CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN MISCHO

presentate il 13 dicembre 2001 [1]

1. La Korkein hallinto-oikeus (Finlandia; in prosieguo: il «giudice del rinvio») solleva dinanzi alla Corte tre questioni relative all'interpretazione dell'art. 2, nn. 1, 2 e 4, e dell'art. 34, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le 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 [2], e dell'art. 36, n. 1, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [3].

I — Contesto normativo

La normativa comunitaria

La direttiva 92/50

2. L'art. 1 della direttiva 92/50 dispone:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) *appalti pubblici di servizi*, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione:

(...)

ii) degli appalti pubblici che vengono aggiudicati nei settori menzionati agli articoli 2, 7, 8, 9 della direttiva 90/531/CEE e degli appalti che ottemperano alle condizioni dell'articolo 6, paragrafo 2 della stessa direttiva;

(...)».

1 — Lingua originale: il francese.
2 — GU L 199, pag. 84.
3 — GU L 209, pag. 1.

3. L'art. 36 della direttiva 92/50, intitolato «Criteri di aggiudicazione per gli appalti», così recita:

«1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali riguardanti la remunerazione di particolari servizi, i criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:

a) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo;

b) unicamente il prezzo più basso.

2. Qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

La direttiva 93/38

4. L'art. 2 della direttiva 93/38 stabilisce quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che:

a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2;

b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro.

2. Le attività che rientrano nel campo d'applicazione della presente direttiva sono le seguenti:

(...)

c) gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo.

Per quanto riguarda i servizi di trasporto, è considerata come rete quella in cui il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da una autorità competente di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio;

(...).

4. La fornitura al pubblico di un servizio di trasporto mediante autobus non è considerata come un'attività ai sensi del paragrafo 2, lettera c), qualora altri enti possano liberamente fornire tale servizio, sul piano generale o in una zona geografica circoscritta, alle stesse condizioni previste per gli enti aggiudicatori.

(...)».

5. Ai sensi dell'art. 34 della direttiva 93/38:

«1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali gli enti aggiudicatori si fondano per assegnare gli appalti sono:

a) l'offerta economicamente più vantaggiosa, il che comprende diversi elementi di valutazione variabili secondo l'appalto di cui trattasi: per esempio, il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo;

oppure

b) unicamente il prezzo più basso.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera a), 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.

(...)».

6. L'art. 45 della direttiva 93/38, ai nn. 3 e 4, dispone:

«3. La direttiva 90/531/CEE cessa d'aver effetto a decorrere dalla data d'applicazione della presente direttiva da parte degli Stati membri, fatti salvi gli obblighi di questi ultimi per quanto riguarda i termini indicati all'articolo 37 di detta direttiva.

4. I riferimenti alla direttiva 90/531/CEE devono intendersi come riferimenti fatti alla presente direttiva».

La normativa nazionale

7. In Finlandia le direttive 92/50 e 93/38 sono state trasposte, da un lato, dalla julkisista hankinnoista annettu laki n. 1505/1992 (legge sugli appalti pubblici), come modificata dalle leggi nn. 1523/1994 e 725/1995 (in prosieguo: la «legge 1505/1992») e, dall'altro lato, dal decreto n. 243/1995 sugli appalti di beni e servizi e sui contratti forfettari di costruzione eccedenti certi limiti di valore, nonché dal decreto n. 567/1994 sugli appalti, superiori a certi limiti di valore, conclusi da enti che operano nei settori dell'erogazione di acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, come modificato dal decreto n. 244/1995 (in prosieguo: il «decreto 567/1994»).

8. L'art. 4, n. 1, del decreto 243/1995 stabilisce che quest'ultimo non riguarda gli appalti cui si applica il decreto 567/1994. Secondo l'art. 1, n. 10, del decreto 567/1994, esso non riguarda gli appalti cui si applica il decreto 243/1995.

9. L'art. 43 del decreto 243/1995 stabilisce quanto segue:

«1. L'ente aggiudicatore ha l'obbligo di accettare quell'offerta che, secondo i principi di valutazione alla base dell'appalto, risulti complessivamente la più vantaggiosa sotto il profilo della convenienza economica, oppure l'offerta meno cara. I principi di valutazione della convenienza economica complessiva possono essere ad esempio il prezzo, i tempi di consegna o di produzione, il costo di gestione, la qualità, i costi derivanti dalla durata di vita del bene, le

caratteristiche estetiche o funzionali, il merito tecnico, il servizio successivo alla vendita, la sicurezza di approvvigionamento, l'assistenza tecnica e le questioni ambientali.

(...)».

10. Analogamente l'art. 21, n. 1, del decreto 567/1994 dispone che l'ente aggiudicatore deve scegliere, tra tutte le offerte, la più vantaggiosa sotto il profilo economico complessivo, secondo i criteri di valutazione del bene, del servizio o della prestazione d'opera, oppure l'offerta meno cara. I criteri di valutazione della convenienza economica complessiva possono essere ad esempio il prezzo, i tempi di consegna, i costi di gestione, i costi derivanti dalla durata di vita del bene, la qualità, le caratteristiche ecologiche, estetiche e funzionali, il merito tecnico, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica.

II — Controversia nella causa principale

L'organizzazione dei servizi di trasporto mediante autobus ad Helsinki

11. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, il 27 agosto 1997 il consiglio municipale di Helsinki deliberava che l'intera rete del trasporto pubblico urbano sarebbe stata gradualmente aperta alla concorrenza, in modo che il funzionamento della prima linea appaltata cominciasse all'inizio del servizio autunnale 1998.

12. Ai sensi del regolamento sui trasporti pubblici del Comune di Helsinki responsabili per la pianificazione, lo sviluppo, la produzione e l'organizzazione generale nonché per il controllo dei trasporti pubblici, salvo disposizioni contrarie, sono la commissione per i trasporti pubblici (joukkoliikennelautakunta) e l'azienda per il trasporto pubblico municipale di Helsinki (Helsingin kaupungin liikennelaitos; in prosieguo: l'«azienda dei trasporti») dipendente da quest'ultima.

13. In base alla normativa vigente, la commissione per i servizi commerciali del Comune di Helsinki è competente a decidere sull'appalto dei servizi di trasporto pubblico urbano conformemente agli obiettivi approvati dal consiglio municipale di Helsinki e dalla commissione per i trasporti pubblici. Inoltre, all'ufficio di approvvigionamento del Comune di Helsinki compete l'esecuzione delle operazioni relative agli appalti dei trasporti pubblici urbani.

14. L'azienda dei trasporti è un'impresa commerciale del comune che, sotto il

profilo funzionale ed economico, si articola in unità di produzione a seconda dei diversi tipi di trasporto (autobus, tram, metropolitana, nonché strade e infrastrutture immobiliari). L'unità di produzione relativa agli autobus è la HKL-Bussiliikenne (in prosieguo: la «HKL»). L'azienda dei trasporti comprende altresì una unità-madre del gruppo, costituita da un'unità di pianificazione e da un'unità amministrativa ed economica. L'unità di pianificazione svolge funzioni di committente che predispone le proposte, da sottomettere alla commissione per i trasporti pubblici, su quali linee aprire alla concorrenza e sul livello da esigere per i servizi. Le unità di produzione sono separate sotto il profilo economico dal resto dell'azienda dei trasporti ed hanno contabilità e bilancio separati.

La procedura dell'appalto controversa

15. Con lettera 1° settembre 1997 e con avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, sezione «appalti pubblici», del 4 settembre 1997, l'ufficio di approvvigionamento indiceva una gara d'appalto per la gestione della rete dei trasporti urbani del Comune di Helsinki secondo gli itinerari e gli orari precisati in un documento relativo a sette lotti. La controversia nella causa principale riguarda il lotto n. 6 del bando di gara, relativo alla linea 62.

16. Come emerge dal fascicolo, secondo il bando di gara l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa autrice dell'offerta più vantaggiosa per la città sotto il profilo economico complessivo. La valutazione avrebbe dovuto basarsi su tre categorie di criteri, ossia il prezzo complessivo della gestione, la qualità del materiale (autobus) e la gestione qualitativa ed ambientale da parte dell'imprenditore.

17. In primo luogo, per quanto riguarda il prezzo complessivo richiesto, l'offerta più interessante doveva ottenere 86 punti. Il punteggio delle altre offerte veniva calcolato in base alla formula seguente: punteggio = costo per il compenso annuo dell'offerta più vantaggiosa fratto il costo dell'offerta considerata e moltiplicato per 86.

18. In secondo luogo, per quanto riguarda la qualità del materiale, veniva attribuito un punteggio aggiuntivo in particolare per l'uso di autobus caratterizzati, da un lato, da un livello di emissione di ossido di azoto inferiore a 4g/Kwh (+ 2,5 punti/bus), o inferiore a 2g/Kwh (+ 3,5 punti/bus) e, dall'altro lato, da un livello sonoro inferiore a 77 dB (+ 1 punto/bus).

19. Per quanto riguarda, infine, l'organizzazione qualitativa e ambientale dell'imprenditore, sarebbero stati assegnati punti supplementari per un complesso di criteri qualitativi e per un programma ambientale attestati entrambi tramite certificazione.

