CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIEGBERT ALBER

presentate l'8 novembre 2001 [1]

I — Introduzione

1. Nell'ambito dell'esame di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto di lavori, il Vergabekontrollsenat Wien ha sottoposto alla Corte quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (in prosieguo: la «direttiva 93/37») [2]. In tale contesto vengono in esame la nozione di amministrazione aggiudicatrice, in particolare in relazione ad un successivo ampliamento dell'ambito di competenza dell'organismo di cui trattasi, la nozione di appalto pubblico di lavori, la regolamentazione dei termini di decadenza nonché la questione se nel capitolato d'appalto debbano figurare anche criteri di valutazione.

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 199, pag. 54.

II — Diritto applicabile

1) *Direttiva 93/37/CEE*

2. L'art. 1 della direttiva 93/37 definisce la nozione di appalto pubblico di lavori e di amministrazione aggiudicatrice come segue:

Art. 1

«Ai fini della presente direttiva:

a) gli "appalti pubblici di lavori" sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispon-

dente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;

b) si considerano "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico.

Per "organismo di diritto pubblico" si intende qualsiasi organismo:

— istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale,

e

— dotato di personalità giuridica,

e

— la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)».

2) *Direttiva 89/665/CEE*

3. La 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 (in prosieguo: la «direttiva 89/665»)[3], così dispone:

Art. 1, n. 1:

«Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per

3 — GU L 395, pag. 33.

quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».

Art. 2, nn. 7 e 8:

«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 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».

3) *Il Wiener Landesvergabegesetz (legge sugli appalti del Land di Vienna)*

4. Il Wiener Landesvergabegesetz (in prosieguo: il «WLVergG»)[4] contiene, nella versione pertinente per la procedura di ricorso in esame, le seguenti disposizioni che sono rilevanti in particolare anche per l'esame della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale in relazione alla questione se il Vergabekontrollsenat sia un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE.

4 — LGBl. n. 36/1995, nella versione pubblicata nel LGBl. n. 30/1999.

5. Ai sensi dell'art. 94, secondo comma, il Vergabekontrollsenat è competente a statuire sulle decisioni di ricorso in primo e secondo grado. Le sue decisioni non possono essere annullate o riformate in via amministrativa. Conformemente al terzo comma, in materia di procedure di ricorso si applicano l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (legge sul procedimento amministrativo generale) e il Verwaltungsvollstreckungsgesetz (legge sull'esecuzione amministrativa), salvo disposizioni particolari contenute nel WLVergG.

6. L'art. 95 del WLVergG recita:

«Art. 95. (1) Il Vergabekontrollsenat è composto da sette membri. Questi ultimi sono nominati dal governo del Land per un periodo di sei anni. Può essere nominato membro anche chi abbia già precedentemente ricoperto tale carica. Tre membri, che possono anche essere dipendenti del municipio di Vienna esperti nel ramo, devono essere nominati previa consultazione del consiglio comunale, gli altri membri dopo che siano stati consultati, rispettivamente, la Wirtschaftskammer (camera di commercio, industria e agricoltura) di Vienna, la Kammer für Arbeiter und Angestellte (camera dei lavoratori e degli impiegati) di Vienna e la Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten (ordine degli architetti e degli ingegneri consulenti) di Vienna, del Niederösterreich e del Burgenland. Il presidente deve appartenere alla magistratura e deve essere nominato previa consultazione del presidente dell'Oberlandesgericht di Vienna. Per ciascun membro devono essere nominati, con la medesima procedura, un primo, un secondo e un terzo supplente. I membri supplenti sono chiamati a svolgere le loro funzioni, secondo l'ordine in cui sono stati nominati, in caso di impedimento temporaneo di un membro o in caso di dimissioni di un membro fino alla sua sostituzione. Se si dimette un membro, si deve immediatamente procedere a una nuova nomina.

(2) I membri e i membri supplenti devono conoscere in modo particolare il sistema degli appalti; i membri e i membri supplenti nominati previa consultazione del consiglio comunale devono conoscere tale sistema specialmente dal punto di vista economico o tecnico.

(3) Un membro del Vergabekontrollsenat cessa le sue funzioni:

1. per decesso,

2. per rinunzia,

3. per sopravvenuta ineleggibilità al Nationalrat (Parlamento) (art. 41 del

regolamento elettorale del Parlamento del 1992, BGBl. n. 471, nella versione di cui al Bundesgesetz BGBl. n. 117/1996),

4. per scadenza del mandato,

5. quanto al presidente e ai suoi membri supplenti, per dimissioni dalla magistratura,

6. in caso di sospensione disposta dal Vergabekontrollsenat.

(3 a) Il Vergabekontrollsenat decide la sospensione di un membro dalle proprie funzioni, quando questi diviene incapace di esercitare normalmente le sue funzioni a causa di gravi deficienze fisiche o mentali o si rende responsabile di una grave violazione dei suoi doveri. La decisione va adottata dopo aver sentito il membro interessato. Quest'ultimo non ha diritto di voto.

(4) Nell'esercizio del loro ufficio i membri del Vergabekontrollsenat sono indipendenti e non sono vincolati da alcuna istruzione.

(5) I membri del Vergabekontrollsenat sono tenuti al segreto professionale conformemente all'art. 20, terzo comma, del B-VG (Costituzione federale austriaca).

(6) Le sedute del Vergabekontrollsenat vengono indette dal presidente. Qualora un membro sia di parte o momentaneamente impossibilitato, interviene il membro supplente. I membri del Vergabekontrollsenat sono esclusi dall'attività decisionale per quanto riguarda tutte le procedure di aggiudicazione riguardanti appalti nell'ambito di azione dell'istituzione (nel caso di dipendenti del comune di Vienna, il servizio, l'ente o l'azienda) cui appartengono. Qualora fondati motivi facciano dubitare dell'imparzialità di un membro, questi deve astenersi dall'esercizio delle proprie funzioni e disporre la propria supplenza. Le parti possono ricusare membri del Vergabekontrollsenat adducendo motivi di parzialità. Spetta al Vergabekontrollsenat decidere sull'eventuale parzialità di un membro e su domande di ricusazione, e in tale procedura al membro interessato non spetta alcun diritto di voto. All'inizio di ogni anno solare il presidente dispone la pubblicazione dei nominativi dei membri del Vergabekontrollsenat e delle istituzioni (in caso di dipendenti del comune di Vienna, il servizio, l'ente o l'azienda) cui appartengono sulla Gazzetta Ufficiale della città di Vienna.

(7) Si procede alla votazione sulle domande nell'ordine disposto dal presidente. Le decisioni vengono adottate in presenza di almeno cinque membri con maggioranza assoluta di voti. L'astensione non è consentita. Le sedute non sono pubbliche.

Occorre redigere un verbale della seduta. Le decisioni devono avere forma scritta e riportare i nomi dei membri del Vergabekontrollsenat che hanno preso parte alla votazione. Il presidente deve sottoscrivere la decisione. Anche i membri possono adottare provvedimenti nell'ambito dell'iter procedurale conformemente ai criteri disposti dal regolamento interno.

(8) I membri del Vergabekontrollsenat esercitano la loro attività a titolo onorifico. Essi devono prestare giuramento dinanzi al Landeshauptmann (capo del governo regionale).

(9) Ai membri del Vergabekontrollsenat compete il rimborso delle spese di trasferta necessarie e un'indennità di compensazione, il cui importo è stabilito dal governo del Land in base a tariffe.

(10) Il Vergabekontrollsenat deve adottare un regolamento interno.

(11) L'ufficio del governo del Land di Vienna deve mettere a disposizione del Vergabekontrollsenat, su proposta di quest'ultimo, il personale necessario per l'amministrazione e, sentito il presidente del Vergabekontrollsenat, i locali occorrenti. Nell'ambito dell'attività svolta per il Vergabekontrollsenat, i dipendenti che svolgono funzioni amministrative sono vincolati solo dalle disposizioni del presidente e del relatore di volta in volta competente. Essi possono essere sollevati da tali funzioni solo dopo che sia stato sentito il presidente».

Procedimento precontenzioso

«Art. 96. (1) Se un imprenditore ritiene che la presente legge sia stata violata da una decisione presa dall'appaltante prima dell'aggiudicazione e, pertanto, che abbia subito o possa temere un danno, egli deve comunicarlo per iscritto all'appaltante, trasmettendo i documenti a sostegno della sua opinione e indicando che intende proporre un ricorso.

(2) Ricevuta la comunicazione di cui al n. 1, l'appaltante deve o eliminare immediatamente l'asserita illegittimità, informandone l'imprenditore, o comunicargli per iscritto il motivo per cui l'asserita illegittimità non sussiste».

Ricorso

«Art. 97. (1) È ammesso un ricorso mirante al riesame dell'aggiudicazione solo se l'imprenditore ha informato l'appaltante della pretesa illegalità, comunicandogli i relativi documenti e l'intenzione di proporre un ricorso (art. 96, n. 1), e se, nelle due settimane successive, l'appaltante non ha comunicato all'imprenditore di avere provveduto a eliminare la detta illegalità.

(2) Il ricorso può essere proposto:

1) da un imprenditore che deduce un motivo di nullità ex art. 101 e che afferma di avere un interesse commerciale a concludere un appalto di forniture, di lavori di costruzione, di opere in concessione o di servizi oppure un appalto nel settore dell'approvvigionamento idrico, dell'erogazione di energia o della fornitura di servizi di trasporto nonché nel settore delle telecomunicazioni;

2) da un offerente che fa valere che l'appalto non gli è stato aggiudicato, in violazione dell'art. 48, n. 2, malgrado l'assenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 47.

