CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE L.A. GEELHOED presentate il 20 novembre 2003 [1]

I — Introduzione

1. In questa causa la Corte deve pronunciarsi su quattro questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione 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 [2], come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (in prosieguo: la «direttiva 89/665») [3].

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Siemens AG Österreich (in prosieguo: la «Siemens») e la ARGE Telekom & Partner (in prosieguo: la «ARGE Telekom») da un lato e lo Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (federazione nazionale austriaca degli enti previdenziali), in qualità di amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: lo «Hauptverband»), dall'altro.

3. I fatti e il procedimento nel cui ambito sono state sollevate le questioni pregiudiziali sono complessi e verranno esposti nella seguente sezione III delle presenti conclusioni. Dal contesto emerge che sussistono seri dubbi in merito alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali in esame, che sono divenute, totalmente o parzialmente, teoriche in quanto è venuto a mancare l'oggetto del contendere in sede di procedimento principale.

4. La formulazione delle questioni, sebbene di per sé complicata, letta in combinazione con la motivazione dell'ordinanza di rinvio, offre tuttavia una base adeguata per una soluzione. Nella sezione III delle presenti conclusioni verranno pertanto riassunte le parti rilevanti dell'ordinanza stessa. In sostanza il Bundesvergabeamt (ufficio federale austriaco per l'aggiudicazione degli appalti), quale giudice del rinvio, si chiede se l'attuazione data dal legislatore austriaco alla direttiva 89/665 sia adeguata, in considerazione dei poteri (limitati) di cui lo stesso giudice dispone.

1 — Lingua originale: l'olandese.
2 — GU L 395, pag. 33.
3 — GU L 209, pag. 1.

II — Ambito normativo

A — *Diritto comunitario*

5. L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665, così recita:

«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'art. 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».

6. L'art. 2, nn. 1, 6, 7 e 8, della direttiva 89/665 stabilisce quanto segue:

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

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

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

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

(...)

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.

7. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

8. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del trattato [divenuto art. 234 CE] e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

7. L'art. 25 della direttiva 92/50 dispone quanto segue:

«Nel capitolato d'oneri l'amministrazione può richiedere all'offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che egli eventualmente intenda subappaltare a terzi.

Detta indicazione lascia impregiudicata la responsabilità del prestatore principale di servizi».

8. L'art. 32 della direttiva 92/50 stabilisce quanto segue:

«1. La capacità dei prestatori ad eseguire servizi può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità.

2. La prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi può venir fornita mediante uno o più dei seguenti mezzi, a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei servizi da prestare:

(...)

c) l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità;

(...)

h) l'indicazione della quota del contratto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare.

3. L'amministrazione precisa, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, quali sono le referenze da presentare.

4. Le informazioni di cui all'articolo 31 ed ai paragrafi da 1 a 3 del presente articolo devono limitarsi all'oggetto dell'appalto. Le amministrazioni tengono nel debito conto gli interessi legittimi dei prestatori di servizi per quanto riguarda la tutela dei loro segreti tecnici o commerciali».

B — *Diritto nazionale*

9. Le direttive 89/665 e 92/50 sono state attuate nell'ordinamento austriaco con il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (legge federale 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56, nella versione di cui al BGBl. I, 2000/125; in prosieguo: il «BVergG»).

10. L'art. 31 del BVergG riguarda le prestazioni dei subappaltatori e così dispone:

«1) Nel capitolato d'oneri si deve stabilire se è ammesso il subappalto. Non è permesso il trasferimento dell'intero appalto, ad eccezione dei contratti di

compravendita e del trasferimento ad imprese collegate con l'appaltatore. Negli appalti edili non è ammesso il trasferimento della parte principale delle prestazioni (...). Il committente deve assicurare che i subappaltatori dell'appaltatore eseguano in gran parte in proprio le parti degli appalti ad essi trasferiti. In casi eccezionali il committente può stabilire nel capitolato d'oneri, fornendone la motivazione, che è ammesso trasferire la maggior parte dell'appalto. Il trasferimento di parti dell'appalto è comunque ammesso solo se il subappaltatore è competente per l'esecuzione della sua parte.

2) Il committente deve chiedere all'offerente nel capitolato d'oneri di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che egli eventualmente intenda affidare a terzi. Detta comunicazione lascia impregiudicata la responsabilità dell'appaltatore».

11. L'art. 40 del BVergG — Revoca del bando di gara in pendenza del termine per la presentazione delle offerte — stabilisce quanto segue:

«1.) La gara d'appalto può essere revocata per gravi motivi entro il termine per la presentazione delle offerte, in particolare quando, prima di tale scadenza, sopravvengono eventi che, se fossero stati noti in precedenza, avrebbero escluso una gara d'appalto o avrebbero condotto ad una gara d'appalto dal contenuto sostanzialmente diverso.

2) La revoca del bando di gara deve essere comunicata con le stesse modalità vigenti per l'indizione dello stesso.

3) Gli offerenti e i candidati a cui è già stato consegnato il capitolato d'oneri devono essere informati immediatamente della revoca e dei motivi che l'hanno determinata».

12. Gli artt. 52, 53, 53 bis, 54, 55 e 56 del BVergG — «La valutazione delle offerte» — così recitano:

«Esclusione di offerte.

Art. 52

(1) Prima di procedere alla selezione delle offerte, l'amministrazione aggiudica-

trice deve immediatamente escludere, in base ai risultati della valutazione, le offerte seguenti:

1. offerte di candidati che non dispongano delle necessarie competenze ovvero di adeguati mezzi finanziari, aziendali o tecnici o che non siano affidabili;

(...)

8. offerte che non soddisfino le condizioni di aggiudicazione, ovvero offerte difettose o incomplete, quando tali vizi non siano stati o non possano essere eliminati, o offerte parziali, se queste non sono ammesse;

9. offerte di candidati che abbiano preso accordi con altri candidati, contrari ai buoni costumi o al principio di un'effettiva concorrenza, che siano svantaggiosi per il committente;

(...)

Selezione dell'offerta; il principio dell'offerta migliore.

Art. 53

Tra le offerte che restano dopo l'esclusione l'appalto viene assegnato all'offerta più vantaggiosa da un punto di vista tecnico ed economico, nel rispetto dei criteri indicati nel bando di concorso. (Il principio dell'offerta migliore). La decisione di aggiudicazione deve (...) essere motivata per iscritto.

Pubblicazione dell'aggiudicazione.

Art. 53 bis

1) Il committente deve comunicare immediatamente agli offerenti rimasti, per iscritto o per telefax (...), a quale offerente verrà aggiudicato l'appalto. Nella comunicazione possono essere indicati agli offerenti non aggiudicatari, ai fini del disposto di cui al n. 4, i motivi per il rigetto della loro offerta.

2) L'aggiudicazione non può avvenire, a pena di nullità, prima che sia trascorso un termine di sospensione di due

settimane a decorrere dalla pubblicazione della decisione di aggiudicazione, ai sensi del n. 1 (...). Ove sia seguita una procedura abbreviata per motivi di urgenza, il termine di sospensione è diminuito di una settimana.

3) Gli offerenti non aggiudicatari possono richiedere per iscritto, entro il termine di una settimana, e di tre giorni ove sia stata seguita una procedura abbreviata per motivi di urgenza ai sensi dell'art. 69, a far data dalla notifica della decisione di aggiudicazione, di conoscere le ragioni per cui la loro offerta non è stata presa in considerazione, nonché le caratteristiche e i pregi dell'offerta prescelta.