20. L'ufficio di approvvigionamento riceveva per il lotto n. 6 otto offerte, tra cui quelle dell'HKL e della Swebus Finland Oy Ab, in seguito divenuta Stagecoach Finland Oy Ab e poi Concordia Bus Finland Oy Ab (in prosieguo: la «Concordia»). L'offerta di quest'ultima conteneva due proposte alternative, designate come offerte A e B.

21. Il 12 febbraio 1998 la commissione per i servizi commerciali decideva di scegliere la HKL come esercente della linea di cui al lotto n. 6, essendo stata considerata la sua offerta come la più vantaggiosa sotto il profilo economico complessivo. Dall'ordinanza di rinvio emerge che la Concordia aveva proposto l'offerta meno cara, ottenendo 81,44 punti per l'offerta A e 86 punti per l'offerta B. L'HKL aveva ottenuto 85,75 punti. Per quanto riguarda il materiale, la HKL aveva ottenuto il punteggio più elevato, con 2,94 punti, mentre la Concordia aveva riportato 0,77 punti per l'offerta A e 1,44 punti per l'offerta B. I 2,94 punti ottenuti dalla HKL a questo titolo comprendevano maggiorazioni massimali per un'emissione di ossido di azoto inferiore a 2g/Kwh e per un livello sonoro inferiore a 77 dB. La Concordia non aveva ottenuto punti supplementari per i criteri relativi alle emissioni di ossido di azoto e al livello sonoro. La HKL e la Concordia avevano riportato il punteggio massimo per le loro certificazioni qualitative e ambientali. Conseguentemente, il punteggio più elevato in complesso era stato ottenuto dalla HKL, con 92,69 punti. La Concordia si era qualificata seconda, con 86,21 punti per l'offerta A e 88,56 punti per l'offerta B.

Il procedimento dinanzi ai giudici nazionali

22. La Concordia proponeva un ricorso diretto all'annullamento della suddetta decisione della commissione per i servizi mercantili dinanzi al Kilpailuneuvosto (l'autorità finlandese per la concorrenza) sostenendo, in particolare, che l'attribuzione di punti supplementari al materiale che presenta emissioni di ossido di azoto e un livello sonoro inferiori a un determinato limite è parziale e discriminatoria. Essa riteneva che fossero stati assegnati punti supplementari per l'utilizzo di un tipo di autobus che in realtà un solo offerente, ossia la HKL, aveva la possibilità di proporre.

23. Il Kilpailuneuvosto respingeva il ricorso dichiarando che l'ente aggiudicatore ha il diritto di decidere quale materiale è di suo gradimento. La fissazione dei criteri di scelta e la loro ponderazione dovrebbe però avvenire in modo obiettivo, tenendo conto delle necessità dell'ente aggiudicatore e della qualità del servizio. L'ente aggiudicatore dovrebbe essere all'occorrenza in grado di giustificare la fondatezza della scelta e dell'applicazione dei propri criteri di valutazione.

24. Lo stesso giudice ha osservato che la decisione del Comune di Helsinki di favorire gli autobus meno inquinanti è una decisione di politica ambientale, diretta a ridurre i danni causati all'ambiente dalla circolazione degli autobus. Ciò non costituirebbe un vizio di procedura. Sarebbe

possibile intervenire se tale criterio fosse applicato in modo discriminatorio a svantaggio di un concorrente. Tuttavia, il Kilpailuneuvosto rilevava che tutti i concorrenti avevano la possibilità, se l'avessero voluto, di acquistare autobus alimentati a gas naturale, e concludeva pertanto che non fosse provato che il criterio in questione sarebbe stato discriminatorio verso il ricorrente.

25. La Concordia impugnava dinanzi al giudice del rinvio la decisione del Kilpailuneuvosto, sostenendo che l'attribuzione di punti supplementari agli autobus meno inquinanti e meno rumorosi favoriva la HKL, l'unica impresa offerente che aveva, in pratica, la possibilità di utilizzare materiale che potesse ottenere tale punteggio. Essa inoltre dichiarava che, nell'ambito della valutazione complessiva delle offerte, non sarebbe possibile tenere conto di questi fattori ecologici che non hanno alcun rapporto diretto con l'oggetto dell'appalto.

26. Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale osserva innanzi tutto che, per stabilire se al caso di specie sia applicabile il decreto n. 243/1995 o il decreto n. 567/1994, occorre accertare se l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 o in quello della direttiva 93/38. A tal proposito, esso rileva che l'allegato VII della direttiva 93/38 menziona, con riguardo alla Finlandia, sia gli enti pubblici o privati esercenti il trasporto mediante autobus in conformità della lain luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä (legge sul trasporto passeggeri mediante autobus soggetto ad autorizzazione), sia l'azienda dei trasporti del Comune di Helsinki che gestisce la metropolitana e la rete tranviaria.

27. Inoltre, secondo il giudice del rinvio l'esame della causa implica altresì l'interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario per stabilire se un comune che assegni un appalto come quello di cui trattasi nella causa principale sia legittimato a tener conto di considerazioni ecologiche relative al materiale proposto. Infatti, l'accoglimento degli argomenti esposti dalla Concordia riguardo ai punti assegnati in base ai criteri ambientali e ad altri titoli comporterebbe che il punteggio riportato dalla sua offerta B sarebbe superiore a quello ottenuto dalla HKL.

28. Il giudice del rinvio osserva, in proposito, che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 e l'art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38 non includono le questioni ambientali nell'elenco dei criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Orbene, nelle sentenze Beentjes, Evans Medical e Macfarlan Smith [4], la Corte avrebbe dichiarato che l'amministrazione aggiudicatrice è

4 — Sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87 (Racc. pag. 4635), e 28 marzo 1995, causa C-324/93 (Racc. pag. I-563).

libera di scegliere i criteri di attribuzione dell'appalto per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, detta scelta dovrebbe vertere unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

29. Il giudice del rinvio richiama infine la comunicazione della Commissione 11 marzo 1998, intitolata «Gli appalti pubblici nell'Unione europea» [COM(1998), 143, def.], in cui la Commissione ha sostenuto che è ammissibile tener conto di considerazioni ecologiche per identificare l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico globale, nella misura in cui l'ente che organizza l'appalto tragga esso stesso un diretto beneficio dalle caratteristiche ecologiche inerenti al prodotto.

III — Questioni pregiudiziali

30. Il giudice del rinvio ha pertanto deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni concernenti la sfera di applicazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le 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 199 del 9 agosto 1993, pag. 84), in particolare, l'art. 2, nn. 1, lett. a), 2, lett. c), e 4, vadano interpretate nel senso che la detta direttiva è applicabile al procedimento seguito da una municipalità che agisce come ente aggiudicatore nel contesto di un appalto relativo all'esercizio del trasporto pubblico urbano, quando

— la municipalità è responsabile per la pianificazione, lo sviluppo, l'attuazione ed altri aspetti organizzativi nonché di controllo del trasporto pubblico sul suo territorio,

— per le funzioni soprammenzionate la municipalità dispone di una commissione per il trasporto pubblico e di un'azienda di trasporto da essa dipendente,

— l'azienda di trasporto municipale dispone di un'unità di pianificazione che agisce come unità committente, prepara per la detta commissione proposte su quali linee vadano aperte alla concorrenza e su quale livello di qualità dei servizi debba esigersi e

— l'azienda di trasporto municipale ha unità di produzione distinte sotto il profilo economico dal resto dell'azienda, tra cui un'unità che fornisce servizi di trasporto con autobus di linea e partecipa alle gare d'appalto relative a questi ultimi.

2) Se la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici ed in special modo l'art. 36, n. 1, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209 del 24 luglio 1992, pag. 1), o analogamente l'art. 34, n. 1, della direttiva del Consiglio 93/38/CEE vadano interpretati nel senso che una municipalità, allorché organizzi quale ente aggiudicatore una gara d'appalto relativa all'esercizio del trasporto pubblico urbano della stessa municipalità, possa prendere in considerazione, tra i criteri per l'attribuzione dell'appalto sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oltre al prezzo proposto, al programma qualitativo ed ambientale dell'esercente in questione ed a molte altre caratteristiche del materiale circolante, anche la riduzione delle emissioni di ossido d'azoto e del livello sonoro, secondo le modalità indicate nel bando di gara talché, qualora le emissioni di ossido d'azoto ed il livello sonoro di alcuni veicoli siano inferiori ad un determinato livello, possono essere attribuiti punti supplementari di cui può tenersi conto nel raffronto tra le offerte.

3) In caso di soluzione affermativa delle precedenti questioni, se la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici vada interpretata nel senso che l'attribuzione di punti supplementari per le summenzionate caratteristiche relative alle emissioni di ossido d'azoto e al livello sonoro del materiale non sia tuttavia permessa quando è in precedenza noto che l'azienda esercente il trasporto pubblico mediante autobus appartenente alla municipalità, agente quest'ultima quale ente aggiudicatore, ha la possibilità di offrire materiale in possesso delle suddette caratteristiche, che, date le circostanze, solo rare imprese del settore hanno peraltro la possibilità di offrire».

IV — Analisi

La prima questione pregiudiziale

31. Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 93/38 debba interpretarsi nel senso che essa si applica ad un contesto di fatto come quello descritto nell'ordinanza di rinvio. La soluzione che proporrò per tale questione dovrebbe consentire al suddetto giudice di verificare se alla controversia di cui alla causa principale vada applicata la direttiva 93/38 ovvero la direttiva 92/50.