(3) Il ricorso di cui al n. 2 deve contenere:

1) l'indicazione esatta della gara d'appalto di cui trattasi e della decisione impugnata;

2) l'indicazione esatta dell'appaltante;

3) l'esposizione dettagliata dei fatti rilevanti;

4) indicazioni in merito al danno che il ricorrente afferma potersi verificare o essersi già verificato;

5) gli argomenti a sostegno dell'affermazione dell'illegittimità;

6) un'esplicita domanda di annullamento o di riforma;

7) nei casi di cui al n. 1, la prova che l'appaltante è stato informato dell'illegittimità fatta valere e dell'intenzione

di proporre ricorso nell'ambito di un procedimento precontenzioso ex art. 96, nonché l'indicazione che l'appaltante non ha eliminato la detta illegittimità nei termini prescritti.

(4) La presentazione del ricorso non ha effetto sospensivo sull'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

(5) In una procedura di ricorso, l'importo delle sanzioni comminate per violazioni dolose (art. 35 AVG) non può eccedere l'1 % del valore stimato dell'appalto, salvo il limite di ATS 800 000».

Termini

«Art. 98. I ricorsi per le violazioni seguenti vanno proposti innanzi al Vergabekontrollsenat nei termini seguenti:

1) per quanto riguarda il rigetto di una candidatura, al più tardi due settimane dopo la notifica del rigetto ovvero, nel caso di cui all'art. 52, al più tardi tre giorni dopo detta notifica [5];

2) per quanto riguarda le disposizioni figuranti nell'avviso al pubblico con cui si invitano le imprese a prendere parte ad una licitazione privata o ad una trattativa, ovvero per quanto riguarda le disposizioni figuranti nel bando di gara, al più tardi due settimane prima della scadenza del termine per presentare le candidature o le offerte ovvero, nel caso di cui all'art. 52, al più tardi una settimana prima di detta scadenza;

3) per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto, al più tardi due settimane dopo la pubblicazione dell'aggiudicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee ovvero, in caso di mancata pubblicazione, al più tardi sei mesi dopo l'aggiudicazione».

III — Fatti

1. *Procedimento principale*

7. Le Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH (in prosieguo: le «ESB», al plura-

5 — L'art. 52 del WLVergG concerne i casi di riduzione di determinati termini per motivi di urgenza. Tale ipotesi non riguardava la presente fattispecie.

le) pubblicavano sulla Gazzetta Ufficiale della città di Vienna un invito a candidarsi per un appalto relativo all'esecuzione di opere di ampliamento del depuratore principale di Vienna da aggiudicare mediante procedure ristrette [6]. I cinque candidati meglio classificati sarebbero stati invitati a presentare offerte e l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo i criteri definiti nel capitolato d'appalto. Nelle note esplicative della domanda di partecipazione [7], sotto il titolo «Criteri per la classificazione in graduatoria delle domande di partecipazione» figurava quanto segue:

«Per la classificazione delle domande di partecipazione si terrà conto dell'efficienza tecnica negli ultimi cinque anni del candidato, di ciascun membro del consorzio offerente e dei subappaltatori indicati.

Saranno invitati a presentare offerte i cinque candidati meglio classificati.

Per la valutazione della documentazione esibita si applicherà una procedura di scoring [8].

Viene valutata la realizzazione dei seguenti lavori:

— impianti di depurazione delle acque di scolo

— parti di edificio precompresse

— fondazioni di ampie dimensioni su colonne portanti in ghiaia

— compressione del terreno mediante vibrazione

— cementazione del suolo con l'uso di malta ad alta pressione.

Il candidato deve segnalare come referenze progetti analoghi alle opere in oggetto portati a termine negli ultimi cinque anni.

Si terrà conto solo delle referenze presentate per lavori svolti direttamente dal candidato ovvero da un'impresa in subappalto, in qualità di responsabile dei lavori

6 — Ai sensi dell'art. 1, lett. f), della direttiva 93/37, le procedure ristrette sono le procedure «in cui soltanto gli imprenditori invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta».

7 — Allegato 3 alla domanda di pronuncia pregiudiziale, pag. 7.

8 — Nella procedura di scoring di norma si effettua una classificazione in base al punteggio ottenuto.

di un consorzio o nell'ambito di un gruppo di imprese come responsabile tecnico ed organo esecutivo (moduli allegati alla domanda di partecipazione, punto 3)».

8. Il 9 aprile 1999, vale a dire ancor prima della presentazione della prima offerta, le EBS depositavano presso un notaio le modalità di applicazione della procedura di scoring. I ricorrenti nel procedimento principale, la Universale Bau GmbH (in prosieguo: la «Universale»), nonché il consorzio offerente costituito dalla Hinteregger e dalla Östu-Stettin (in prosieguo: il «consorzio offerente») venivano informati del detto deposito notarile nelle note esplicative alla domanda di partecipazione. Tuttavia, prima della scadenza del termine per la candidatura, non venivano loro comunicati né le regole della procedura di scoring né i criteri di valutazione.

9. I ricorrenti nel procedimento principale avevano manifestato il loro interesse a partecipare alla procedura ristretta. Dopo la comunicazione da parte delle ESB che, non risultando tra i primi cinque in graduatoria, essi non erano invitati a presentare offerte, i ricorrenti hanno impugnato il procedimento di aggiudicazione dinanzi al Vergabekontrollsenat.

2. *Natura giuridica e oggetto sociale delle EBS*

10. Le EBS sono state costituite nel 1976 dalla Wiener Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH e dalla BIA Betriebsgesellschaft für Industrieabfall- und Altölbeseitigung GmbH. Il capitale iniziale è stato apportato rispettivamente per metà dalle due società. Secondo quanto constatato dal Vergabekontrollsenat, la Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH era «di proprietà» della città di Vienna. Al momento in cui è stato pubblicato il bando di gara la situazione proprietaria delle EBS era la seguente:

Wiener Holding AG	ATS 11 075 000
Città di Vienna	ATS 160 425 000
Wiener Stadwerke	ATS 178 500 000

11. Secondo le indicazioni del Vergabekontrollsenat, l'oggetto sociale delle EBS consisteva anzitutto nella progettazione, realizzazione e gestione di un impianto per lo smaltimento di rifiuti speciali e di un impianto di incenerimento dei fanghi. Tutti questi compiti venivano svolti con modalità aventi carattere industriale o commerciale e in concorrenza con altre imprese del settore dello smaltimento di rifiuti, ad esempio gestori di discariche private. Il rischio di guadagno e di perdite era interamente a carico delle ESB. L'atto costitutivo non

contiene alcun elemento che faccia supporre che le EBS debbano soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

12. Ai sensi dell'art. 10, secondo comma, del contratto di società delle EBS del 12 settembre 1996, attualmente in vigore, il Kontrollamt della città di Vienna ha il diritto di controllare che la contabilità venga tenuta in modo corretto, di accertarsi che l'amministrazione corrente sia regolare, improntata a criteri di parsimonia, redditività e razionalità, nonché di controllare il bilancio di esercizio e l'annessa relazione, inclusi l'esecuzione, le pezze giustificative e altri documenti, di visitare i locali e gli impianti aziendali e di riferire sul risultato di tali verifiche agli organi competenti nonché ai soci e alla città di Vienna.

3. *Contratti con la città di Vienna*

13. Nel 1985 le EBS concludevano con la città di Vienna un contratto di concessione in forza del quale esse assumevano la gestione del depuratore principale cittadino a far data dal 1° gennaio 1986. Conformemente al detto contratto, la città di Vienna versava un «corrispettivo adeguato e in un'unica soluzione a garanzia della copertura dei costi di gestione del depuratore principale e degli impianti per lo smaltimento di rifiuti esistenti unitamente ad un'adeguata remunerazione di capitale». Secondo le indicazioni del Vergabekontrollsenat, confermate dalle parti nel procedimento principale, le EBS non si occupano della depurazione delle acque di scolo a scopo di lucro. Si tratterebbe piuttosto di un'attività di fornitura di servizi di interesse generale svolta attraverso le EBS secondo il principio della copertura dei costi. Detto settore di attività delle EBS non avrebbe quindi carattere industriale o commerciale. Il contratto di società non è stato modificato in seguito a tale contratto.

14. Con il contratto di concessione dell'8 luglio 1996, che sostituisce l'accordo del 1985, la gestione del depuratore principale della città di Vienna è stata nuovamente affidata alle EBS. Inoltre queste ultime si impegnavano ad estendere la rete fognaria esistente in base al progetto e ad ampliare il depuratore principale di Vienna e gli stessi impianti EBS a proprio nome e per conto proprio (punto I.2 del contratto). La citta di Vienna doveva continuare a mettere a disposizione il personale necessario alla gestione del depuratore principale (punto I.3) e si impegnava a versare un «corrispettivo adeguato e in un'unica soluzione a garanzia della copertura dei costi di gestione. Tutte le spese di ampliamento e di gestione degli impianti, incluse le canalizzazioni progettate, dedotti i proventi realizzati dalle EBS, devono essere rimborsate [...]» (punto IV.1).

15. Non vengono definiti specifici requisiti per la gestione dell'impianto. Tuttavia, i punti II e III del contratto stabiliscono che le EBS devono garantire un determinato funzionamento del depuratore principale,

senza che la città di Vienna intervenga nella gestione concreta della struttura.

