SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
19 giugno 2003 *

Nel procedimento C-249/01,

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

Werner Hackermüller

e

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1),

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Sesta Sezione),

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

avvocato generale: sig. J. Mischo
cancelliere: sig.ra M.-F. Contet, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

— per il sig. Hackermüller, dal sig. P. Schmautzer, Rechtsanwalt;

— per le società Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) e Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), dai sigg. J. Olischar e M. Kratky, Rechtsanwälte;

— per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo italiano, dal sig. U. Leanza, in qualità di agente, assistito dal sig. M. Fiorilli, avvocato dello Stato;

— per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. M. Nolin, in qualità di agente, assistito dal sig. R. Roniger, Rechtsanwalt,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali del sig. Hackermüller, del governo austriaco e della Commissione, all'udienza del 16 gennaio 2003,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 febbraio 2003,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 25 giugno 2001, pervenuta in cancelleria il 28 giugno successivo, il Bundesvergabeamt ha proposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il sig. Hackermüller, ingegnere-architetto, e le società Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) e Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (in prosieguo: le «convenute») in merito alla decisione di queste ultime di non accogliere l'offerta presentata dal sig. Hackenmüller nell'ambito di un appalto pubblico di servizi.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

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

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

(...)

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

4 Ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665:

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

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

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

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

Normativa nazionale

5 La direttiva 89/665 è stata attuata nell'ordinamento austriaco attraverso il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56; in prosieguo: il «BVergG»).

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

«1. Il Bundesvergabeamt è competente a svolgere, su istanza, la procedura di ricorso prevista dalle disposizioni del capitolo seguente.

2. Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni della presente legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione,

1) ad adottare misure transitorie, come anche

2) ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente a stabilire se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei regolamenti di attuazione. (...)».

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

«Un imprenditore che affermi di avere un interesse alla conclusione di un contratto che rientra nella sfera di applicazione della presente legge federale può

impugnare per illegittimità una decisione adottata dall'autorità aggiudicatrice nel corso della procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno».

Causa principale e questioni pregiudiziali

8 Le convenute hanno indetto una gara allo scopo di ottenere progetti architettonici nonché parametri decisionali per il conferimento di un appalto di progettazione generale per la costruzione del nuovo edificio della Facoltà di ingegneria meccanica della TU di Vienna. La prima fase del procedimento si è svolta sotto forma di un concorso avente ad oggetto la «ricerca pubblica di interessati con definizione delle idee».

9 Al procedimento hanno partecipato, mediante presentazione di progetti, diversi interessati, tra cui il sig. Hackermüller e la società Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (in prosieguo: la «Lechner»). Nel corso della seconda fase della procedura — quella delle trattative —, il Beratungsgremium (comitato consultivo) ha proposto l'immediata continuazione delle trattative stesse con la Lechner. Agli altri quattro partecipanti alle trattative, tra cui l'ing. Hackermüller, è stato comunicato con lettera 10 febbraio 1999 che il Beratungsgremium non aveva proposto per l'esecuzione il loro progetto.

10 In data 29 marzo 1999 il sig. Hackermüller ha presentato un ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 2, del BVergG al fine, tra l'altro, di far dichiarare la nullità, da un lato, della decisione con la quale il Beratungsgremium e/o le parti convenute avrebbero considerato come migliore offerta quella di un altro offerente, raccomandando di continuare immediatamente le trattative con quest'ultimo, e, dall'altro, della decisione con cui la selezione delle offerte non sarebbe avvenuta senza rispettare i criteri stabiliti nel bando.

11 Con decisione 31 maggio 1999, il Bundesvergabeamt, ai sensi dell'art. 115, n. 1, del BVergG, ha respinto l'intera domanda del sig. Hackermüller per mancanza di legittimazione ad agire e con la motivazione che l'offerta da esso presentata avrebbe dovuto essere esclusa già a partire dalla prima fase della procedura, ai sensi dell'art. 52, n. 1, punto 8, del BVergG.