Osservazione preliminare

32. Senza sollevare una questione di irricevibilità vera e propria, alcune delle parti intervenienti, tra cui la Concordia e il governo olandese, ritengono che la prima questione sia irrilevante per la soluzione delle questioni seconda e terza. A loro giudizio, le disposizioni per le quali il giudice del rinvio interroga la Corte nella seconda e nella terza questione sono praticamente identiche nelle due direttive. Non sarebbe pertanto necessario stabilire in anticipo quale delle due direttive sia applicabile.

33. Ritengo utile ricordare che in linea di principio spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter pronunciare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica e la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte [5].

5 — Sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra (Racc. pag. I-2099, punti 38 e 39).

34. Siffatte circostanze eccezionali non sussistono nel caso di specie. Al contrario, il giudice del rinvio definisce in modo chiaro il nesso esistente tra la prima questione sollevata e la controversia nella causa principale, rilevando che «[a]l fine di decidere se al caso di specie vada applicato il decreto 243/1995 o 567/1994, occorre sollevare anche una questione pregiudiziale sul punto se un appalto del tipo di quello controverso rientri nella sfera di applicazione della direttiva 92/50 o 93/38 (...)». Ritengo pertanto che dobbiamo pronunciarci sulla prima questione sollevata dal giudice del rinvio.

Posizioni delle parti intervenienti

35. Il Comune di Helsinki, il governo finlandese, il governo ellenico e il governo austriaco ritengono che la direttiva 93/38 sia applicabile. In sostanza, essi affermano che l'azienda dei trasporti è parte del «sistema» del Comune di Helsinki. Poiché quest'ultimo, compresa la propria azienda dei trasporti, costituisce «l'autorità pubblica» di cui all'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38, che svolge un'attività prevista dal n. 2, lett. c), del medesimo articolo, la suddetta direttiva dovrebbe applicarsi.

36. Essi aggiungono che l'art. 2, n. 4, della direttiva 93/38 non va contro tale conclusione. A loro giudizio, infatti, detta disposizione non sarebbe applicabile in quanto

dall'ordinanza di rinvio non risulta che altri enti potessero liberamente fornire il servizio di trasporto mediante autobus alle medesime condizioni dell'ente aggiudicatore.

37. La Concordia e la Commissione ritengono invece applicabile la direttiva 92/50. La Commissione osserva come dall'ordinanza di rinvio emerga che la gestione delle reti destinate a fornire al pubblico servizi di trasporto non era garantita dal Comune di Helsinki, dalle sue commissioni o dal suo ufficio di approvvigionamento, bensì erano le unità di produzione dell'azienda dei trasporti a provvedervi. Orbene, tali unità, autonome rispetto al resto dell'azienda dei trasporti, non sarebbero enti aggiudicatori nell'ambito dell'appalto di cui alla causa principale.

38. Il governo olandese e quello svedese non si esprimono riguardo alla prima questione.

39. Il governo del Regno Unito ritiene che spetti al giudice del rinvio stabilire quale tra le due direttive sia applicabile, tenendo conto dell'art. 2 della direttiva 93/38.

Valutazione

40. Per la prima questione occorre esaminare l'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

41. L'art. 2, n. 1, lett. a), della suddetta direttiva stabilisce che essa si applica agli enti aggiudicatori che «sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2».

42. Nel caso di specie, dall'ordinanza di rinvio risulta che alla commissione per i servizi commerciali del Comune di Helsinki spettava statuire sull'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico urbano. L'ente aggiudicatore nella causa principale è quindi incontestabilmente un'«autorità pubblica» ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38.

43. Perché si applichi la direttiva 93/38 è inoltre necessario che tale autorità pubblica svolga «una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2». L'attività che rileva nel caso in oggetto è quella definita dall'art. 2, n. 2, lett. c), ossia la «gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore

dei trasporti per (...) autobus (...)». Al secondo comma di tale disposizione, inoltre, la nozione di rete viene definita nel modo seguente: «Per quanto riguarda i servizi di trasporto, è considerata come rete quella in cui il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da un'autorità competente di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

44. Da ciò, a mio giudizio, consegue che la direttiva 93/38 si applica all'autorità pubblica che gestisce una rete e che, in tale contesto, intende concludere un appalto. Ritengo, per contro, che la direttiva 93/38 non sia applicabile qualora un'ente aggiudicatore bandisca una gara d'appalto per affidare ad altri la gestione stessa della rete.

45. Il governo austriaco, il quale sostiene che la direttiva 93/38 si applica perché «[l]a gestione di una rete pubblica di autobus costituisce fuor di ogni dubbio prestazione di un servizio nel settore dei trasporti ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva [93/38]», e rileva che «[i]n base all'ordinanza di rinvio (...), l'oggetto della procedura di appalto era costituito dalla gestione di una rete di questo tipo», corrobora, a mio avviso, la tesi secondo la quale la direttiva 93/38 è applicabile perché la gestione della rete ha costituito oggetto dell'appalto controverso.

46. Ritengo tuttavia che una siffatta interpretazione dell'ambito di applicazione della direttiva 93/38 non trovi fondamento nel tenore letterale della stessa.

47. Dall'art. 2, n. 1 della direttiva 93/38 deriva infatti che quest'ultima si applica esclusivamente se l'autorità aggiudicatrice *svolge un'attività*, che nel nostro caso è la «gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per (...) autobus (...)». Come risulta dall'art. 2, n. 4, tale attività equivale, sempre nel nostro caso, alla «fornitura al pubblico di un servizio di trasporto mediante autobus».

48. Orbene, i termini «gestione» e «fornitura» dimostrano che è lo stesso ente aggiudicatore a dover offrire il servizio mediante autobus. Non basta quindi, perché possa essere considerato come gestore della rete, che tale ente definisca, per esempio, l'itinerario da seguire o la frequenza del servizio. Risulta infatti dall'art. 2, n. 2, lett. c), secondo comma, che fissare le condizioni relative agli itinerari da seguire, e così via, non equivale a gestire una rete, ma solo costituirla o definirla. In altri termini, *gestire* una rete vuol dire provvedere direttamente al suo funzionamento, avvalendosi, in linea di principio, di personale e di autobus propri.

49. Da ciò consegue pertanto che la direttiva si applica qualora l'ente aggiudicatore

gestisca esso stesso una rete di autobus e, svolgendo tale attività, indica un bando di gara, per esempio, per l'acquisto di autobus [6]. Per contro, un ente aggiudicatore, se indice una gara d'appalto diretta ad *affidare a terzi la gestione* di una rete, non agisce nell'ambito dell'esercizio di un'attività consistente nella gestione di una rete.

50. Tale interpretazione trova conferma non soltanto nell'art. 2 della direttiva 93/38, ma anche nell'elenco dei servizi che possono costituire oggetto di un appalto disciplinato dalla suddetta direttiva. A questo proposito, gli artt. 15 e 16 della direttiva si richiamano gli allegati XVI A e XVI B. I servizi in essi elencati in dettaglio sono servizi chiaramente destinati a sostenere l'attività svolta dall'ente aggiudicatore, come definita dall'art. 2, n. 2, della direttiva. Sarebbe, invece, inutile cercare in detto elenco un servizio simile a quello che ha costituito oggetto dell'appalto controverso, ossia la gestione stessa di una rete di autobus.

51. Sono inoltre dell'avviso che non sia consentito interpretare estensivamente la direttiva 93/38 al fine di includere nella sua sfera di applicazione un appalto il cui oggetto sia l'attività descritta dall'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva.

52. La direttiva 93/38 costituisce infatti una deroga alle regole generali che, per gli appalti di servizi, sono fissate dalla direttiva 92/50. Ciò è confermato dalla sentenza Teleaustria e Telefonadress [7], nella quale, al punto 33, la Corte ha dichiarato che «quando un appalto è considerato dalla direttiva 93/38 che disciplina uno specifico settore di servizi, le disposizioni della direttiva 92/50, destinate ad applicarsi ai servizi in generale, non si applicano».

53. Orbene, per giurisprudenza costante, una deroga va interpretata restrittivamente [8]; di conseguenza, nel caso di specie, non è possibile accogliere un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

54. Una gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento a terzi della gestione di una rete di autobus non rientra quindi nella direttiva 93/38, bensì nella direttiva 92/50, allorchè sussitano tutte le condizioni da quest'ultima prescritte.

6 — V., al riguardo, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, detta degli «autobus valloni» (Racc. pag. I-2043). In tale causa la società regionale vallona dei trasporti, in quanto azienda pubblica che gestiva una rete destinata a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti mediante autobus, aveva indetto una gara d'appalto in base alla direttiva 90/531, poi sostituita dalla direttiva 93/38, per l'assegnazione di un appalto pubblico di forniture avente ad oggetto 307 veicoli standard.

7 — Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98 (Racc. pag. I-10745).

8 — Sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith (già citata), punto 48.

55. Questa precisazione, però, non basta a risolvere la prima questione sollevata dal giudice del rinvio. Difatti, come ho già osservato, varie parti intervenienti fanno riferimento non già all'oggetto dell'appalto, bensì al fatto che l'azienda dei trasporti (di cui la HKL costituisce un'unità) è parte del «sistema» del Comune di Helsinki. Da ciò esse deducono che, se una linea venisse assegnata alla HKL, il Comune di Helsinki svolgerebbe un'attività consistente nella gestione di una rete di autobus ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38 e che, pertanto, tale direttiva si applicherebbe.