16. Dalla decisione del genio civile si evince che le EBS hanno chiesto il rilascio della licenza edilizia. Proprietaria del terreno edificabile è la città di Vienna. Con lettera dell'8 settembre 1999, registrata come allegato 8 alla domanda di pronuncia pregiudiziale, le EBS hanno dichiarato che: «l'ampliamento del depuratore (...) sarà di nostra proprietà. La cessione del (...) depuratore è prevista per il caso in cui vengano disdetti i contratti di concessione e di gestione conclusi a tempo indeterminato tra noi e la città di Vienna. In tal caso, la città di Vienna deve, tra l'altro, prendere in consegna il nostro depuratore dietro corrispettivo. Essa è tenuta a rimborsarci il valore corrente del depuratore». Il Vergabekontrollsenat rileva che una siffatta disposizione è compatibile con il diritto austriaco.

17. Il Vergabekontrollsenat esclude che la città di Vienna, costituendo le EBS e cedendo la gestione e l'ampliamento del depuratore a detta impresa, abbia voluto eludere l'applicazione delle disposizioni relative agli appalti pubblici. La costituzione delle EBS risalirebbe già al 1976. Tuttavia la gestione del depuratore principale è stata ceduta loro solo a decorrere dal 1986.

IV — Questioni pregiudiziali

18. Il Vergabekontrollsenat ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se debba essere considerata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37/CEE anche una persona giuridica che *non* è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che *attualmente* soddisfa tali bisogni.

2) Nell'ipotesi in cui la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH non sia un'amministrazione aggiudicatrice, se la progettata realizzazione del secondo stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna costituisca l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, un *appalto pubblico di lavori* ai sensi dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva 93/37/CEE.

3) Nell'ipotesi in cui vengano risolte positivamente la prima questione o la seconda questione, se la direttiva 89/665/CEE osti a una normativa

nazionale che per il riesame di una determinata decisione dell'amministrazione aggiudicatrice prevede un termine la cui inosservanza comporta che tale decisione non possa più essere impugnata nel corso del procedimento di appalto; se gli interessati debbano far valere qualsiasi vizio a pena di decadenza.

4) Nell'ipotesi in cui vengano risolte positivamente la prima questione o la seconda questione, se sia sufficiente la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di valutare le candidature secondo un metodo d'esame depositato presso un notaio o se i criteri di valutazione debbano già essere comunicati nel bando di gara [9] o nei documenti allegati al medesimo».

V — Argomenti delle parti e parere

1. *Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale*

19. Di fatto nessuna delle parti del procedimento ha manifestato dubbi sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. Tuttavia il Vergabekontrollsenat ha ampiamente illustrato i motivi per cui può adire la Corte e il governo austriaco ha presentato osservazioni in merito. Rinviando ad una sentenza della Corte relativa al Vergabesenat del Tirolo, entrambi ritengono ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale. In detto procedimento l'avvocato generale ha ritenuto che la domanda pregiudiziale fosse irricevibile [10], mentre la Corte ha dichiarato il contrario [11]. Per quanto riguarda il Vergabekontrollsenat Wien, la Corte non ha ancora statuito sulla questione se esso sia autorizzato a sottoporre questioni pregiudiziali. La questione viene in esame anche nella causa C-92/00. Nelle sue conclusioni presentate il 28 giugno 2001 in tale causa, l'avvocato generale Tizzano è partito dal presupposto che il Vergabekontrollsenat Wien fosse legittimato ad adire la Corte, senza però esprimere un parere esplicito sulla questione. La sentenza nella detta causa non è ancora stata pronunciata. Pertanto è d'uopo prendere posizione in merito nel presente procedimento.

20. Secondo una costante giurisprudenza, per valutare se l'organo che effettua il rinvio possegga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato (divenuto art. 234 CE), la Corte tiene conto dell'origine legale dell'organo, del suo carattere permanente, dell'obbligatorietà della sua giurisdizione, della natura con-

9 — Nella terminologia della direttiva 93/37 la definizione corretta è: avviso.

10 — Conclusioni dell'avvocato generale Saggio presentate il 24 settembre 1998, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger (Racc. pag. I-551, pag. I-553, paragrafi 25-30).

11 — Sentenza 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger (Racc. pag. I-551, punti 22-25).

traddittoria del procedimento, del fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente [12].

21. Ai sensi dell'art. 94, secondo comma, del WLVergG, il Vergabekontrollsenat è competente a statuire in primo e ultimo grado sull'esame di decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto. Di conseguenza la sua attività ha origine legale e la sua giurisdizione è obbligatoria. Esso ha anche carattere permanente. Il controllo delle decisioni adottate dagli enti appaltanti viene effettuato in conformità delle disposizioni previste dal WLVergG e, salvo disposizioni particolari di questa legge, ai sensi dell'art. 94, terzo comma, secondo quanto disposto dall'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz e dalla Verwaltungsvollstreckungsgesetz. L'indipendenza del Vergabekontrollsenat dall'amministrazione è garantita dall'art. 94, secondo comma, del WLVergG che dispone che le decisioni da esso adottate non possono essere annullate o riformate per via amministrativa. Inoltre l'art. 95, n. 4, del WLVergG garantisce che nell'esercizio del loro ufficio i membri sono indipendenti e non sono vincolati da alcuna istruzione. Il n. 6 stabilisce disposizioni in materia di parzialità, criterio cui la Corte ha attribuito particolare rilievo nella causa Köllensperger e Atzwanger [13]. Ai sensi dell'art. 95, n. 7, le decisioni del Vergabekontrollsenat devono avere forma scritta. Alla luce dei suddetti elementi, occorre considerare che il Vergabekontrollsenat soddisfa i requisiti posti dalla giurisprudenza per poter essere qualificato come un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE). Pertanto la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

12 — Ibidem, punto 17 con ulteriori rimandi; v. anche sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961, punto 23).

13 — Citata alla nota 11, punto 22.

2. *Sulla prima questione*

22. Con la prima questione il Vergabekontrollsenat chiede se debba essere considerato come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 un ente che di fatto non è stato istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che successivamente ha assunto tale funzione e ormai di fatto soddisfa detti bisogni.

a) Argomenti delle parti

23. L'Universale, il consorzio offerente e il governo austriaco ritengono che le EBS siano un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva. Ciò si evincerebbe dai compiti effettivamente presi in carico dall'organismo al momento del bando di gara e dell'aggiudicazione dell'appalto, e non dal suo atto costitutivo. A sostegno delle proprie osservazioni il consorzio offerente rimanda ad una costante giurisprudenza da

cui emergerebbe che detta nozione va intesa in senso funzionale. Il consorzio offerente e il governo austriaco non collegano il criterio di essere stato «istituito per soddisfare bisogni specifici» al momento della costituzione, bensì ritengono che si debba tener conto di successivi cambiamenti effettivamente intervenuti. Si otterrebbe lo stesso esito modificando l'oggetto sociale con la definizione di uno scopo aggiuntivo. In caso contrario la direttiva 93/37 potrebbe essere facilmente elusa, assegnando il soddisfacimento di bisogni di interesse generale non ad un organismo dotato di personalità giuridica istituito a tale scopo, bensì ad un organismo già esistente precedentemente costituito per altri scopi. Il consorzio offerente sostiene che il criterio va inteso nel senso di «destinato dai proprietari al soddisfacimento di bisogni specifici».

24. Per contro, le EBS e la Commissione ritengono che le EBS non costituiscano un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva. Le EBS osservano anzitutto di essere state costituite nel 1976 al fine di soddisfare il bisogno avente carattere industriale o commerciale dell'incenerimento di rifiuti speciali. Esse hanno dovuto assumersi il rischio economico della propria iniziativa. Solo 10 anni dopo la costituzione, alle EBS sarebbe stato affidato il soddisfacimento del bisogno di interesse generale dell'eliminazione delle acque di scolo, secondo il principio della copertura dei costi. Tuttavia l'impresa non sarebbe stata costituita a tale scopo. La valutazione della questione se le EBS siano un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 93/37 sarebbe subordinata alla lettera dell'art. 1 della direttiva e anche alla giurisprudenza esistente al momento della costituzione. La successiva assunzione del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non influirebbe sul loro status, poiché esse continuerebbero a soddisfare bisogni aventi carattere industriale o commerciale. Un'interpretazione della nozione di amministrazione aggiudicatrice come quella proposta dai ricorrenti nel procedimento principale contrasterebbe con la lettera della direttiva. Sarebbe tutt'al più compatibile un'interpretazione secondo cui l'organismo costituisce un'amministrazione aggiudicatrice solo dal punto di vista dei compiti di interesse generale che si assume, ma non dei suoi compiti di carattere industriale o commerciale. A tale riguardo le EBS propongono di distinguere a seconda dei compiti che l'organismo deve di volta in volta si assume. La Commissione rileva altresì che non può essere desunta una modifica dello scopo sociale né da una riforma dell'oggetto sociale nel contratto di società né da una disposizione legislativa.

25. Il governo olandese, così come il consorzio offerente, fa riferimento all'interpretazione funzionale che a suo parere ha conosciuto la nozione di amministrazione aggiudicatrice nella giurisprudenza. Sulla base di tale approccio, esso perviene alla conclusione secondo cui un organismo di diritto privato che, pur non essendo stato costituito per tale scopo specifico, soddisfa bisogni di interesse generale, dev'essere considerato come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 93/37. Tuttavia, analogamente a quanto sostiene la Commissione, esso ritiene che detta circostanza debba poter essere constatata in modo oggettivo. Il governo olandese osserva che la lettera dell'art. 1, lett. b),

secondo trattino, della direttiva 93/37 non si riferisce al fondamento giuridico dei bisogni che l'organismo in questione deve soddisfare. Nel caso di specie non si può constatare oggettivamente che le EBS soddisfino bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Sussiste piuttosto un accordo con la città di Vienna (amministrazione aggiudicatrice) per l'esecuzione di un appalto pubblico o la concessione di una licenza. Alla luce di detta analisi occorrerebbe in ogni caso esaminare se la gara d'appalto costituisse il tipo di procedura adeguato.

b) Parere

26. La prima questione verte sulla definizione della nozione di organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37. Tutte le parti nel procedimento concordano nell'affermare che le EBS, in qualità di società a responsabilità limitata, sono dotate di personalità giuridica e soggette al controllo maggioritario da parte della città di Vienna, vale a dire di un ente pubblico territoriale.

