiore a 2 miliardi di BFR (IVA esclusa), e ripartito in otto lotti, doveva essere eseguito in un periodo di tre anni.

10 Il capitolato d'oneri dell'appalto conteneva il capitolato d'oneri tipo n. 1 (in prosieguo: il «capitolato base») e, inoltre, il capitolato speciale d'oneri n. 545 (in prosieguo: il «capitolato speciale»), che modificava alcuni termini del capitolato base.

11 Il capitolato speciale prevedeva, al punto 20.2, che l'appalto doveva essere assegnato all'offerta economicamente più vantaggiosa. La scelta di detta offerta doveva basarsi su una valutazione delle offerte in base ai criteri di assegnazione le cui rubriche sono citate al paragrafo 59 delle conclusioni dell'avvocato generale. Si trattava in particolare di una valutazione del prezzo base degli autobus, aumentato del prezzo delle varianti prese in considerazione, adattato poi in funzione dei vantaggi e degli svantaggi risultanti dall'applicazione di dieci criteri tecnici di valutazione (in prosieguo: i «criteri tecnici»).

12 La SRWT invitava espressamente gli eventuali offerenti a proporre alcune varianti relative alla struttura finanziaria del contratto, quali il pagamento rateizzato, il leasing finanziario e la locazione dei veicoli.

13 Quanto ai criteri tecnici, il capitolato speciale prevedeva in ciascuna rubrica una formula che consentiva alla SRWT di attribuire un valore, in termini di abbuono o

di penalità misurati in «franchi fittizi», a talune caratteristiche, dipendenti dalle variabili della formula, degli autobus offerti. Tale valore doveva essere aggiunto al prezzo base o detratto da esso.

14 Successivamente all'invio agli interessati del capitolato d'appalto, la SRWT inviava loro tre avvisi rettificativi, datati rispettivamente 30 aprile 1993, 5 e 28 maggio 1993, che apportavano alcune correzioni e precisazioni al capitolato d'appalto. Nel secondo avviso rettificativo la SRWT precisava alcuni aspetti del capitolato d'appalto che riguardavano il numero tassativo di posti a sedere, il numero complessivo di posti che sarebbe stato auspicabile raggiungere, le altezze massime nel pavimento e la formula per il calcolo di una delle penalità fittizie. Secondo ciascun avviso rettificativo gli offerenti dovevano indicare chiaramente nelle loro offerte di aver ricevuto gli avvisi rettificativi e di averne tenuto conto.

15 Il 7 giugno 1993, data fissata dal bando di gara tanto per il ricevimento delle offerte quanto per l'apertura pubblica delle stesse, venivano depositate offerte dalle cinque società EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruxelles), Berkhof (Roeselaere) e Jonckheere (Roeselaere).

16 Durante i mesi di giugno e luglio 1993 la SRWT procedeva ad un esame di dette offerte. Una nota datata 24 agosto 1993, che era stata redatta per la riunione del consiglio di amministrazione del 2 settembre 1993, raccomandava l'assegnazione del lotto n. 1 alla Jonckheere e dei lotti nn. 2-6 alla Van Hool.

17 Nel frattempo, il 3, il 23 e il 24 agosto 1993, l'EMI aveva inviato all'ente aggiudicatore tre note cosiddette «supplementari», nelle quali commentava alcuni punti delle sue offerte iniziali, in particolare il consumo di carburante, la frequenza delle sostituzioni del motore e del cambio nonché alcuni elementi relativi alla qualità tecnica del materiale offerto.

18 Dopo l'esame delle suddette tre note, il servizio tecnico dell'ente aggiudicatore redigeva il 31 agosto 1993 una nota nella quale considerava che le note supplementari dell'EMI contenevano modifiche delle offerte iniziali e non potevano essere pertanto considerate. Dovevano quindi essere confermate le proposte di attribuzione contenute nella nota redatta per la riunione del 2 settembre 1993.

19 Alla riunione del 2 settembre 1993 il consiglio di amministrazione riteneva di non disporre di sufficienti informazioni per essere in grado di adottare una decisione definitiva. Esso si chiedeva in particolare se potesse prendere in considerazione le tre note supplementari dell'EMI e decideva di chiedere il parere giuridico del ministro vallone dei Trasporti su tale questione.

20 Con lettera 14 settembre 1993, il ministro vallone dei Trasporti rispondeva che la presa in considerazione delle tre note supplementari dell'EMI non avrebbe sollevato, per la maggior parte dei punti che vi erano menzionati, alcun problema giuridico. Esso proponeva un nuovo esame della pratica che tenesse conto delle sue osservazioni.

21 Il 28 settembre 1993 la SRWT chiedeva all'EMI di confermarle i consumi di carburante indicati nella nota supplementare 24 agosto 1993, nonché la frequenza delle sostituzioni del motore e del cambio menzionata nella nota supplementare 23 agosto 1993. L'EMI confermava, con lettera 29 settembre 1993, la fondatezza dei dati che aveva fornito.