56. Neppure detto argomento può essere accolto.

57. Occorre rilevare, innanzi tutto, che il giudice del rinvio chiede alla Corte quale direttiva sia applicabile a un determinato appalto pubblico di servizi, partendo quindi chiaramente dal presupposto che si è effettivamente in presenza di un appalto pubblico: non mi spetta sollevare dubbi su questa valutazione.

58. Orbene, l'essenza stessa di un appalto pubblico di servizi, che sia disciplinato dalla direttiva 92/50 ovvero dalla direttiva 93/38, consiste nel fatto che si tratta di un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un ente aggiudicatore (o un'amministrazione aggiudicatrice), da un lato, e un prestatore di servizi, dall'altro [9].

59. Di conseguenza, a meno di disconoscere questa caratteristica essenziale di un appalto pubblico, occorre considerare la HKL come un'entità distinta dal Comune di Helsinki. Equivarrebbe infatti alla negazione stessa di un appalto pubblico ritenere che il Comune di Helsinki fosse al tempo stesso ente aggiudicatore e prestatore del servizio.

60. Pertanto, se il Comune di Helsinki costituisce, attraverso la sua commissione per i servizi commerciali, l'ente aggiudicatore, la HKL non può, per definizione, essere tale ente. Parimenti, se la HKL è il prestatore di servizi che gestisce la rete di autobus, il Comune di Helsinki non può, per definizione, essere tale prestatore. Quindi, poiché quest'ultimo non svolge l'attività consistente nella gestione della rete di autobus come prescritto dall'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38, se ne deve concludere che tale direttiva non si applica.

61. Suggerisco pertanto alla Corte di risolvere la prima questione nel senso che le disposizioni relative all'ambito di applicazione della direttiva 93/38, in particolare,

9 — V. l'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, e l'art. 1, n. 4, della direttiva 93/38.

l'art. 2, n. 1, lett. a), e n. 2, lett. c), nonché l'art. 4, non possono interpretarsi nel senso che la suddetta direttiva è applicabile alla procedura seguita da una municipalità che agisce come ente aggiudicatore nel contesto di un appalto relativo alla gestione di un servizio di trasporto pubblico urbano, quando

— la municipalità è responsabile per la pianificazione, lo sviluppo, l'attuazione ed altri aspetti organizzativi nonché di controllo del trasporto pubblico sul suo territorio,

— per le funzioni soprammenzionate la municipalità dispone di una commissione per il trasporto pubblico e di un'azienda di trasporto da essa dipendente,

— l'azienda di trasporto municipale dispone di un'unità di pianificazione che agisce come unità committente, che prepara per la detta commissione per il trasporto pubblico proposte su quali linee vadano aperte alla concorrenza e su quale livello di qualità dei servizi debba esigersi e

— l'azienda di trasporto municipale ha unità di produzione distinte dal resto dell'azienda sotto il profilo economico, tra le altre un'unità che fornisce servizi di trasporto mediante autobus di linea e partecipa alle gare d'appalto relative a questi ultimi.

La seconda questione pregiudiziale

62. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50, o l'art. 34, n. 1, della direttiva 93/38 consentano di includere, tra i criteri dell'appalto da concludere sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la riduzione delle emissioni di ossido di azoto o del livello sonoro in modo che, qualora le emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro di alcuni veicoli siano inferiori a un dato limite, possano attribuirsi punti supplementari per il raffronto tra le offerte.

Posizione delle parti intervenienti

63. La Concordia ritiene che in un procedimento di appalto pubblico i criteri di decisione debbano sempre essere di natura economica, stando al dettato della direttiva 92/50. Se l'amministrazione aggiudicatrice

avesse voluto perseguire criteri di ordine ecologico o di altra natura, sarebbe stato necessario seguire una procedura diversa da quella dell'appalto pubblico.

64. Tutte le altre parti intervenienti, invece, sostengono che è consentito includere, tra i criteri di aggiudicazione di un appalto, quelli di ordine ecologico. Esse fanno riferimento, in particolare, al fatto che l'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50 e l'art. 34, n. 1, della direttiva 93/38 contengono un elenco solo esemplificativo degli elementi che l'ente aggiudicatore può prendere in considerazione nell'assegnare un appalto; inoltre, esse si richiamano all'art. 6 CE, il quale prescrive l'integrazione della politica ecologica nelle altre politiche della Comunità, nonché alle sentenze Beentjes e Evans Medical e Macfarlan Smith, precedentemente citate, in base alle quali l'ente aggiudicatore può scegliere i criteri che ritiene rilevanti quando valuta le offerte presentate.

65. Le diverse posizioni non fanno però tutte leva sulle stesse considerazioni.

66. Per esempio, il Comune di Helsinki, sostenuto dal governo finlandese, osserva come sia interesse proprio e dei propri abitanti che le emissioni nocive siano il più possibile limitate. Difatti, per lo stesso Comune di Helsinki, che è responsabile della tutela dell'ambiente sul proprio territorio, ne deriverebbero delle economie dirette, in particolare nel settore medico-sociale, che rappresenterebbe circa il 50% del suo bilancio complessivo. I fattori che contribuiscono, anche in percentuale modesta, a migliorare lo stato di salute generale della popolazione consentirebbero di ridurre i suddetti costi rapidamente e in notevole misura.

67. Il governo greco aggiunge che il potere discrezionale conferito alle autorità nazionali quanto alla scelta dei criteri di attribuzione degli appalti pubblici presuppone che detta scelta non sia arbitraria e che i cirteri presi in considerazione non infrangano disposizioni del Trattato e in particolare i suoi principi fondamentali, come il diritto di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità.

68. Il governo olandese precisa che i criteri per l'attribuzione adottati dall'autorità aggiudicatrice debbono sempre tener conto di un aspetto economico. Esso ritiene ciononostante che tale condizione sussista nel caso di specie, poiché il Comune di Helsinki è al tempo stesso l'autorità aggiudicatrice e l'organismo finanziariamente responsabile della politica ambientale.

69. Secondo il governo austriaco le direttive in materia di assegnazione di appalti

pubblici porrebbero due restrizioni fondamentali alla scelta dei criteri di valutazione. Da un lato, i criteri prescelti dall'autorità aggiudicatrice devono presentare un nesso con l'appalto da assegnare e consentire di determinare quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa per la suddetta autorità. Dall'altro lato, i criteri individuati debbono essere tali da orientare il potere discrezionale riconosciuto all'ente aggiudicatore su un fondamento oggettivo e non presentare elementi di arbietrarietà nella scelta.

70. Inoltre, secondo il governo austriaco, occorre che i criteri per l'assegnazione siano direttamente connessi con l'oggetto del mercato, producano effetti oggettivamente misurabili e siano economicamente quantificabili.

71. Nel medesimo senso, il governo svedese sostiene che la scelta di cui dispone l'autorità aggiudicatrice è limitata, in quanto i criteri di assegnazione debbono essere in relazione con l'appalto da attribuire ed essere idonei a stabilire l'offerta economicamente più vantaggiosa. Esso aggiunge che tali criteri debbono altresì essere conformi alle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci e dei servizi.

72. Secondo il governo del Regno Unito le disposizioni dell'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50 e dell'art. 34, n. 1, della direttiva 93/38 vanno interpretate nel senso che, nell'organizzazione di un procedimento di aggiudicazione per la gestione di servizi di trasporto mediante autobus, un'autorità o un ente aggiudicatore può tener conto, tra gli altri criteri per l'assegnazione del contratto, anche criteri ambientali al fine di valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa, purché tali criteri consentano un raffronto tra tutte le offerte e siano connessi ai servizi richiesti e siano stati pubblicati in anticipo.

73. Infine, la Commissione sostiene che i criteri di attribuzione che possono essere presi in considerazione per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa debbono rispondere a quattro condizioni; essi devono essere:

— obiettivi,

— applicabili a tutte le offerte,

— strettamente connessi all'oggetto dell'appalto e

— comportare un vantaggio economico a diretto beneficio dell'autorità aggiudicatrice.

Valutazione

74. Per risolvere la seconda questione occorre, in primo luogo, esaminare il testo della direttiva 92/50, a mio giudizio applicabile al caso in oggetto.

75. L'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 stabilisce che «(...) i criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono (...), qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto *quali ad esempio* [10] qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo».

76. Il Comune di Helsinki sostiene che i criteri relativi alle emissioni di ossido di azoto e alle emissioni sonore rientrano nelle categorie «qualità» e «merito tecnico» espressamente menzionate dalla citata disposizione. La Commissione, nello stesso testo della risposta che essa propone come soluzione per la seconda questione, fa riferimento a «determinate caratteristiche del materiale».

10 — Il corsivo è mio.

77. Ritengo che sia del tutto corretto esaminare il problema sotto questo profilo. I criteri relativi alle emissioni sono indissolubilmente legati alla configurazione del materiale con cui il Comune di Helsinki intende garantire il servizio degli autobus. Non si può impedire che un'autorità aggiudicatrice prescriva di utilizzare materiale conforme alle migliori tecnologie disponibili («state of the art»), anche se essa attribuisce un'importanza primaria a una delle qualità del suddetto materiale, ossia alle sue caratteristiche relative alle emissioni di gas e alla rumorisità dei motori.