27. È unicamente controverso in quale misura le EBS rispondano anche al terzo criterio della definizione legale, vale a dire se esse siano state istituite per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Tutte le parti nel procedimento partono dal presupposto che, gestendo il depuratore principale, le EBS soddisfano effettivamente bisogni di interesse generale. In riferimento alla sentenza nella causa BFI Holding, in cui la raccolta ed il trattamento di rifiuti domestici sono stati considerati come bisogno di interesse generale [14], si deve convenire su tale punto. Poiché la città di Vienna rimborsa alle EBS le spese originate in tale ambito e le EBS non sopportano al riguardo alcun rischio di spesa, viene in esame il soddisfacimento di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale [15], considerazione da cui parte anche il Vergabekontrollsenat nel rinvio.

28. Tuttavia è dubbio in quale misura le EBS possano essere considerate come «istituite per soddisfare specificatamente» bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Secondo quanto constata il giudice a quo, le EBS sono state costituite nel 1976 per lo smaltimento di rifiuti speciali con criteri aventi carattere industriale o commerciale. Nella sua versione originaria l'atto costitutivo non conteneva elementi che facessero intendere che le EBS dovevano essere istituite per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Pertanto, qualora ci si basasse soltanto sul contratto di società nella versione adottata al momento della costituzione delle EBS, queste ultime non soddisferebbero le condizioni poste dalla direttiva 93/37 per essere qualificato come organismo di diritto pubblico.

14 — Sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821).

15 — V. per quanto riguarda tale criterio, le mie considerazioni nelle conclusioni presentate il 30 gennaio 2001 nelle cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, pag. 3607, paragrafi 57 e segg.).

29. Le EBS hanno preso in consegna la gestione del depuratore solo nel 1986. In occasione di detto ampliamento del loro settore di attività, l'indicazione dell'oggetto sociale nel contratto di società delle EBS non ha tuttavia subito modifiche. Anche successivamente, in particolare nel 1996, quando le EBS hanno concordato con la città di Vienna l'ampliamento del depuratore, all'origine della controversia principale, l'indicazione dell'oggetto sociale nel contratto di società non è stata modificata. Pertanto, qualora ci si fondasse solo sul contratto di società come elemento determinante al fine di valutare la questione sottoposta nella fattispecie, le EBS non potrebbero essere considerate come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 93/37.

30. Tuttavia, alla luce del fatto che le EBS soddisfano effettivamente, a partire dal 1986, bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, il risultato emerso dall'analisi del contratto di società appare dubbio. Pertanto i ricorrenti nel procedimento principale e il governo austriaco fanno riferimento ad una valutazione «funzionale» della nozione di organismo di diritto pubblico e propongono di tenere conto di detta modifica effettiva, intervenuta successivamente, del settore di attività delle EBS e di considerare le EBS come organismo di diritto pubblico, indipendentemente dalle disposizioni del contratto di società.

31. A tutt'oggi la Corte ha esaminato il criterio dell'istituzione per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale in particolare in due procedimenti: nella causa C-44/96, «Mannesmann», vertente sulla tipografia di Stato austriaca, e nella causa C-360/96, «BFI Holding». Nella sentenza nella causa C-44/96 la Corte ha fatto riferimento all'atto costitutivo della tipografia di Stato, il Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei (legge federale sulla tipografia di Stato austriaca). Tuttavia, al di là dell'analisi dei fondamenti giuridici della tipografia di Stato, la Corte ha anche tenuto conto delle circostanze effettive, vale a dire del fatto che la tipografia di Stato è stata successivamente incaricata di soddisfare altri bisogni aventi carattere industriale o commerciale. Al riguardo la Corte ha constatato che, fintantoché continua a provvedere ai bisogni che è specificatamente tenuto a soddisfare, un ente non perde la qualità di organismo di diritto pubblico per il fatto che svolge anche altre attività [16]. Nel seguito di tale giurisprudenza la Corte ha dichiarato nella causa C-360/96 che il fatto che il soddisfacimento dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte relativamente poco rilevante delle attività svolte da tale ente è anch'esso irrilevante, dato che l'ente medesimo continua a provvedere a siffatti bisogni [17].

32. La giurisprudenza citata consente anzitutto due constatazioni. Da un lato, secondo tale giurisprudenza, non ci si deve solo fondare sul momento della sua costituzione, ma occorre anche tenere conto dei successivi sviluppi dell'organismo. Dall'altro lato, devono essere prese in considerazione non solo le modifiche di natura giuridica dei bisogni cui provvede l'ente,

16 — Punti 25 e 26.

17 — Sentenza BFI Holding (citata alla nota 14, punto 55).

ma anche quelle materiali. Di conseguenza è irrilevante il fatto che l'atto costitutivo originario del 1976 non contenga alcun elemento da cui si possa desumere che le EBS sono state istituite per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale. Non è decisivo il momento della costituzione, bensì occorre tenere conto di successive evoluzioni. Neanche il fatto che il contratto di società delle EBS non sia stato più tardi adeguato esclude che esse debbano essere considerate, ciononostante, come organismo di diritto pubblico. Nell'ambito della qualificazione delle EBS si deve tener conto della successiva assunzione effettiva del compito della gestione e dell'ampliamento del depuratore.

33. Alla luce delle sentenze citate, neanche il fatto che le EBS, oltre che della gestione del depuratore, continuino altresì ad occuparsi dello smaltimento di rifiuti speciali con criteri aventi carattere industriale o commerciale esclude che esse debbano essere considerate come organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 93/37. Le EBS possono soddisfare al contempo bisogni aventi carattere industriale o commerciale e bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. È irrilevante il fatto che le EBS soddisfino in prevalenza bisogni di interesse generale. Il rapporto tra attività aventi carattere non industriale o commerciale e attività aventi carattere industriale o commerciale è ininfluente ai fini della qualificazione dell'organismo [18].

34. La Corte ha inoltre dichiarato che la classificazione come organismo di diritto pubblico si estende a tutte le attività svolte da un organismo [19]. Occorre concordare con detta giurisprudenza. La qualificazione dell'organismo in questione dev'essere accompagnata da un'assoluta certezza del diritto. Una qualificazione a seconda dei bisogni che l'organismo è tenuto di volta in volta a soddisfare non è compatibile con la precedente affermazione. Pertanto la proposta di considerare le EBS come amministrazione aggiudicatrice solo nella misura in cui gestiscono il depuratore, da esse sostenuta in subordine, dev'essere respinta in quanto incompatibile con la giurisprudenza.

35. Tuttavia occorre osservare che la causa C-44/96 verteva, a differenza del caso di specie, su un'impresa incontestabilmente istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Solo successivamente sono intervenute attività aventi carattere industriale o commerciale. Nel caso delle EBS è avvenuto esattamente il contrario. Esse sono state istituite a scopi industriali o commerciali e solo in seguito sono state incaricate di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Pertanto occorre esaminare se un'impresa possa acquisire lo status di amministrazione aggiudicatrice anche in un secondo tempo.

36. La lettera dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 ad un primo esame è contraria ad una siffatta possibilità. Detta disposizione esige espressamente che l'or-

18 — Ibidem, punto 56.

19 — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 32).

ganismo in questione sia stato istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale. Quindi dovrebbe essere determinante la data della costituzione, o perlomeno l'atto costitutivo. Tuttavia è indubbio che le EBS non sono state istituite allo scopo specifico di gestire il depuratore cittadino e che il detto scopo è stato in qualche modo incluso successivamente nello statuto della società nel momento in cui le EBS hanno effettivamente assunto il compito di soddisfare tale bisogno.

37. A questo proposito occorre convenire con il governo olandese secondo cui la lettera dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 non limita l'analisi giuridica all'atto costitutivo dell'organismo. Lo scopo per cui è stato istituito un ente può anche emergere da altre fonti [20].

38. Concordando con il governo olandese e la Commissione, si deve soltanto esigere che si possa constatare oggettivamente che l'organismo sussiste per soddisfare specificatamente — quindi non che sia stato istituito esclusivamente per tale obiettivo, ma tenendo conto di successivi cambiamenti — bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

39. Con la conclusione di un contratto con la città di Vienna alle EBS sono stati affidati bisogni di interesse generale. Un contratto costituisce una circostanza oggettiva ben riconoscibile agli occhi di un osservatore obiettivo, proprio come un contratto di società o una legge. Pertanto non esistono motivi evidenti per cui detto contratto, o più precisamente i due contratti stipulati tra le EBS e la città di Vienna nel 1986 e 1996, non dovrebbero servire per determinare lo scopo della società. Infatti, come affermato in precedenza, la lettera dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 non limita l'analisi all'atto costitutivo dell'organismo. Interpretando in tal senso la lettera dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 si potrebbe partire dal presupposto che le EBS costituiscono un organismo di diritto pubblico ai sensi della detta disposizione.