22 In seguito a detta conferma, la SRWT procedeva ad un nuovo confronto delle offerte, prendendo in considerazione taluni elementi delle tre note supplementari. In vista della riunione del consiglio di amministrazione del 6 ottobre 1993, veniva preparata una nota in cui si proponeva l'assegnazione del lotto n. 1 alla Jonckheere e dei lotti nn. 2-6 alla EMI.

23 Nel corso della riunione del 6 ottobre 1993 il consiglio di amministrazione decideva di recepire dette proposte e di assegnare pertanto il lotto n. 1 alla Jonckheere e i lotti nn. 2-6 all'EMI e, inoltre, di rinviare al 1996 l'ordinazione di 30 veicoli.

24 Lo stesso giorno la Van Hool presentava un ricorso al Conseil d'État del Belgio allo scopo di ottenere la sospensione, mediante procedimento di estrema urgenza, di detta decisione. Tale ricorso veniva respinto con sentenza 17 novembre 1993.

25 Il 30 novembre 1993 la Commissione, alla quale era stata sporta una denuncia da parte della Van Hool, notificava al Regno del Belgio una lettera di diffida ai sensi dell'art. 169 del Trattato. Con lettera 15 dicembre 1993, il governo belga rispondeva che l'inadempimento rimproverato era infondato. Ritenendo tale risposta non convincente, la Commissione inviava un parere motivato al governo belga, invitandolo ad intervenire presso le autorità competenti allo scopo di sospendere gli effetti giuridici del contratto stipulato fra la SRWT e l'EMI. In risposta a detto parere, il governo belga ribadiva che nessun inadempimento era stato provato dalla Commissione.

26 L'11 marzo 1994 la Commissione ha presentato il ricorso in esame, nonché una domanda di provvedimenti urgenti mirante alla sospensione tanto della decisione di assegnazione adottata dalla SRWT quanto dei provvedimenti di esecuzione di quest'ultima. Tale domanda è stata respinta con ordinanza 22 aprile 1994.

27 Con lettera 9 giugno 1995, la Commissione rinunciava alla sua seconda censura. Con tale censura la Commissione rimproverava al Regno del Belgio di aver accettato offerte dell'EMI che non rispondevano ai criteri di selezione enunciati nel capitolato speciale.

28 Il ricorso, così modificato, mira a fare dichiarare che il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva, nonché al principio della parità di trattamento fra gli offerenti, che è alla base di qualsiasi disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in quanto esso ha, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla SRWT,

— preso in considerazione modifiche apportate ad una delle offerte successivamente all'apertura delle offerte stesse;

— accettato un'offerta che non rispondeva ai criteri di assegnazione del capitolato d'appalto.

29 Prima di valutare tali censure, occorre esaminare innanzitutto l'argomento del governo belga secondo il quale la direttiva non si applica nel caso di specie.

Sull'applicabilità del diritto comunitario

30 È pacifico che la SRWT è un'impresa pubblica la quale gestisce una rete che fornisce un servizio al pubblico nel settore dei trasporti mediante autobus, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, e che essa era pertanto tenuta a rispettare, a norma dell'art. 4, le norme della direttiva quando ha assegnato l'appalto di fornitura degli otto lotti di autobus che sono all'origine del ricorso in esame.

31 Tuttavia, poiché tutti gli offerenti erano società belghe, il governo belga ha sostenuto che la causa riguardava una situazione meramente interna, alla quale il diritto comunitario non si applicava.

32 Questo argomento non può essere accolto.

33 Infatti, l'obbligo imposto agli enti aggiudicatori dall'art. 4, n. 1, della direttiva non è soggetto ad alcuna condizione relativa alla nazionalità o al luogo di stabilimento degli offerenti. Inoltre, come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 24 delle sue conclusioni, è sempre possibile che imprese stabilite in altri Stati membri siano riguardate, direttamente o indirettamente, dall'assegnazione di un appalto. La procedura prevista dalla direttiva dev'essere pertanto rispettata indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di stabilimento degli offerenti.

34 Nel corso del procedimento il governo belga ha inoltre sostenuto che l'ente aggiudicatore non era tenuto ad assegnare l'appalto mediante una procedura aperta. Esso avrebbe potuto scegliere una procedura negoziata, alla quale il suo comportamento sarebbe stato conforme.

35 A questo proposito, è sufficiente osservare che, anche se, a tenore dell'art. 15, n. 1, della direttiva, gli enti aggiudicatori che sono tenuti ad applicare le procedure della direttiva hanno una certa scelta per quanto riguarda la procedura da applicare ad un appalto, essi sono tenuti, una volta che hanno indetto una gara mediante una particolare procedura, a rispettare le norme a questa pertinenti fino all'assegnazione definitiva dell'appalto.