78. Più in generale, occorre rilevare che se il Comune di Helsinki avesse precisato direttamente nell'appalto che la gestione della rete avrebbe dovuto essere effettuata esclusivamente ricorrendo ad autobus alimentati a gas, si sarebbe trattato di una «prescrizione tecnica» riguardante le «caratteristiche dei servizi oggetto degli appalti», ai sensi del Libro verde della Commissione del 1996, da questa citato [11].

79. La Commissione cita inoltre la sua comunicazione intitolata «Gli appalti pubblici nell'Unione europea» [12], in cui aveva precisato quanto segue:

«In linea generale, ogni amministrazione che lo desideri, può, in sede di definizione

11 — Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro [COM(96) 583 def. del 27 novembre 1996, paragrafo 5.49].

12 — COM(98) 143 def. dell'11 marzo 1998.

dei prodotti o dei servizi che intende acquistare, scegliere prodotti e servizi che rispondano alle sue preoccupazioni in materia di tutela dell'ambiente. Le misure adottate devono, beninteso, rispettare le disposizioni ed i principi del Trattato, in particolare il principio di non discriminazione».

80. Ora, chi può fare il più, può fare anche il meno. L'autorità aggiudicatrice, se può stabilire d'ufficio che gli autobus debbano funzionare a gas, può anche, nell'ambito dei criteri per l'attribuzione, assegnare un dato numero di punti alle imprese in grado di garantire il servizio mediante autobus rispondenti a norme in tema di inquinamento particolarmente rigorose e che solo detti tipi di autobus possono rispettare.

81. Sono pertanto del parere che la discussione potrebbe già concludersi in base semplicemente alle considerazioni appena svolte.

82. Se, però, la Corte dovesse considerare che i criteri controversi vanno esaminati per così dire in astratto, ossia indipendentemente dalla loro base tecnica, ritengo che sia possibile dedurre dall'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 e, soprattutto, dall'elenco esemplificativo dei criteri, che le direttive non escludono a priori la possibilità di far ricorso a un criterio di tipo ecologico, come quello del caso in oggetto, per l'assegnazione di un appalto pubblico. Per stabilire entro quali limiti si può tener conto di siffatto criterio, occorre tuttavia esaminare, in secondo luogo, la giurisprudenza della Corte relativa alle suddette disposizioni o a disposizioni analoghe.

83. Le due sentenze più frequentemente richiamate dalle parti sono la sentenza Beentjes e la sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, già citate.

84. Nella sentenza Beentjes, analizzando la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [13], la Corte ha dovuto pronunciarsi sull'esclusione di un offerente dovuta al fatto che esso non era in grado di impiegare disoccupati stabili. A tal proposito, la Corte ha dichiarato innanzi tutto che «una siffatta condizione non ha alcun rapporto né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui all'art. 29 della direttiva» [14].

85. Ciononostante, la Corte non ha ritenuto che la condizione fosse incompatibile

13 — GU L 185, pag. 5.
14 — Sentenza Beentjes, punto 28.

con la direttiva 71/305. Infatti, essa ha proseguito affermando che «[d]alla (...) sentenza 9 luglio 1987 [CEI e Bellini] [15] risulta che, per essere compatibile con la direttiva, una condizione del genere deve rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario ed in particolare i divieti connessi ai principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi» [16].

86. Inoltre, secondo la Corte, «[a]nche se i criteri di cui sopra non sono, in quanto tali, incompatibili con la direttiva, la loro applicazione deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità» [17].

87. Successivamente, nella sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, la Corte, richiamando la sentenza Beentjes, ha dichiarato che «la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri di attribuzione dell'appalto che intendono adottare, purché questa decisione verta unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa» [18]. Da ciò essa ha dedotto che «la sicurezza degli approvvigionamenti può fare parte dei criteri da prendere in considerazione ai sensi dell'art. 25 della direttiva [del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [19], come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE [20]] per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (...)» [21].

88. Oltre alle due sentenze appena citate, nell'ambito della nostra analisi occorre tener conto della recente sentenza 26 settembre 2000, Commissione/Francia [22]. In essa la Corte ha dichiarato quanto segue:

«Occorre ricordare che, conformemente all'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37, i criteri sui quali le amministrazioni aggiudicatrici possono fondarsi per l'aggiudicazione dell'appalto sono unicamente il prezzo più basso ovvero, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto, come il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

Ciò nonostante, la detta disposizione non esclude tutte le possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di ricorrere ad un criterio come la condizione connessa alla

15 — Cause riunite da 27 a 29/86 (Racc. 1986, pag. 3347).
16 — Sentenza Beentjes, punto 29.
17 — Sentenza Beentjes, punto 31.
18 — Sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith (citata), punto 42.
19 — GU 1977, L 13, pag. 1.
20 — GU L 127, pag. 1.
21 — Sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, punto 44.
22 — Causa C-225/98 (Racc. pag. I-7445).

lotta contro la disoccupazione ammesso che una siffatta condizione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione, come esso deriva dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, la sentenza Beentjes, citata, punto 29).

Inoltre, anche se un siffatto criterio non è in sé incompatibile con la direttiva 93/37, la sua applicazione deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della detta direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità (v., in questo senso, con riferimento alla direttiva 71/305, la sentenza Beentjes, citata, punto 31). Ne consegue che un criterio di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione deve essere espressamente menzionato nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza di una siffatta condizione (v., in tal senso, la sentenza Beentjes, citata, punto 36)» [23].

89. Sebbene le suddette sentenze si riferiscano a direttive in materia di appalti pubblici di lavori (sentenze Beentjes e Commissione/Francia) e di forniture (sentenza Evans medical e Macfarlan Smith), il criterio in esse adottato dalla Corte si applica incontestabilmente alle direttive in materia di appalti pubblici di servizi.

90. Infatti, come la Corte stessa aveva già rilevato nella sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, «[la giurisprudenza Beentjes], relativa agli appalti di lavori pubblici, vale anche per gli appalti pubblici di forniture, in quanto non esistono, sul punto, differenze tra i due tipi di appalto» [24]. Non posso che rilevare come non esistano differenze neppure rispetto agli appalti pubblici di servizi.

91. Quanto all'applicazione di questa giurisprudenza al problema in esame, ritengo che si possa incontestabilmente dedurre dalle sentenze sopra menzionate la facoltà di includere un criterio di tipo ecologico tra i criteri di attribuzione di un appalto di servizi. Infatti, il punto comune alle sentenze Beentjes e Commissione/Francia consiste, a mio avviso, nel fatto che la Corte in esse ha riconosciuto come lecita l'integrazione di un criterio a tutela dell'interesse generale tra i criteri di attribuzione di un appalto pubblico. Nella sentenza Beentjes si trattava dell'obbligo in capo all'offerente di impiegare disoccupati stabili, mentre nella sentenza Commissione/Francia si trattava di una condizione connessa a un'azione locale di lotta alla disoccupazione.

92. Ora, è innegabile che la tutela dell'ambiente costituisce anch'essa un criterio a tutela dell'interesse generale. Al riguardo, basta riferirsi all'art. 6 CE, ai sensi del

23 — Sentenza Commissione/Francia, punti 49-51.

24 — Sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, punto 43.

quale «[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

93. Del resto, l'idea che criteri a tutela dell'interesse generale possano figurare tra i criteri per l'attribuzione di un appalto pubblico risponde, a mio giudizio, ad una certa logica, anzi ad una logica certa. Infatti, dal momento che le autorità pubbliche per loro natura sono chiamate a tutelare l'interesse generale, quest'ultimo deve poterle ispirare anche quando esse concludono un appalto pubblico.

94. Detto ciò, esistono certamente dei limiti alla possibilità di includere un criterio di interesse generale, come quello di tipo ecologico, tra i criteri di attribuzione di un appalto.

95. Dalle sentenze Beentjes e Commissione/Francia, precedentemente citate, traggo due limitazioni.

96. In primo luogo, occorre che il criterio rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione, come deriva dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi [25].

97. In secondo luogo, l'applicazione del criterio deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della direttiva pertinente ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità [26]. Di conseguenza, come la Corte ha dichiarato nelle sentenze Beentjes [27] e Commissione/Francia [28], il criterio di attribuzione dev'essere espressamente menzionato nel bando di gara, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza di siffatta condizione.

98. A mio avviso, queste due limitazioni valgono anche per l'inclusione di un criterio di ordine ecologico tra i criteri di attribuzione di un appalto. La necessità di tali restrizioni è difatti innegabile, nel senso che la prima evita che, in nome dell'interesse generale, i principi fondamentali del diritto comunitario non vengano più rispettati, mentre la seconda garantisce la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, che risponde all'essenza stessa della normativa in tema di appalti pubblici [29]. Tuttavia,

25 — Sentenze Beentjes, punto 29, e Commissione/Francia, punto 50.

26 — Sentenze Beentjes, punto 31, e Commissione/Francia, punto 51.

27 — Punto 36.

28 — Punto 51.