12 A sostegno della sua decisione, il Bundesvergabeamt ha esposto in primo luogo che dall'art. 115, n. 1, del BVergG risulta che un imprenditore ha accesso alla procedura di ricorso soltanto se si trova in condizione di poter subire un danno o qualsivoglia altro pregiudizio. Esso ha parimenti ricordato che, in forza dell'art. 52, n. 1, punto 8, del BVergG, l'autorità aggiudicatrice deve, prima di scegliere definitivamente l'offerta, escludere immediatamente, sulla scorta dei risultati dell'esame delle offerte condotto, le offerte incompatibili con le disposizioni del bando, nonché quelle erronee o incomplete, qualora le carenze non siano state riparate o non siano riparabili.

13 Il Bundesvergabeamt ha in seguito osservato che il punto 1.6.7 del bando di gara fa espresso riferimento all'art. 36, n. 4, della Wettbewerbsordnung der Architekten (codice della concorrenza per gli architetti; in prosieguo: la «WOA»), la quale prevede che, qualora sussista uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 8 della WOA, il progetto di cui trattasi debba essere escluso. Il n. 1, lett. d), di quest'ultima disposizione esclude dalla partecipazione ai concorsi per architetti, tra l'altro, coloro che negli atti presentati inseriscono indicazioni che consentano di risalire all'autore.

14 Infine, dopo aver constatato che il sig. Hackermüller aveva indicato il proprio nome nella rubrica «organizzazione prevista della pianificazione generale», di modo che il suo progetto avrebbe dovuto essere escluso in forza del combinato disposto degli artt. 52, n. 1, punto 8, del BVergG e 36, n. 4, della WOA, il Bundesvergabeamt ha concluso che detto progetto non poteva più essere preso in considerazione per l'aggiudicazione dell'appalto e che quindi, non potendo subire alcuna lesione dei suoi diritti a causa di eventuali violazioni del principio del migliore offerente e delle regole del procedimento di aggiudicazione, il sig. Hackermüller non era legittimato a far valere nelle sue domande le illegittimità denunciate.

15 In data 7 luglio 1999, il sig. Hackermüller ha presentato dinanzi al Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) un ricorso chiedendo l'annullamento della decisione del Bundesvergabeamt 31 maggio 1999. Nella sua sentenza 14 marzo 2001 (B 1137/99-9), il Verfassungsgerichtshof ha dichiarato che, tenuto conto dell'interpretazione ampia che è necessario dare, conformemente alla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. pag. I-4961, punto 46, e 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punti 34 e 35), alla nozione di legittimazione ad introdurre una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, appare dubbio che i presupposti di ricorso stabiliti nel combinato disposto degli artt. 115, n. 1, e 52, n. 1, del BVergG possano essere interpretati in modo tale che un offerente, il quale non sia stato escluso dall'autorità aggiudicatrice, possa essere escluso dall'accesso alla procedura di ricorso da parte della competente autorità mediante rigetto della sua domanda di tutela giuridica allorché l'autorità competente in materia di ricorsi riconosce, in via preliminare, la sussistenza di un motivo che avrebbe giustificato l'esclusione dell'offerente. Il Verfassungsgerichtshof ha anche annullato la decisione del Bundesvergabeamt 31 maggio 1999 per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice previsto dalla legge.

16 È in questo contesto che il Bundesvergabeamt ha deciso di sospendere il giudizio e sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665/CEE (...) vada interpretato nel senso che la legittimazione a presentare un ricorso spetti a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico.

2) In caso di soluzione negativa della questione sub 1):

Se la soprammenzionata disposizione della direttiva vada interpretata nel senso che un offerente è stato o rischia di essere leso a causa della violazione

da esso denunciata — nella fattispecie la decisione dell'autorità aggiudicatrice di considerare come migliore offerta quella di un altro offerente — anche quando la sua offerta non è stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, ma l'autorità incaricata dei ricorsi, nel corso del relativo procedimento, ha stabilito che l'offerta avrebbe dovuto essere obbligatoriamente esclusa dall'autorità aggiudicatrice, cosicché egli deve essere legittimato a ricorrere».

Sulla prima questione

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

18 Ne consegue che tale disposizione non obbliga gli Stati membri a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che essa consente loro di esigere, inoltre, che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata.