Sulle censure

36 La Commissione adduce che la SRWT, tenendo conto dei dati forniti nelle tre note supplementari della EMI riguardanti, in particolare, il consumo di carburante, la frequenza delle sostituzioni del motore e del cambio, nonché alcuni elementi della

qualità tecnica del materiale offerto, ha violato il principio della parità di trattamento tra gli offerenti.

37 Per quanto riguarda il consumo di carburante, la Commissione addebita al Regno del Belgio il fatto di aver preso in considerazione, all'atto della valutazione delle offerte, un nuovo consumo comunicato alla SRWT dalla EMI dopo l'apertura delle offerte e modificato rispetto a quello figurante nelle sue offerte iniziali.

38 Per quanto attiene alla frequenza delle sostituzioni del motore e del cambio, la Commissione rimprovera il Regno del Belgio di aver tenuto conto dei dati forniti dalla EMI dopo l'apertura delle offerte, i quali costituivano modifiche delle sue offerte iniziali e, inoltre, non rispondevano a quanto prescritto dal capitolato d'appalto.

39 Quanto agli elementi della qualità tecnica del materiale offerto, la Commissione sostiene che la SRWT ha ingiustamente tenuto conto, all'atto della valutazione delle offerte EMI, degli elementi che non figuravano nei criteri di attribuzione.

Sul consumo di carburante

40 Il punto 20.2.2.1 del capitolato speciale dispone:

«20.2.2.1. Consumo di combustibile

All'atto del raffronto tra le offerte si accorderà un vantaggio fittizio equivalente al valore di 6 000 litri di gasolio per un autobus standard (in base al prezzo ufficiale vigente alla data dell'apertura delle offerte) per gruppo intero di 1 litro/100 km di differenza tra il consumo di combustibile garantito nell'offerta (compreso il margine di tolleranza) in base al ciclo di prova descritto nell'allegato 10 del presente capitolato d'appalto, e il consumo del veicolo che, fra quelli offerti, necessita di più carburante».

41 Secondo le condizioni di detto allegato la prova doveva effettuarsi con un veicolo recante a bordo un peso corrispondente al numero minimo di viaggiatori.

42 Nelle sue offerte iniziali l'EMI ha dichiarato per i lotti nn. 2-6 un consumo di carburante di 54 litri/100 km. Tuttavia, nella nota n. 1 (in prosieguo: la «nota 1»), allegata alle sue offerte, l'EMI ha sostenuto che — siccome il consumo di 54 litri/100 km era stato ottenuto a seguito delle prove su un veicolo non rodato e non particolarmente messo a punto — il consumo che sarebbe stato registrato con un veicolo rodato e in condizioni ottimali poteva diminuire dal 5-8% rispetto a quello previsto nelle offerte.

43 L'EMI ha del pari confermato nelle sue offerte iniziali di aver ricevuto i tre avvisi rettificativi e di averne tenuto conto.

44 La SRWT ha effettuato una prima valutazione delle offerte in base al consumo comunicato dall'EMI nelle sue offerte iniziali, vale a dire 54 litri/100 km. Trattandosi del veicolo che consumava più carburante fra quelli proposti in tutte le offerte presentate per detti lotti, tale consumo doveva, secondo il metodo di calcolo precisato nel capitolato speciale, servire di base per la valutazione dei vantaggi fittizi delle altre offerte. Dagli allegati 5 e 6 della nota redatta per la riunione del 2 settembre 1993 emerge che, nell'ambito di tale valutazione, le offerte dell'EMI non hanno usufruito di alcun vantaggio fittizio per il consumo di carburante, mentre tutti gli altri offerenti hanno usufruito di detti vantaggi calcolati rispetto al consumo comunicato dall'EMI.

45 Nella sua prima nota supplementare 3 agosto 1993, l'EMI ha comunicato la sua interpretazione relativa alla portata dell'avviso rettificativo n. 2 inviato alla SRWT. Secondo l'EMI, detto avviso implicava l'abbandono del numero complessivo di posti indicato nel capitolato speciale come condizione tassativa del contratto. Tale abbandono avrebbe influito sul calcolo del consumo di carburante poiché la logica della parità di trattamento degli offerenti implicava che detto calcolo fosse effettuato in base al peso massimo autorizzato. Essa considerava pertanto che, al fine di effettuare un raffronto tra i suoi dati e quelli degli altri offerenti, occorreva tener conto del consumo riprodotto nelle offerte iniziali, diminuito dell'8%.

46 Successivamente, dopo aver ricordato i termini della sua nota 1, la EMI, nella sua nota supplementare 24 agosto 1993, ha informato la SRWT che aveva ancora effettuato prove, questa volta in condizioni ottimali, e che, a seguito di tali prove, era emerso che il consumo di carburante, per le sue offerte relative ai lotti nn. 2-6, era di 45 litri/100 km, equivalente a una diminuzione del 16,7% rispetto al consumo di 54 litri/100km. L'EMI ha chiesto alla SRWT di tener conto di questo nuovo consumo per la valutazione delle sue offerte.