4) Il committente deve comunicare agli offerenti non aggiudicatari, subito dopo il ricevimento della loro richiesta — ove questa sia stata presentata tempestivamente — e in ogni caso tre giorni prima della fine del termine di sospensione, il nome dell'offerente aggiudicatario e l'importo per cui l'appalto è stato aggiudicato. Agli offerenti non aggiudicatari devono essere comunicati anche le caratteristiche e i pregi dell'offerta prescelta, purché la pubblicazione di questi dati non sia contraria al pubblico interesse o ai legittimi interessi commerciali delle imprese e non pregiudichi una concorrenza libera e leale;

5) Se un offerente non aggiudicatario ritiene che la decisione di aggiudicazione presa dal committente violi le disposizioni della presente legge e di conseguenza rischi di arrecargli danno, deve informare immediatamente il committente stesso della sua intenzione di avviare un procedimento di ricorso, indicandone le ragioni.

Aggiudicazione e contratto di esecuzione.

Art. 54

1) In pendenza del termine per l'aggiudicazione, il rapporto contrattuale sorge nel momento in cui l'offerente riceve la conferma scritta dell'accettazione della sua offerta. In caso di superamento del termine per l'aggiudicazione o se sussistono divergenze tra l'appalto e l'offerta, il rapporto contrattuale sorge solo con la dichiarazione scritta dell'offerente di accettare l'appalto. All'offerente deve essere concesso un termine adeguato per rendere siffatta dichiarazione.

2) (...)

Revoca del bando di gara dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Art. 55

1) Dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte l'aggiudicazione deve essere revocata se sussistono gravi motivi.

2) Il bando di gara può essere revocato se, dopo l'esclusione delle offerte a norma dell'art. 52, rimane un'unica offerta.

3) Il bando di gara deve considerarsi revocato se non è stata presentata nessuna offerta ovvero se ne è stata presentata una sola.

4) Gli offerenti devono essere immediatamente informati della revoca del bando di gara, nonché dei motivi della revoca.

5) La revoca del bando di gara deve essere pubblicata con le stesse modalità del bando di gara.

Conclusione del procedimento di aggiudicazione.

Art. 56

1) Il procedimento di aggiudicazione termina con la stipulazione del contratto di fornitura o con la revoca del bando di gara.

2) Ad ogni offerente non aggiudicatario deve essere immediatamente comunicata la conclusione del procedimento. (...)».

13. All'art. 113 del BVergG sono elencati i poteri del Bundesvergabeamt. Detta disposizione così recita:

«1) Il Bundesvergabeamt è competente a promuovere su istanza, il procedimento di ricorso previsto dalle disposizioni del capo seguente.

2) Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, al fine di sanare le violazioni della pre-

sente legge federale e dei relativi regolamenti di esecuzione:

1) ad adottare misure transitorie, nonché

2) ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice.

3) Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione del procedimento 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 relativi regolamenti di esecuzione. Nell'ambito di tale procedimento il Bundesvergabeamt è inoltre competente a stabilire, su istanza dell'ente aggiudicatore, se un concorrente o offerente non aggiudicatario non avrebbe avuto alcuna effettiva possibilità di ottenere l'assegnazione del contratto, anche osservando le disposizioni della presente legge federale e dei relativi regolamenti di esecuzione».

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

«1. Il Bundesvergabeamt, tenendo conto del parere espresso dalla commissione di conciliazione nell'ambito del relativo procedimento, deve annullare, con provvedimento amministrativo, qualsiasi decisione, adottata dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, la quale:

1) violi le disposizioni della presente legge federale o dei relativi regolamenti di esecuzione, e

2) sia determinante per l'esito del procedimento di aggiudicazione.

(...)

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto, il Bundesvergabeamt, conformemente alle condizioni di cui al n. 1, può unicamente accertare se la pretesa illegittimità sussista o meno».

15. Conformemente all'art. 122, n. 1, del BVergG, «in caso di violazione della presente legge federale o dei relativi regolamenti di esecuzione imputabile agli organi competenti di un'amministrazione aggiudicatrice, un offerente non aggiudicatario ha diritto a un indennizzo per le spese connesse alla presentazione dell'offerta e per le altre

spese che abbia sostenuto in conseguenza della partecipazione al procedimento di aggiudicazione nei confronti del committente al quale sia imputabile il comportamento degli organi dell'amministrazione aggiudicatrice».

16. In forza dell'art. 125, n. 2, del BVergG, un ricorso per risarcimento danni, che dev'essere presentato dinanzi al giudice civile, è ricevibile solo nel caso in cui si sia previamente pronunciato il Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 3. Il giudice civile adito e le parti nel procedimento dinanzi al Bundesvergabeamt sono vincolati a tale pronuncia.

17. L'art. 5 del Verwaltungsvollstreckungsgesetz (legge sull'esecuzione forzata amministrativa) stabilisce quanto segue:

«1) Per l'esecuzione forzata di un obbligo di tollerare o di fare o di non fare che, per le sue caratteristiche proprie, non possa essere eseguito da terzi, l'autorità competente può infliggere all'obbligato inadempiente l'ammenda o l'arresto.

2) L'esecuzione inizia con l'ammonizione relativa alle sanzioni applicabili in caso di atti dolosi o colposi che possano ritardare l'esecuzione stessa. La sanzione minacciata deve essere applicata immediatamente in occasione della prima violazione o dopo l'infruttuoso decorso del termine impartito per il compimento dell'atto. In caso di recidiva o di ulteriore ritardo l'ammonizione deve concernere l'applicabilità di un'ultima sanzione più severa. L'esecuzione della sanzione comminata deve essere sospesa non appena l'obbligo sia stato adempiuto.

3) Le sanzioni non possono comunque superare, in caso di ammenda, l'importo di ATS 10 000 e, in caso di arresto, la durata di 4 settimane, per ogni singola infrazione.

4) Il ricorso ad ammende in sede di esecuzione forzata è consentito anche nei confronti delle persone giuridiche, delle società di persone di diritto commerciale e delle società commerciali registrate, ad eccezione degli enti di diritto pubblico».

18. L'art. 879 dell'Allgemein Burgerliches Gesetzbuch (Codice civile austriaco; in prosieguo: l'«ABGB») così recita:

«1) Il contratto è nullo quando è contrario alla legge o ai buoni costumi.

2) In particolare, sono nulli i seguenti contratti:

(...)».

III — Fatti e procedimento

A — *Fatti e procedimenti dinanzi agli organi nazionali*

19. In data 21 settembre 1999, nella serie S della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* lo Hauptverband comunicava di aver programmato l'espletamento di un procedimento di aggiudicazione in due fasi per l'aggiudicazione di un appalto per la progettazione, la programmazione e la realizzazione di un sistema di elaborazione elettronica di dati (sistema EDV) regolato mediante schede con chip (microcircuito integrato), comprese la fornitura, l'avviamento, la personalizzazione, la distribuzione e lo smaltimento delle schede. Inoltre l'appalto comprendeva la fornitura, l'installazione e la manutenzione su tutto il territorio austriaco dei terminali nonché l'assistenza nella gestione del sistema EDV, l'assistenza di un servizio di centralino per la gestione delle schede, nonché ulteriori prestazioni di servizi necessarie per il funzionamento del sistema.