29 — Sentenze 22 giugno 1993, causa C243/89, Commissione/Danimarca, detta «Storebaelt» (Racc. pag. I-3353, punto 33), e Commissione/Belgio (già citata), punto 51.

fatte salve queste due riserve, nulla impedisce, a mio parere, che si prenda in considerazione un criterio a tutela dell'interesse generale, quale criterio di ordine ecologico.

99. Tuttavia, vari intervenienti hanno menzionato ancora altre condizioni che, a loro giudizio, dovrebbero sussistere perché si possa inserire un criterio di ordine ecologico tra i criteri di attribuzione di un appalto pubblico.

100. Alcune delle parti intervenienti hanno sottolineato che il criterio ecologico dovrebbe possedere un carattere economico. Per esempio, secondo il governo olandese, per essere valido il criterio deve avere una dimensione economica. Il governo austriaco ritiene che esso debba presentare vantaggi economici oggettivamente misurabili. Quanto alla Commissione, essa sostiene che il criterio debba comportare un vantaggio economico a beneficio diretto dell'autorità aggiudicatrice.

101. Orbene, pur potendo aderire alla tesi difesa da molti degli intervenienti secondo la quale, nel caso di specie, il criterio ecologico presentava un vantaggio economico per il Comune di Helsinki, ritengo che un criterio di tipo ecologico possa essere inserito tra i criteri di attribuzione senza che si debba necessariamente provare che esso possiede una dimensione economica o presenta vantaggi economici, diretti o meno, per l'autorità aggiudicatrice.

102. Vero è che si deve ammettere che nella sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith la Corte ha dichiarato che «la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri di attribuzione dell'appalto che intendono adottare, purché questa decisione verta unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta *economicamente* [30] più vantaggiosa [31]».

103. A mio giudizio, però, dal fatto che spetta all'amministrazione aggiudicatrice individuare l'offerta *economicamente* più vantaggiosa non si può dedurre che ciascun criterio debba obbligatoriamente essere di tipo economico o possedere tale dimensione.

104. Infatti, se ci si richiama all'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50, si constata, per esempio, che l'autorità aggiudicatrice può includere tra i criteri le «caratteristiche estetiche» di un prodotto. A meno di interpretare il termine «economico» in modo estremamente ampio, a mio parere un criterio estetico difficilmente possiede carattere economico. A maggior ragione, non si comprende come esso possa procurare un vantaggio economico diretto all'autorità aggiudicatrice.

105. Peraltro, almeno dopo le discussioni sul protocollo di Kyoto, siamo tutti

30 — Il corsivo è mio.
31 — Punto 42.

coscienti del fatto che la tutela dell'ambiente è un problema rilevante che riguarda l'intero pianeta. Non mi sembra pertanto giustificato che si possa ammettere un criterio di tipo ecologico solo qualora esso presenti un vantaggio economico per l'entità aggiudicatrice interessata. Un siffatto criterio è lecito anche quando presenta vantaggi per soggetti diversi dall'autorità aggiudicatrice o per l'ambiente in generale.

106. Infine, l'inopportunità della suddetta condizione, come richiesta in particolare dalla Commissione, è a mio avviso confermata anche dalla risposta di quest'ultima ad un quesito posto in udienza. Alla domanda su quale vantaggio economico diretto procuri al Comune di Helsinki il fatto di accordare, come è avvenuto nel caso di specie, un punteggio supplementare agli offerenti che siano in grado di offrire il servizio tramite autobus più bassi, la Commissione ha risposto che tale circostanza incrementerebbe le entrate dell'entità aggiudicatrice, in quanto i disabili o gli anziani avrebbero in tal caso maggiori possibilità di servirsi dell'autobus.

107. Orbene, a parte il fatto che detto vantaggio sarebbe tutt'al più indiretto, mi sembrerebbe maggiormente appropriato considerare l'incentivo ad usare autobus più bassi come un servizio reso a talune categorie di popolazione piuttosto che come un mezzo per incrementare le entrate dell'entità aggiudicatrice.

108. I governi austriaco, svedese nonché la Commissione sostengono inoltre che il criterio dev'essere connesso all'oggetto dell'appalto. Secondo il governo austriaco ciò significa che il criterio deve riguardare la prestazione che dev'essere fornita ovvero le modalità della sua esecuzione. Secondo la Commissione, il criterio deve anche essere strettamente legato all'oggetto dell'appalto.

109. Nel caso di specie tale criterio sussiste con tutta evidenza.

110. Ci si può però chiedere se sia giustificato imporre siffatta condizione. Infatti, nella citata sentenza Commissione/Francia, la Corte ha dichiarato che un criterio di attribuzione relativo all'occupazione, connesso ad un'azione locale di lotta alla disoccupazione, costituiva un criterio valido, fatte salve le due limitazioni che ho più sopra ricordato. Lo stesso dicasi per la sentenza Beentjes, nella quale la Corte ha affermato che è lecita una condizione connessa all'occupazione di disoccupati stabili.

111. Orbene, in entrambi i casi si trattava di appalti di lavori. Questi lavori avrebbero potuto essere eseguiti anche da non disoccupati. La condizione imposta, pertanto, non era connessa all'oggetto dell'appalto, vale a dire alle caratteristiche dei lavori da eseguire.

112. Ne deduco che non è possibile esigere che un criterio di tipo ecologico sia connesso, anzi, sia strettamente connesso all'oggetto dell'appalto, al contrario di un criterio relativo all'occupazione.

113. Infine, la Commissione sottolinea anche come il criterio debba essere oggettivo e applicabile a tutte le offerte.

114. Benché ci si possa chiedere in che modo un criterio relativo alle caratteristiche estetiche di un'offerta, consentito dall'art. 36 della direttiva 92/50, possa essere oggettivamente definito, basta osservare che, nel caso di specie, i criteri relativi alle emissioni di ossido di azoto e al livello sonoro rispondono pienamente alla suddetta condizione.

115. Essi si possono quantificare o misurare e non consentono alcuna discrezionalità soggettiva all'autorità aggiudicatrice.

116. Quanto alla condizione secondo la quale il criterio dev'essere applicabile a tutte le offerte, essa coincide con la prima limitazione accolta dalla Corte, secondo la quale occorre che il criterio di attribuzione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, *ed in particolare il principio di non discriminazione*, come esso discende dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi [32].

117. Da quanto sopra si evince che un criterio legato alla tutela dell'ambiente può figurare tra i criteri di attribuzione di un appalto, purché esso rispetti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione e le quattro libertà, e purché lo stesso venga applicato nel rispetto di tutte le norme procedurali della direttiva ed in particolare delle disposizioni in materia di pubblicità che essa contiene.

118. Prima di concludere su tale questione occorre soffermarsi brevemente su un'analisi comune ai governi olandese e austriaco e alla Commissione, e che riguarda il problema se criteri relativi a «programmi qualitativi e ambientali» degli imprenditori possano essere presi in considerazione all'atto della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

119. Ritengo che la questione fuoriesca dall'ambito del rinvio pregiudiziale in oggetto.

32 — Sentenze Beentjes, punto 29, e Commissione/Francia, punto 50.

120. Occorre, al riguardo, riferirsi alla questione quale è stata formulata dal giudice del rinvio. Quest'ultimo chiede se il Comune di Helsinki «(...) possa prendere in considerazione tra i criteri per l'attribuzione dell'appalto sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *oltre*[33] al prezzo proposto, al programma qualitativo ed ambientale dell'esercente in questione ed a molte altre caratteristiche del materiale circolante, *anche*[34] la riduzione delle emissioni di ossido d'azoto e del livello sonoro (...)».

121. È evidente quindi che il giudice del rinvio non interroga la Corte circa l'ammissibilità, quale criterio di attribuzione, «[del] prezzo proposto, [del] programma qualitativo ed ambientale dell'esercente in questione [e delle] molte altre caratteristiche del materiale», ma solo sulla liceità del criterio della «riduzione delle emissioni di ossido d'azoto e del livello sonoro».

122. Il giudice del rinvio, peraltro, ci rende edotti del fatto che la HKL e la Concordia hanno ottenuto un punteggio identico per il criterio relativo al «programma qualitativo ed ambientale dell'esercente». Il problema della liceità di tale criterio non è quindi rilevante per la soluzione della controversia nella causa principale. Pertanto, suggerisco di non prenderlo in esame.

33 — Il corsivo è mio.

34 — Il corsivo è mio.

123. Sulla base delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere al giudice del rinvio che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, in particolare l'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50, vanno interpretati nel senso che un comune, il quale organizzi, quale ente aggiudicatore, una gara d'appalto relativa all'esercizio di un servizio di trasporto pubblico urbano, può prendere in considerazione tra i criteri per l'attribuzione dell'appalto sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa un criterio, come quello del caso di specie, relativo alla riduzione delle emissioni di ossido d'azoto e del livello sonoro. Tale criterio dev'essere applicato nel rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare del principio di non discriminazione e delle quattro libertà, nonché di tutte le norme procedurali della direttiva applicabile, ed in particolare delle disposizioni in materia di pubblicità che essa contiene.

La terza questione pregiudiziale

124. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede se il criterio legato alla tutela dell'ambiente sia comunque vietato se risulti di primo acchito che la stessa impresa di trasporti del Comune che organizza la gara d'appalto ha la possibilità di offrire un materiale che risponde ai requisiti prescritti, possibilità che, del resto, a causa delle circostanze, soltanto poche imprese del settore hanno.