40. Un altro elemento induce a ritenere che non bisogna fondarsi solo sull'atto costitutivo. L'applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici non può dipendere da atti di diritto societario come un contratto di società. La questione se esso rifletta in maniera adeguata lo scopo della società al momento della costituzione, dal punto di vista del diritto societario, o se, eventualmente, esso sia stato riformato in conformità delle circostanze effettivamente mutate costituisce un mero problema di diritto societario, ma non può essere rilevante nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici. In caso contrario si rimetterebbe alle società l'applicazione delle dette disposizioni. Occorre pertanto esigere che al fine di classificare l'organismo si prenda in esame non solo l'atto costitutivo ovvero lo statuto della società al momento della costituzione, bensì si considerino tutte le circostanze oggettivamente individuabili, in cui può anche rientrare un contratto come quello stipulato tra le EBS e la città di Vienna.

20 — Sentenza nella causa BFI Holding, citata alla nota 14, punto 62.

41. Occorre osservare, come conclusione provvisoria, che l'analisi della lettera dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 non offre una soluzione inequivocabile alla questione sottoposta.

42. Neanche la collocazione sistematica dell'art. 1 della direttiva 93/37 e dell'intera direttiva consente di compiere progressi nella ricerca di una soluzione alla questione sottoposta nella fattispecie.

43. L'origine della disposizione sembra corroborare la tesi secondo cui le EBS devono essere considerate come organismo di diritto pubblico. La definizione legale dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 è stata inserita per iniziativa del Parlamento europeo. Nella sua proposta la Commissione parlava unicamente di «persone giuridiche» invece che di organismi di diritto pubblico [21]. Al fine di garantire un'interpretazione il più possibile esaustiva della direttiva sugli appalti di lavori, il Parlamento ha inserito la nozione di «organo di diritto pubblico» [22], successivamente modificata in «organismo». L'integrazione della definizione legale doveva sostituire gli elenchi da redigersi ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 71/305/CEE per definire la categoria delle amministrazioni aggiudicatrici. Essa doveva assicurare un'applicazione esaustiva della direttiva [23]. Si era proposto di estendere l'ambito di applicazione della direttiva anche a lavori eseguiti da terzi, finanziati interamente o parzialmente, direttamente o indirettamente da risorse pubbliche [24].

44. Ai sensi del punto IV.2 del contratto stipulato l'8 luglio 1996, le spese di ampliamento del depuratore vengono rimborsate indirettamente dalla città di Vienna, come riconoscono le EBS stesse. Tenendo conto dello scopo perseguito dal legislatore mediante la formulazione della definizione legale, vale a dire assoggettare tutti i progetti finanziati dalla pubblica amministrazione al sistema di appalti pubblici, occorre pertanto considerare le EBS come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/37.

45. La detta conclusione è anche conforme alla ratio della direttiva 93/37. Ai sensi del suo secondo 'considerando', la direttiva 93/37 mira alla realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori. La direttiva è volta ad evitare che offerenti o candidati nazionali siano privilegiati nell'attribuzione di appalti e, di conseguenza, persegue lo scopo di contribuire alla creazione di un mercato interno concernente i lavori. Ai fini dell'esame delle condizioni per la qualificazione di un organismo di diritto pubblico è determinante stabilire se sussista

21 — Proposta di direttiva del Consiglio 23 dicembre 1986 che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, COM(86) 679 def., pagg. 6 e 22.

22 — Emendamento n. 4, relazione della commissione per i problemi economici e monetari e la politica industriale, documento di seduta del Parlamento europeo, 1988-89, documento A 2 - 37/88, pag. 6, nonché relativa motivazione, pag. 31.

23 — Ibidem, motivazione, pag. 31.

24 — V. le osservazioni del relatore Beumer nella seduta del Parlamento europeo del 17 maggio 1988, Discussioni del Parlamento europeo, 17 maggio 1988, n. 2-365, pag. 83.

la possibilità che, nell'ambito delle decisioni per l'aggiudicazione di appalti, un organismo si lasci guidare da considerazioni non economiche [25]. Qualora si verifichi tale ipotesi, sussiste un rischio per la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi che giustifica l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici [26]. Infine sorge la questione se l'organismo sopporti il rischio economico della propria attività [27]. In caso affermativo, la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi non è minacciata, mentre, qualora si risolva negativamente la questione, occorre applicare le direttive sugli appalti pubblici tutelando in tal modo le libertà fondamentali.

46. Conformemente all'accordo del 1996 con la città di Vienna, le EBS non sopportano né il rischio finanziario della gestione del depuratore, né quello dell'ampliamento concordato. Vero è che quest'ultimo deve avvenire in nome e per conto proprio (v. punto I.2 del contratto dell'8 luglio 1996). Tuttavia, ai sensi del punto IV.1 del contratto, «tutte le spese di ampliamento e di gestione degli impianti, incluse le canalizzazioni progettate, dedotti i proventi realizzati dalla EBS, devono essere rimborsate» mediante un corrispettivo che la città di Vienna è tenuta a versare. Il finanziamento delle opere di ampliamento da parte della città di Vienna determina il rischio che, nell'ambito della decisione di aggiudicazione di appalti di lavori, le EBS si lascino guidare da considerazioni non economiche. A tale riguardo sussiste la necessità di tutelare la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi applicando la direttiva 93/37.

47. Dalla ratio della direttiva emerge che il caso di un organismo istituito a scopi aventi carattere industriale o commerciale con successiva acquisizione di attività aventi carattere non industriale o commerciale non può essere trattato in maniera diversa che nelle succitate cause «Mannesmann» e «BFI Holding», su cui la Corte si è già pronunciata, in cui all'inizio dell'attività i rispettivi organismi in questione dovevano soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e solo in un secondo tempo sono intervenuti bisogni aventi carattere industriale o commerciale. Infatti il momento in cui vengono compromesse le libertà fondamentali è secondario. È rilevante solo l'esistenza di un rischio per dette libertà.

48. Tuttavia, a favore del suesposto ragionamento incide soprattutto la considerazione che solo in tal modo si può contrastare in generale il rischio che disposizioni in materia di appalti pubblici vengano eluse. Se fossero rilevanti gli scopi perseguiti all'origine, l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici potrebbe essere facilmente elusa destinando inizialmente un organismo al soddisfacimento di bisogni aventi carattere industriale o commerciale e affidandogli solo

25 — Sentenze 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 42), e 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 17).

26 — Sentenza nella causa C-237/99, Commissione/Francia, citata alla nota 25, punto 41; sentenza nella causa C-380/98, University of Cambridge, citata alla nota 25, punto 16.

27 — V. conclusioni nelle cause riunite Agorà e Excelsior, citate alla nota 15, paragrafo 71.

in un secondo momento compiti aventi carattere non industriale o commerciale. Occorre contrastare una siffatta elusione altrimenti possibile, se si vuole attribuire alle disposizioni in materia di appalti pubblici un'efficacia pratica (effet utile). In caso contrario si priverebbe la direttiva del proprio significato.

49. Vero è che nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale ha espressamente escluso un'intenzione di elusione da parte della città di Vienna nel caso di specie. Tuttavia, per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 1 della direttiva 93/37, non può essere rilevante la questione se sussista concretamente un rischio di elusione nel contesto dei fatti all'origine del rinvio. Nel procedimento pregiudiziale la Corte si pronuncia sull'interpretazione del diritto comunitario la cui portata oltrepassa l'ambito del caso di specie ad essa sottoposto.

50. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre constatare che l'effettiva assunzione del soddisfacimento di bisogni di interesse generale in base a circostanze oggettivamente individuabili, come la stipula di un accordo contrattuale, va equiparata all'istituzione di un organismo per uno scopo specifico. Pertanto propongo di risolvere alla prima questione nel seguente modo:

Dev'essere considerata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37/CEE anche una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale, ma che successivamente soddisfa in effetti tali bisogni, nella misura in cui la presa in carico di tali compiti si fonda su circostanze oggettivamente individuabili.

3. *Sulla seconda questione*

51. Con la seconda questione il giudice nazionale chiede se il progettato ampliamento del depuratore costituisca un appalto pubblico di lavori. Esso sottopone detta questione solo nell'ipotesi in cui le EBS non debbano essere qualificate come organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 93/37. Tuttavia, poiché detta questione è stata risolta positivamente, gli argomenti sulla seconda questione vengono presentati in subordine solo nell'ipotesi in cui la Corte non condivida la proposta di soluzione sviluppata supra per quanto riguarda la prima questione e non consideri le EBS come un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37.

a) Argomenti delle parti

52. Il consorzio offerente e il governo austriaco ritengono che si tratti di un appalto pubblico di lavori. Tale tesi sarebbe corroborata anzitutto dal fatto

che viene in esame la realizzazione di un depuratore comunale su un terreno di proprietà del comune. Inoltre, in caso di disdetta del contratto di concessione il comune dovrebbe farsi carico della gestione dell'impianto. La costruzione dovrebbe rispettare i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice (la città di Vienna), in quanto l'ampliamento del depuratore soddisferebbe un bisogno di interesse generale rispondendo ad una necessità della città di Vienna. Per di più sarebbe prescritto un determinato funzionamento del depuratore, poiché la nuova costruzione dovrebbe adattarsi all'impianto esistente.

53. Per contro, le EBS ritengono che non si tratti di un appalto pubblico di lavori. Le EBS dovrebbero dare in appalto le opere di ampliamento in nome e per conto proprio. La città di Vienna non interverrebbe nella concreta organizzazione delle opere di ampliamento né nella procedura di aggiudicazione. La decisione in merito alla realizzazione tecnica ed architettonica del depuratore spetterebbe esclusivamente alle EBS. Infine, queste ultime osservano che il rimborso dei costi di ampliamento avrebbe luogo solo indirettamente, secondo gli accordi presi in generale riguardo alla gestione del depuratore.