20. Il 22 febbraio 2000 lo Hauptverband decideva d'invitare cinque consorzi partecipanti alla gara a presentare offerte e di escluderne un sesto. Al punto 1.9 dell'atto di candidatura 21 settembre 1999, come pure al punto 1.8 del documento di gara «Invito alla presentazione delle offerte», del 15 marzo 2000, l'ammissibilità di forniture di servizi da parte di imprese subappaltatrici era prevista in questi termini: «Il subappalto di parti della prestazione di servizi è consentito nella misura del 30 % della medesima, e solo in quanto le parti della prestazione tipicamente inerenti al contratto — direzione del progetto, progettazione del sistema, sviluppo, costruzione, fornitura e gestione delle componenti centrali del sistema complessivo che contraddistinguono il progetto, sviluppo, fornitura e gestione del funzionamento delle schede nonché sviluppo e fornitura dei terminali — restino all'offerente, persona fisica o giuridica».

21. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, l'ente aggiudicatore avrebbe incluso questa disposizione esclusivamente in quanto criterio idoneo ad assicurare una fornitura dei servizi esente da difetti tecnici. La responsabilità personale del fornitore delle schede rappresenta infatti un incentivo per una prestazione di servizi senza difetti, garantendosi così anche una maggiore autorità effettiva dell'amministrazione aggiudicatrice.

22. A tre dei quattro consorzi che hanno effettivamente presentato offerte (tra cui la

Siemens e la ARGE Telekom) partecipava l'impresa fornitrice di schede elettroniche Austria Card, a cui spettava in ciascun caso la «fornitura delle schede». L'unico consorzio partecipante alla gara cui fosse estranea la Austria Card era il consorzio EDS/ORGA.

23. Con lettera del 18 dicembre lo Hauptverband, in qualità di ente aggiudicatore, comunicava a tre consorzi in gara, a norma dell'art. 53 bis del BVergG, la propria intenzione di aggiudicare l'appalto alla EDS/ORGA.

24. A questo punto i tre consorzi partecipanti non aggiudicatari adivano la Bundesvergabekontrollkommission (commissione di controllo sulle aggiudicazioni degli appalti pubblici), perché procedesse ad un arbitrato. Quest'ultima in un caso rifiutava di procedere all'arbitrato, mentre negli altri due casi tentava, inutilmente, di raggiungere una composizione amichevole. Successivamente i tre consorzi non aggiudicatari presentavano ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt chiedendo, in via principale, la dichiarazione di nullità della decisione dell'ente aggiudicatore, di assegnare l'appalto al consorzio in gara EDS/ORGA. In subordine si chiedeva di ingiungere allo Hauptverband di revocare il bando di gara.

25. Con decisione 19 marzo 2000 il Bundesvergabeamt (ottava sezione) dichiarava irricevibili tutte le domande per difetto di legittimazione, in quanto le offerte dei richiedenti avrebbero dovuto essere eliminate dall'ente aggiudicatore, ai sensi dell'art. 52, n. 1, punto 9, del BVergG, perché la Austria Card partecipava a tutti e tre i consorzi in gara interessati. Lo scambio di informazioni così reso possibile, come pure le trattative che la Austria Card necessariamente aveva dovuto svolgere con i tre consorzi sulla forma delle offerte, andavano considerate come un accordo tra offerenti, contrario al principio della libera concorrenza.

26. Dai documenti processuali emerge che questa decisione del Bundesvergabeamt è stata annullata con sentenza del Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale austriaca) 12 giugno 2001, in quanto sarebbe stato violato il diritto costituzionale dei tre consorzi a un procedimento dinanzi al giudice naturale precostituito per legge. Il Bundesvergabeamt avrebbe omesso, prima di prendere la sua decisione, di proporre alla Corte la questione pregiudiziale, se un offerente la cui offerta non è stata esclusa dall'ente aggiudicatore possa essere privato del suo diritto ad un processo dinanzi al giudice nazionale competente.

27. Il 28 e il 29 marzo 2001 la Debis, il terzo consorzio non aggiudicatario, e la ARGE Telekom hanno nuovamente presentato ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt. Essi hanno chiesto che fosse dichiarata

nulla la decisione dello Hauptverband di non revocare il bando di gara, e che fosse adottato un provvedimento urgente, che vietasse all'ente aggiudicatore di procedere all'aggiudicazione dell'appalto per un periodo di almeno due mesi dalla presentazione della domanda (Debis) o sino alla pronuncia del Bundesvergabeamt (ARGE Telekom).

28. A seguito di queste domande il Bundesvergabeamt, con decisione 5 aprile 2001, vietava di aggiudicare l'appalto, adottando un provvedimento d'urgenza in vigore sino al 20 aprile 2001.

29. Nelle loro domande la Debis e la ARGE Telekom hanno addotto argomenti in parte di diritto nazionale e in parte di diritto comunitario a sostegno della loro tesi invocante l'illegittimità dell'aggiudicazione. Il bando di gara avrebbe dovuto essere revocato in quanto dalla decisione del Bundesvergabeamt 19 marzo 2001 conseguiva che rimaneva solo un'impresa che potesse essere presa in considerazione per l'aggiudicazione dell'appalto. Infatti, posto che le offerte della Siemens, della ARGE Telekom e della Debis possono essere escluse in forza dell'art. 52, n. 1, del BVergG, per violazione del principio della libera concorrenza, dalle disposizioni dell'art. 55, nn. 2 e 3, del BVergG conseguirebbe che il bando di gara doveva essere revocato. Infatti sarebbe rimasto soltanto un unico offerente (EDS/ORGA). Il bando di gara sarebbe contrario inoltre al diritto comunitario, in quanto al punto 1.8 dell'invito alla presentazione delle offerte 15 marzo 2000 veniva posto un criterio di idoneità non consentito. Infatti questa disposizione esclude il subappalto di quote della prestazione superiori al 30 % del valore complessivo dell'appalto, e comunque di tutte le prestazioni tipiche del contratto, in particolare, la fornitura e la gestione del funzionamento delle carte. Le ricorrenti venivano in tal modo obbligate ad includere la Austria Card come partecipante nei consorzi da loro formati. Senza la condizione contenuta nel punto 1.8 delle clausole del bando di gara le ricorrenti per questo servizio avrebbero potuto ricorrere ad un subappaltatore. Le ricorrenti sostengono che questa condizione sarebbe contraria al diritto comunitario, invocando in merito la sentenza della Corte 2 dicembre 1999, Holst Italia [4], da cui emergerebbe che deve essere permesso affidare la prestazione del servizio che costituisce l'oggetto di un appalto ad un terzo, considerato idoneo.

30. Con decisione 20 aprile 2001 il Bundesvergabeamt (nona sezione) accoglieva le domande della Debis e dell'ARGE Telekom e, ai sensi dell'art. 113, n. 2, punto 2, del BVergG, dichiarava nulla la decisione dello Hauptverband, di non revocare il bando di gara. A motivazione di ciò veniva in sostanza dedotto che il bando di gara doveva essere revocato, perché conteneva clausole sostanzialmente illegittime. Il divieto di subappalto posto dallo Hauptverband avrebbe violato in particolare il diritto degli offerenti sancito dall'ordinamento comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza Holst Italia [5], di poter far riferimento, a dimostrazione della propria idoneità, anche a quella di eventuali subappaltatori.

4 — Causa C-176/98 (Racc. pag. I-8607).

5 — Cit. nella nota 4.

31. Nonostante questa pronuncia lo Hauptverband decideva, in data 23 aprile 2001, di aggiudicare immediatamente l'appalto al consorzio EDS/ORGA, stipulando così il contratto. I provvedimenti provvisori adottati dal Bundesvergabeamt con decisione 5 aprile 2001 scadevano il 20 aprile 2001 e non venivano prorogati, nonostante ciò fosse stato espressamente richiesto. La pronuncia del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001 consiste in un unico enunciato, di difficile interpretazione, di «dichiarazione di nullità di un atto di mancata revoca». Da questo enunciato lo Hauptverband ha dedotto che non fosse stato deciso in modo giuridicamente vincolante che la sua decisione di aggiudicare l'appalto al migliore offerente non fosse valida o fosse stata annullata.