Posizione degli intervenienti

125. La Concordia sostiene che la possibilità di utilizzare autobus alimentati a gas naturale, in pratica gli unici a soddisfare il criterio supplementare relativo alla riduzione delle emissioni di ossido di azoto e del livello sonoro, era assai ridotta. Infatti, all'epoca dell'appalto, sull'intero territorio finlandese vi era una sola stazione di servizio che fornisse gas naturale. La capacità di questa stazione, che aveva carattere provvisorio, avrebbe consentito il rifornimento di circa quindici autobus alimentati a gas. Ora, proprio prima dell'appalto controverso, la HKL avrebbe inoltrato un ordine relativo a undici autobus alimentati a gas nuovi, il che avrebbe significato che la capacità della stazione sarebbe stata interamente utilizzata e non sarebbe stato possibile rifornire altri veicoli. Inoltre, l'unica stazione esistente era a carattere soltanto provvisorio. Secondo la Concordia, sarebbe stato assurdo per dei gestori investire milioni nell'acquisto di veicoli nuovi che non avrebbero avuto la possibilità di utilizzare o il cui utilizzo sarebbe stato perlomeno assai incerto.

126. La Concordia conclude sostenendo che la HKL era l'unica offerente che potesse realmente offrire autobus alimentati a gas. Di conseguenza, fissando limiti più rigorosi della norma Euro 2, l'appalto controverso avrebbe avuto il solo scopo di favorire l'unità di produzione appartenente all'entità aggiudicatrice. Essa pertanto suggerisce di rispondere alla terza questione nel senso che l'attribuzione di punti in funzione delle emissioni di ossido d'azoto e della riduzione del livello sonoro non può essere ammessa, almeno nel caso in cui nessun operatore del settore interessato abbia la possibilità, anche teorica, di offrire servizi che diano diritto alla suddetta attribuzione.

127. Il Comune di Helsinki sostiene, in primo luogo, che esso non era affatto tenuto ad indire un appalto per i propri trasporti effettuati mediante autobus, né in base alla normativa comunitaria né in base alla normativa finlandese. Difatti, poiché un appalto comporta sempre lavori e costi supplementari, esso non avrebbe avuto alcun ragionevole motivo di organizzare l'appalto se avesse saputo che soltanto un'impresa ad essa appartenente aveva la possibilità di offrire materiale corrispondente alle condizioni fissate o se avesse davvero voluto tenere per se stessa la gestione dei suddetti trasporti.

128. Il Comune di Helsinki sottolinea poi che, a tutt'oggi, è la HKL la società che, in proporzione, ha più perso negli appalti, mentre la Concordia è la società che maggiormente ha incrementato le prorie quote di mercato a Helsinki. Il Comune di

Helsinki adduce inoltre che nella primavera 1999 la Concordia aveva vinto l'appalto relativo alla linea n. 15 della rete, per la quale veniva richiesto l'uso di autobus alimentati a gas. Ciò è stato confermato in udienza dalla Concordia. Questa dimostrerebbe così essa stessa che tutti i partecipanti hanno avuto sempre, se lo avessero voluto, la possibilità di acquistare autobus alimentati a gas naturale.

129. Il governo finlandese ritiene che la valutazione dell'obiettività dei criteri fissati nell'appalto controverso spetti, in ultima analisi, al giudice nazionale.

130. Il governo greco ritiene che occorra dare soluzione affermativa alla terza questione pregiudiziale.

131. Il governo olandese sostiene come dalla giurisprudenza della Corte [35] emerga che i criteri di attribuzione debbono essere oggettivi e che non si può discriminare tra gli offerenti.

132. Tuttavia, ai punti 32 e 33 della sua sentenza Fracasso e Leitschuz, la Corte avrebbe effettivamente dichiarato che, quando al termine di una procedura di aggiudicazione rimane una sola offerta, l'autorità aggiudicatrice non è tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere l'unico idoneo a partecipare alla gara. Non ne conseguirebbe per questo quindi che, nel caso in cui rimanga un solo offerente a causa dei criteri di attribuzione applicati, i suddetti criteri sono illeciti.

133. Secondo il governo olandese spetterebbe al giudice del rinvio stabilire se nella causa principale la concorrenza effettiva sia stata compromessa.

134. Il governo austriaco ritiene che l'uso dei criteri di attribuzione di cui alla causa principale non ponga alcun problema, in linea di principio, e ciò anche quando, come nel caso di specie, soltanto un numero relativamente ristretto di offerenti sia in grado di soddisfarli.

135. Tuttavia, il governo austriaco richiama l'attenzione sul decimo 'considerando' della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli

35 — Sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschuz (Racc. pag. I-5697, punti 30 e 31), e Commissione/Danimarca, già citata.

appalti publici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori [36], ai sensi del quale gli enti aggiudicatori possono sollecitare, o accettare, consulenze che possano essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza.

136. Il governo austriaco ritiene che si possa desumere dal suddetto 'considerando' e dai principi sottesi alle diretive in materia di appalti pubblici il fatto che le imprese direttamente o indirettamente coinvolte nella preparazione di un appalto, così come le imprese ad esse legate, nel caso in cui tra le stesse esista un relazione di controllo, debbano essere escluse dalla gara quando la loro partecipazione comprometterebbe la concorrenza.

137. Infatti, la tutela del principio della libera e leale concorrenza e della parità di trattamento di tutti i postulanti e offerenti ai sensi delle direttive in tema di appalti pubblici potrebbe essere pregiudicata nel caso in cui uno dei concorrenti ad un appalto sia coinvolto, direttamente o indirettamente, nella sua preparazione.

138. Il governo austriaco ne trae la conclusione che, nella causa principale, se i legami organizzativi tra il Comune di Helsinki e la HKL hanno avuto come conseguenza il fatto che quest'ultima abbia potuto esercitare un'influenza qualsiasi sulla definizione del progetto alla base dell'appalto, e qualora il coinvolgimento della HKL nella preparazione dell'appalto possa compromettere la concorrenza, si dovrebbe impedire alla stessa di partecipare.

139. Il governo svedese sostiene che il fatto di tener conto del criterio delle emissioni in modo rilevante nella causa principale ha fatto sì che l'offerente che aveva a disposizione autobus alimentati a gas o ad alcool metilico sia stato avvantaggiato. A suo giudizio, nulla ha peraltro impedito agli altri offerenti di acquistare autobus di questo tipo. Detti veicoli sarebbero disponibili sul mercato da diversi anni.

140. Secondo il governo svedese, il fatto di attribuire punti supplementari in ragione delle limitate emissioni di ossido di azoto e di un livello sonoro poco elevato non costituisce una discriminazione diretta, ma si applica indistintamente. Inoltre, questo bonus non sembrerebbe indirettamente discriminatorio nel senso che avrebbe avuto necessariamente come effetto di favorire la HKL. Il governo svedese rileva, conseguentemente, che il bonus stesso non costituisce neppure un ostacolo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, né alla libertà di stabilimento.

36 — GU L 328, pag. 1.

141. Secondo il governo del Regno Unito, la direttiva non impedisce di attribuire punti supplementari nella valutazione delle offerte quando si sa in anticipo che esistono poche imprese potenzialmente in grado di ottenere tali punti supplementari, purché l'autorità aggiudicatrice abbia reso noto, già nel bando di gara, la possibilità di ottenere punti suipplementari.

142. La Commissione ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte [37], il rispetto del principio della parità di trattamento risponde all'essenza stessa delle direttive in tema di appalti pubblici, il che comporta che le condizioni di concorrenza tra gli offerenti non debbono essere falsate.

143. Tuttavia, tenuto conto delle divergenze di opinioni tra le parti nella causa principale, la Commissione ritiene di non essere in grado di stabilire se i criteri applicati nel caso di specie violino il principio della parità di trattamento. Spetterebbe pertanto al giudice del rinvio pronunciarsi sulla questione e stabilire, sulla base di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, se i suddetti criteri siano stati applicati al solo scopo di scegliere l'impresa prescelta o se siano stati stabiliti a tal fine.

37 — V. sentenze Commissione/Belgio e Commissione/Danimarca, già citate.

Valutazione

144. Il giudice del rinvio chiede se l'attribuzione di punti a causa delle caratteristiche relative alle emissioni di ossido d'azoto e al livello sonoro del materiale non sia vietata «quando è in precedenza noto che l'azienda [di] trasporto (...) appartenente alla municipalità, agente quest'ultima quale ente aggiudicatore, ha la possibilità di offrire materiale in possesso delle suddette caratteristiche, che, date le circostanze, solo rare imprese del settore hanno peraltro la possibilità di offrire».

145. Tale questione consiste nel chiedersi se, in una circostanza di questo tipo, il principio della parità di trattamento sia violato. Esaminerò qui di seguito se il principio stesso venga violato:

— quando una sola impresa [38] è in grado di soddisfare il criterio di attribuzione controverso;

— quando, per di più, si tratta dell'impresa di proprietà dell'autorità aggiudicatrice.

38 — Ciò che vale per una sola impresa, varrà a maggior ragione nell'ipotesi in cui «rare imprese» siano in grado di soddisfare il criterio.

146. Per quanto riguarda il primo punto, concordo con il governo svedese nel ritenere che, in circostanze come quelle della controversia nella causa principale, non vi sia discriminazione diretta né indiretta tra i diversi potenziali offerenti.

147. Il criterio controverso era applicabile indistintamente a tutte le offerte ed ha, apparentemente, costituito oggetto di una pubblicazione conforme ai requisiti della direttiva.

148. Inoltre, per dichiarare che il suddetto criterio ha costituito una discriminazione indiretta a danno della Concordia, non sarebbe sufficiente rilevare il trattamento diverso applicato a quest'ultima rispetto alla HKL, nel senso che la HKL ha ottenuto punti che alla Concordia non sono stati attribuiti.

149. Da una giurisprudenza costante risulta infatti che il principio di parità di trattamento esige che situazioni analoghe non siano trattate in modo differente e che situazioni differenti non siano trattate in modo identico, salvo che un differente trattamento non risulti obiettivamente giustificato [39].

150. Fatta salva la valutazione che dovrà compiere il giudice del rinvio, a mio giudizio nel caso di specie le due imprese sono state trattate in modo diverso solo perché non si trovavano in situazioni identiche: l'una era in grado di proporre il materiale richiesto e l'altra no.

151. Infine, la scelta del criterio che ha dato origine ad una differenza nell'attribuzione dei punti può essere considerato come indice dell'esistenza di una manovra a carattere discriminatorio solo qualora emerga che il suddetto criterio non era oggettivamente giustificato, tenuto conto della natura del mercato e delle esigenze dell'autorità aggiudicatrice.

152. Orbene, come abbiamo visto poco sopra, non è possibile negare ad una autorità aggiudicatrice il diritto di esigere che il servizio in questione venga assicurato mediante l'ausilio di materiale corrispondente alle migliori tecniche disponibili.

153. Ammettere il contrario equivarrebbe obbligare l'autorità aggiudicatrice a fissare i criteri in funzione dei potenziali offerenti. Dato che ogni gara d'appalto comporta tutta una serie di criteri [40], l'autorità aggiu-

39 — V., a titolo di esempio, sentenze 17 luglio 1963, causa 13/63, Italia/Commissione, (Racc. pag. 335, punto III, 4 a); 13 dicembre 1984, causa 106/83, Sermide (Racc. pag. 4209, punto 28); 20 settembre 1988, causa 203/86, Spagna/Consiglio (Racc. pag. 4563, punto 25), e 13 dicembre 1994, causa C-306/93, SMW Winzersekt (Racc. pag. I-5555, punto 30).

40 — Nel caso di specie, per esempio, punti supplementari sono stati attribuiti anche agli offerenti che proponevano autobus ribassati frontalmente o interamente ribassati.

dicatrice dovrebbe in tal caso individuare i criteri che possono essere soddisfatti da un solo offerente e cancellarli dal suo progetto di appalto. Può difatti accadere che un offerente non sia in grado di soddisfare un criterio e che un altro offerente non possa soddisfare un criterio diverso.

154. Orbene, siffatta impostazione non solo porterebbe ad una sorta di «livellamento verso il basso» dei criteri di attribuzione, scartando tutti quelli realmente selettivi, ma priverebbe altresì di qualsiasi contenuto il diritto che la Corte ha riconosciuto all'autorità aggiudicatrice di scegliere autonomamente i criteri di attribuzione dell'appalto [41]. Inoltre, a ben pensare, il fatto di fissare i criteri in funzione degli offerenti equivarrebbe, a mio avviso, alla negazione stessa del principio della parità di trattamento. Difatti, l'autorità aggiudicatrice, se escludesse dall'appalto un criterio a causa del fatto che uno o più offerenti non possono soddisfarlo, svantaggerebbe per questo stesso motivo l'offerente che sia in grado di soddisfare il criterio stesso, neutralizzando il vantaggio di cui avrebbe potuto beneficiare.

155. Concludo pertanto su questo primo punto affermando che il mero fatto di includere in una gara d'appalto un criterio che può essere soddisfatto da un unico offerente non viola il principio di parità.

156. La situazione è diversa quando tale offerente, come la HKL, è un'impresa che appartiene all'autorità aggiudicatrice?

157. In questo caso, delle due l'una:

— o la HKL non dispone di un potere di decisione e di gestione economica e finanziaria autonomo rispetto all'autorità aggiudicatrice; in questo caso, ci troveremmo in un'ipotesi che non potrebbe rientrare nella direttiva, poiché la HKL non sarebbe una parte terza con la quale il Comune di Helsinki avrebbe concluso un contratto;

— oppure la HKL è effettivamente indipendente dal Comune di Helsinki, come ho dato per presupposto nell'ambito della risposta alla prima questione; in questo caso, il fatto che la HKL sia «l'azienda [di] trasporto appartenente alla municipalità, agente quest'ultima quale ente aggiudicatore» non porrebbe, di per sé, alcun problema riguardo al principio della parità di trattamento, a meno che non si dimostri che l'inserimento del criterio controverso nella gara d'appalto è avvenuto unicamente con l'intento di favorire la HKL [42].

41 — Sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith (citata), punto 42.

42 — Parto beninteso dall'ipotesi che l'autorità aggiudicatrice abbia assegnato i punti in modo obiettivo e neutrale.

158. Si tratta di una questione meramente fattuale sulla quale spetta al giudice del rinvio pronunciarsi.

159. In questo contesto, occorre soffermarsi ancora sulle osservazioni del governo austriaco relative alla partecipazione di un offerente alla preparazione di una gara d'appalto.

160. Non posso che essere completamente d'accordo con la tesi di tale governo secondo la quale tale partecipazione sarebbe illegittima in quanto costituirebbe la negazione stessa del principio della parità di trattamento fra tutti gli offerenti. Al riguardo, si può richiamare la sentenza Ismeri Europa/Corte dei conti [43], nella quale la Corte ha qualificato «il fatto che ad una persona che contribuisce a valutare e a selezionare le offerte di un appalto pubblico sia attribuito tale appalto» come una «confusione di interessi», aggiungendo che tale circostanza è «caratteristica di una disfunzione grave dell'istituzione o dell'organo interessato» (punto 47).

161. Ora, sotto il profilo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti, mi sembra che una partecipazione effettiva alla preparazione di un appalto da parte di un offerente che si vede attribuire l'appalto stesso sia quasi altrettanto grave quanto il contributo dello stesso offerente alla valutazione e alla selezione delle offerte.

162. Tuttavia, non si rinviene nell'ordinanza di rinvio alcun indizio del fatto che la HKL avrebbe effettivamente partecipato alla preparazione dell'appalto controverso. Il Comune di Helsinki ha persino sottolineato in udienza che tale partecipazione non ha avuto luogo. Del resto, il giudice del rinvio non solleva al riguardo alcuna questione. Ritengo quindi che non sia opportuno dare una risposta su tale punto.

163. Di conseguenza, suggerisco di risolvere la terza questione affermando che il diritto di un'autorità aggiudicatrice di includere in una gara d'appalto, tra i criteri di attribuzione di un appalto relativo alla gestione di un servizio di autobus urbani, caratteristiche relative alle emissioni di ossido d'azoto e al livello sonoro del materiale utilizzato, come quelle di cui si discute nella causa principale, non viene meno qualora si rilevi che la stessa impresa di trasporto appartenente a tale autorità ha la possibilità, che solo rare imprese del settore hanno, di offrire un materiale che soddisfa i requisiti prescritti, a meno che non sia dimostrato che tale criterio è stato introdotto con il solo intento di favorire la suddetta impresa.

43 — Sentenza 10 luglio 2001, causa C-315/99 P (Racc. pag. I-5281).

V — Conclusione

164. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, suggerisco di risolvere le questioni poste dal giudice del rinvio nel modo seguente:

«1) Le disposizioni relative all'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le 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, in particolare, l'art. 2, n. 1, lett. a), e n. 2, lett. c), nonché l'art. 4, vanno interpretate nel senso che la suddetta direttiva non si applica ad una procedura come quella di cui trattasi nella causa principale.

2) La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, in particolare l'art. 36, n. 1, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, vanno interpretati nel senso che un comune, il quale organizzi, quale ente aggiudicatore, una gara d'appalto relativa all'esercizio di un servizio di trasporto pubblico urbano, può prendere in considerazione tra i criteri per l'attribuzione dell'appalto sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa un criterio, come quello del caso di specie, relativo alla riduzione delle emissioni di ossido d'azoto e del livello sonoro. Tale criterio dev'essere applicato nel rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare del principio di non discriminazione e delle quattro libertà, nonché di tutte le norme procedurali della direttiva applicabile, ed in particolare delle disposizioni in materia di pubblicità che essa contiene.

3) Il diritto di un'autorità aggiudicatrice di includere in una gara d'appalto, tra i criteri di attribuzione di un appalto relativo alla gestione di un servizio di autobus urbani, caratteristiche relative alle emissioni di ossido d'azoto e al livello sonoro del materiale utilizzato, come quelle di cui si discute nella causa principale, non viene meno qualora si rilevi che la stessa impresa di trasporti appartenente a tale autorità ha la possibilità, che solo rare imprese del settore hanno, di offrire un materiale che soddisfa i requisiti prescritti, a meno che non sia dimostrato che tale criterio è stato introdotto con il solo intento di favorire la suddetta impresa».