54. Neanche la Commissione parte dal presupposto che si configuri un appalto pubblico di lavori aggiudicato da parte delle EBS. Nella fattispecie detto appalto potrebbe tutt'al più esistere tra la città di Vienna e le EBS. Tuttavia la Commissione ritiene che la depurazione delle acque, bisogno che le EBS devono soddisfare e nella cui ottica occorre considerare anche l'ampliamento del depuratore, costituisca un appalto di servizi e non di lavori, e pertanto propone di risolvere negativamente la seconda questione pregiudiziale.

55. Il governo olandese si esprime solo da un punto di vista generale. Il criterio decisivo per risolvere la questione se sussista un appalto pubblico di lavori sarebbe quello di accertare se l'amministrazione aggiudicatrice abbia specificato esigenze particolari e se le opere debbano divenire di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre un appalto pubblico di lavori andrebbe sempre eseguito sulla base di un ordinativo specifico dell'amministrazione aggiudicatrice.

b) Parere

56. Ai sensi della definizione legale di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, «gli appalti pubblici di lavori» «sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice». Ai fini dell'esame della questione pregiudiziale occorre considerare le EBS come un imprenditore ai sensi di detta disposizione e — contrariamente agli

argomenti in merito alla prima questione pregiudiziale — non come un'amministrazione aggiudicatrice. L'accordo contrattuale in forma scritta che risulta determinante è il contratto stipulato con la città di Vienna, un ente pubblico territoriale e quindi, ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, un'amministrazione aggiudicatrice, contratto con il quale nel 1996 le EBS si sono impegnate ad ampliare il depuratore da esse preso in concessione e gestito. Al punto IV del contratto la città di Vienna si impegna a versare alle EBS un corrispettivo adeguato e in un'unica soluzione per la gestione nonché per il rimborso delle spese derivanti dall'ampliamento, pertanto il contratto ha anche carattere oneroso.

57. La questione pregiudiziale è volta a stabilire in quale misura il detto contratto abbia per oggetto «l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice». Tra le parti del procedimento principale è controverso sia se il contratto abbia per oggetto l'esecuzione di un'opera, sia se l'opera venga eseguita conformemente alle esigenze specificate dalla città di Vienna.

58. La Commissione dubita che il contratto abbia per oggetto l'esecuzione di un'opera e ritiene che si tratti piuttosto di un contratto di prestazione di servizi. A questo proposito occorre constatare che, conformemente al punto I.2 del contratto, le EBS si impegnano ad ampliare gli impianti del depuratore principale della città di Vienna. Inoltre il punto II.1 vincola le EBS ad effettuare la depurazione di tutte le acque di scolo, l'eliminazione dei fanghi derivanti nonché lo smaltimento di tutti i rifiuti speciali prodotti dalla città di Vienna. Ai sensi dell'allegato I A, categoria 16, della direttiva 92/50/CEE [28], l'eliminazione di rifiuti e di scarichi di fogna costituisce una prestazione di servizi conformemente all'art. 8 della detta direttiva 92/50, alla quale si applica una procedura d'aggiudicazione particolare. Di conseguenza gli obblighi incombenti alle EBS in forza del punto II.1 non costituiscono un appalto di lavori nell'ambito dell'accordo stipulato nel 1996.

59. Pertanto è controverso se l'obbligo di cui al punto I.2 di ampliare gli impianti esistenti possa invece costituire un appalto di lavori ai sensi della direttiva 93/37. Vero è che detto obbligo concerne l'esecuzione di un'opera, che tuttavia dovrebbe essere rispondente alle esigenze specificate dalla città di Vienna. A favore di questa tesi si può menzionare il fatto che l'ampliamento venga descritto perlomeno in base alla sua funzione. L'impianto dev'essere atto a purificare tutte le acque di scolo prodotte fino a 18 m^3/s. (punto II.1). Per quanto riguarda l'accordo relativo all'esecuzione di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla città di Vienna, si può inoltre aggiungere che si tratta dell'ampliamento di un depuratore principale comunale, vale a dire di un impianto per il cui funzionamento è in definitiva responsabile la città di Vienna nell'ambito della garanzia di servizi di interesse generale. Detta responsabilità si

28 — 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).

manifesta nel rimborso delle spese (punto IV), nella messa a disposizione del personale necessario (punto I.3), nonché nell'obbligo di acquisto che incombe al comune al termine del contratto di concessione (v. la dichiarazione delle EBS dell'8 settembre 1996 citata nell'ordinanza di rinvio).

60. Tuttavia l'accordo concluso nel 1996 contiene unicamente in un punto una prescrizione relativa al funzionamento dell'impianto da ampliare, menzionando una capacità di 18 m^3/s. Nondimeno, l'accordo non comprende alcun elemento riguardante la struttura concreta, in particolare la realizzazione tecnica ed architettonica. È perlomeno dubbio se ciò sia sufficiente per poter parlare dell'esecuzione di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Si aggiunga che gli appalti per le opere necessarie vengono assegnati dalle EBS in nome e per conto proprio (punto I.2 dell'accordo). Non è evidente che la città di Vienna collabori in qualche modo nell'ambito della formulazione dei capitolati o dell'attribuzione dei singoli appalti. Ciò significa che la città di Vienna non può precisare la capacità generale nel corso della procedura di aggiudicazione. Nella causa C-331/92 sia l'avvocato generale nelle sue conclusioni sia la Corte nella sentenza avevano rilevato che perché possa configurarsi un appalto di lavori occorre descrivere l'opera da eseguire [29]. Tuttavia l'accordo stipulato nel 1996 non contiene alcuna descrizione della prestazione, bensì menziona solo il risultato da conseguire. Alla luce di quanto precede, non si può considerare che l'accordo costituisca un appalto pubblico di lavori.

61. Solo a fini di esaustività si deve inoltre sottolineare che, anche volendo considerare come sufficiente l'obiettivo da raggiungere, occorrerebbe esaminare ancora un altro punto: come constatato in precedenza, l'accordo stipulato nel 1996 contiene anche elementi relativi ad un contratto di prestazione di servizi. Come rileva il sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, dalla direttiva 71/305/CEE risulta «che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto». Pertanto, secondo la giurisprudenza nella causa C-331/92, spetta al giudice nazionale accertare se l'obbligo eventualmente esistente dell'esecuzione di un'opera abbia carattere accessorio rispetto all'obbligo di prestazione di servizi concordato [30].

62. In conclusione, senza anticipare la sentenza del giudice nazionale, difficilmente si può dedurre una prevalenza delle opere in considerazione delle circostanze descritte del caso di specie. L'accordo costituisce piuttosto la prosecuzione di una collaborazione decennale e le opere concordate, sempre che si tratti di opere,

29 — Sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (Racc. pag. I-1329, punto 24), e conclusioni (paragrafo 41).

30 — Sentenza nella causa Gestión Hotelera Internacional, citata alla nota 29, punto 28.

riguardano l'adeguamento delle capacità esistenti alle mutate circostanze. In primo luogo potrebbe pertanto trattarsi dell'ulteriore incarico dello smaltimento di rifiuti e dell'eliminazione delle acque di scolo, che, come già menzionato, costituisce una prestazione di servizi.

63. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo in subordine di risolvere la seconda questione pregiudiziale come segue:

Una disposizione contrattuale, nell'ambito della quale l'opera viene descritta solo in base alla funzione che deve svolgere e che al contempo ha per oggetto la prosecuzione di un appalto di servizi esistente, non costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

4. *Sulla terza questione*

64. Con la terza questione pregiudiziale il Vergabekontrollsenat intende sapere se i termini di ricorso a pena di decadenza di due settimane previsti dall'art. 98 del WLVergG siano compatibili con la 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 [31].

31 — Citata alla nota 3.

a) Argomenti delle parti

65. La Universale e il consorzio offerente ritengono che i termini di ricorso previsti dal WLVergG siano troppo brevi. Secondo la Universale offerenti stranieri nella pratica non possono osservare detti termini. Ciò contrasterebbe, da un lato, con l'obiettivo di garantire l'aggiudicazione di appalti pubblici senza discriminazione e, dall'altro, con l'obiettivo di garantire alle imprese l'accesso ad un mercato comune con grandi sbocchi, rafforzando la competitività delle imprese europee. A sostegno della legittimità della sua analisi essa osserva che il termine sarebbe stato nel frattempo prolungato a quattro settimane. Di fatto essa sottolinea di aver potuto notare l'errore nel capitolato d'appalto solo in occasione della presa visione nell'ambito della valutazione dei documenti di candidatura in seguito al diniego già avvenuto da parte delle EBS e dopo la scadenza del termine di due settimane. Il consorzio offerente adduce inoltre che, nel breve termine previsto per il ricorso, i candidati non riuscirebbero ad esaminare i motivi indicati dall'appaltante per il diniego e a scoprire motivazioni fittizie. Inoltre l'obbligo di notifica preventiva all'amministrazione aggiudicatrice dell'intenzione di presentare un ricorso, di cui agli artt. 96 e 97 del WLVergG, avrebbe come conseguenza che il termine per il ricorso di due settimane, che decorre dalla notifica del diniego, sia già trascorso nel momento in cui l'appaltante, che ha ricevuto la notifica preventiva, risponde al candidato.