47 Il governo belga ha confermato che la SRWT aveva preso in considerazione questo nuovo consumo assegnando l'appalto all'EMI.

48 Infatti, non essendo quest'ultima l'offerente che proponeva il veicolo maggior consumatore di carburante, la SRWT ha proceduto ad una nuova valutazione dei vantaggi fittizi accordati a tutti gli offerenti. Dagli allegati 1 e 2 alla nota redatta per la riunione del 6 ottobre 1993 emerge che, nel corso di questa seconda valutazione, i vantaggi fittizi degli altri offerenti, ad eccezione dell'EMI, sono stati diminuiti rispetto a quanto era stato loro accordato in occasione della prima valutazione, di modo che i vantaggi fittizi della Jonckheere sono scomparsi, mentre è stato accordato un vantaggio alle offerte dell'EMI.

49 La Commissione afferma che, tenendo conto, all'atto dell'assegnazione dell'appalto, dei dati forniti dall'EMI nella nota supplementare 24 agosto 1993, che hanno

modificato, dopo l'apertura delle offerte, il consumo indicato inizialmente da detta società, la SRWT ha violato il principio della parità di trattamento degli offerenti.

50 Il governo belga rileva innanzitutto che il principio della parità di trattamento richiedeva appunto che la rettifica del consumo da parte dell'EMI fosse considerata nell'assegnazione dell'appalto, poiché gli altri offerenti avevano annunciato nelle offerte iniziali risultati già ottimalizzati. Inoltre, esso sottolinea che il consumo di carburante ha natura oggettiva e verificabile, di modo che non si tratta di una modifica volontaria o successiva a negoziati con l'ente aggiudicatore. Infine, il cambiamento non avrebbe inciso sulle caratteristiche tecniche né del veicolo né del motore e, pertanto, le offerte iniziali dell'EMI non sarebbero state modificate.

51 In limine, si deve ricordare che, nella cosiddetta sentenza «Storebaelt» 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 33), la Corte ha affermato che l'obbligo di rispettare il principio della parità di trattamento degli offerenti risponde all'essenza della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

52 Come risulta dal suo art. 4, n. 2, lo stesso vale per la direttiva di cui trattasi nel caso di specie.

53 Inoltre, dal suo trentatreesimo 'considerando' emerge che la direttiva mira a garantire un livello minimo di trasparenza nell'assegnazione degli appalti ai quali si applica.

54 La procedura del raffronto tra le offerte doveva pertanto rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti disponessero delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte.

55 Quando, come nel caso di specie, un ente aggiudicatore opta per un procedura aperta, detta parità di possibilità è garantita dall'obbligo, ad esso imposto dall'art. 16, n. 1, lett. a), della direttiva, di agire conformemente all'allegato XII A di quest'ultima. Così, esso è tenuto a stabilire un termine ultimo per la ricezione delle offerte, in modo che tutti gli offerenti dispongano dello stesso periodo di tempo dopo la pubblicazione del bando di gara per la preparazione delle loro offerte, e, inoltre, la data, l'ora e il luogo dell'apertura delle stesse, il che contribuisce anche a rafforzare la trasparenza della procedura poiché i termini di tutte le offerte presentate sono rivelati contemporaneamente.

56 Si deve rilevare che, quando un ente aggiudicatore tiene conto di una modifica apportata alle offerte iniziali di un solo offerente, quest'ultimo è avvantaggiato rispetto ai suoi concorrenti, il che viola il principio della parità di trattamento degli offerenti e nuoce alla trasparenza della procedura.

57 Nella specie è assodato che la riduzione del consumo, comunicata dall'EMI nella sua nota supplementare 24 agosto 1993, ha ampiamente superato il limite dell'8% previsto da tale impresa nella nota 1 allegata alle sue offerte iniziali e, inoltre, che la SRWT ha tenuto conto, all'atto del raffronto finale delle offerte, di quest'ultimo consumo.

58 Da tale superamento — senza che occorra stabilire se la SRWT potesse legittimamente tener conto del nuovo consumo comunicato dall'EMI nella sua nota supplementare 3 agosto 1993, che rimaneva entro i limiti dell'8% previsto nella sua offerta — risulta che il nuovo consumo di 45 litri/100 km costituiva una modifica delle offerte iniziali dell'EMI. Infatti, quest'ultima ha comunicato, nelle sue note supplementari, elementi risultanti dagli avvisi rettificativi di cui essa ha dichiarato di aver tenuto conto nella sua offerta iniziale e non ha spiegato i motivi per i quali

le nuove prove non potevano essere effettuate prima del termine ultimo fissato per le offerte. Ne consegue che in nessun caso si sarebbe dovuto prendere in considerazione il consumo di 45 litri/100 km.

59 Del resto, occorre sottolineare che la presa in considerazione di tali dati ha cambiato, a danno degli altri offerenti, la misura dei vantaggi fittizi che risultavano dal primo raffronto delle offerte, di modo che la classifica degli offerenti è stata influenzata.

60 Si deve pertanto dichiarare che, tenendo conto dei dati forniti dall'EMI, quanto al consumo di carburante, nella nota supplementare 24 agosto 1993 e, quindi, dopo l'apertura delle offerte, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva.

Sulla frequenza delle sostituzioni del motore e del cambio

61 Il punto 20.2.2.2 del capitolato speciale dispone:

«20.2.2.2. Tempi di montaggio e smontaggio, prezzo dei pezzi

L'offerente presenterà i prezzi dei pezzi di ricambio e i tempi di montaggio e smontaggio degli organi menzionati nell'allegato 23.

Una penalità fittizia sarà automaticamente applicata a tutte le offerte per tener conto delle spese di manutenzione, in conformità alla tabella di cui all'allegato 23».

62 Dalla tabella figurante nell'allegato 23 risulta che una penalità fittizia doveva essere assegnata per le spese di manutenzione di soli 45 organi dell'autobus. Il calcolo di detta penalità dipendeva, per ciascun organo menzionato, da una formula le cui variabili erano il numero di esemplari identici di detto organo nell'autobus, il tempo di smontaggio, il tempo di montaggio, il prezzo e il numero delle prevedibili sostituzioni dell'organo.

63 Tuttavia, ai fini del calcolo della penalità fittizia, l'allegato 23 del capitolato speciale prescriveva agli offerenti di presentare offerte solo per le prime tre variabili. Per quanto riguarda il numero delle sostituzioni prevedibili, l'allegato 23 precisava, in base all'esperienza acquisita dalla SRWT, una cifra costante per ciascun organo. Per le sostituzioni del motore e del cambio dette cifre erano due e, rispettivamente, tre. Gli eventuali offerenti non erano quindi invitati a precisare il numero delle prevedibili sostituzioni dei due organi suddetti.

64 Conformemente ai termini dell'allegato 23, quando ha compilato la tabella prevista, l'EMI non ha formulato proposte relative al numero delle sostituzioni prevedibili degli organi menzionati. Tuttavia, nella nota supplementare 23 agosto 1993, essa ha fatto presente alla SRWT che per l'uso dei suoi autobus dovevano essere previsti un solo motore e una frequenza di sostituzione del cambio pari a 1,25 e che, pertanto, le cifre fissate dalla SRWT all'allegato 23 non dovevano essere applicate alle sue offerte.

65 Il governo belga ammette che, quando ha calcolato la penalità fittizia delle offerte dell'EMI, la SRWT si è avvalsa di dette nuove cifre invece di quelle che figuravano nella tabella dell'allegato 23, mentre, per il calcolo delle penalità fittizie di tutte le altre offerte, essa aveva applicato queste ultime cifre.

66 La Commissione sostiene che siffatto comportamento costituisce una duplice violazione del principio della parità di trattamento degli offerenti. In primo luogo, prendendo in considerazione le cifre di cui trattasi all'atto dell'assegnazione dell'appalto, la SRWT avrebbe consentito ad uno degli offerenti di modificare i termini delle sue offerte iniziali dopo l'apertura delle offerte stesse. In secondo luogo, poiché tali nuove cifre non erano conformi a quanto prescritto dalla tabella dell'allegato 23, la SRWT avrebbe assegnato l'appalto ad un offerente discostandosi dai propri criteri di assegnazione stabiliti nel capitolato speciale.

67 Quanto alla prima di dette due censure, la Commissione deduce che la SRWT, se, a seguito delle osservazioni formulate dall'EMI, era convinta, alla luce delle offerte presentate, dell'erroneità delle prescrizioni che aveva fissato, avrebbe potuto modificarle dando anche agli altri offerenti la possibilità di non tenerne conto. Tuttavia, poiché ha dato siffatta possibilità soltanto all'EMI, essa ha violato il principio della parità di trattamento degli offerenti.

68 Il governo belga afferma che l'EMI non ha modificato le sue offerte iniziali, poiché il materiale offerto restava rigorosamente identico. Esso sottolinea che tutti gli altri offerenti avrebbero potuto del pari informare la SRWT che i loro autobus offrivano migliori prestazioni rispetto a quelle prescritte nell'allegato 23. Esso conclude che, se non potesse tener conto dei dati di cui trattasi, la SRWT non potrebbe prendere in considerazione vantaggi di veicoli di concezione più recente.

69 Si deve ricordare che l'allegato 23 del capitolato speciale non chiedeva agli offerenti di fornire indicazioni sulla frequenza delle sostituzioni dei pezzi di ricambio per i loro autobus. Al contrario, per tale elemento la SRWT aveva fissato nella sua tabella una cifra per ciascun organo. Peraltro, al punto 20.2.2.2 del capitolato speciale, la SRWT aveva stabilito che una penalità fittizia sarebbe stata applicata a tutte le offerte «in conformità alla tabella di cui all'allegato 23». Le cifre che vi sono previste devono essere considerate pertanto come prescrizioni del capitolato speciale.

70 A questo proposito, la Corte ha affermato, nel punto 37 della succitata sentenza Storebaelt, che, quando un ente aggiudicatore ha fissato prescrizioni nel capitolato d'appalto, il rispetto del principio della parità di trattamento degli offerenti impone che tutte le offerte siano conformi a tali prescrizioni allo scopo di garantire un raffronto obiettivo tra le offerte.

71 Ne risulta che le prescrizioni dell'allegato 23 rimanevano quelle applicabili a tutte le offerte, che dovevano essere ad esse conformi. Di conseguenza, si deve considerare che l'EMI non poteva «modificare» i termini delle sue offerte iniziali per quanto riguarda dette prescrizioni e, inoltre, che non era consentito alla SRWT calcolare le penalità fittizie dell'EMI in base alle sue nuove cifre che non rispondevano alle prescrizioni del capitolato speciale.

72 A questo proposito si deve osservare che la presa in considerazione delle nuove cifre ha portato necessariamente ad attribuire un effettivo vantaggio all'EMI in occasione del raffronto delle offerte. In base all'allegato 23, la cifra relativa alla frequenza delle sostituzioni dei pezzi di ricambio ha, nel calcolo della penalità fittizia, la funzione di moltiplicatore degli altri dati forniti dagli offerenti in materia di costi. Quanto alla penalità fittizia per l'EMI, la SRWT si è avvalsa per il numero delle sostituzioni di una cifra inferiore a quella prescritta nell'allegato 23 e quindi a quelle usate nel calcolo effettuato per le altre offerte. La penalità fittizia per la manutenzione degli organi considerati degli autobus dell'EMI ha quindi fruito di un moltiplicatore inferiore.

73 Poiché la SRWT ha consentito unicamente all'EMI di discostarsi dalle prescrizioni di cui trattasi, non è necessario stabilire se giustamente la Commissione consideri che la SRWT avrebbe potuto modificare le prescrizioni del capitolato d'appalto dopo l'apertura delle offerte dando anche a tutti gli offerenti la possibilità di non tenerne conto.

74 Si deve pertanto concludere, a proposito di questa parte della censura, che, assegnando l'appalto all'EMI in base a cifre che non corrispondevano alle prescrizioni dell'allegato 23 del capitolato speciale per il calcolo della penalità fittizia di detta

società per quanto riguarda le spese di manutenzione per la sostituzione del motore e del cambio, la SRWT ha violato i criteri di aggiudicazione stabiliti dal capitolato speciale, nonché il principio della parità di trattamento degli offerenti. Il Regno del Belgio è pertanto venuto meno agli obblighi impostigli su questo punto dalla direttiva.

Sugli elementi della qualità tecnica del materiale offerto

75 Nella sua nota supplementare 3 agosto 1993 l'EMI ha affermato che «il funzionamento giornaliero» degli autobus che essa offriva «consente notevoli risparmi» per l'utente. L'EMI ha redatto due elenchi di elementi dell'autobus che consentivano detti risparmi (in prosieguo: gli «elementi di risparmio»).

76 Il primo elenco, intitolato «Elementi quantificabili», riguardava i sedili «cantilever» proposti, un meccanismo di disappannamento dei vetri laterali e un sistema particolare di assemblaggio modulare. Per ciascuno di detti elementi l'EMI precisava l'importo del vantaggio economico che sarebbe risultato per ciascun autobus per la durata della sua utilizzazione, vale a dire rispettivamente 480 000 BFR, 240 000 BFR e 100 000 BFR.

77 Il secondo elenco, intitolato «elementi non quantificabili», comprendeva otto elementi che avrebbero contribuito ai «risparmi», benché l'EMI non li abbia valutati né nelle sue offerte iniziali né nella sua nota supplementare 3 agosto 1993.

78 La Commissione sostiene che la SRWT ha considerato detti elementi di risparmio per decidere di assegnare l'appalto all'EMI, mentre essi non figuravano né nei criteri di assegnazione enunciati nel bando di gara né nel capitolato d'appalto. Orbene, in base all'art. 27, n. 2, della direttiva, che si applica nel caso di specie, soltanto i criteri menzionati nel bando di gara o nel capitolato d'appalto avrebbero

dovuto essere considerati dalla SRWT all'atto dell'assegnazione dell'appalto. Inoltre, la SRWT avrebbe tenuto conto di detti elementi unicamente quando ha valutato le offerte dell'EMI, mentre, per le altre offerte, avrebbe applicato rigorosamente i criteri di assegnazione menzionati al punto 20.2 del capitolato speciale. Tale comportamento avrebbe pertanto dato luogo, ancora una volta, ad una violazione del principio della parità di trattamento.

79 Nella nota redatta per la riunione del 6 ottobre 1993, l'amministrazione della SRWT si è riferita a tutti gli elementi di risparmio per raccomandare l'assegnazione all'EMI dei lotti nn. 2-6. Essa ha considerato, nella motivazione della raccomandazione per il lotto n. 2, che gli elementi di risparmio avevano «un impatto economico non trascurabile», di modo che erano «tali da influenzare favorevolmente i costi di uso del veicolo, in misura ampiamente superiore alla differenza finanziaria registrata in base ai soli criteri adottati per la valorizzazione».

80 Dal fascicolo emerge che, per i lotti nn. 4, 5 e 6, il raffronto delle offerte in base ai soli criteri di assegnazione stabiliti nel punto 20.2 del capitolato speciale aveva portato a classificare una delle offerte della Van Hool al primo posto, mentre una delle offerte dell'EMI, pur tenendo conto dei dati da essa forniti nelle sue note supplementari in materia di consumo di carburante e di sostituzione del motore e del cambio, era classificata al secondo posto. Le differenze fra le migliori offerte della Van Hool e le offerte dell'EMI classificate al secondo posto ammontavano rispettivamente a 294 799 BFR, 471 513 BFR e 185 897 BFR per i tre lotti. Tuttavia, dopo aver preso in considerazione gli elementi di risparmio, questa prima classifica è stata invertita, di modo che un'offerta dell'EMI, malgrado dette differenze, ha sostituito quella della Van Hool come offerta raccomandata per i lotti di cui trattasi.

81 Il governo belga ha formalmente ammesso che tutti gli elementi di risparmio sono stati considerati nella decisione sull'assegnazione dell'appalto e che tale presa in considerazione ha avuto un'influenza decisiva sulla scelta dell'EMI quale fornitrice dei lotti nn. 2-6.

82 Il governo belga rileva che il capitolato speciale, nel punto 20.2.1, consentiva espressamente alla SRWT di prendere in considerazione eventuali suggerimenti, quali gli elementi di risparmio. Inoltre, esso ricorda che, in forza dell'art. 27, n. 3, della direttiva, la SRWT era del pari autorizzata a prendere in considerazione siffatti suggerimenti purché rispondessero ai requisiti minimi prescritti.

83 Esso sottolinea poi che gli elementi di risparmio, che erano conformi ai requisiti minimi del capitolato speciale, non hanno costituito oggetto di una valorizzazione all'atto del raffronto delle offerte, ma sono stati presi in considerazione come elementi non quantificati di comfort e di qualità che consentivano di concludere che, considerata complessivamente, l'offerta dell'EMI era economicamente quella più vantaggiosa. Inoltre, tanto il bando di gara quanto il capitolato speciale si riferivano agli elementi di qualità tecnica del materiale offerto come criteri di assegnazione. Ne consegue, a suo avviso, che la SRWT poteva tener conto dei controversi elementi di risparmio.

84 La Commissione ammette che gli offerenti hanno la facoltà di presentare varianti e che queste possono essere considerate da un ente aggiudicatore, a condizione però che il principio della parità di trattamento sia rispettato. A suo avviso, ciò non si è verificato nel caso di specie, poiché la deroga ai criteri previsti dal capitolato speciale ha portato ad accordare un vantaggio soltanto all'EMI.

85 Anzitutto, si deve rilevare che gli elementi di risparmio non figuravano nei criteri di assegnazione adottati dalla SRWT per l'assegnazione dell'appalto.

86 È vero che le rubriche dei criteri di assegnazione menzionati al punto 20.2 del capitolato speciale potrebbero essere interpretate — se si prescinde dalle successive definizioni — nel senso che hanno un'ampia portata (v., ad esempio, al punto 20.2.2.4 del capitolato speciale, la rubrica dei sette criteri tecnici, intitolata «Le qualità tecniche del materiale offerto»), di modo che, come sostiene il governo belga, tutte le caratteristiche relative alle qualità tecniche del materiale offerto sarebbero rilevanti per il raffronto delle offerte.

87 Occorre tuttavia ricordare che la SRWT ha definito essa stessa tutti i criteri tecnici mediante una formula precisa figurante sotto ciascuna rubrica (v. punto 13 della presente sentenza). Ne consegue che la portata dei criteri tecnici, indipendentemente dal testo delle rubriche, era limitata dalle formule con le quali la SRWT li ha definiti.

88 Va sottolineato che l'obbligo, imposto dall'art. 27, n. 2, della direttiva agli enti aggiudicatori, di menzionare «nel capitolo d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita», mira appunto a rendere noto ai potenziali offerenti gli elementi che verranno presi in considerazione per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tutti gli offerenti conoscono così i criteri di aggiudicazione che devono essere soddisfatti dalle loro offerte, nonché la loro importanza relativa. Del resto, tale obbligo garantisce il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza.

89 Inoltre, l'art. 27, n. 3, della direttiva, anche se consente agli enti aggiudicatori di prendere in considerazione varianti, dev'essere interpretato alla luce tanto dei principi che sono alla base della direttiva quanto del n. 2 dello stesso articolo. Così, allo scopo di garantire che un appalto sia assegnato in base a criteri noti a tutti gli offerenti prima della preparazione della loro offerta, un ente aggiudicatore può tener conto delle varianti in quanto criteri di aggiudicazione solo nella misura in cui li ha menzionati come tali nel capitolato d'appalto o nel bando di gara.

90 Per quanto riguarda l'argomento del governo belga relativo alla presa in considerazione dei «suggerimenti», è sufficiente osservare che l'art. 27, n. 3, della direttiva ammette solo la presa in considerazione delle varianti e non quella dei suggerimenti. Inoltre, la direttiva non fa alcun riferimento alle varianti in quanto criteri di aggiudicazione e, pertanto, neanche siffatti suggerimenti possono essere presi in considerazione da un ente aggiudicatore per l'assegnazione dell'appalto.

91 Senza che occorra accertare se il principio stabilito dall'art. 27, n. 2, della direttiva escluda la possibilità dell'ente aggiudicatore di cambiare i suoi criteri di aggiudicazione nel corso della procedura purché rispetti i principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza della procedura, è sufficiente constatare che, nella specie, tali principi non sono stati rispettati.

92 Si deve rilevare che, per i lotti nn. 4-6, la SRWT, nel solo caso dell'EMI, ha utilizzato gli elementi di risparmio proposti da detta società per compensare le differenze finanziarie, ammontanti a 294 799 BFR, 471 513 BFR e 185 897 BFR, tra le offerte della Van Hool classificate al primo posto e quelle dell'EMI classificate al secondo posto. Infatti, anche se, come ha sostenuto il governo belga, la SRWT non ha assegnato un valore preciso agli elementi di risparmio, l'EMI le ha fornito un elenco degli «elementi quantificabili» (v. punto 76 della presente sentenza), il cui importo complessivo per ciascun lotto (820 000 BFR) era ampiamente sufficiente per compensare dette differenze.

93 Per contro, per i lotti nn. 2 e 3, dalla nota redatta per la riunione del 6 ottobre 1993 emerge che le controverse offerte dell'EMI sono state classificate al primo posto prima ancora che la SRWT avesse preso in considerazione gli elementi di risparmio. Di conseguenza, la SRWT non ha potuto accordare un'importanza decisiva agli elementi di risparmio riguardanti detti lotti poiché le offerte dell'EMI erano già considerate le più vantaggiose economicamente. Questo punto della censura non è stato quindi comprovato.

94 Occorre concludere che, tenendo conto, all'atto del raffronto delle offerte per i lotti nn. 4-6, degli elementi di risparmio proposti dall'EMI senza averli menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, utilizzandoli per compensare le differenze finanziarie tra le offerte classificate al primo posto e quelle dell'EMI classificate al secondo posto, e avendo accolto talune delle offerte dell'EMI per il fatto di aver preso in considerazione tali elementi, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva.

95 Alla luce di quanto precede, si deve dichiarare che

— tenendo conto dei dati forniti dall'EMI, quanto al consumo di carburante, nella nota supplementare 24 agosto 1993 e, quindi, dopo l'apertura delle offerte,

— assegnando l'appalto all'EMI in base a cifre che non corrispondevano alle prescrizioni dell'allegato 23 del capitolato speciale per il calcolo della penalità fittizia di detta società per quanto riguarda le spese di manutenzione per la sostituzione del motore e del cambio,

— tenendo conto, all'atto del raffronto delle offerte per i lotti nn. 4-6, degli elementi di risparmio proposti dall'EMI senza averli menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, utilizzandoli per compensare le differenze finanziarie tra le offerte classificate al primo posto e quelle dell'EMI classificate al secondo posto, ed avendo accolto talune delle offerte dell'EMI per il fatto di aver preso in considerazione tali elementi,

il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva.

Sulle spese

96 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Il Regno del Belgio, poiché è rimasto soccombente e poiché la Commissione ne ha fatto domanda, dev'essere condannato alle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Quinta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) **Tenendo conto, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla Société régionale wallonne du trasport, dei dati forniti dalla società EMI, quanto al consumo di carburante, nella nota supplementare 24 agosto 1993 e, quindi, dopo l'apertura delle offerte, assegnando l'appalto alla società EMI in base a cifre che non corrispondevano alle prescrizioni dell'allegato 23 del capitolato speciale d'oneri per il calcolo della penalità fittizia di detta società per quanto riguarda le spese di manutenzione per la sostituzione del motore e del cambio, tenendo conto, all'atto del raffronto delle offerte per i lotti nn. 4-6, degli elementi di risparmio proposti dalla società EMI senza averli menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, utilizzandoli per compensare le differenze finanziarie tra le offerte classificate al primo posto e quelle della società EMI classificate al secondo posto, e avendo accolto talune delle offerte della società EMI per il fatto di aver preso in considerazione tali elementi, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.**

2) **Il Regno del Belgio è condannato alle spese.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Jann Sevón

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 25 aprile 1996.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Quinta Sezione

D. A. O. Edward