32. Inoltre lo Hauptverband decideva di impugnare dinanzi al Verfassungsgerichtshof la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001. Dai documenti contenuti nel fascicolo processuale emerge che il Verfassungsgerichtshof ha in un primo tempo respinto, con decreto 22 maggio 2001, la richiesta di sospendere l'esecutività della pronuncia del Bundesvergabeamt e successivamente, con sentenza 2 marzo 2002, ha annullato la pronuncia stessa.

33. Il 30 aprile 2001 la Siemens presentava ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt, chiedendo la dichiarazione di nullità di varie decisioni dello Hauptverband, connesse al provvedimento volto ad aggiudicare l'appalto alla EDS/ORGA. La Siemens sostiene che dalla declaratoria di nullità della decisione dello Hauptverband di non revocare il bando di gara emanato nel 1999 consegue che la decisione dell'ente stesso di assegnare l'appalto è illegittima in quanto riguarda una seconda gara d'appalto, indetta senza pubblicità. Inoltre la Siemens ha chiesto alcuni provvedimenti urgenti. Quest'ultima domanda è stata respinta dal Bundesvergabeamt l'11 maggio 2001, mentre per le ulteriori domande la decisione è stata sospesa.

34. Il 17 maggio 2001 anche la ARGE Telekom ha presentato domanda di provvedimenti urgenti e di dichiarazione di nullità di diverse decisioni adottate dallo Hauptverband in connessione con la sua decisione di non revocare la gara d'appalto.

35. In data 18 maggio 2001 la Siemens ha ancora una volta presentato domanda di provvedimenti urgenti nonché di declaratoria di nullità delle decisioni dello Hauptverband di non revocare il procedimento di aggiudicazione, di aggiudicare l'appalto alla EDS/ORGA, di spedire una lettera per comunicare l'aggiudicazione a favore della EDS/ORGA e di stipulare un contratto con questo consorzio, senza aver validamente pubblicato la decisione di aggiudicazione.

36. Con decisione 9 luglio 2001 il Bundesvergabeamt respingeva le domande di provvedimento urgente della ARGE Telekom e della Siemens AG, mentre la decisione sulle altre domande presentate veniva riunita alla decisione principale.

37. Il Bundesvergabeamt (nona sezione) ha dichiarato che per la valutazione delle domande della Siemens 30 aprile e 18 maggio 2001 e della domanda della ARGE Telekom 17 maggio 2001 fosse necessaria una più precisa interpretazione di talune disposizioni della direttiva 89/665 ed ha pertanto sollevato, con ordinanza 11 luglio 2001, le seguenti questioni pregiudiziali.

B — *Le questioni pregiudiziali e la relativa analisi*

«1) Se le disposizioni della direttiva 89/665/CEE, e in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretate nel senso che da una decisione di un organo nazionale competente per i ricorsi, ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE, avente ad oggetto l'annullamento della decisione con la quale l'ente pubblico aggiudicatore rifiuta di revocare la procedura di aggiudicazione, consegue che, qualora l'ordinamento giuridico nazionale non offra alcuna possibilità di effettiva esecuzione coattiva della decisione del detto organo nazionale avverso l'ente pubblico aggiudicatore, alla procedura di aggiudicazione controversa venga senz'altro posto termine mediante la decisione dell'organo nazionale competente per i ricorsi, senza che la stessa amministrazione aggiudicatrice debba compiere ulteriori atti.

2) Se dalle disposizioni di cui alla direttiva 89/665/CEE, in particolare dall'art. 2, n. 7, eventualmente in combinato disposto con le prescrizioni della direttiva 92/50/CEE, in particolare con gli artt. 25 e 32, n. 2, lett. c), ovvero da altra disposizione di diritto comunitario, interpretate, in particolare, alla luce del principio dell'efficacia pratica, consegua che una condizione contenuta in un bando di gara che, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (segnatamente, sentenza 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia), mediante il divieto di subappalto di parti sostanziali della prestazione, impedisce all'offerente di dimostrare, producendo un contratto con il subappaltatore, che egli effettivamente dispone dei mezzi del terzo, acquisendo così il diritto di far riferimento ai mezzi del terzo, a dimostrazione della sua capacità, rectius, di fornire la prova che egli ha effettivamente a disposizione i mezzi del terzo, è manifestamente in contrasto con il diritto comunitario, in modo che debba considerarsi invalido un contratto stipulato sulla base di un siffatto bando di gara, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale contiene comunque disposizioni che prevedono l'invalidità di contratti stipulati in violazione di legge.

3) Se dalle disposizioni della direttiva 89/665/CEE, in particolare dall'art. 2, n. 7, ovvero da altre disposizioni del diritto comunitario, interpretate, in particolare, alla luce del principio dell'efficacia pratica, consegua che un contratto stipulato in contrasto con quanto stabilito in una decisione di un organo nazionale competente per i ricorsi ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE, che annulla la decisione con la quale l'amministrazione aggiudicatrice rifiuta di revocare un bando di gara, sia invalida, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale, pur contenendo disposizioni che prevedono l'invalidità di contratti stipulati in violazione dei buoni costumi e della legge, non offre però alcun fondamento normativo per dare efficace esecuzione coattiva alla decisione del detto organo nazionale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

4) a) Se le disposizioni della direttiva 89/665/CEE, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b, eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretate nel senso che, qualora un ordinamento giuridico nazionale non offra alcun fondamento normativo per dare efficace esecuzione coattiva ad una decisione dell'organo nazionale competente per i ricorsi nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, tale organo nazionale, in applicazione diretta del combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lett. b), e dell'art. 2, n. 7, abbia il potere di ottenere, con ingiunzione eseguibile coattivamente, la revoca della decisione illegittima da parte dell'ente aggiudicatore, anche se l'ordinamento giuridico nazionale attribuisce all'organo competente per i ricorsi, in procedimenti promossi dagli offerenti, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/CEE, solo il potere di disporre una revoca, non coattivamente eseguibile, delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.

b) In caso di soluzione affermativa della questione 4, sub a): se, in un caso siffatto, l'organo nazionale competente per i ricorsi abbia addirittura il potere, in forza dell'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665/CEE, eventualmente in combinato disposto con altre norme del diritto comunitario, di ammonire l'ente pubblico aggiudicatore in merito alla possibile applicazione di ammende, necessarie ai fini dell'esecuzione dell'ingiunzione e la cui adeguata determinazione viene rimessa alla discrezionalità del giudice, o, per meglio dire, di ammonire i membri della direzione dell'ente pubblico stesso in merito all'applicabilità di ammende e arresti, oppure ancora di imporre siffatte pene, qualora l'ente aggiudicatore, o, rectius, i membri della sua direzione non si adeguino all'ingiunzione dell'organo competente per i ricorsi».

38. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt ha commentato nei particolari le questioni pregiudiziali sopra riportate, i cui elementi principali possono essere riassunti come segue.

39. A motivazione della prima questione il Bundesvergabeamt osserva tra l'altro che, ai sensi dell'art. 113, n. 2, punto 2, del BVergG, le sue decisioni non contengono alcuna ingiunzione che, su istanza del ricorrente la cui domanda sia stata accolta, possa essere eseguita nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. Da questo punto di vista i poteri del Bundesvergabeamt differiscono da quelli di analoghi organi giurisdizionali nazionali competenti in materia, ad esempio, di diritto commerciale, edilizio e delle acque, che dispongono del potere di emanare decisioni esecutive. Ciò implica che la posizione giuridica degli interessati nel diritto degli appalti è sostanzialmente più debole di quella di chi opera in altri settori giuridici. Il giudice del rinvio si chiede se una siffatta conseguenza della normativa nazionale sia compatibile con le prescrizioni poste dal diritto comunitario, segnatamente dall'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665.

40. Con la seconda questione il Bundesvergabeamt sottolinea di essersi fondato nella sua decisione 20 aprile 2001, in linea con la giurisprudenza della Corte, sul presupposto che ogni offerente, a dimostrazione della propria capacità, può fare riferimento a quelle dei suoi subappaltatori, ove possa dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di questi ultimi. Pertanto il Bundesvergabeamt a suo avviso può presupporre che una disposizione relativa ai requisiti per l'offerta, che escluda a priori in gran parte un ricorso a subappaltatori, sia contraria al diritto comunitario e che pertanto una gara d'appalto contenente una siffatta clausola non possa essere portata a termine, ma debba essere revocata.

Il diritto comunitario in materia di appalti pubblici non contiene tuttavia disposizioni che offrano una risposta esplicita alla domanda relativa alla misura in cui procedure di aggiudicazione illegittime determinino l'invalidità di contratti stipulati in base alle medesime. Pertanto la questione relativa alla validità del contratto può essere considerata rientrante nel diritto nazionale.

Un siffatto risultato però non sarebbe soddisfacente, alla luce del principio dell'efficacia pratica del diritto comunitario. Infatti un ente aggiudicatore che non si attenga alle disposizioni del diritto comunitario e disattenda le decisioni dell'organo competente per i ricorsi può frustrare la realizzazione degli obiettivi dell'ordinamento comunitario, senza dover temere alcuna sanzione, ove, come nel caso di specie, l'ordinamento giuridico nazionale non possa garantire l'esecuzione forzata delle decisioni dell'organo competente per i ricorsi.

In questo contesto il Bundesvergabeamt ritiene utile chiedere se un contratto stipulato sulla base di un procedimento di aggiudicazione posto in essere in violazione di disposizioni di diritto comunitario possa essere considerato invalido ai sensi del diritto privato in quanto illegittimo o contrario ai buoni costumi.

41. In merito alle prime due questioni il Bundesvergabeamt osserva ancora che, qualora il contratto stipulato dovesse essere considerato invalido, esso avrebbe sempre il potere di dichiarare la nullità delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice (ed in ogni caso di adottare provvedimenti ulteriori, se la Corte risolvesse in senso affermativo le questioni 4, sub a) e b), in quanto l'invalidità della stipulazione del contratto comporta che debba venire considerata invalida anche l'aggiudicazione. Secondo il giudice del rinvio è pertanto necessaria un'interpretazione più precisa del diritto comunitario per stabilire la competenza del giudice nazionale in merito alla constatazione della validità dell'aggiudicazione e del contratto stipulato sulla base della medesima.

42. Con la terza questione il Bundesvergabeamt afferma che lo Hauptverband, in qualità di ente aggiudicatore, con la stipulazione del contratto non solo ha violato le disposizioni sostanziali del diritto comunitario in materia di appalti, ma ha anche deliberatamente disatteso la decisione dell'organo nazionale competente per i ricorsi, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665. Un siffatto atteggiamento deve essere considerato contrario ai buoni costumi, con le relative conseguenze per la validità del contratto.

43. In merito alle questioni 4, sub a) e b), il Bundesvergabeamt spiega che le disposizioni nazionali non garantiscono un'efficace esecuzione delle decisioni dell'organo competente per i ricorsi, in quanto il diritto nazionale non prevede un'esecuzione coatta della declaratoria di nullità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. Sebbene l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, lasci agli Stati membri un'ampia possibilità di scelta nell'attribuzione di poteri all'organo competente per i ricorsi, se la risultante di tale discrezionalità è che le disposizioni comunitarie relative agli appalti non hanno un'adeguata efficacia pratica, a giudizio del giudice del rinvio occorre basarsi sull'applicazione diretta dei poteri dell'organo competente per i ricorsi, ad esso conferiti dalla direttiva. Su questo sfondo il Bundesvergabeamt si domanda se gli strumenti coercitivi pubblici previsti dal diritto nazionale siano adeguati per imporre un regolare adempimento del diritto comunitario.

IV — Procedimento dinanzi alla Corte

44. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt ha chiesto alla Corte di esaminare

le questioni da esso sollevate secondo il procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 104 bis del regolamento di procedura. Un procedimento accelerato potrebbe evitare che l'amministrazione aggiudicatrice possa frustrare l'applicazione del diritto comunitario, nell'interpretazione ad esso data dalla Corte, opponendo il fatto compiuto. Se le questioni sollevate verranno risolte in senso affermativo, una decisione rapida potrebbe evitare un danno rilevante, in quanto al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rinvio non era ancora stato dato inizio all'esecuzione del contratto tra lo Hauptverband e la EDS/ORGA.

45. Con ordinanza 13 settembre 2001 il presidente della Corte ha respinto questa domanda, con la motivazione che dalle circostanze addotte dall'organo del rinvio non emergeva un'urgenza straordinaria di risoluzione delle questioni.

46. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 9 agosto 2001. La ARGE Telekom, lo Hauptverband, la EDS/ORGA, il governo austriaco e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte, a norma dell'art. 20 dello Statuto (CEE) della Corte di giustizia. Durante la trattazione orale, il 18 settembre 2003, lo Hauptverband, il governo austriaco e la Commissione hanno ulteriormente illustrato le loro tesi.

V — Valutazione

A — *Osservazioni preliminari*

47. Il contesto dei fatti che hanno determinato l'ordinanza di rinvio, trattato nei particolari ai precedenti paragrafi 19-37, insieme all'analisi del giudice del rinvio delle questioni pregiudiziali da esso sollevate, suggeriscono alcune osservazioni preliminari.

48. Dal momento in cui lo Hauptverband, quale ente aggiudicatore, ha notificato agli altri interessati alla procedura di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 53 del BVergG, la propria intenzione di assegnare l'appalto alla EDS/ORGA, sono stati avviati dinanzi al Bundesvergabeamt tre gruppi di procedimenti:

1. In una prima serie di procedimenti i ricorrenti nel procedimento principale hanno chiesto l'annullamento della decisione dello Hauptverband di aggiudicare l'appalto alla EDS/ORGA e la revoca del bando di gara. Le

domande non sono state accolte, ma sono state dichiarare irricevibili con decisione 19 marzo 2001;

2. Con una seconda serie di procedimenti i candidati respinti hanno chiesto al Bundesvergabeamt, tra l'altro, di dichiarare nulla la decisione — fittizia — dello Hauptverband, quale amministrazione aggiudicatrice, di non revocare il bando di gara. Essi venivano costretti a tentare questa via in quanto non era possibile, come sottolineato nelle osservazioni scritte ed orali dello Hauptverband e del governo austriaco, impugnare per una seconda volta la medesima decisione di aggiudicazione dinanzi al Bundesvergabeamt. Con questa seconda domanda i candidati respinti hanno ottenuto successo. Con provvedimento provvisorio 5 aprile 2001 è stato vietato allo Hauptverband di procedere all'aggiudicazione sino al 20 aprile 2001. Con decisione 20 aprile 2001 il Bundesvergabeamt ha successivamente dichiarato la nullità della decisione fittizia di non revocare il bando di gara. Siffatta pronuncia non ha tuttavia potuto impedire che qualche giorno più tardi venisse stipulato il contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e la EDS/ORGA;

3. Ha poi fatto seguito una terza serie di procedimenti, con cui i candidati non aggiudicatari cercano in sostanza di ottenere l'annullamento delle decisioni adottate dallo Hauptverband dopo aver selezionato la EDS/ORGA come «il miglior offerente», ossia disattendendo la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001, da cui conseguiva che il bando di gara doveva essere revocato. Nell'ambito di questa terza serie di procedimenti il Bundesvergabeamt ha sollevato le questioni pregiudiziali in esame. Dall'ordinanza di rinvio si può desumere che le ricorrenti fondano le loro domande essenzialmente su due tesi:

— la decisione di aggiudicazione 18 dicembre 2000 sarebbe invalida sin dall'inizio, in quanto non era ancora stata data la necessaria approvazione da parte del cosiddetto comitato delle schede con chip;

— le decisioni che hanno determinato la stipulazione del contratto tra lo Hauptverband e la EDS/ORGA sarebbero tutte nulle, in quanto sarebbero state adottate nel contesto di un procedimento di aggiudicazione invalido.

49. Non è controverso che tra lo Hauptverband e la EDS/ORGA è stato stipulato un contratto con cui si è conclusa la seconda fase del procedimento di aggiudi-

cazione, avviata il 22 febbraio 2000. Secondo il diritto austriaco solo il giudice civile è competente a sindacare la validità di questo contratto ed un eventuale risarcimento di danni a ciò connesso.

50. Dal contenuto delle questioni sollevate, lette in combinazione con l'analisi particolareggiata, si può dedurre che il Bundesvergabeamt dubita che i poteri ad esso conferiti siano sufficienti per garantire un'efficace attuazione della direttiva 89/665, in quanto un procedimento di aggiudicazione da esso giudicato contrario al diritto comunitario ha ciononostante portato all'aggiudicazione e alla stipulazione di un contratto per un appalto di considerevole portata.

51. Se è questo il contesto specifico delle questioni che ha indotto il giudice del rinvio a mettere in discussione, a volte implicitamente a volte esplicitamente, la compatibilità del sistema legislativo austriaco sugli appalti come tale con la direttiva 89/665, detto giudice supera in tal modo i confini tracciati dall'art. 234 CE per il procedimento pregiudiziale, che limitano la procedura di cooperazione tra il giudice nazionale e la Corte all'interpretazione del diritto comunitario ai fini di una decisione sulla controversia nazionale.

52. Per questo motivo occorre accertare se una soluzione da parte della Corte delle questioni pregiudiziali ad essa sottoposte possa essere utile per una decisione sulla controversia medesima.

53. Anche in questa luce occorre valutare in primo luogo la ricevibilità delle questioni in esame.

B — *Ricevibilità*

54. Lo Hauptverband, il governo austriaco e la Commissione hanno sostenuto nelle loro osservazioni scritte e nella trattazione orale in udienza, sia pure per motivi del tutto differenti, che le questioni non sono ricevibili.

55. La Commissione dubita che l'organo del rinvio sia un organo giurisdizionale, in quanto esso, nell'ordinanza di rinvio, ha riconosciuto che la sua decisione non contiene «alcuna ingiunzione all'amministrazione aggiudicatrice che possa formare oggetto di esecuzione coatta». Essa si chiede pertanto se le questioni sollevate dal Bundesvergabeamt siano ricevibili, tenendo presente la giurisprudenza della Corte, e segnatamente le sentenze rese nelle cause Victoria Film [6] e Salzmann [7], secondo le quali il giudice nazionale ha la facoltà di rinvio prevista dall'art. 234 CE solo se dinanzi ad esso sia pendente una controversia e se questi debba pronunciarsi nel contesto di un procedimento che debba sfociare in una decisione con i caratteri di una pronuncia giurisdizionale.

6 — Sentenza 12 novembre 1998, causa C-134/97 (Racc. pag. I-7023, punto 14).

7 — Sentenza 14 giugno 2001, causa C-178/99 (Racc. pag. I-4421, punto 14).

56. Il governo austriaco sostiene che le questioni non sono ricevibili in quanto sono state formulate in modo tale da essere incomprensibili per chi non conosce il diritto austriaco formale e sostanziale in materia di appalti. A suo parere si può pretendere dal giudice nazionale del rinvio che questi formuli le questioni pregiudiziali, aventi ad oggetto problemi complessi e fondamentali relativi alla sistematica dell'ordinamento giuridico nazionale, in modo da renderle chiare e comprensibili anche per chi non conosce il relativo ordinamento giuridico nazionale.

57. Lo Hauptverband ritiene invece che le questioni sollevate non siano ricevibili perché l'ordinanza di rinvio conterebbe un'esposizione incompleta dei fatti posti a fondamento del procedimento principale. In casu l'ordinanza non riguarda un unico procedimento, ma tre procedimenti diversi. Inoltre il Bundesvergabeamt nella sua ordinanza di rinvio avrebbe omesso di menzionare i procedimenti pendenti dinanzi al Verfassungsgerichtshof e allo Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna).

58. In aggiunta, il Bundesvergabeamt non avrebbe il potere di sollevare questioni pregiudiziali in quanto, dopo la sua decisione 19 marzo 2001, la decisione di aggiudicazione non può più essere impugnata dinanzi ad esso. Il Bundesvergabeamt non ha pertanto più la facoltà di sindacare la validità di siffatta decisione, né di pronunciarsi in merito alle decisioni che lo Hauptverband ha successivamente adottato in conseguenza della prima. Infine manca al Bundesvergabeamt il potere di valutare la validità o l'invalidità di un contratto di diritto privato, stipulato a conclusione della procedura di aggiudicazione.

59. Infine il governo austriaco e lo Hauptverband hanno fatto presenti in udienza le conseguenze, per la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, della sentenza del Verfassungsgerichtshof 2 marzo 2002. In questa sentenza viene dichiarata la nullità della decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001. Il Verfassungsgericht dichiara che è logicamente impossibile dichiarare la nullità di una decisione se questa non verte sul compimento di un certo atto. La relativa domanda dei consorzi di offerenti non aggiudicatari deve pertanto essere dichiarata irricevibile. Il Bundesvergabeamt, avendo valutato il merito della causa fondandosi su una domanda irricevibile, si è appropriato di un potere che non gli compete, e ha in tal modo violato il diritto dello Hauptverband ad un processo dinanzi al giudice naturale precostituito per legge.

60. Il governo austriaco e lo Hauptverband sostengono che, grazie a questa sentenza del Verfassungsgerichtshof, le questioni sottoposte alla Corte perdono, almeno parzialmente, ossia in quanto riguardano esplicitamente o implicitamente la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001, ogni rilevanza per il procedimento principale, divenendo teoriche e pertanto irricevibili ai sensi della giurisprudenza della Corte.

Questo varrebbe in ogni caso per la prima questione e probabilmente anche per le questioni sub 3), 4 a) e 4 b).

61. La risposta al primo argomento avanzato dalla Commissione avverso la ricevibilità delle questioni può essere breve. Molto recentemente, nella sentenza nella causa GAT [8], la Corte ha esplicitamente confermato che le decisioni del Bundesvergabeamt hanno un carattere giuridico e che la Corte è pertanto competente a risolvere le questioni da esso sollevate. La Corte ha osservato in merito che dall'art. 125, n. 2, del BVergG, emerge che una pronuncia da parte del Bundesvergabeamt, in forza dell'art. 113, n. 3, del BVergG, non solo rappresenta una condizione di ricevibilità per ogni domanda di risarcimento danni intentata dinanzi al giudice civile per una violazione censurabile delle citate disposizioni, ma è anche vincolante sia per parti nel procedimento dinanzi al Bundesvergabeamt sia per il giudice civile adito. Ne consegue che la Corte ha il potere di risolvere questioni sollevate dal Bundesvergabeamt.

62. Anche il secondo motivo sollevato dal governo austriaco avverso la ricevibilità, a mio giudizio, non può essere accolto. Dalla particolareggiata ordinanza di rinvio e dall'analisi in essa contenuta si può certamente dedurre cosa voglia sapere il giudice del rinvio con le questioni da esso sollevate, anche se la formulazione ad un primo esame non sempre è chiara. Comunque il governo austriaco sembra disconoscere con questo motivo, che riguarda principalmente il diritto nazionale, che la procedura prevista dall'art. 234 CE non ha per oggetto l'interpretazione e la validità del diritto nazionale, ma quella del diritto comunitario, in casu segnatamente l'interpretazione di alcune disposizioni delle direttive 89/665 e 92/50 [9].

63. Il terzo motivo addotto dallo Hauptverband avverso la ricevibilità delle questioni sottoposte ha maggior valore, anche considerato sullo sfondo delle osservazioni preliminari da me formulate ai precedenti paragrafi 48-53. Sebbene, secondo una giurisprudenza costante della Corte, spetti al giudice nazionale stabilire se l'ordinanza di rinvio sia compatibile con il diritto nazionale formale e sostanziale [10], e a questo giudice sia affidato anche il compito di accertare [11] e di valutare [12] i fatti rilevanti, siffatto potere non è illimitato. Ove dall'ordinanza di rinvio, dal fascicolo processuale presentato e dalle osservazioni scritte ed orali si possa dedurre che la soluzione delle questioni proposte evidente-

8 — Sentenza 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT (Racc. pag. I-6351, punti 25-29).

9 — V., tra l'altro, sentenza 16 dicembre 1976, causa 63/76, Inzirillo (Racc. pag. 2057, punto 6).

10 — V. anche sentenza 16 marzo 1978, causa 104/77, Oehlslager (Racc. pag. 791, punto 4), e 29 gennaio 1999, causa C-181/96, Wilkens (Racc. pag. I-399, punto 33).

11 — V. anche sentenze 5 ottobre 1999, cause riunite C-175/98 e C-177/98, Lirussi e Bizzarro (Racc. pag. I-6881, punti 37 e 38), 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital (Racc. pag. I-607, punto 18), e 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art (Racc. pag. I-10155, punto 43).

12 — V., tra le altre, sentenze 16 luglio 1992, causa C-343/90, Lourenço Dias (Racc. pag. I-4673, punto 14), e Canal Satélite Digital, cit. nella nota 119 (punto 43).

mente non può avere alcun effetto sulla soluzione della controversia principale, e che queste hanno pertanto un carattere teorico, sempre secondo un orientamento costante della Corte [13], siffatte questioni vanno respinte senza una decisione nel merito.

64. Per questo motivo occorre esaminare alla luce di quanto precede se le questioni sollevate dal giudice del rinvio siano rilevanti per la soluzione del giudizio principale.

65. Come già osservato ai precedenti paragrafi 48-51, lo Hauptverband ha stipulato un contratto con la EDS/ORGA, disattendendo così la pronuncia del Bundesvergabeamt che dichiarava nulla la decisione — fittizia — dello stesso Hauptverband di non revocare il bando di gara. Nel procedimento nazionale le ricorrenti sostengono, tra l'altro, che le decisioni dello Hauptverband che hanno determinato in ultima analisi la stipulazione del contratto sono tutte nulle, in quanto sarebbero state adottate nel contesto di un procedimento di aggiudicazione invalido.

66. Essendo stato accertato che non il Bundesvergabeamt, ma il giudice civile secondo l'ordinamento austriaco è competente ai fini del sindacato sulla validità giuridica del contratto stipulato il 23 aprile 2002 tra lo Hauptverband e la EDS/ORGA, la soluzione delle questioni sollevate in linea di principio non può contribuire a risolvere il procedimento nazionale.

67. Secondo la normativa austriaca, il giudice civile è l'organo competente per valutare i contratti stipulati dopo l'aggiudicazione di un appalto. In questa normativa, ai sensi del disposto dell'art. 2, n. 6, ultimo comma, della direttiva 89/665, i poteri dell'organo competente per i ricorsi sono limitati al riconoscimento del risarcimento del danno a chiunque sia danneggiato da una violazione delle clausole del bando di gara.

68. Posto che sembra accertato che nella fattispecie su cui si fonda il procedimento nazionale questa decisione di aggiudicazione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice non è stata annullata dal Bundesvergabeamt e che per dare esecuzione a siffatta decisione sono stati stipulati uno o più contratti fondati sull'appalto, occorre presumere che solo il giudice civile è competente a valutare i contratti in cui è sfociato il procedimento di aggiudicazione in esame.

69. Alla luce delle considerazioni che precedono bisogna a nostro avviso presumere che le questioni sollevate dal Bundesvergabeamt, sostanzialmente vertenti sulla

13 — V. anche sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia/Novello (Racc. pag. 3045, punto 21), 21 marzo 2002, causa C-451/99, Cura Anlagen (Racc. pag. I-3193, punto 26), e Inspire Art, cit. nella nota 11 (punto 47).

domanda se i poteri ad esso conferiti dal BvergG soddisfino i requisiti minimi di cui all'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665, sono puramente teoriche.

70. Il carattere teorico delle questioni si manifesta anche nel loro contenuto. Lette nella loro interdipendenza reciproca esse contengono, come già osservato al precedente paragrafo 51, un invito alla Corte ad una verifica globale del sistema di tutela giuridica contenuto nella normativa nazionale sugli appalti alla luce del diritto comunitario applicabile, con un riferimento solo molto lontano alla controversia concreta oggetto del procedimento nazionale. In questo modo il giudice nazionale non si rende conto che la procedura prevista dall'art. 234 CE affida alla Corte il compito di dare un contributo all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di fornire consulenze giuridiche su questioni generali o teoriche [14].

71. Come ultimo elemento per il sindacato giurisdizionale sulla ricevibilità delle questioni proposte vanno ancora esaminate le conseguenze della sentenza del Verfassungsgerichtshof 2 marzo 2002.

72. Come risulta dall'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt ha sollevato le sue questioni soprattutto perché la sua decisione 20 aprile 2001, con cui veniva dichiarata nulla la decisione — fittizia — dell'amministrazione aggiudicatrice di non revocare la gara d'appalto, a norma del diritto austriaco non costituisce titolo esecutivo. Ciò si evidenzia incontestabilmente nella formulazione delle questioni sub 1), 3), 4 a) e 4 b). Considerato che il Verfassungsgerichtshof ha invece annullato la decisione 20 aprile 2001, in quanto il Bundesvergabeamt non sarebbe stato competente a rendere una siffatta pronuncia, è venuto meno il fondamento delle questioni che riguardano direttamente la decisione, che pertanto, anche a prescindere dagli argomenti sopra menzionati che invitano alla stessa conclusione, sono divenute puramente teoriche.

73. Sebbene nella seconda questione non ci si riferisca direttamente alla decisione 20 aprile 2001, a mio avviso neppure tale questione si sottrae all'influenza della sentenza del Verfassungsgerichtshof sopra ricordata. Infatti, nel merito la motivazione della decisione — annullata — 20 aprile 2001 riposava sul presupposto che il procedimento di aggiudicazione fosse invalido, in quanto contenente una clausola del bando di gara contraria al diritto comunitario, come spiegato dalla Corte nella causa Holst Italia [15]. Orbene, siffatto presupposto riveste un ruolo centrale nella seconda

14 — V., di recente, sentenza Inspire Art, cit. nella nota 11 (punto 45).

15 — Cit. nella nota 4.

questione. A prescindere dalla giustezza del medesimo, la Corte non è tenuta a esaminarlo, in quanto esso è contenuto in una sentenza del Bundesvergabeamt che non può più svolgere alcun ruolo nel giudizio nazionale.

74. In base a quanto precede concludo che nella presente causa le questioni proposte dal Bundesvergabeamt alla Corte non sono rilevanti per la soluzione della controversia giuridica oggetto del giudizio nazionale e, pertanto, devono essere dichiarate irricevibili in quanto puramente teoriche.

C — *Nel merito*

75. Esclusivamente in via subordinata, per l'eventualità in cui la Corte non condividesse la mia conclusione secondo cui tutte le questioni proposte sono irricevibili, ma considerasse tali solo quelle direttamente colpite dalla sentenza del Verfassungsgerichtshof 2 marzo 2002, ossia le questioni sub 1), 3) e 4 a) e 4 b), esaminerò adesso la seconda questione.

76. In merito la Commissione ha osservato, a mio avviso con validi motivi, che è ingiusta la premessa su cui si fonda la questione, ossia che dalla sentenza della Corte nella causa Holst Italia [16] conseguirebbe che la condizione per l'ammissione di servizi di subappaltatori, menzionata al punto 1.8 delle clausole del bando di gara 15 marzo 2000, sarebbe contraria al diritto comunitario.

77. Effettivamente la direttiva 92/50, applicabile all'appalto in esame, non contiene alcuna disposizione da cui risulti che un divieto di subappalto sia vietato di per sé. Dall'art. 25 della menzionata direttiva emerge che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere all'offerente d'indicare nella sua offerta le parti dell'appalto che intenda eventualmente affidare in subappalto a terzi. Inoltre l'art. 32, n. 2, lett. h), della direttiva, stabilisce che la capacità tecnica del prestatore di servizi, a seconda della natura, della misura e dell'uso dei servizi richiesti, può essere provata tra l'altro mediante indicazione della parte dell'appalto ch'egli intende affidare in subappalto.

78. Come hanno giustamente rilevato la Commissione, il governo austriaco e lo Hauptverband, nel sindacato sull'ammissibilità di un divieto di subappalto occorre fare una distinzione tra un siffatto divieto per la valutazione dell'idoneità degli offe-

16 — Cit. nella nota 4.

renti e un divieto in sede di esecuzione di un appalto già aggiudicato.

79. La sentenza della Corte nella causa Holst Italia [17], invocata dal Bundesvergabeamt, riguardava la fase di valutazione e di selezione della procedura di appalto.

Al punto 26 di quella sentenza la Corte in merito ha dichiarato: «Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa».

Al punto 31 la Corte conclude la sua motivazione come segue: «(...) La direttiva 92/50 va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. (...)».

80. Interpreto questa sentenza come segue: i potenziali candidati per un appalto non possono essere esclusi per il fatto di non poter disporre in proprio di tutte le competenze necessarie all'esecuzione di un appalto. Un siffatto divieto potrebbe determinare, soprattutto per appalti di grandi dimensioni e tecnicamente complessi, una forte riduzione della cerchia dei candidati ed avrebbe pertanto l'effetto di frustrare l'obiettivo perseguito dalla direttiva 92/50. Invece l'ente aggiudicatore, per garantire che l'appalto una volta aggiudicato venga correttamente eseguito, può esigere che l'offerente, ove si avvalga delle competenze di altri soggetti, si renda garante della disponibilità dei mezzi di questi ultimi.

81. Dalla formulazione del punto 1.8 delle clausole del bando di gara, come citate al precedente paragrafo 20 delle presenti conclusioni, risulta però che questo requisito non si riferisce alla fase di valutazione e selezione della procedura di aggiudicazione, ma a quella in cui viene stipulato il contratto di esecuzione.

82. Per quest'ultima fase un divieto di subappalto, con cui l'ente aggiudicatore mira ad evitare che l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto venga affidato a

17 — Cit. nella nota 4.

soggetti di cui esso non ha potuto controllare le competenze e le qualità nel corso del procedimento di aggiudicazione, non è contrario alla direttiva 92/50. L'art. 25 della direttiva stessa, come risulta dalla sua formulazione, è esplicitamente applicabile alla fase di valutazione e di selezione della procedura di aggiudicazione. Questa disposizione mira ad offrire all'ente appaltatore la consapevolezza della capacità dei soggetti interessati, necessaria per una corretta valutazione delle offerte fatte. Non si può far derivare dalla medesima un argomento per un divieto di subappalto nella fase in cui, dopo l'aggiudicazione, viene stipulato il contratto di esecuzione con l'offerente selezionato.

83. Ne consegue che la premessa sulla quale si fonda la decisione 20 aprile 2001 del Bundesvergabeamt, ossia che il punto 1.8 delle clausole del bando di gara sarebbe contrario al diritto comunitario e che, pertanto, il procedimento di aggiudicazione dovrebbe essere revocato nel suo complesso, è di per sé inesatta.

84. Sebbene il giudice nazionale nelle sue questioni non abbia chiesto un controllo della sua interpretazione della sentenza della Corte nella causa Holst Italia [18], a mio avviso la Corte non può tralasciare di pronunciarsi in merito ad un'interpretazione manifestamente inesatta della sua giurisprudenza. Ciò vale a fortiori ove una siffatta interpretazione sia posta a fondamento della decisione del giudice del rinvio a cui si riferiscono le sue questioni pregiudiziali e che, anche per questo motivo, può rendere queste ultime meramente teoriche.

85. Del resto, anche a prescindere dalla premessa sostanziale della decisione 20 aprile, la validità e, se del caso, l'annullamento dei contratti già stipulati devono essere valutati alla luce del diritto nazionale applicabile — anche posto che abbia avuto luogo un'aggiudicazione contenente una clausola contraria al diritto comunitario, oppure incompatibile con una decisione di un organo competente per i ricorsi resa in merito a tale contrasto, a norma dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665.

86. Siffatta tesi trova conforto tra l'altro nella sentenza della Corte nella causa Alcatel [19] e nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Alber nella causa Commissione contro Austria [20].

18 — Cit. nella nota 4.

19 — Sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671, punto 49).

20 — Conclusioni presentate il 19 gennaio 1999 nella causa C-328/96, decisa con sentenza 28 ottobre 1999 (Racc. pag. I-7479, punto 48).

VI — Conclusione

87. Alla luce delle considerazioni che precedono suggerisco alla Corte:

— di dichiarare irricevibili le questioni pregiudiziali proposte alla Corte con decisione di rinvio del Bundesvergabeamt 11 luglio 2001;

— in subordine, di dichiarare irricevibili le questioni sub 1), 3), 4 sub a) e b), e di risolvere la questione sub 2) come segue:

Qualora abbia avuto luogo un procedimento di appalto regolato da clausole incompatibili con il diritto comunitario, oppure se un appalto venga aggiudicato, nonostante la decisione emanata in base a tale incompatibilità da un organo competente per i ricorsi ai sensi dell'art. 2, n. 8, 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, la validità e l'eventuale annullamento dei contratti già stipulati devono essere valutati a norma del diritto nazionale applicabile.