19 Si deve pertanto rispondere alla prima questione che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 non impedisce che le procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se queste ultime siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata.

Sulla seconda questione

20 Poiché la seconda questione è stata posta nel caso in cui l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 dovesse essere interpretato nel senso che esso consente di subordinare l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva alla condizione che la violazione denunciata abbia leso o rischi di ledere il ricorrente, è necessario dare ad essa risposta.

21 Tenuto conto dei fatti di cui alla causa principale, tale questione dev'essere intesa come diretta a conoscere se un offerente, che intende contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, possa vedersi rifiutare l'accesso alle procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665, per il motivo che la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa in via preliminare da tale autorità per ragioni diverse e che, pertanto, egli non sia stato o rischi di essere leso dall'illegittimità denunciata.

22 Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze Alcatel Austria e a., cit., punti 33 e 34, e 12 dicembre 2002, Unversale-Bau e a., C-470/99, Racc. pag. I-11617, punto 74).

23 Orbene, si deve rilevare che la completa realizzazione del fine perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se l'autorità responsabile per dette procedure potesse negare l'accesso alle stesse ad un offerente il quale sostenesse

l'illegittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha considerato la sua offerta come la migliore, per il motivo che la stessa autorità avrebbe erroneamente omesso di escludere detta offerta prima ancora di procedere alla selezione della migliore.

24 Infatti non può esserci alcun dubbio sul fatto che una decisione con la quale l'autorità aggiudicatrice esclude l'offerta di un interessato prima ancora di procedere a tale selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68) e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, citate sentenze Alcatel Austria e a., punto 35, e HI, punto 49).

25 Conseguentemente, se l'offerta di un interessato era stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice in una fase antecedente a quella della selezione della migliore offerta, egli avrebbe dovuto essere legittimato, quale soggetto leso o che rischia di essere leso da una tale decisione di esclusione della sua offerta, a contestare la legittimità di quest'ultima attraverso le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665.

26 Pertanto, il fatto che un'autorità responsabile delle procedure di ricorso neghi l'accesso a dette procedure ad un offerente che si trovi in una situazione quale quella del sig. Hackermuller avrebbe l'effetto di privare quest'ultimo non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.

27 Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata.

28 Tuttavia, in assenza di una decisione di esclusione dell'offerta dell'interessato adottata dall'autorità aggiudicatrice nella giusta fase della procedura di aggiudicazione, il modo di procedere descritto al punto precedente dev'essere considerato come il solo in grado di garantire a detto offerente il diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di concludere che egli non è stato o non rischia di essere leso dalla decisione di cui sostiene l'illegittimità e, pertanto, di garantire l'applicazione effettiva delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici in ogni fase della procedura di aggiudicazione.

29 Tenuto conto della considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 impedisce che ad un offerente venga negato l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva per contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, per il motivo che tale offerta avrebbe dovuto essere preliminarmente esclusa da detta autorità aggiudicatrice per altre ragioni e che, pertanto, egli non è stato o non rischia di essere leso dall'illegittimità da lui denunciata. Nell'ambito della procedura di ricorso pertanto aperta a detto offerente, quest'ultimo dev'essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di concludere che egli non sia stato o non rischi di essere leso dalla decisione di cui denuncia l'illegittimità.

Sulle spese

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

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione)

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Bundesvergabeamt con ordinanza 25 giugno 2001, dichiara:

1) L'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non impedisce che le procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata.

2) L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, modificata dalla direttiva 92/50, impedisce che ad un offerente venga negato l'accesso alle procedure di ricorso previste da detta direttiva per contestare la legittimità della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non considerare la sua offerta come la migliore, per il motivo che tale offerta avrebbe dovuto essere preliminarmente esclusa da detta autorità aggiudicatrice per altre ragioni e che, pertanto, egli non è stato o non rischia di essere leso dall'illegittimità da lui denunciata. Nell'ambito della procedura di ricorso pertanto aperta a detto offerente, quest'ultimo dev'essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di poter concludere che egli non sia stato o non rischi di essere leso dalla decisione di cui denuncia l'illegittimità.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 19 giugno 2003.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione

J.-P. Puissochet