66. Le EBS si richiamano per contro al margine discrezionale che la direttiva 89/665 avrebbe accordato agli Stati membri. Il legislatore comunitario avrebbe sol-

tanto disposto che le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso quanto più rapido possibile (art. 1, n. 1), che le procedure di ricorso siano accessibili a chiunque abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un appalto e che rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata (art. 1, n. 3), che gli Stati membri possono esigere la notifica previa all'autorità aggiudicatrice (art. 1, n. 3) e, infine, che si garantisca la possibilità di prendere provvedimenti provvisori, di annullare le decisioni illegittime e di accordare un risarcimento danni ai candidati lesi dalla violazione (art. 2, n. 1). Le EBS ritengono che termini brevi siano conformi all'obiettivo di cui al quinto 'considerando' della direttiva di non sospendere la realizzazione di appalti pubblici per un periodo eccessivamente lungo. Tuttavia le disposizioni processuali nazionali non potrebbero rendere praticamente impossibile l'applicazione del diritto comunitario. Infine, le EBS affermano che un termine di due settimane per il ricorso sarebbe in generale consueto per gli atti statali e invocherebbero come prova l'art. 63, quinto comma, dell'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, secondo cui ogni decisione presa da un'autorità dev'essere impugnata entro due settimane, nonché l'art. 403, terzo comma, EO [32], secondo cui provvedimenti d'urgenza adottati da tribunali civili vanno impugnati entro due settimane.

67. I governi austriaco e olandese nonché la Commissione osservano in primo luogo che la stessa direttiva 89/665 non definirebbe alcun termine, bensì stabilirebbe unicamente requisiti minimi. Gli Stati membri disporrebbero di un margine discrezionale per determinare i termini di ricorso. Nondimeno, tutti e tre sottolineano che la direttiva esigerebbe la garanzia di una tutela giuridica effettiva. Il governo austriaco rileva inoltre che i termini di ricorso opererebbero un'accelerazione della procedura e attenuerebbero il rischio di un esercizio improprio del procedimento di tutela giuridica. Tutte e due le cose sarebbero conformi agli obiettivi della direttiva 89/665. Inoltre la Commissione chiede che la tutela giuridica non debba essere meno favorevole di quella riguardante ricorsi analoghi di natura interna.

b) Parere

68. Per quanto attiene al termine definito dal WLVergG, dopo la cui scadenza non è più possibile impugnare le disposizioni contenute nel bando di gara, occorre constatare in primo luogo che la direttiva 89/665 si limita a definire taluni requisiti minimi riguardo alla tutela giuridica da garantire. Essa non conterrebbe né termini entro cui è possibile impugnare determinati atti, né norme sulla questione se la legislazione di recepimento nazionale possa o meno prevedere disposizioni di preclusione.

69. Per quanto riguarda le azioni relative a domande di rimborso di imposte indebitamente riscosse, la Corte ha dichiarato che,

32 — «EO» significa «Exekutionsordnung» (regolamento sull'esecuzione delle sentenze). Tuttavia la disposizione menzionata non contiene alcuna precisazione in materia di termini.

in mancanza di una normativa comunitaria, gli Stati membri sono competenti ad adottare disposizioni di diritto processuale in base alle quali i cittadini dell'Unione possono esercitare i diritti conferiti loro dal diritto comunitario. Tuttavia, dette norme processuali non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano diritti analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) [33]. In questo contesto la Corte ha anche riconosciuto in linea di principio compatibile con il principio di effettività la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto. Termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario [34]. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia di termini di decadenza, non si può contestare in linea di principio, in forza della citata giurisprudenza, l'inserimento di termini di ricorso nel WLVergG. In tale ambito il legislatore nazionale dispone di un margine discrezionale.

70. Tuttavia la direttiva menziona, inter alia, i seguenti obiettivi che vanno conseguiti nell'ambito del recepimento e la cui realizzazione non può essere ostacolata con l'inserimento di disposizioni di preclusione. Le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici devono poter essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (art. 1, n. 1); gli Stati membri possono esigere che l'autorità aggiudicatrice debba essere preventivamente informata dell'intenzione di presentare un ricorso (art. 1, n. 3); l'ordinamento nazionale deve consentire di prendere provvedimenti provvisori, nonché di annullare le decisioni illegittime e di accordare un risarcimento danni ai candidati lesi dalla violazione (art. 2, n. 1).

71. Tuttavia una tutela giuridica effettiva ai sensi della direttiva 89/665 è garantita solo se i termini non rendono impossibile l'esercizio del ricorso concesso. Pertanto i termini non possono essere fissati a scadenza così breve da ostacolare gli offerenti e i candidati nell'esercizio dei loro diritti. Alla luce del fatto che la direttiva 89/665, in forza del suo art. 1, n. 1, esige che le decisioni prese dall'autorità aggiudicatrice siano oggetto di un ricorso quanto più rapido possibile, un termine di due settimane, come previsto dalla WLVergG, non sembra tuttavia inadeguato. In particolare, esso dovrebbe anche poter essere rispettato in linea di principio da candidati stranieri e dovrebbe lasciare tempo sufficiente ai candidati interessati di scoprire un'eventuale violazione dei propri diritti. L'inserimento di termini di decadenza nelle disposizioni processuali mira anche alla certezza del diritto. I candidati nei confronti dei quali viene emessa una decisione favorevole devono poter fare affidamento sul mantenimento dei propri diritti.

72. In quale misura detta tutela giuridica sia equivalente a quella concessa per l'attuazione di posizioni giuridiche conferite in

33 — Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I-4951, punto 34).

34 — Ibidem, punto 35.

forza di disposizioni nazionali e, di conseguenza, in quale misura venga garantito il principio di equivalenza, resta una questione che deve esaminare il giudice nazionale nell'ambito dell'analisi del diritto nazionale. L'ordinanza di rinvio non contiene alcun elemento in proposito. Tuttavia non emergono a priori dubbi alla luce degli argomenti dedotti dalle parti nel procedimento, in particolare a proposito dei termini per il ricorso menzionati dalle EBS ai sensi dell'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz. Nell'ambito del suo esame il giudice nazionale deve anche prendere in considerazione se il ricorso possa essere proposto solo mediante lettera con avviso di ricevimento o, ad esempio, anche via fax o e-mail. La forma da rispettare incide sulla durata del termine concesso.

73. Per quanto attiene alla censura sollevata dal consorzio offerente, secondo cui l'obbligo di informare preventivamente l'appaltante, di cui agli artt. 96 e 97 del WLVergG, farebbe sì che il termine per il ricorso di due settimane di cui all'art. 98 del WLVergG sia già trascorso nel momento in cui l'appaltante risponde al candidato, occorre osservare che raramente può verificasi una sovrapposizione dei termini. Gli artt. 96 e 97 del WLVergG riguardano un termine precedente all'aggiudicazione dell'appalto, mentre l'art. 98, nn. 1 e 3, del WLVergG si riferisce a termini successivi all'aggiudicazione. Anche in relazione al termine di cui al n. 2 di detta disposizione si potrebbe difficilmente giungere ad un conflitto. Infatti, vero è che in questo caso si tratta di un termine anteriore alla scadenza del termine di candidatura e, di conseguenza, anche anteriore alla scadenza dell'aggiudicazione, tuttavia il termine di cui all'art. 98 concerne un ricorso avverso le disposizioni contenute nell'avviso di bando. Il termine di cui all'art. 96 del WLVergG riguarda per contro «una decisione presa dall'appaltante prima dell'aggiudicazione». Spetta al Vergabekontrollsenat stabilire, in forza del diritto nazionale, in quale misura siffatta «decisione» possa essere contenuta anche nelle disposizioni dell'avviso di bando. Solo nell'ipotesi in cui detta questione venga risolta positivamente, potrebbero verificarsi sovrapposizioni di termini e potrebbe emergere un problema riguardo all'effettività della tutela giuridica garantita. Tuttavia dalla lettera delle disposizioni del WLVergG non emerge che ciò sia inevitabile.

74. Pertanto propongo di risolvere la terza questione come segue:

la direttiva 89/665/CEE non osta a una normativa nazionale che per il ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice prevede un termine la cui inosservanza comporta che la detta decisione non possa più essere contestata nel prosieguo della procedura di aggiudicazione, purché si garantisca che la tutela giuridica assicurata non sia meno favorevole di quella che riguarda diritti nazionali di natura analoga e l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva 89/665 non sia praticamente reso impossibile. A tale riguardo gli interessati devono far valere ogni vizio procedurale a pena di decadenza.

5. Sulla quarta questione

75. La quarta questione sottoposta dal Vergabekontrollsenat concerne il contenuto dell'avviso che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a pubblicare. Si tratta di stabilire se e in quale misura i criteri di valutazione, sulla cui base vengono scelti i candidati invitati a presentare un'offerta, debbano essere comunicati nel bando di gara ovvero nel capitolato d'appalto.

a) Argomenti delle parti

76. Per quanto attiene alla procedura di scoring, la Universale ed il consorzio offerente contestano una violazione dei principi della trasparenza e dell'individuabilità. La Universale ritiene che la ponderazione dei singoli criteri di scelta adottati debba emergere chiaramente dal capitolato d'appalto, in modo tale da escludere una decisione arbitraria. Pertanto occorrerebbe indicare nelle informazioni previe o nel capitolato d'appalto non soltanto la serie di criteri, ma anche la loro reciproca ponderazione e quindi un sistema di valutazione oggettivamente individuabile. Il deposito del sistema di valutazione presso un notaio non garantirebbe questi criteri.

77. Il governo olandese aderisce alle considerazioni che precedono. La valutazione delle candidature dovrebbe avvenire in maniera trasparente e oggettiva. Pertanto occorrerebbe comunicare in anticipo ai candidati le modalità e i criteri adottati per la loro valutazione.

78. Per contro, le EBS invocano l'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, il quale prevedrebbe unicamente che devono essere menzionati tutti i criteri di aggiudicazione, possibilmente, quindi non obbligatoriamente, nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita. Neanche dal diritto comunitario primario si potrebbe trarre un principio di completa trasparenza. Pertanto non si dovrebbe contestare il deposito dei criteri di valutazione presso un notaio.

79. Anche il governo austriaco e la Commissione fanno riferimento al fatto che la direttiva 93/37 non conterrebbe disposizioni dettagliate in materia di valutazione delle domande di partecipazione nell'ambito dello scrutinio pubblico della cerchia dei candidati nella procedura ristretta. Il governo austriaco invoca l'art. 22 della direttiva 93/37, il quale non fornirebbe alcun elemento relativo al modus operandi da adottare nella scelta dei candidati. La procedura prescelta dovrebbe essere strutturata in modo oggettivo e non discriminatorio in base a principi generali. Tuttavia non sussisterebbe alcun obbligo di comunicare a priori nel capitolato d'appalto lo schema di valutazione per la scelta dei candidati invitati a presentare un'offerta. La Commissione osserva che, ai sensi dell'art. 11, n. 6, della direttiva, sarebbe possibile esigere la presentazione solo di taluni documenti di prova. La selezione dovrebbe fondarsi su tale documentazione.

b) Parere

80. Per quanto attiene alla quarta questione pregiudiziale, si può in primo luogo constatare che la direttiva 93/37 non contiene disposizioni esplicite per stabilire in quale misura l'avviso con cui viene indetta una gara d'appalto a procedura ristretta o il capitolato d'appalto debba descrivere la procedura di valutazione applicata dall'amministrazione aggiudicatrice.

81. Tuttavia la direttiva si esprime in più punti sulla comunicazione dei criteri di scelta. Ai sensi dell'art. 7, n. 2, la procedura negoziata può avere luogo solo se i candidati sono stati selezionati secondo criteri qualitativi noti. Ne consegue che occorre comunicare i criteri qualitativi, ma non che si deve far conoscere anche il meccanismo di valutazione applicato per i singoli criteri.

82. L'art. 11, n. 6, disciplina quali documenti di prova l'amministrazione aggiudicatrice può esigere dai candidati. Come ha sottolineato opportunamente la Commissione, ne emergono i criteri per la selezione dei candidati. Tuttavia non viene precisato se il sistema applicato per la valutazione delle singole informazioni debba essere comunicato ai candidati.

83. L'art. 13, n. 2, menziona i dati minimi che devono figurare nella lettera d'invito a presentare un'offerta nell'ambito di una procedura ristretta. Ai sensi del n. 2, lett. e), rientrano in tali dati anche i criteri di aggiudicazione dell'appalto. Tuttavia, neanche detta disposizione impone la comunicazione del sistema di valutazione su cui si basa l'amministrazione aggiudicatrice per selezionare i candidati.

84. Gli artt. 18 e 22 dispongono che i candidati invitati a presentare un'offerta in una procedura ristretta vengono scelti sulla base delle informazioni riguardanti la situazione personale dell'imprenditore e delle informazioni e formalità necessarie per la valutazione delle condizioni minime di carattere economico e tecnico che detto imprenditore deve soddisfare. Tuttavia dette disposizioni non forniscono elementi sulla valutazione dei singoli criteri.

85. Infine, l'art. 30 della direttiva dispone al suo n. 2 che, in caso di aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre menzionare, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui si prevede l'applicazione. I detti criteri devono essere menzionati «possibilmente» nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita. Vero è che se ne può trarre il requisito della completa comunicazione di tutti i criteri su cui si fonda la selezione, tuttavia anche l'art. 30 impone unicamente di menzionare i criteri alla base dell'aggiu-

dicazione. La lettera della disposizione contiene già una limitazione nel senso che ciò deve avvenire «possibilmente» nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita. Occorre in questo caso supporre che ne emerge in linea di principio un obbligo dell'ente appaltante di indicare i criteri nell'ordine richiesto. Vero è che la lettera della disposizione non impone necessariamente detta interpretazione, tuttavia quest'ultima corrisponde alla ratio della direttiva 93/37, secondo cui occorre che l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori sia più trasparente (v. 'considerando' 10-12 della direttiva). Peraltro neanche con questa interpretazione si raggiunge l'obiettivo perseguito dai ricorrenti nel procedimento principale. Basta che l'ente appaltante valuti due criteri come equivalenti perché l'ordine della loro presentazione non corrisponda più all'importanza che è loro attribuita. Inoltre l'«ordine decrescente» non va equiparato alle «modalità di applicazione della procedura di scoring». Pertanto, neanche un'osservanza rigorosa dell'art. 30, n. 2, impone di menzionare le modalità di applicazione della «procedura di scoring» applicata dalle EBS. Occorre quindi constatare che le disposizioni citate della direttiva 93/37 non sostengono la posizione dei ricorrenti nel procedimento principale.

86. Dalla ratio della direttiva, vale a dire la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici (v. secondo 'considerando'), non si possono dedurre elementi che corroborino la tesi della Universale e del consorzio offerente. Infatti lo scopo citato dev'essere perseguito mediante l'avviso dei singoli appalti di lavori da aggiudicare. Tuttavia la quarta questione pregiudiziale non verte sulla comunicazione di un appalto di lavori al fine di consentire in ugual misura a imprenditori nazionali e stranieri di presentare la propria candidatura. Viene piuttosto in esame un'analisi più attenta del sistema di valutazione che l'amministrazione aggiudicatrice si propone di utilizzare nella selezione dei candidati.

87. La procedura applicata dalle EBS, vale a dire l'indicazione dei criteri per la classificazione delle domande di partecipazione nel bando di gara (efficienza tecnica e aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa), nonché il riferimento nel capitolato d'appalto al fatto che le referenze fornite dai candidati vengono valutate secondo un metodo d'esame depositato presso un notaio, esclude che candidati nazionali vengano privilegiati rispetto a candidati provenienti da altri Stati membri. Infatti, a tutti i candidati sono noti i criteri di aggiudicazione ma non le modalità di applicazione della procedura di scoring. In tale modo è garantito il conseguimento dell'obiettivo del principio di trasparenza di cui alla direttiva 93/37. Il testo vigente non fornisce alcun fondamento per ulteriori requisiti di pubblicità della procedura di valutazione.

88. La limitazione proposta nel caso di specie ad un obbligo di comunicazione dei

criteri di aggiudicazione adottati, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, non solo è compatibile con la lettera della direttiva 93/37, ma risponde anche all'interesse di individuare il «miglior» offerente nell'ambito di una procedura di appalto. Qualora le modalità di aggiudicazione venissero preventivamente rese note, è ovvio che i candidati vi adeguerebbero le proprie offerte e, in particolare, fornirebbero prove delle loro capacità proprio sui punti che rivestono molta importanza ai fini della valutazione, per poter essere ammessi nel gruppo di coloro che saranno in seguito invitati a presentare un'offerta. Tuttavia l'adeguamento della candidatura alle modalità di selezione origina il rischio di una distorsione dell'immagine che l'appaltante si fa dei candidati alla luce della documentazione prodotta. Nondimeno lo scopo di questa fase della procedura è quello di fornire all'amministrazione aggiudicatrice un'immagine globale delle capacità dei candidati. Il modo migliore di assicurare questa possibilità è che i candidati mostrino un'immagine di sé il più possibile completa sulla base di criteri di aggiudicazione definiti, senza tuttavia essere a conoscenza del metodo di selezione, vale a dire senza essere informati delle modalità della valutazione.

89. È importante sottolineare che, ai sensi dell'art. 8, n. 3, della direttiva 93/37, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a compilare un verbale in cui figurano le giustificazioni della scelta di un candidato e i motivi del rigetto degli altri candidati. Ciò garantisce la possibilità di controllo giurisdizionale della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, anche dei criteri di valutazione non resi noti in anticipo. La soluzione così delineata tiene conto dei diversi interessi delle parti della procedura di selezione. Essa si oppone ad eventuali discriminazioni, non definisce requisiti di trasparenza della procedura di aggiudicazione, contemplati dalla lettera della direttiva o dai principi generali del diritto comunitario, che possano risultare sproporzionati, e garantisce la possibilità di un controllo giurisdizionale della procedura.

90. Pertanto propongo di risolvere la quarta questione pregiudiziale dichiarando che la decisione dell'ente appaltante di valutare le candidature secondo un metodo d'esame depositato presso un notaio soddisfa i requisiti posti dalla direttiva 93/37. Le modalità della ponderazione dei criteri di selezione non devono essere comunicate né nel bando di gara né nel capitolato d'appalto, però devono poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale.

VI — Conclusione

91. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali sottoposte dal Vergabekontrollsenat Wien come segue:

«1) Dev'essere considerata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37/CEE anche una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale, ma che successivamente soddisfa tali bisogni, nella misura in cui la presa in carico di tali compiti si fonda su circostanze oggettivamente individuabili.

2) Una disposizione contrattuale, nell'ambito della quale l'opera viene descritta solo in base alla funzione che deve svolgere e che al contempo ha per oggetto la prosecuzione di un appalto di servizi esistente, non costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

3) La direttiva 89/665/CEE non osta a una normativa nazionale che per il ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice prevede un termine la cui inosservanza comporta che la detta decisione non possa più essere contestata nel prosieguo della procedura di aggiudicazione, purché si garantisca che la tutela giuridica assicurata non sia meno favorevole di quella

che riguarda diritti nazionali di natura analoga e l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva 89/665 non sia praticamente reso impossibile. A tale riguardo gli interessati devono far valere ogni vizio procedurale a pena di decadenza.

4) La decisione dell'ente appaltante di valutare le candidature secondo un metodo d'esame depositato presso un notaio soddisfa i requisiti posti dalla direttiva 93/37. Le modalità della ponderazione dei criteri di selezione non devono essere comunicate né nel bando di gara né nel capitolato d'appalto, però devono poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale».