SENTENZA DEL TRIBUNALE (Quarta Sezione)

20 settembre 2011 *

Nella causa T-461/08,

Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, con sede in Atene (Grecia), rappresentata dagli avv.ti N. Korogiannakis e P. Katsimani,

ricorrente,

contro

Banca europea per gli investimenti (BEI), rappresentata dai sigg. C. Gómez de la Cruz e T. Pietilä, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. J. Stuyck,

convenuta,

avente ad oggetto, da un lato, la domanda di annullamento della decisione della BEI 31 gennaio 2008 di non accogliere l'offerta presentata dalla ricorrente nell'ambito della gara d'appalto relativa alla prestazione di servizi di assistenza alla manutenzione, al supporto e allo sviluppo di un sistema informatico e di attribuire l'appalto ad altro

* Lingua processuale: l'inglese.

offerente, presentata ai sensi degli artt. 225 CE e 230 CE e, dall'altro lato, una domanda per risarcimento danni presentata ai sensi degli artt. 225 CE, 235 CE e 288 CE,

IL TRIBUNALE (Quarta Sezione),

composto dalle sig.re I. Pelikánová (relatore), presidente, K. Jürimäe e dal sig. M. van der Woude, giudici,

cancelliere: sig. N. Rosner, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 17 novembre 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti

1 La ricorrente, la Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, è una società di diritto greco operante nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni.

2 Con bando 13 settembre 2007, pubblicato sul Supplemento della *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* (GU S 176) sotto il riferimento 2007/S 176-215155, la Banca europea per gli investimenti (BEI) ha lanciato una gara d'appalto per la prestazione di servizi destinati a fornire «assistenza alla manutenzione, al supporto e allo sviluppo del sistema "Loans Front Office" (Serapis)». Secondo la descrizione figurante nel bando di gara e nel capitolato d'oneri relativo alla detta gara d'appalto, il «Système Efficace et Rapide d'Accès aux Prêts et aux informations de Support» (Sistema efficace e rapido di accesso ai prestiti e alle informazioni di supporto) (Serapis) è la parte ipertesto dell'applicazione informatica (Front Office) della BEI nel settore dei prestiti. Esso è ideato come portale di gestione integrale dell'informazione nel settore dei «prestiti» per i competenti servizi della BEI che comprendono le direzioni «Finanziamenti in Europa», «Finanziamenti fuori Europa», «Gestione dei rischi», «Progetti», nonché il servizio giuridico. Serve da supporto alle procedure interne nel settore dei prestiti, dalla creazione di un'operazione di finanziamento, passando per la sua valutazione (convalida) fino alla presentazione della «Nota congiunta» (firma), che pone in atto la successiva procedura prevista nell'ambito della parte dell'applicazione informatica della BEI denominata «Force prêts», che consente alle persone responsabili di tale sistema di amministrarlo e di gestirlo (Back Office).

3 Il bando di gara prevedeva la conclusione di un accordo-quadro della durata di quattro anni con l'offerente prescelto e l'attribuzione a quest'ultimo di appalti fondati sull'accordo-quadro e corrispondenti a commesse specifiche per precisi progetti. Il bando di gara e il capitolato d'oneri precisavano che l'appalto sarebbe stato attribuito all'offerente che presentava l'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai criteri di attribuzione indicati nel capitolato d'oneri. Ivi era indicata la ponderazione relativa dei criteri di attribuzione, e cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici, di cui il 15 % dei punti per il criterio intitolato «Processo di gestione della qualità», il 45 % dei punti per il criterio intitolato «Livello di conformità delle competenze e qualifiche del personale proposto» e il 15 % dei punti per il criterio intitolato «Capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», e il 25 % dei punti per il criterio finanziario.

4 Con lettera 31 ottobre 2007, la BEI comunicava a tutti coloro che avevano presentato domande di chiarimenti circa il bando di gara un elenco di «domande e risposte» relative al bando di cui trattasi.

5 Il 9 novembre 2007, scadenza fissata per la ricezione delle offerte (punto IV.3.4 del bando di gara), la ricorrente presentava un'offerta.

6 In totale sette offerte venivano ricevute dalla BEI ed esaminate dal comitato di valutazione. Nel corso delle prime due fasi del procedimento, cioè la fase di esclusione (punto 6.1 del capitolato d'oneri) e la fase di selezione (punto 6.2 del capitolato d'oneri), tutti i candidati venivano accettati. Nel corso dell'ultima fase, e cioè la fase di valutazione comparativa delle offerte e di attribuzione dell'appalto (punto 7 del capitolato d'oneri), per la quale era previsto, in un primo tempo, di esaminare le offerte accolte con riferimento ai soli criteri tecnici e di escludere quelle che non raggiungevano le soglie minime definite dal capitolato d'oneri e, in un secondo tempo, di esaminare le offerte non escluse all'atto della loro valutazione tecnica con riferimento al criterio finanziario, solo cinque offerte, tra cui quella della ricorrente, venivano esaminate con riferimento a tale criterio, poiché le altre due offerte non avevano raggiunto le soglie minime fissate nel capitolato d'oneri all'atto della valutazione tecnica. A conclusione della valutazione comparativa delle offerte, il comitato di valutazione ha attribuito il miglior punteggio globale all'offerta di Sybase BVBA (in prosieguo: l'«offerente prescelto»), mentre l'offerta della ricorrente veniva classificata in seconda posizione. Alla luce della valutazione operata dal comitato di valutazione, la BEI, il 31 gennaio 2008, adottava la decisione di non accogliere l'offerta presentata dalla ricorrente e di attribuire l'appalto all'offerente prescelto (in prosieguo: la «decisione impugnata»), dopo aver discusso taluni elementi della sua offerta con quest'ultimo in occasione di una riunione tenutasi il 29 gennaio 2008.

7 Il 18 febbraio 2008, la BEI inviava lettere a tutti gli offerenti, ad eccezione della ricorrente, per informarli che l'appalto era stato aggiudicato all'offerente prescelto.

8 Il 12 e il 17 giugno 2008, l'accordo-quadro veniva firmato dalla BEI e rispettivamente, dall'offerente prescelto e il 16 giugno 2008 entrava in vigore.

9 Con lettera 31 luglio 2008, dopo aver preso conoscenza dell'avviso di attribuzione dell'appalto pubblicato sul supplemento della Gazzetta Ufficiale (GU S 144), sotto il riferimento 2008/S 144-192307, la ricorrente reclamava presso la BEI per il mancato rispetto del capitolato d'oneri e del diritto applicabile alle gare d'appalto, in quanto non era stata informata in tempo utile della decisione impugnata. Invitava la BEI a sospendere il procedimento di attribuzione e la firma dell'accordo-quadro o, se del caso, ad annullare quest'ultimo. Inoltre chiedeva informazioni circa la gara d'appalto e, in particolare, il nominativo dell'offerente prescelto, dei partner del gruppo che questi avrebbe costituito per rispondere alla gara d'appalto e dei suoi subappaltatori, i punteggi attribuiti per ciascuno dei criteri di attribuzione alla sua offerta e a quella dell'offerente prescelto, gli elementi di comparazione tra la sua offerta e quella dell'offerente prescelto, in particolare sul piano finanziario, nonché una copia dettagliata delle relazioni del comitato di valutazione relative alla sua offerta e a quella dell'offerente prescelto.

10 Con lettera 1° agosto 2008, la BEI forniva alla ricorrente indicazioni circa la ponderazione relativa dei criteri di attribuzione. Ha altresì fatto presente che l'appalto era stato attribuito all'offerente prescelto, indicando per ciascuno dei criteri di attribuzione, la ripartizione dei punti attribuiti all'offerta della ricorrente e di quelli attribuiti all'offerta dell'offerente prescelto. Ha precisato che l'offerta della ricorrente aveva ottenuto 22,03 punti (su 35 punti disponibili), mentre quella dell'offerente prescelto ne aveva ottenuti 29,36 (su 35 punti disponibili).

11 Lo stesso giorno, ritenendo di aver ricevuto solo una piccola parte delle informazioni richieste, la ricorrente indirizzava una nuova lettera alla BEI chiedendole di rispondere a tutte le questioni sollevate nella lettera del 31 luglio, di fornirle la motivazione della decisione impugnata e di indicarle se l'accordo-quadro fosse già stato firmato con l'offerente prescelto. In caso contrario, la ricorrente chiedeva alla BEI di sospendere la firma del predetto contratto in attesa del dettagliato esame del suo ricorso.

12 Il 6 agosto 2008 la BEI accusava ricezione della lettera della ricorrente. Con lettera 14 agosto 2008, ammetteva di essere incorsa in «errore amministrativo» avendo omesso di informare la ricorrente, con lettera ufficiale, dei risultati della valutazione comparativa delle offerte, circostanza di cui si scusava. Aggiungeva che la gara d'appalto, nel suo insieme, era valida e che l'errore amministrativo nel quale era incorsa non costituiva una irregolarità sostanziale tale da giustificare la sospensione o l'annullamento dell'accordo-quadro concluso con l'offerente prescelto.

13 Il 1º settembre 2008, la ricorrente indirizzava alla BEI una nuova lettera nella quale menzionava talune irregolarità che avrebbero inficiato la gara d'appalto. A suo avviso, la BEI aveva confuso i criteri di selezione dei candidati e i criteri di attribuzione dell'appalto. Inoltre avrebbe utilizzato criteri di attribuzione discriminatori o imprecisi, sarebbe venuta meno ai suoi obblighi di informare gli offerenti in tempo utile della decisione di attribuzione dell'appalto e di concedere loro un periodo di «statu quo» per garantire loro il diritto di ricorso, non avrebbe seguito un procedimento sufficientemente trasparente, avrebbe violato il principio di parità di trattamento, avrebbe omesso di motivare la decisione impugnata e avrebbe utilizzato una formula, all'atto della valutazione comparativa delle offerte, che avrebbe avuto l'effetto di neutralizzare il principio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» privilegiando le offerte che prevedevano il prezzo più elevato.

14 Il 10 settembre 2008 la BEI accusava ricezione della lettera della ricorrente 1º settembre 2008 informandola che questa era stata trasmessa al suo ufficio reclami per essere esaminata e che al più tardi il 27 ottobre 2008 vi sarebbe stata data una risposta.

15 Il 27 ottobre 2008 la BEI inviava alla ricorrente una lettera con la quale la informava che non era più in grado di trattare il suo reclamo avendo questa il 6 ottobre 2008 avviato un procedimento dinanzi al Tribunale.

Procedimento e conclusioni delle parti

16 Con atto introduttivo registrato presso la cancelleria del Tribunale il 6 ottobre 2008, la ricorrente ha proposto il presente ricorso.

17 Il 30 gennaio 2009 la BEI ha depositato il controricorso.

18 La replica e la controreplica sono state depositate il 15 aprile e, rispettivamente, il 15 giugno 2009.

19 Su proposta del giudice relatore il Tribunale (Seconda Sezione), nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento previste dall'art. 64 del suo regolamento di procedura, ha invitato la BEI a indicare quale fosse l'autorità che in suo seno aveva adottato la decisione impugnata e a produrgli tale decisione o ogni altro documento in suo luogo.

20 La BEI ha ottemperato a tale richiesta entro il termine fissato. Con lettera depositata il 15 dicembre 2008 ha fatto presente che, conformemente alle sue regole interne e alla prassi vigente all'epoca dei fatti, prima della firma dell'accordo-quadro con l'offerente prescelto, la decisione impugnata, prima di essere confermata dal presidente della BEI, era stata adottata dal direttore del dipartimento delle tecnologie dell'informazione, integrato successivamente in seno alla direzione generale della strategia. Ha inoltre prodotto una «nota al fascicolo» del 31 gennaio 2008 recante il riferimento SCC/IT/FLA/2008–015/kr (in prosieguo: la «nota del 31 gennaio 2008») che conteneva la decisione del predetto direttore di attribuire l'appalto all'offerente prescelto, nonché il foglio di valutazione consolidato del comitato di valutazione allegato alla predetta nota.

21 Con lettera depositata l'8 gennaio 2010, la ricorrente ha presentato le sue osservazioni sulla nota del 31 gennaio 2008. Alla luce delle informazioni contenute nella predetta nota, ha sollevato un nuovo motivo.

22 Con lettera depositata il 26 gennaio 2010, la BEI ha presentato le sue osservazioni sul nuovo motivo sollevato dalla ricorrente nella lettera depositata l'8 gennaio 2010.

23 A seguito della modifica della composizione delle sezioni del Tribunale, il giudice relatore è stato assegnato alla Quarta Sezione, alla quale la presente causa è stata, di conseguenza, attribuita.

24 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Quarta Sezione) ha deciso di aprire la fase orale.

25 Le difese svolte delle parti e le loro risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite all'udienza del 17 novembre 2010.

26 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la BEI a risarcirla del danno da essa subito nell'ambito della gara d'appalto in ragione della illegittimità della decisione impugnata, il cui ammontare è valutato in EUR 1 940 000;

— condannare la BEI all'insieme delle spese, anche in caso di rigetto del ricorso.

27 La BEI conclude che il Tribunale voglia:

— dichiarare il ricorso di annullamento infondato;

— dichiarare la domanda di risarcimento danni irricevibile o, in subordine, infondata;

— condannare la ricorrente alle spese.

In diritto

1. *Sulla ricevibilità del ricorso*

28 In limine, si deve sottolineare che, per quanto più specificamente riguarda la questione dell'applicabilità nel tempo delle regole che fissano le condizioni di ricevibilità di un ricorso, da una consolidata giurisprudenza risulta che, da un lato, conformente all'adagio tempus regit actum, la questione della ricevibilità di un ricorso deve essere decisa sulla base delle regole in vigore alla data in cui esso è stato proposto (sentenza della Corte 8 maggio 1973, causa 60/72, Campogrande/Commissione, Racc. pag. 489, punto 4; v. altresì in questo senso e per analogia, ordinanza del presidente della Corte 22 febbraio 2008, causa C-66/08, Kozlowski, non pubblicata nella Raccolta, punto 7) e

che, dall'altro lato, le condizioni di ricevibilità del ricorso vanno valutate al momento della presentazione del ricorso, cioè del deposito dell'atto introduttivo (sentenza della Corte 18 aprile 2002, cause riunite C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 e C-22/01, Spagna/Consiglio, Racc. pag. I-3439, punto 23; sentenze del Tribunale 21 marzo 2002, causa T-131/99, Shaw e Falla/Commissione, Racc. pag. II-2023, punto 29, e 9 luglio 2008, causa T-301/01, Alitalia/Commissione, Racc. pag. II-1753, punto 37).

29 Poiché il ricorso qui in esame è stato presentato il 6 ottobre 2008, le questioni circa la sua ricevibilità devono essere valutate con riferimento alle disposizioni in tale data vigenti, cioè quelle del Trattato CE e non alle nuove corrispondenti disposizioni del Trattato FUE, entrate in vigore il 1º dicembre 2009.

Sulla competenza del Tribunale

Argomenti delle parti

30 La ricorrente sostiene che la domanda di annullamento della decisione impugnata proposta sulla base dell'art. 230 CE è ricevibile. Il protocollo sullo statuto della BEI allegato al Trattato CE (in prosieguo: lo «statuto») non prevederebbe meccanismi completi di controllo della legittimità degli atti della BEI. Tuttavia ciò non sta a significare che un siffatto controllo sarebbe impossibile. Nella sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, Les Verts/Parlamento europeo (Racc. pag. 1339, punti 23-25), la Corte avrebbe dichiarato che, essendo la Comunità europea una comunità di diritto, gli atti di tutti i suoi organi devono poter essere assoggettati a un controllo giurisdizionale quando producono effetti giuridici nei confronti di terzi. Alla luce del Trattato CE e dello statuto, la BEI sarebbe un organo, cioè un'istituzione, della Comunità e i suoi

atti, quando producono effetti giuridici nei confronti dei terzi, dovrebbero essere soggetti al sindacato di legittimità esercitato dalla Corte. Il fatto che gli atti della BEI non siano espressamente menzionati all'art. 230 CE non costituirebbe a tal riguardo un ostacolo. La Corte avrebbe sviluppato un doppio criterio per concludere per l'applicazione dell'art. 230 CE agli atti delle autorità e delle agenzie comunitarie, che riposerebbe sulla questione se l'autorità di cui trattasi sia o no menzionata all'art. 230 CE e se i suoi atti siano o meno soggetti ad un controllo giurisdizionale sufficiente.

31 Anche la BEI ritiene che la domanda di annullamento della ricorrente sia ricevibile. Invita il Tribunale a accertare chiaramente la propria competenza a conoscere di una domanda di annullamento di una della sue decisioni che respingono l'offerta presentata da un concorrente e attribuiscono l'appalto pubblico di cui trattasi ad un altro operatore, nonché a conoscere della domanda di risarcimento del danno assertivamente subito in ragione di tale decisione, in quanto, in Lussemburgo, il Tribunal administratif avrebbe erroneamente affermato la propria competenza in materia con una sentenza del 26 settembre 2007 (n. di ruolo 22447), confermata in appello con sentenza della Cour administrative del 21 febbraio 2008 (n. di ruolo 23620C). Infatti, nella sentenza 2 dicembre 1992, causa C-370/89, SGEEM e Etroy/BEI (Racc. pag. I-6211), la Corte avrebbe affermato la propria competenza a conoscere di un ricorso per risarcimento danni proposto da una società e fondato sulla asserita illegittimità della decisione della BEI di non attribuirle un appalto di opere pubbliche. Inoltre nella sentenza 8 ottobre 2008, causa T-411/06, Sogelma/AER (Racc. pag. II-2771, punti 42 e 43), il Tribunale avrebbe giudicato, in applicazione della giurisprudenza Les Verts/Parlamento europeo (v. supra punto 30), che le decisioni adottate da un organo comunitario, nella specie l'agenzia europea per la ricostruzione (AER) nell'ambito di una gara d'appalto, quando producono effetti giuridici nei confronti dei terzi, costituiscono atti impugnabili dinanzi al Tribunale. Secondo la BEI essa, nella sua qualità di organo amministrativo comunitario, dovrebbe pertanto essere trattata allo stesso modo, quando adotta decisioni che producono effetti giuridici nei confronti dei terzi nell'ambito delle sue gare d'appalto o del trattamento delle domande di accesso ai suoi documenti. Per contro la BEI sostiene di non ricadere sotto la competenza del Tribunale nell'esercizio delle proprie attività di prestito, cioè quando interviene sui mercati

finanziari, al pari di ogni altro ente bancario (ordinanza del Tribunale 26 novembre 1993, causa T-460/93, Tête e a./BEI, Racc. pag. II-1257, punto 20).

Giudizio del Tribunale

32 Le parti nella presente controversia concordano, nella specie, nel considerare che il Tribunale è competente a conoscere della presente domanda di annullamento. Tuttavia, poichè la competenza del Tribunale è una questione di ordine pubblico, essa può essere da questo esaminata d'ufficio (v. sentenza del Tribunale 15 marzo 2005, causa T-29/02, GEF/Commissione, Racc. pag. II-835, punti 72-74, e la giurisprudenza ivi citata; v. altresì, in questo senso, sentenza della Corte 6 marzo 1979, causa 92/78, Simmenthal/Commissione, Racc. pag. 777, punti 21 e 22). Il Tribunale non è pertanto vincolato dalla posizione delle parti per quanto riguarda la propria competenza a conoscere del presente ricorso e ad esso compete esaminare se, sentite le parti, non debba rilevare d'ufficio l'irricevibilità a motivo della propria incompetenza a conoscere in tutto o in parte del ricorso. Ciò è tanto più giustificato, nelle circostanze del caso di specie, dal momento che un giudice nazionale ha affermato la propria competenza a conoscere della legittimità della decisione della BEI che respinge un'offerta presentata da un concorrente e attribuisce ad altro operatore l'appalto pubblico di cui trattasi, stipulato dalla BEI per suo proprio conto.

33 A tenore degli artt. 5 CE, 10 CE, 297 CE e dell'art. 307, primo comma, CE, nonchè del Trattato UE e in particolare dell'art. 5 UE, la Corte di giustizia esercita le sue attribuzioni alle condizioni e ai fini previsti dalle disposizioni dei Trattati CE e UE. Le competenze del Tribunale sono quelle indicate agli artt. 225 CE e 140 A EA, quali precisati dall'art. 51 dello Statuto della Corte di giustizia.

34 La questione della competenza del Tribunale a conoscere di un ricorso che comprende allo stesso tempo una domanda di annullamento di un atto della BEI recante pregiudizio a un terzo e una domanda di risarcimento del danno derivante al predetto terzo dall'illegittimo comportamento della BEI, deve essere risolta con riferimento allo Statuto, nella versione in vigore al momento dei fatti, e in particolare al suo art. 29, primo comma, nonché agli artt. 225, n. 1, CE, all'art. 235 CE, all'art. 237 CE e all'art. 288, secondo comma, CE, nonché se del caso all'art. 230 CE.

35 L'art. 29, primo comma, dello Statuto prevede che «le controversie tra la [BEI] da una parte e i suoi creditori, i suoi debitori o terzi dall'altra, sono decise dagli organi giurisdizionali nazionali competenti, fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia». Peraltro la Corte ha riconosciuto che sia il Trattato CE come pure il suddetto articolo non erano di ostacolo alla competenza della Corte a conoscere delle controversie riguardanti la BEI, aggiungendo che quest'ultima disposizione riservava espressamente le competenze che le erano state attribuite dal Trattato CE (v., in questo senso, sentenza SGEEM e Etroy/BEI, punto 31 supra, punti 17 e 18).

36 La presente controversia oppone la BEI ad una società di diritto greco non soggetta al suo controllo e che, pertanto, deve essere considerata un terzo ai sensi dell'art. 29, primo comma, dello Statuto. Conformemente alla formulazione di quest'ultima disposizione, la questione se una controversia come quella di specie rientri nella competenza della Corte di giustizia o dei giudici nazionali e, se del caso, nella competenza della Corte o del Tribunale impone di fare riferimento alle disposizioni del Trattato CE.

37 Per quanto riguarda, da un lato, la domanda di annullamento della decisione impugnata, la questione se il Tribunale sia competente a conoscerne dipende in primo luogo e in quanto si tratta di una disposizione speciale, dall'interpretazione del combinato disposto di cui all'art. 237 CE e 225, n. 1, CE.

38 L'art. 237 CE è così formulato:

«La Corte di giustizia è competente, nei limiti sotto specificati, a conoscere delle controversie in materia di:

a) esecuzione degli obblighi degli Stati membri derivanti dallo [Statuto]. Il consiglio di amministrazione della [BEI] dispone a tal riguardo dei poteri riconosciuti alla Commissione dall'articolo 226 [CE, relativo all'inadempimento da parte di uno Stato membro a uno degli obblighi che gli incombono in forza del Trattato CE];

b) deliberazioni del consiglio dei governatori della [BEI]. Ciascuno Stato membro, la Commissione e il consiglio d'amministrazione della [BEI] possono proporre un ricorso in materia, alle condizioni previste dall'articolo 230 [CE];

c) deliberazioni del consiglio di amministrazione della [BEI]. I ricorsi avverso tali deliberazioni possono essere proposti, alle condizioni fissate dall'articolo 230, soltanto dagli Stati membri o dalla Commissione e unicamente per violazione delle norme di cui all'articolo 21, paragrafo 2 e paragrafi da 5 a 7 inclusi dello [Statuto];

(…)».

39 Inoltre dall'art. 225, n. 1, CE, risulta che solo la Corte è competente a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 237 CE.

40 Al fine di verificare se la decisione impugnata rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 237 CE, va ricordata la competenza dei differenti organi della BEI.

41 Secondo la formulazione dell'art. 8 dello Statuto, la BEI è amministrata e gestita da un consiglio dei governatori, un consiglio di amministrazione e un comitato direttivo.

42 Conformemente all'art. 9 dello Statuto, il consiglio dei governatori fissa le direttive generali relative alla politica creditizia della BEI e in particolare decide dell'aumento del capitale sottoscritto, approva la relazione annuale redatta dal consiglio d'amministrazione nonché approva il bilancio annuo e il conto profitti e perdite e approva il regolamento interno della BEI con la conseguenza che esso solo ha la competenza di organizzare il funzionamento interno dei servizi nell'interesse di una buona amministrazione (sentenza 10 luglio 2003, causa C-15/00, Commissione/BEI, Racc. pag. I-7281, punti 67 e seguenti). In forza dell'art. 11 dello Statuto, il consiglio di amministrazione è competente per decidere in merito alla concessione di finanziamenti e di garanzie e alla conclusione di prestiti; fissa il saggio di interesse per i prestiti nonché le commissioni e gli altri oneri, controlla la sana amministrazione della BEI e assicura la conformità della gestione della banca con le disposizioni dei trattati CE, con lo Statuto e con le direttiva generali stabilite dal consiglio dei governatori. Secondo l'art. 11, n. 2, settimo comma, dello Statuto il presidente della BEI o, in sua assenza, uno dei vice—presidenti del comitato direttivo presiede le sedute del consiglio di amministrazione senza partecipare alle votazioni. A tenore dell'art. 13 dello Statuto, il comitato direttivo è l'organo esecutivo collegiale e permanente della BEI. Sotto l'autorità del presidente e sotto il controllo del consiglio d'amministrazione provvede alla gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI e prepara le decisioni del consiglio di amministrazione assicurandone poi l'esecuzione. Il presidente della BEI presiede le riunioni del comitato direttivo. I membri del comitato direttivo sono responsabili soltanto nei confronti della BEI. Essi sono nominati dal consiglio dei governatori su proposta del consiglio d'amministrazione, per un periodo di sei anni rinnovabile.

43 Dalla risposta fornita dalla BEI al quesito sottopostole dal Tribunale nonché dalla nota del 31 gennaio 2008 risulta che la decisione impugnata è stata adottata dal direttore del dipartimento delle tecnologie dell'informazione, successivamente integrato in seno alla direzione generale della strategia della BEI. Secondo quest'ultima, la predetta decisione sarebbe stata successivamente confermata dal presidente della BEI, prima della firma dell'accordo-quadro con l'offerente prescelto, il 12 e il 17 giugno 2008 (v. supra punto 20). Benché nessuna prova della conferma della decisione impugnata da parte del presidente della BEI figuri agli atti, questa deve presumersi come un fatto appurato ai fini del presente procedimento, dal momento che non è contestata dalla ricorrente. Se la decisione impugnata è stata così adottata «sotto l'autorità» del presidente della BEI, è consentito dedurre che questa rientrava nella «gestione degli affari di ordinaria amministrazione» della BEI ai sensi dell'art. 13, n. 3, dello Statuto e, quindi, nella sfera di competenza del comitato direttivo (v., in questo senso, sentenza Commissione/BEI, punto 42 supra, punto 66), il quale ha appunto il compito di assicurare la gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI sotto l'autorità del suo presidente. Infatti, nulla consente nella specie di dubitare del fatto che l'attribuzione di un pubblico appalto concluso per proprio conto rientri nella «gestione degli affari di ordinaria amministrazione» della BEI.

44 Si deve pertanto considerare che la decisione impugnata non rientrava né nella sfera di competenza del consiglio dei governatori né in quella del consiglio di amministrazione, che non può pertanto essere attribuita né all'uno né all'altro di tali organi della BEI e che non è pertanto coperta dalle disposizioni speciali dell'art. 237 CE.

45 Resta pertanto da esaminare la questione se il Tribunale può conoscere di un ricorso di annullamento avverso un atto definitivo della BEI, che produce effetti giuridici nei confronti di un terzo, sulla base degli artt. 225 CE e 230 CE.

46 Si deve in primo luogo ricordare che la Comunità è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale costituita dal Trattato CE e che il

Trattato stesso ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni (v. sentenza Commissione/BEI, punto 42 supra, punto 75, e la giurisprudenza ivi citata). Questo è egualmente conforme agli obiettivi perseguiti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza (GU C 364, pag. 1, in prosieguo: la «Carta»), che, pur non essendo dotata di forza giuridica vincolante prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1º dicembre 2009, dimostra l'importanza, nell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti che essa enuncia (sentenza 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, causa T-379/00, causa T-380/00, causa T-260/01 e T-272/01, Philip Morris International e a./Commissione, Racc. pag. II-1, punto 122). In forza del predetto articolo ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice imparziale. Benché non sia un'istituzione della Comunità, la BEI è nondimeno un organismo comunitario istituito e munito di personalità giuridica dal Trattato CE e a questo titolo è soggetta al controllo della Corte di giustizia, segnatamente secondo quanto previsto dall'art. 237, lett. b), CE (v. sentenza Commissione/BEI, punto 42 supra, punto 75, e la giurisprudenza ivi citata).

47 In secondo luogo si deve tener conto del fatto che l'art. 237 CE contiene una disposizione speciale che riguarda soltanto talune controversie della BEI e che pertanto ha solo una portata limitata e complementare rispetto ad altri articoli del Trattato CE, quali l'art. 236 CE (sentenze 15 giugno 1976, causa 110/75, Mills/BEI, Racc. pag. 955, punti 16 e 17, e SGEEM e Etroy/BEI, punto 31 supra, punto 17). Inoltre si deve rilevare che l'art. 237 CE e l'art. 29, primo comma, dello Statuto debbono essere intesi alla luce dell'art. 267 CE, secondo cui la BEI «ha il compito di contribuire, facendo appello al mercato dei capitali e alle proprie risorse, allo sviluppo equilibrato e senza scosse del mercato comune nell'interesse della Comunità» e che «facilita, mediante la concessione di prestiti e garanzie, senza perseguire scopi di lucro, il finanziamento dei (...) progetti in tutti i settori dell'economia», nonché delle disposizioni dello Statuto citate supra al punto 37, dalle quali risulta che principale funzione del comitato di direzione è preparare e dare attuazione alle decisioni in materia di prestiti e di garanzie o di concessioni di prestiti, che sono adottate dal consiglio di amministrazione

conformemente agli orientamenti emanati dal consiglio dei governatori (v., in questo senso e per analogia, le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate nella causa Commissione/BEI, punto 42 supra, Racc. pag. I-7290, paragrafi 75-78). Se le disposizioni dello Statuto non escludono del tutto la possibilità per il comitato direttivo di adottare, nell'ambito della gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI, decisioni che producono effetti giuridici nei confronti di terzi, da esse traspare tuttavia chiaramente che siffatte decisioni sono adottate o debbono normalmente essere adottate o dal consiglio dei governatori o dal consiglio d'amministrazione.

48 L'assenza di riferimenti al comitato direttivo nel testo dell'art. 237 CE è il riflesso di tale ripartizione delle competenze in seno alla BEI. Nella misura in cui si ritiene che il comitato direttivo in linea generale prepari e non adotti le decisioni destinate a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 29, primo comma, dello Statuto, i redattori del Trattato CE non hanno considerato necessario un controllo giurisdizionale dei suoi atti. Un parallelo può a tal proposito essere fatto con l'art. 230 CE, il quale prevede che gli atti definitivi e produttivi di effetti giuridici nei confronti dei terzi adottati dalle istituzioni e dalla BCE sono impugnabili, mentre le misure soltanto preparatorie dell'adozione di siffatti atti non lo sono. In questo senso, al punto 18 dell'ordinanza Tête e a./BEI, punto 31 supra, il Tribunale ha rilevato che «la BEI ha conservato il suo compito originario che è quello di concedere prestiti e garanzie (v. gli artt. 129 e 130 [CEE] e gli artt. 198 D e 198 E [CE])», e che, «nei confronti dei terzi che non beneficiano né di prestiti né di garanzie della BEI questa non adotta pertanto decisioni produttive di effetti giuridici». Questo ragionamento non può tuttavia valere in un caso in cui, come nella specie, è accertato che il comitato direttivo ha adottato una decisione produttiva di effetti giuridici definitivi nei confronti di un terzo. In una comunità di diritto come la Comunità, una siffatta decisione deve poter essere impugnata dall'interessato.

49 Entro tali termini, si deve considerare che la disposizione generale costituita dall'art. 230 CE è completata dalla disposizione speciale contenuta nell'art. 237 CE, che ha solo una portata limitata e non copre gli atti produttivi di effetti giuridici

definitivi nei confronti di terzi che il comitato direttivo è indotto ad adottare nell'ambito della gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI, conformemente all'art. 13, n. 3, dello Statuto, come la decisione impugnata o una decisione di rifiuto di accesso a documenti amministrativi della BEI.

50 In terzo luogo, sarebbe inaccettabile che la BEI possa, organizzando astutamente il suo processo decisionale interno, sottrarsi al controllo giurisdizionale voluto dal Trattato CE sugli atti delle istituzioni o di qualsiasi organismo comunitario che, come la BEI, è stato istituito e dotato di personalità giuridica dal Trattato CE (v., in questo senso e per analogia, le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate nella causa Commissione/BEI, punto 47 supra, paragrafo 71). Gli atti formalmente adottati in seno alla BEI da organi diversi da quelli contemplati dall'art. 237, lett. b) e c), CE, e cioè organi diversi dal consiglio dei governatori o dal consiglio d'amministrazione, debbono pertanto essere assoggettabili ad un controllo giurisdizionale se sono definitivi e producono effetti giuridici nei confronti dei terzi. Orbene, in forza degli artt. 225 CE, 230 CE e 237 CE, alla Corte di giustizia e, nella specie, al Tribunale è stata in particolare attribuita la competenza a controllare la legittimità di ogni decisione amministrativa della BEI, e cioè di ogni atto unilaterale adottato dalla BEI, che produca effetti giuridici definitivi nei confronti dei terzi.

51 In quarto luogo, occorre badare a che non sia pregiudicata l'autonomia funzionale e istituzionale della BEI e la reputazione di quest'ultima in quanto organismo indipendente sui mercati finanziari, quali organizzate dal Trattato CE (sentenze della Corte 3 marzo 1988, causa 85/86, Commissione/BEI, Racc. pag. 1281, punti 27-30, e 10 luglio 2003, Commissione/BEI, punto 42 supra, punti 101 e segg). Orbene, l'adozione della decisione impugnata si ricollega all'esercizio da parte della BEI di attività che fanno parte dell'amministrazione comunitaria e che rientrano più esattamente nell'intervento di tale amministrazione quale autorità aggiudicatrice e non nell'esercizio da parte della BEI delle sue attività o delle sue operazioni nel settore finanziario o sui mercati finanziari. Pertanto, il controllo di legittimità che il Tribunale può essere indotto a esercitare sulla base dell'art. 225, n. 1, CE e dell'art. 230, CE, anche se a priori più ampio di quello che la Corte esercita sulle delibere del consiglio d'amministrazione della BEI sulla base dell'art. 237, lett. c), CE, non può tuttavia essere considerato

idoneo a inficiare l'autonomia funzionale e istituzionale di cui la BEI dispone ai fini della concessione di prestiti e garanzie e del loro finanziamento, in particolare ricorrendo ai mercati dei capitali, o a incidere sulla reputazione della BEI o sulla sua credibilità in quanto ente indipendente sui mercati finanziari. Del resto, si deve rilevare che la BEI sostiene essa stessa che il Tribunale è competente a conoscere della presente domanda di annullamento sulla base dell'art. 225, n. 1, CE, e dell'art. 230 CE. Essa non considera pertanto che il controllo di legittimità che il Tribunale esercita in un siffatto contesto possa pregiudicare l'autonomia funzionale e istituzionale di cui essa dispone in forza del Trattato CE e del suo Statuto.

52 Pertanto, la necessità di un controllo completo della legittimità degli atti comunitari esige che l'art. 225, n. 1, CE, e l'art. 230 CE siano interpretati nel senso che non escludono la competenza del Tribunale a conoscere di un ricorso di annullamento di un atto, rientrante nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione della BEI, da parte del comitato direttivo, produttivo di effetti giuridici definitivi nei confronti di un terzo.

53 Per quanto riguarda, dall'altro lato, la presente domanda di risarcimento danni, si deve osservare che il principio della competenza del giudice dell'Unione e, nella specie, del Tribunale, a conoscere di un ricorso per responsabilità extracontrattuale proposto nei confronti della BEI, non è specificamente risolto dalle disposizioni normative. In assenza di specifiche disposizioni, dipende pertanto dall'interpretazione dell'art. 225, n. 1, CE, dell'art. 235 CE e dell'art. 288, secondo comma, CE, la questione se la Corte di giustizia e, se del caso, il Tribunale siano competenti a conoscere della presente domanda per risarcimento danni proposta nei confronti della BEI.

54 Si deve in primo luogo notare che la Corte si è già riconosciuta competente a statuire su un ricorso per risarcimento danni proposto nei confronti della BEI sulla base dell'art. 178 CEE e dell'art. 215, secondo comma, CEE (divenuti art. 235 CE e art. 288,

secondo comma, CE). Ha giustificato la propria competenza con il fatto che l'atto assertivamente illegittimo derivava dall'esecuzione di un contratto di finanziamento concluso dalla BEI in quanto mandataria della Comunità e per conto di quest'ultima, nell'esercizio di competenze attribuitele da talune disposizioni in materia di concessione e di gestione dei capitali di rischio finanziati sul bilancio della Comunità, che la BEI era essa stessa un ente che si iscriveva, in forza del Trattato CE, nel contesto comunitario e che gli atti e le omissioni della BEI nella attuazione di un siffatto contratto di finanziamento erano imputabili alla Comunità (v., in tal senso, sentenze 2 dicembre 1992, SGEEM e Etroy/BEI, punto 31 supra, punti 4 e 12-15, e 25 maggio 1993, causa C-370/89, SGEEM e Etroy/BEI, Racc. pag. I-2583, punto 24). In questo contesto, la Corte ha osservato che «il termine "istituzione" usato all'art. 215, secondo comma, del Trattato [CEE] non [andava] inteso nel senso che comprende le sole istituzioni della Comunità elencate all'art. 4, n. 1, del Trattato [CEE], ma come ricomprendente anche, tenuto conto del sistema di responsabilità extracontrattuale sancito dal Trattato [CEE], gli organismi comunitari come la [BEI]» (sentenza 2 dicembre 1992, SGEEM e Etroy/BEI, punto 31 supra, punto 16).

55 In secondo luogo, si deve tener conto del fatto che, se nel sistema dei rimedi giuridici istituito dal Trattato CE, il ricorso per risarcimento danni costituisce rimedio giuridico autonomo rispetto al ricorso di annullamento, resta cionondimeno che nella specie esiste un nesso diretto tra la domanda di risarcimento danni e la domanda di annullamento della decisione impugnata nella misura in cui nel ricorso viene precisato che «la (…) domanda di risarcimento danni, depositata ai sensi degli artt. 235 e 288 CE, si fonda sul carattere illegittimo della decisione impugnata», con la conseguenza che la domanda di risarcimento danni appare accessoria alla domanda di annullamento. Inoltre, dal ricorso risulta che la domanda per risarcimento danni è intesa al pagamento di una somma il cui importo corrisponde esattamente all'«importo stimato del ricavo lordo che la ricorrente avrebbe percepito se le fosse stato attribuito l'appalto», cioè i diritti di cui la ricorrente ritiene di essere stata privata in ragione della decisione impugnata. La domanda per risarcimento danni è pertanto intesa in realtà alla revoca degli effetti giuridici prodotti dalla decisione impugnata nei confronti della ricorrente e avrebbe così l'effetto, qualora fosse accolta, di annullare i detti effetti giuridici.

56 Conformemente ad una consolidata giurisprudenza (sentenza della Corte 26 febbraio 1986, causa 175/84, Krohn Import-Export/Commissione, Racc. pag. 753, punti 32 e 33; sentenze del Tribunale 15 marzo 1995, causa T-514/93, Cobrecaf e a./Commissione, Racc. pag. II-621, punto 59, e 17 ottobre 2002, causa T-180/00, Astipesca/Commissione, Racc. pag. II-3985, punto 139), si deve tener conto del «nesso diretto» o della «complementarità» nella specie esistente tra il ricorso di annullamento e il ricorso per risarcimento nonché del carattere accessorio del secondo rispetto al primo nella fase della valutazione della ricevibilità di tali ricorsi al fine di evitare che l'esito del ricorso per risarcimento danni sia artificiosamente dissociato da quello del ricorso di annullamento, del quale esso non è altro che l'accessorio o il complemento.

57 In terzo luogo, si deve sottolineare che, nella misura in cui i danni che sarebbero stati cagionati dalla BEI alla ricorrente dovessero trovare la loro origine nell'esercizio da parte della BEI di attività che fanno parte dell'esecuzione delle missioni dell'amministrazione comunitaria più esattamente rientranti nell'intervento di tale amministrazione in quanto autorità aggiudicatrice e non risultassero quindi dall'esercizio da parte della BEI, delle sue attività o delle sue operazioni nel settore finanziario o sui mercati finanziari, il controllo che il Tribunale sarebbe indotto a esercitare sulla base dell'art. 225, n. 1, CE, dell'art. 235 CE e dell'art. 288, secondo comma, CE, non può essere considerato tale da rimettere in discussione l'autonomia funzionale e istituzionale della BEI e da pregiudicare la reputazione di quest'ultima in quanto ente indipendente sui mercati finanziari. Del resto, la BEI stessa sostiene che il Tribunale è competente a statuire sulla presente domanda per risarcimento danni proposta nei suoi confronti sulla base dell'art. 225, n. 1, CE, dell'art. 235 CE e dell'art. 288 CE e non ha assolutamente sostenuto che un siffatto controllo potrebbe avere la conseguenza di pregiudicare la sua autonomia funzionale e istituzionale.

58 Il Tribunale è pertanto competente a statuire anche sulla domanda per risarcimento danni proposta nei confronti della BEI sulla base dell'art. 225, n. 1, CE, dell'art. 235 CE e dell'art. 288, secondo comma, CE, qualora una siffatta domanda presenti carattere

accessorio rispetto ad una domanda di annullamento di un atto della BEI produttivo di effetti giuridici definitivi nei confronti dei terzi, che sia a sua volta ricevibile.

59 Da ciò consegue che il Tribunale è competente a conoscere del presente ricorso nel suo insieme.

Sull'interesse della ricorrente ad agire per l'annullamento della decisione impugnata

Argomenti delle parti

60 Interrogata su questo punto nel corso dell'udienza, la BEI ha confermato che la decisione impugnata era stata eseguita, poiché il contratto-quadro con l'offerente prescelto era stato stipulato e in parte eseguito. Di conseguenza ha ritenuto di non essere più in grado di trarre alcuna conseguenza da un eventuale annullamento della decisione impugnata, come la riapertura della gara d'appalto. Tuttavia, ha altresì precisato che non intendeva contestare la ricevibilità del presente ricorso per difetto di interesse della ricorrente ad agire per l'annullamento della decisione impugnata. Ha inoltre fatto presente che, se un adeguato ripristino della situazione dell'offerente escluso che ha proposto il ricorso poteva in linea teorica prevedersi sotto forma di pagamento di un indennizzo, le condizioni per il versamento di siffatto indennizzo non erano integrate nella specie, poiché il ricorrente non ha subito alcun effettivo danno in ragione della decisione impugnata.

61 Nel corso dell'udienza, la ricorrente ha sostenuto che aveva ottenuto più annullamenti parziali o totali di decisioni di attribuzione senza che le istituzioni che avevano adottato le suddette decisioni reagissero in modo soddisfacente a tali annullamenti.

Inoltre, ha fatto presente di avere un duplice interesse ad agire per l'annullamento della decisione impugnata. Da un lato, ha sostenuto, in quanto partecipa a gare per l'aggiudicazione di pubblici appalti, di avere interesse a che le illegittimità che inficiano la decisione impugnata vengano constatate al fine di impedire che siffatte illegittimità si riproducano. Dall'altro lato ha affermato di avere un interesse a far constatare le suddette illegittimità per ottenere un risarcimento.

Giudizio del Tribunale

62 Secondo una costante giurisprudenza, un ricorso di annullamento proposto da una persona fisica o giuridica è ricevibile solo ove la medesima abbia un interesse all'annullamento dell'atto impugnato, il che presuppone che l'annullamento di tale atto possa produrre di per sé conseguenze giuridiche e che il ricorso possa, con il suo esito, procurare un beneficio alla parte che lo ha proposto (sentenza del Tribunale 10 dicembre 2009, causa T-195/08, Antwerpse Bouwwerken/Commissione, Racc. pag. II-4439, punto 33). Poiché le condizioni attinenti alla ricevibilità di un ricorso, in particolare la carenza di interesse ad agire, rientrano tra i motivi di irricevibilità di ordine pubblico, spetta al Tribunale verificare d'ufficio se le ricorrenti abbiano un interesse ad ottenere l'annullamento della decisione impugnata (v. ordinanza del Tribunale 10 marzo 2005, causa T-228/00, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia/Commissione, Racc. pag. II-787, punto 22, e la giurisprudenza ivi citata). Tale giurisprudenza è applicabile, per analogia, alle domande di annullamento proposte nell'ambito di ricorsi contenenti accessoriamente una domanda di risarcimento.

63 Nella specie occorre verificare d'ufficio se un eventuale annullamento della decisione impugnata sia tale da procurare un beneficio alla ricorrente benché la gara d'appalto non possa essere riaperta e, nell'attuale situazione di fatto, non sia controverso tra le

parti che la firma dell'appalto e la sua parziale esecuzione hanno fatto perdere alla ricorrente ogni opportunità di poter stipulare l'appalto di cui trattasi con la BEI.

64 Dalla giurisprudenza risulta che anche nel caso in cui una decisione di attribuzione sia stata pienamente attuata a favore di altri concorrenti, un offerente ha pur sempre un interesse all'annullamento di tale decisione vuoi per ottenere dall'autorità aggiudicatrice un adeguato ripristino della propria situazione, vuoi per indurre la suddetta autorità ad apportare, in futuro, le opportune modifiche al sistema delle gare nel caso in cui questo fosse dichiarato contrastante con determinate esigenze giuridiche (v., in questo senso, sentenza Simmenthal/Commissione, punto 32 supra, punto 32, e sentenza del Tribunale 14 ottobre 1999, cause riunite T-191/96 e T-106/97, CAS Succhi di Frutta/Commissione, Racc. pag. II-3181, punto 63).

65 Infatti, la circostanza che il contratto avente ad oggetto l'esecuzione di un pubblico appalto sia stato firmato, o anche eseguito, prima che sia pronunciata la decisione che pone termine al ricorso nella causa principale, proposto da un offerente escluso avverso la decisione di attribuzione del suddetto appalto, e che l'autorità aggiudicatrice sia contrattualmente vincolata all'aggiudicatario, non è di ostacolo all'obbligo che, qualora il ricorso principale fosse accolto, incombe all'autorità aggiudicatrice, in forza dell'art. 233 CE, di emanare le misure necessarie per assicurare un'adeguata tutela degli interessi dell'offerente escluso (v., in questo senso, ordinanza del presidente del Tribunale 10 novembre 2004, causa T-304/04 R, European Dynamics/Commissione, Racc. pag. II-3889, punto 83).

66 Se, a seguito del ricorso di un offerente escluso da un pubblico appalto, la decisione di attribuzione viene annullata, ma l'autorità aggiudicatrice non è più in grado di riaprire la gara relativa all'appalto di cui trattasi, gli interessi di tale offerente possono essere salvaguardati, per esempio, mediante una compensazione in denaro corrispondente alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto, o

al mancato guadagno qualora sia possibile accertare con sicurezza che all'offerente doveva essere attribuito l'appalto (v., in questo senso, ordinanze del Presidente del Tribunale 2 maggio 1994, causa T-108/94 R, Candiotte/Consiglio, Racc. pag. II-249, punto 27; 20 luglio 2000, causa T-169/00 R, Esedra/Commissione, Racc. pag. II-2951, punto 51, e European Dynamics/Commissione, punto 65 supra, punto 83). Risulta infatti dalla giurisprudenza più recente che può essere conferito valore economico alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione di un pubblico appalto, subita da un offerente escluso da tale appalto per effetto di una decisione illegittima (v. in questo senso ordinanze del presidente del Tribunale 25 aprile 2008, causa T-41/08 R, Vakakis/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punti 66 e 67 e la giurisprudenza ivi citata, e 20 gennaio 2010, causa T-443/09 R, Agriconsulting Europe/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punti 32-34 e la giurisprudenza ivi citata).

67 Nella specie, la ricorrente ha interesse ad agire per l'annullamento della decisione impugnata al fine di ottenere, in forza dell'obbligo derivante dall'art. 233, primo comma, CE, un adeguato ripristino della sua situazione da parte della BEI che, se del caso, può assumere la forma di una compensazione in denaro corrispondente alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto. Se la ricorrente ha proposto una domanda di risarcimento danni che potrebbe dare luogo al pagamento di una somma in denaro, sotto forma di indennizzo, si deve rilevare che siffatta domanda non contempla la perdita dell'opportunità di conseguire l'appalto, bensì il mancato guadagno corrispondente al beneficio che essa avrebbe percepito se avesse eseguito l'appalto (v. punto 210 infra). Da ciò consegue che tale domanda di risarcimento danni potrebbe essere respinta senza che ciò pregiudichi la possibilità, per la ricorrente, di ottenere, se del caso, una compensazione in denaro per la perdita di opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto a titolo di un ripristino adeguato della sua situazione quo ante conformemente all'art. 266, secondo comma, TFUE.

68 Da tutto quanto sopra consegue che la domanda di annullamento può, con il suo risultato, procurare un beneficio alla ricorrente, con la conseguenza che quest'ultima ha interesse ad agire per l'annullamento della decisione impugnata.

Sull'assenza di contestazione della formula utilizzata nel corso della valutazione comparativa delle offerte nel procedimento di gara d'appalto

Argomenti delle parti

69 La BEI sostiene che la contestazione da parte della ricorrente della formula utilizzata nel corso della valutazione comparativa delle offerte è irricevibile in quanto non è stata fatta in tempo utile, e cioè prima della scadenza fissata per il deposito delle offerte.

70 La ricorrente conclude per il rigetto dell'eccezione di irricevibilità sollevata a tal riguardo dalla BEI.

Giudizio del Tribunale

71 La presente eccezione di irricevibilità riguarda, in pratica, il terzo e il quarto motivo della domanda di annullamento, con i quali la ricorrente contesta la legittimità del criterio di attribuzione intitolato «Capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», nonché il quinto motivo della domanda di annullamento, con il quale la ricorrente contesta la legittimità delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, e cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici e il 25 % dei punti per il criterio finanziario.

72 È vero che, nel contestare la legittimità della formula utilizzata nel corso della valutazione comparativa delle offerte, la ricorrente mette in discussione incidentalmente la legittimità del capitolato d'oneri. Quindi nella specie si pone la questione se un documento di gara, come un capitolato d'oneri, sia un atto idoneo a costituire oggetto

di un ricorso diretto ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, e quindi se la ricorrente avrebbe dovuto impugnare il capitolato d'oneri sulla base di tale disposizione ed entro il termine di due mesi fissato al quinto comma della stessa.

73 Il capitolato d'oneri non può essere considerato un atto che riguarda ciascun offerente individualmente. Infatti, alla stregua dell'insieme dei documenti di gara emessi dall'autorità aggiudicatrice, il capitolato d'oneri si applica a situazioni determinate obiettivamente e produce effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale e astratto. Pertanto, presenta carattere generale e non si può ritenere che la circostanza che esso sia stato individualmente trasmesso agli offerenti dall'amministrazione aggiudicatrice consenta di distinguere, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, ciascuno di tali operatori rispetto a chiunque altro (sentenza del Tribunale 21 maggio 2008, causa T-495/04, Belfass/Consiglio, Racc. pag. II-781, punti 36-42).

74 Nella specie, la decisione impugnata era pertanto il primo atto impugnabile dalla ricorrente e quindi il primo atto che la autorizzava a contestare incidentalmente la legittimità della formula utilizzata nel corso della valutazione comparativa delle offerte che era stata indicata dalla BEI nel capitolato d'oneri.

75 Pertanto a torto la BEI eccepisce la tardività della contestazione della ricorrente nel presente ricorso e in via incidentale la legittimità della formula utilizzata nel corso della valutazione comparativa delle offerte scelta dalla BEI nel capitolato d'oneri.

76 Di conseguenza, va constatato che il terzo, il quarto e il quinto motivo della domanda di annullamento sono ricevibili e l'eccezione di irricevibilità a tal riguardo sollevata dalla BEI va respinta.

Sull'assenza di chiarezza della domanda di risarcimento

Argomenti delle parti

77 La BEI sostiene che, conformemente a quanto prescritto dall'art. 44, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura, la domanda di risarcimento danni è irricevibile dato che nel ricorso le tre condizioni previste dall'art. 288, n. 2, CE, per impegnare la responsabilità extracontrattuale della Comunità non sono menzionate e che la ricorrente non sostiene che tali condizioni siano soddisfatte. A suo avviso il ricorso difetta di precisione circa le illegittimità che inficiano il procedimento della gara d'appalto, circa l'esistenza di un nesso di causalità tra le predette illegittimità e il danno asserito dalla ricorrente e circa la natura e l'importo esatto del risarcimento richiesto. Pertanto, alla luce della giurisprudenza applicabile (sentenza della Corte 2 dicembre 1971, causa 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Consiglio, Racc. pag. 975, e sentenza del Tribunale 23 settembre 1994, causa T-461/93, An Taisce e WWF UK/Commissione, Racc. pag. II-733, punti 42 e 43), una siffatta domanda è irricevibile e dovrebbe essere respinta.

78 La ricorrente ritiene in sostanza che l'art. 44, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura non sia stato violato e che elementi che consentono di identificare le tre condizioni per impegnare la responsabilità extracontrattuale della Comunità, contemplate dall'art. 288, n. 2, CE, siano state menzionate nel ricorso.

Giudizio del Tribunale

79 Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 21 dello Statuto della Corte e dell'art. 44, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura, ogni ricorso deve contenere l'oggetto della

controversia e l'esposizione sommaria dei motivi dedotti. Tale indicazione dev'essere sufficientemente chiara e precisa per consentire alla parte convenuta di predisporre la propria difesa e al Tribunale di pronunciarsi sul ricorso, eventualmente senza altre informazioni a sostegno. Al fine di garantire la certezza del diritto e una corretta amministrazione della giustizia è necessario, affinché un ricorso sia ricevibile, che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali esso è fondato emergano, anche sommariamente, purché in modo coerente e comprensibile, dall'atto introduttivo stesso (vedasi sentenza del Tribunale 3 febbraio 2005, causa T-19/01, Chiquita Brands e a./Commissione, Racc. pag. II-315, punto 64, e la giurisprudenza ivi citata).

80 Per essere conforme a tali requisiti, un ricorso inteso al risarcimento del danno causato da un'istituzione o da ogni altro organo o organismo comunitario deve contenere gli elementi che consentano di identificare il comportamento che il ricorrente addebita a quest'istituzione, organo o organismo, le ragioni per le quali egli ritiene che esista un nesso di causalità tra tale comportamento e il danno che asserisce di aver subito, nonché il carattere e l'entità di tale danno (v. sentenze del Tribunale 18 settembre 1996, causa T-387/94, Asia Motor France e a./Commissione, Racc. pag. II-961, punto 107; 10 luglio 1997, causa T-38/96, Guérin automobiles/Commissione, Racc. pag. II-1223, punto 42, e Chiquita Brands e a./Commissione, punto 79 supra, punto 65, e la giurisprudenza ivi citata).

81 Dal ricorso risulta che «la domanda di risarcimento, depositata ai sensi degli artt. 235 e 288 CE, si fonda sull'illegittimità della decisione impugnata (…) che costituisce l'oggetto del presente ricorso». Da ciò consegue che tale domanda è chiaramente fondata sulle illegittimità invocate nell'ambito della domanda di annullamento. Dal ricorso risulta inoltre che «la ricorrente chiede il pagamento del risarcimento dei danni da parte della BEI per un importo equivalente al 50 % della somma di EUR 3,88 milioni, ovvero EUR 1,94 milioni, importo valutato sulla base del ricavo lordo che la ricorrente avrebbe percepito nell'ambito del procedimento per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico qualora le fosse stato attribuito l'appalto». Ne consegue che il ricorso contiene elementi che consentono di identificare il carattere e la portata del pregiudizio asserito. Del resto, nel ricorso la ricorrente fornisce spiegazioni circa il modo in cui tale somma è stata calcolata. Pertanto, anche se la ricorrente non dedica una parte

specifica del ricorso alla questione del nesso di causalità tra l'illegittimità e i danni da essa invocati, il ricorso contiene gli elementi che consentono di identificare le ragioni per le quali la ricorrente ritiene che un nesso di causalità esista tra tale comportamento e il danno che asserisce aver subito, e cioè nella specie, che il nesso di causalità a suo avviso risulta dal fatto che la decisione impugnata le ha impedito di ottenere l'appalto e di concludere con la BEI un accordo-quadro vertente sull'esecuzione di tale appalto.

82 Ciò considerato, si deve giudicare che la domanda di risarcimento danni è ricevibile e che l'eccezione di irricevibilità a tal riguardo sollevata dalla BEI va respinta.

2. *Nel merito*

Sul diritto applicabile

Argomenti delle parti

83 La ricorrente ritiene che, in quanto autorità aggiudicatrice, la BEI sia tenuta ad agire conformemente alle disposizioni della «Guida per l'aggiudicazione degli appalti — Guida per l'aggiudicazione degli appalti di servizi, di forniture e di lavori da parte della [BEI] per proprio conto», nella versione vigente all'epoca dei fatti (in prosieguo: la «Guida»), nonché a rispettare i principi generali del diritto applicabile alle procedure di gare d'appalto. Inoltre, se la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), non si applicava, in quanto tale, alle procedure di gare d'appalto della BEI, dall'introduzione della Guida risulta che la predetta direttiva costituirebbe un riferimento appropriato per valutare le disposizioni della Guida alla quale queste si ispirerebbero. Peraltro, il Tribunale avrebbe già accettato di controllare la legittimità di una decisione della Commissione recante attribuzione di un pubblico appalto con riferimento alle disposizioni della 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), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica egualmente le direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE, che coordinano le procedure di aggiudicazione, rispettivamente, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1) (sentenza del Tribunale 12 marzo 2008, causa T-345/03, Evropaïki Dynamiki/Commissione, Racc. pag. II-341, punto 206).

84 La BEI obietta che la direttiva 2004/18 non le è applicabile e aggiunge che la giurisprudenza applicabile alle procedure di gare d'appalto la riguarda solo nella misura in cui interpreta disposizioni che le siano a loro volta applicabili. Dalla giurisprudenza (sentenze del Tribunale Sogelma/AER, punto 31 supra, punto 115, e 10 settembre 2008, causa T-59/05, Evropaïki Dynamiki/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punti 46 e 47) risulterebbe che la direttiva 2004/18, come pure la direttiva 92/50, che essa abroga e sostituisce, non sarebbero applicabili ai pubblici appalti aggiudicati per loro proprio conto da un'istituzione, da un organo o da un ente comunitario a meno che le disposizioni a questi ultimi applicabili vi facciano espresso rinvio.

Giudizio del Tribunale

85 Gli argomenti delle parti vertono sulla questione di quali siano le norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi che la BEI conclude per suo proprio conto a titolo oneroso e a valere sulle risorse proprie.

86 La BEI è dotata di autonomia finanziaria in quanto svolge le sue funzioni, conformemente all'art. 267 CE, «facendo appello al mercato dei capitali e alle proprie risorse» (v., in tal senso, sentenza 10 luglio 2003, Commissione/BEI, punto 42 supra, punti 101 e 128) e non sul bilancio comunitario, anche se è indotta a gestire fondi provenienti da tale bilancio in quanto mandataria della Comunità e per conto di questa e pertanto una parte delle sue attività viene realizzata a partire da fondi comunitari. Nella specie il ricorso riguarda tuttavia una procedura di gara d'appalto finanziata con le risorse proprie della BEI.

87 Un siffatto procedimento non è assoggettato né alle disposizioni del titolo IV della seconda parte del regolamento (CE, Euratom) del Consiglio 25 giugno 2002, n. 1605, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee (GU L 248, pag. 1), come modificato (in prosieguo: il «regolamento finanziario»), né a fortiori alle disposizioni del titolo III della seconda parte del regolamento (CE, Euratom) della Commissione 23 dicembre 2002, n. 2342, che fissa le modalità di esecuzione del regolamento n. 1605/2002 (GU L 357, pag. 1), come modificato (in prosieguo: le «modalità di esecuzione»). Infatti tali disposizioni sono applicabili solo al «bilancio generale delle Comunità europee» e, come risulta dall'art. 88, n. 1, del regolamento finanziario, gli appalti pubblici che vi sono assoggettati corrispondono ai soli contratti che sono finanziati in tutto o in parte dal suddetto bilancio generale (sentenza del Tribunale 8 maggio 2007, causa T-271/04, Citymo/Commissione, Racc. pag. II-1375, punto 121).

88 Resta cionondimeno che le procedure per la stipulazione dei pubblici appalti della BEI devono essere conformi alle regole fondamentali del Trattato CE e ai principi generali del diritto riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (art. 28 CE), il diritto di stabilimento (art. 43 CE), la libera prestazione di servizi (art. 49 CE), la non discriminazione e la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità. Da una consolidata giurisprudenza risulta infatti che per quanto riguarda i procedimenti per l'aggiudicazione di pubblici appalti comunitari l'autorità aggiudicatrice è soggetta

alle regole fondamentali del Trattato CE, ai principi generali del diritto, nonché agli obiettivi della Carta.

89 Inoltre, anche se le direttive sull'aggiudicazione dei pubblici appalti di lavori, di forniture e di servizi disciplinano soltanto appalti stipulati dagli enti o dalle autorità aggiudicatrici degli Stati membri, e non sono direttamente applicabili ai pubblici appalti conclusi dall'amministrazione comunitaria, le regole o i principi stabiliti o sviluppati nell'ambito di tali direttive possono essere invocati nei confronti della predetta amministrazione quando essi stessi appaiono solo come l'espressione specifica di regole fondamentali del Trattato CE e di principi generali del diritto che si impongono direttamente all'amministrazione comunitaria (v., in questo senso, sentenza della Corte 9 settembre 2003, causa C-25/02, Rinke, Racc. pag. I-8349, punti 25-28). Infatti, in una comunità di diritto, l'applicazione uniforme del diritto è un'esigenza fondamentale (sentenza della Corte 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, ABNA e a., Racc. pag. I-10423, punto 104) e ogni soggetto di diritto è assoggettato al principio del rispetto della legalità. Pertanto, le istituzioni sono tenute a rispettare le regole del Trattato CE e i principi generali del diritto loro applicabili, allo stesso modo di ogni altro soggetto di diritto (v., in questo senso, sentenza della Corte 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe/Commissione, Racc. pag. I-8417, punti 18-21, e sentenza Antwerpse Bouwwerken/Commissione, punto 62 supra, punto 55). Peraltro le regole o i principi sanciti o sviluppati nell'ambito di tali direttive possono essere invocati nei confronti dell'amministrazione comunitaria quando, nell'esercizio della sua autonomia funzionale e istituzionale e nei limiti delle competenze attribuitele dal Trattato CE, adotti un atto che rinvia espressamente, per disciplinare gli appalti pubblici che essa conclude per proprio conto, a talune regole o a taluni principi enunciati nelle direttive e per effetto del quale le predette regole e i predetti principi trovino applicazione, conformemente al principio patere legem quam ipse fecisti (v., in questo senso, sentenze della Corte 11 luglio 1985, cause riunite 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 e 10/84, Salerno e a./Commissione e Consiglio, Racc. pag. 2523, punti 52, 56 e 57, e 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta, Racc. pag. I-3801, punti 113-115). Qualora l'atto di cui trattasi richieda un'interpretazione, esso deve essere interpretato nella misura del possibile nel senso dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della sua conformità con le disposizioni del Trattato CE e i principi generali del diritto (v. sentenze

della Corte 21 marzo 1991, causa C-314/89, Rauh, Racc. pag. I-1647, punto 17, e la giurisprudenza ivi citata, e 29 giugno 1995, causa C-135/93, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-1651, punto 37).

90 Dalla Guida risulta che al fine di «rispettare i principi fondamentali dell'UE relativi alla conclusione dei pubblici appalti e in particolare i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e trasparenza», la BEI ha deciso di istituire delle procedure di gara d'appalto che devono consentire «di organizzare la concorrenza tra offerenti qualificati e procedere ad una selezione fondata su considerazioni di costi nonché di qualità». A tal fine la BEI ha considerato che «la direttiva [2004/18], benché non [fosse] applicabile in quanto tale alla BEI, costitui[va] un riferimento appropriato per istituire le procedure della BEI». Il punto 2.1 della Guida recita in particolare che «[l]a [BEI] applica le procedure descritte nella [d]irettiva [2004/18] quando attribuisce appalti che non sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva [2004/18] conformemente alle sue disposizioni e il cui valore totale stimato al netto dell'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA) è pari o superiore alle seguenti soglie: a) EUR 206 000 per gli appalti di servizi […]». Nella Guida vengono peraltro operati numerosi rinvii alle disposizioni della direttiva 2004/18.

91 I punti 2.4 e 2.5 della Guida descrivono in dettaglio le differenti fasi della procedura di gara d'appalto contemplata al punto 2.2.1 della predetta Guida.

92 La Guida a questo proposito prevede regole di portata generale produttive di effetti giuridici per i terzi, specie per coloro che decidono di presentare offerte in una gara di pubblico appalto finanziata in tutto o in parte con le risorse proprie della BEI, e parimenti vincola giuridicamente la BEI qualora questa decida di aggiudicare un pubblico appalto per suo proprio conto (v., in questo senso, per analogia, sentenza Citymo/Commissione, punto 87 supra, punto 122).

93 Da tutto quanto sopra consegue che la BEI, allorché interviene facendo ricorso ai mercati dei capitali e alle risorse proprie, in particolare quando aggiudica appalti pubblici per proprio conto, è soggetta sia ai principi enunciati sopra al punto 88 come pure alle disposizioni della Guida, specie quelle menzionate supra al punto 91, quali interpretate alla luce dei principi che tali disposizioni sono intese ad attuare e, se del caso, della direttiva 2004/18 alle quali le menzionate disposizioni fanno rinvio.

Sulla domanda di annullamento

94 A sostegno della domanda di annullamento, la ricorrente deduce cinque motivi nell'atto di ricorso. Con il primo motivo deduce, in sostanza, violazione del punto 2.5.2 della Guida, dei principi di trasparenza e di parità di trattamento nonché del diritto ad un ricorso effettivo. Con il secondo motivo deduce, in sostanza, violazione dei principi di trasparenza, di buona amministrazione, dell'obbligo di motivare le decisioni recanti pregiudizio nonché del diritto ad un ricorso effettivo. Con il terzo motivo deduce, in sostanza, violazione del principio di proporzionalità e dell'obbligo di scegliere criteri di attribuzione che consentano una valutazione comparativa obiettiva delle offerte. Con il quarto motivo deduce violazione del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di utilizzare, ai fini della valutazione comparativa delle offerte, criteri di attribuzione che non si confondano con i criteri di selezione degli offerenti. Con il quinto motivo deduce violazione del diritto applicabile alle procedure di gara d'appalto derivante dal fatto che le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione avrebbero portato alla neutralizzazione o alla minimizzazione dell'«effetto prezzo» nella decisione impugnata.

95 Con lettera depositata l'8 gennaio 2010 (v. supra punto 21) la ricorrente ha sollevato un sesto motivo di annullamento della decisione impugnata con il quale deduce violazione dell'art. 99 del regolamento finanziario e dell'art. 148, nn. 1 e 2, delle modalità di esecuzione, che vietano ogni discussione tra l'autorità aggiudicatrice e i candidati o

gli offerenti che porti alla modifica delle condizioni dell'appalto o dei termini dell'offerta, nonché dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di non discriminazione quali sanciti dall'art. 89 del regolamento finanziario, letto in combinato con il suo diciottesimo «considerando».

96 Si devono innanzitutto esaminare congiuntamente il primo e il secondo motivo di ricorso in quanto coincidono in parte. Si deve poi rispondere congiuntamente al terzo e al quarto motivo che appaiono complementari. Infine, e per ragioni di opportunità, si deve procedere con l'esame del sesto motivo prima di esaminare il quinto motivo.

Sul primo e sul secondo motivo

— Argomenti delle parti

97 Con il primo e secondo motivo la ricorrente sostiene che la BEI ha violato il punto 2.5.2 della Guida, i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di buona amministrazione, il suo diritto a un ricorso effettivo nonché l'obbligo di motivare le decisioni recanti pregiudizio. Innanzitutto la BEI avrebbe dovuto comunicarle non appena possibile, per iscritto, la decisione impugnata e trasmettere, di propria iniziativa, le medesime informazioni a tutti gli offerenti, senza eccezione, accordando loro il tempo necessario per l'esercizio dei loro legittimi diritti. Inoltre, la BEI avrebbe dovuto comunicarle, entro i 15 giorni dalla sua domanda, il nome dell'offerente prescelto nonché i motivi del rigetto della sua offerta e motivare la decisione impugnata nei suoi confronti, fornendole elementi di confronto contenuti nel rapporto

di valutazione, tra le caratteristiche e i vantaggi della sua offerta e quelli dell'offerta prescelta. Infine la BEI avrebbe dovuto quanto meno comunicarle i motivi della decisione impugnata prima della presentazione del presente ricorso, al fine di garantire il suo diritto ad un ricorso effettivo.

98 La BEI conclude per il rigetto del primo motivo. A suo parere, la pubblicazione dell'avviso di attribuzione dell'appalto sulla Gazzetta Ufficiale era un mezzo ufficialmente riconosciuto dall'ordinamento giuridico comunitario per comunicare la decisione impugnata alla ricorrente. Il fatto che non abbia notificato individualmente alla ricorrente la decisione impugnata sarebbe un errore amministrativo nel quale sarebbero incorsi i suoi uffici. Questi ultimi avrebbero tuttavia risposto senza indugio il 1º agosto 2008 alla richiesta di spiegazioni della ricorrente del 31 luglio 2008. Ad ogni modo e conformemente alla giurisprudenza, la censura che deduce difetto di informazione non potrebbe sortire esito fruttuoso dal momento che la ricorrente avrebbe avuto a disposizione, al giorno della presentazione di questo ricorso, cioè il 6 ottobre 2008, la motivazione che era quella della decisione impugnata. Parimenti, non potrebbero essere constatate violazioni del principio di parità di trattamento dal momento che l'asserita illegittimità non avrebbe avuto influenza sulla decisione impugnata, tenuto conto del fatto che, con riferimento ai criteri di attribuzione, il comitato di valutazione avrebbe chiaramente considerato l'offerta prescelta senz'altro migliore di quella della ricorrente.

99 Peraltro, la BEI chiede il rigetto del secondo motivo. Sostiene di aver motivato la decisione impugnata sufficientemente e di aver seguito un procedimento conforme alle disposizioni della Guida e alla giurisprudenza applicabile alle gare d'appalto. Conformemente alla giurisprudenza e al punto 2.5.2 della Guida, la ricorrente con lettera 1º agosto 2008 avrebbe ricevuto una spiegazione motivata sulle caratteristiche e sui vantaggi relativi dell'offerta prescelta nonché il nome dell'aggiudicatario, con la conseguenza che la decisione impugnata sarebbe stata sufficientemente motivata per consentire alla ricorrente di far valere i suoi diritti e al Tribunale di esercitare il suo controllo, tenuto conto delle particolari circostanze del caso di specie. Dalla suddetta lettera risulterebbe chiaramente che per ciascun criterio di attribuzione, ad eccezione del criterio finanziario, l'offerta prescelta avrebbe ottenuto un punteggio

due volte maggiore di quella della ricorrente. Anche se la ricorrente aveva ottenuto un punteggio migliore di quello dell'offerente prescelto per il criterio finanziario, ciò non sarebbe stato determinante, dato che la ponderazione relativa di quest'ultimo criterio era il 25 % dei punti del punteggio globale.

— Giudizio del Tribunale

100 Quando l'amministrazione comunitaria dispone di un ampio potere discrezionale, è tanto più di fondamentale importanza il rispetto, nei procedimenti amministrativi, delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario. Nel novero di tali garanzie rientra, in particolare, l'obbligo per tale amministrazione di motivare sufficientemente le proprie decisioni. Solamente in tal modo il giudice comunitario sarà in grado di verificare la sussistenza degli elementi di fatto e di diritto cui è subordinato l'esercizio del potere discrezionale (sentenza della Corte 21 novembre 1991, causa C-269/90, Technische Universität München, Racc. pag. I-5469, punto 14; e sentenza del Tribunale 5 marzo 2002, causa T-241/00, Le Canne/Commissione, Racc. pag. II-1251, punto 53). Orbene, dalla costante giurisprudenza risulta che tale amministrazione dispone di un ampio potere discrezionale circa gli elementi da prendere in considerazione al fine di adottare una decisione di aggiudicare un appalto sulla base di una gara (sentenze del Tribunale 27 settembre 2002, causa T-211/01, Tideland Signal/Commissione, Racc. pag. II-3781, punto 33, e 6 luglio 2005, causa T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissione, Racc. pag. II-2627, punto 47; v. altresì, in questo senso, sentenza della Corte 23 novembre 1978, causa 56/77, Agence européenne d'intérims/Commissione (Racc. pag. 2215, punto 20).

101 Vanno dapprima esaminate le censure della ricorrente che deducono violazione delle disposizioni del punto 2.5.2 della Guida, in quanto la BEI non l'avrebbe informata, appena possibile, dell'adozione della decisione impugnata.

102 Dal punto 2.5.2 della Guida, relativo ai «contatti tra la [BEI] e i candidati e gli offerenti» risulta che «la [BEI] informa quanto prima tutte le parti interessate della decisione adottata nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto».

103 La BEI ha riconosciuto, dinanzi al Tribunale, nonché nella sua lettera alla ricorrente 14 agosto 2008 che «la [r]icorrente non aveva ricevuto lettere ufficiali in tempo utile, che la informavano del risultato della gara d'appalto» e ha spiegato che «in esito ad un'inchiesta svolta [a seguito] del reclamo della ricorrente, aveva rilevato che tale inadempimento era imputabile ad un errore amministrativo». Inoltre la BEI ha riconosciuto che l'insieme degli offerenti, «con la sfortunata eccezione della ricorrente», era stata informato dell'adozione della decisione impugnata con lettera del 18 febbraio 2008. Non è contestato che la ricorrente ha preso conoscenza dell'esistenza della decisione impugnata solo con la pubblicazione dell'avviso di attribuzione sul supplemento alla Gazzetta Ufficiale il 26 luglio 2008, ovvero più di un mese dopo la firma dell'accordo-quadro il 12 e il 17 giugno 2008 e la sua entrata in vigore il 16 giugno 2008.

104 Nella specie la BEI ha pertanto violato le disposizioni del punto 2.5.2 della Guida, in quanto non ha informato la ricorrente quanto prima dell'adozione della decisione impugnata.

105 Occorre esaminare in secondo luogo le censure della ricorrente che deducono violazione delle disposizioni del punto 2.5.2 della Guida e dell'obbligo di motivare le decisioni recanti pregiudizio, dovuta al fatto che la BEI non le avrebbe fornito le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta prescelta nonché il nome dell'aggiudicatario entro 15 giorni successivi al ricevimento della sua richiesta scritta o al più tardi, prima della presentazione del suo ricorso.

106 Il punto 2.5.2 della Guida dispone tra l'altro che «su domanda della parte interessata, la [BEI] comunica, entro i 15 giorni dal ricevimento della richiesta scritta (…) a ogni offerente che ha presentato un'offerta ricevibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta prescelta nonché il nome dell'aggiudicatario o delle parti nell'accordo-quadro».

107 Questo modo di procedere è conforme alla finalità dell'obbligo di motivazione sancito dall'art. 253 CE, secondo cui la motivazione di una decisione decisione recante pregiudizio deve essere tale da consentire al giudice di esercitare il suo controllo di legittimità e all'interessato di conoscere le ragioni della misura adottata al fine di poter tutelare i suoi diritti e verificare se la decisione sia o meno fondata (v, per analogia, sentenze del Tribunale 24 gennaio 1992, causa T-44/90, La Cinq/Commissione, Racc. pag. II-1, punto 42, e la giurisprudenza ivi citata; 8 maggio 1996, causa T-19/95, Adia Interim/Commissione, Racc. pag. II-321, punto 32, e 12 luglio 2007, causa T-250/05, Evropaïki Dynamiki/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punti 68 e 69). Nel contesto dei procedimenti delle gare d'appalto il fatto che gli offerenti interessati ricevano una decisione motivata solo in risposta ad una loro espressa richiesta, non limita assolutamente la possibilità di cui essi dispongono di far valere i loro diritti dinanzi al Tribunale. Infatti, il termine di ricorso previsto dall'art. 230, quinto comma, CE inizia a decorrere solo dal momento della notifica della decisione motivata, sempreché l'offerente abbia presentato la sua richiesta di decisione motivata entro un termine ragionevole dopo aver preso conoscenza del rigetto della sua offerta (v. sentenza Adia Interim/Commissione, cit., punto 33, e la giurisprudenza ivi citata).

108 Tenuto conto dell'ampio potere discrezionale di cui dispone nell'ambito dei procedimenti delle gare d'appalto, l'autorità aggiudicatrice è tenuta a fornire una motivazione sufficiente agli offerenti esclusi che ne fanno richiesta, il che presuppone da parte sua vigile attenzione affinché nella comunicazione della motivazione rifletta tutti gli elementi sulla base dei quali ha fondato la sua decisione (v., in questo senso, sentenza 10 settembre 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissione, punto 84 supra, punto 134).

109 Il rispetto dell'obbligo di motivazione deve valutarsi in funzione degli elementi di informazione di cui la ricorrente dispone al momento della proposizione del ricorso (sentenze del Tribunale 25 febbraio 2003, causa T-183/00, Strabag Benelux/Consiglio, Racc. pag. II-135, punto 58 e Renco/Consiglio, causa T-4/01, Racc. pag. II-171, punto 96). Per contro, secondo costante giurisprudenza la motivazione non può essere espressa per la prima volta, ex post, dinanzi al giudice, salvo circostanze eccezionali (v. sentenza del Tribunale 20 maggio 2009, causa T-89/07, VIP Car Solutions/Parlamento, Racc. pag. II-1403, punto 76, e la giurisprudenza ivi citata).

110 Non è contestato che, con lettera 31 luglio 2008, la ricorrente ha presentato una domanda intesa a conoscere le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta prescelta nonché il nome dell'aggiudicatario. La BEI sostiene di aver risposto a tale richiesta con lettera 1º agosto 2008. Se a seguito di quest'ultima lettera la ricorrente, con lettera 1º agosto 2008 ha chiesto nuovamente chiarimenti, la BEI con lettera 14 agosto 2008 le ha risposto di averle già fornito la risposta più completa possibile e l'ha invitata a riferirsi alla decisione di attribuzione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Né dagli atti, né dagli argomenti svolti dalle parti risulta che i motivi della decisione impugnata avrebbero potuto essere comunicati alla ricorrente dalla BEI per vie diverse da quelle qui sopra evocate prima della presentazione del ricorso qui in esame.

111 Da ciò consegue che la motivazione della decisione impugnata fornita alla ricorrente dalla BEI prima della presentazione del suo ricorso e in risposta alla sua domanda 31 luglio 2008, deve essere ritrovata nella formulazione della lettera della BEI del 1º agosto 2008, nel suo contesto e nell'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia di cui trattasi, e che tale decisione è stata inviata entro 15 giorni dal ricevimento della domanda della ricorrente.

112 Dalla lettera 1º agosto 2008 risulta che la BEI ha comunicato alla ricorrente il nome dell'offerente prescelto, le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione e la ripartizione dei punti attribuiti all'offerta della ricorrente e rispettivamente a quella prescelta in esito alla valutazione comparativa delle offerte. Nella suddetta lettera veniva indicato che l'offerta della ricorrente aveva ricevuto 22,03 punti (su 35 punti disponibili), così ripartiti: 8,75 punti (su 8,75 disponibili) per il criterio finanziario, 2,85 punti (su 5,25 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «processo di gestione della qualità», 7,43 punti (su 15,75 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «livello di conformità delle competenze e qualifiche del personale proposto» e 3 punti (su 5,25 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «capacità di fornire una equipe formata da risorse proprie», mentre l'offerta prescelta aveva ricevuto 29,36 punti (su 35 disponibili), così ripartiti: 5,29 punti (su 8,75 disponibili) per il criterio finanziario, 4,12

punti (su 5,25 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «processo di gestione della qualità», 15,3 punti (su 15,75 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «livello di conformità delle competenze e qualifiche del personale proposto» e 4,12 punti (su 5,25 disponibili) per il criterio tecnico intitolato «capacità di fornire una equipe formata da risorse proprie».

113 Le informazioni fornite dalla BEI sotto forma di punteggio consentivano alla ricorrente di confrontare direttamente, per ciascun criterio di attribuzione, i punti ottenuti dalla sua offerta con quelli ottenuti dall'offerta prescelta, dato che la BEI non si è limitata a comunicare alla ricorrente solo il punteggio globale ottenuto da ciascuna delle offerte di cui trattasi. In particolare le suddette informazioni consentivano alla ricorrente di identificare immediatamente le esatte ragioni per le quali la sua offerta non era stata scelta, e cioè che, in esito alla valutazione comparativa delle offerte, il punteggio complessivo ottenuto dalla sua offerta era inferiore a quello ottenuto dall'offerta prescelta, poiché, anche se essa aveva ottenuto il miglior punteggio per il criterio finanziario, questo non era stato sufficiente, tenuto conto delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione scelti dalla BEI, a controbilanciare i punteggi ottenuti dalla sua offerta per ciascuno dei tre criteri tecnici di attribuzione che erano inferiori a quelli ottenuti dall'offerta prescelta.

114 Orbene, trattandosi di una gara d'appalto nell'ambito della quale l'offerta della ricorrente era quella piú conveniente, nel senso che aveva presentato la meno elevata di tutte le offerte da confrontare, e che la sua offerta era stata quindi respinta per la sola ragione che il valore tecnico di tale offerta era stato giudicato relativamente inferiore a quello dell'offerta prescelta, si deve constatare che siffatta motivazione, se costituiva un inizio di spiegazione, non poteva tuttavia essere considerata sufficiente alla luce del requisito secondo cui dalla motivazione deve risultare in modo chiaro e inequivocabile il ragionamento seguito dall'autore dell'atto (v., in questo senso, sentenza VIP Car Solutions/Parlamento, punto 109 supra, punti 75 e 76). Infatti, la lettera 1º agosto 2008 non contiene informazioni circa le ragioni che, secondo la BEI, hanno giustificato i punteggi attribuiti per i criteri tecnici all'offerta della ricorrente e, rispettivamente, a quella prescelta. Inoltre, i predetti punteggi contenuti in tale lettera non

sono stati integrati da commenti generali che, fornendo precisazioni sulle ragioni che hanno portato la BEI ad attribuire per ciascuno dei criteri tecnici più punti all'offerta prescelta che a quella della ricorrente, avrebbero consentito di considerare sufficiente la motivazione della decisione impugnata (v., in questo senso, sentenze del Tribunale 10 settembre 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissione, punto 84 supra, punto 129, e 9 settembre 2009, causa T-437/05, Brink's Security Luxembourg/Commissione, Racc. pag. II-3233, punto 169).

115 Certamente, in corso di causa, la BEI ha spiegato le ragioni che l'hanno indotta ad adottare la decisione impugnata e, in particolare, il fatto che, per quanto riguarda il criterio tecnico intitolato «livello di conformità delle competenze e qualifiche del personale proposto», e il criterio tecnico intitolato «capacità di fornire una equipe formata da risorse proprie», «il problema principale [era] l'esperienza (o piuttosto la mancanza di esperienza) dei consulenti della ricorrente nel settore bancario e finanziario» e che, per quanto riguarda il criterio tecnico intitolato «processo di gestione della qualità» l'offerta prescelta «era più concreta» di quella della ricorrente, che «sembrava coprire tutti gli aspetti richiesti, ma (…) era descritta in termini abbastanza generali e complessi». Questo non può tuttavia compensare l'insufficienza della motivazione iniziale della decisione impugnata. Infatti, la BEI non ha menzionato alcuna circostanza eccezionale che avrebbe giustificato il fatto di non aver fornito una motivazione sufficiente alla ricorrente entro i 15 giorni successivi al ricevimento della sua richiesta e, comunque, prima della presentazione del ricorso.

116 Da tutto quanto sopra consegue che la decisione impugnata è inficiata da insufficienza di motivazione e che, pertanto, viola le disposizioni del punto 2.5.2 della Guida e più in generale l'obbligo di motivazione sancito dall'articolo 253 CE.

117 In terzo luogo vanno esaminate le censure della ricorrente che deducono violazione del diritto a un ricorso effettivo nonché violazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di buona amministrazione.

118 Per quanto innanzitutto riguarda l'asserita violazione del principio del diritto a un ricorso effettivo, si deve ricordare che l'accesso alla tutela giurisdizionale è uno degli elementi costitutivi di una comunità di diritto e che esso è garantito all'interno dell'ordinamento giuridico basato sul Trattato CE dal fatto che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti dell'amministrazione comunitaria (sentenza Les Verts/Parlamento, punto 30 supra, punto 23). Inoltre la Corte fonda sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sugli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, il diritto ad un'azione effettiva dinanzi ad un giudice competente (v. sentenze della Corte 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, Racc. pag. 1651, punto 18 e 9 febbraio 2006, cause da C-23/04 a C-25/04, Sfakianakis, Racc. pag. I-1265, punto 28; sentenza Philip Morris International/Commissione, punto 46 supra, punto 121). Infine, il diritto a un ricorso effettivo per ogni soggetto i cui diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati è stato inoltre riaffermato dall'art. 47 della Carta.

119 Peraltro, nell'ambito delle gare d'appalto, occorre proteggere gli offerenti dall'arbitrio dell'autorità aggiudicatrice garantendo loro che le decisioni illegittime da quest'ultima adottate possano costituire oggetto di azioni giudiziarie efficaci e più rapide possibile (v., in questo senso e per analogia, sentenza della Corte 23 dicembre 2009, causa C-455/08, Commissione/Irlanda, non pubblicata nella Raccolta, punto 26).

120 Una tutela giuridica completa degli offerenti dall'arbitrio dell'autorità aggiudicatrice presuppone pertanto innanzitutto l'obbligo di informare l'insieme degli offerenti della decisione di attribuzione dell'appalto prima della stipulazione del contratto, affinché essi dispongano di un'effettiva possibilità di agire in giudizio per l'annullamento di tale decisione qualora sussistano le relative condizioni.

121 Tale completa tutela giuridica richiede inoltre di prevedere la possibilità per l'offerente escluso di esaminare in tempo utile la validità della decisione di attribuzione, il che presuppone che debba trascorrere un termine ragionevole fra il momento in cui

la decisione di attribuzione viene comunicata agli offerenti esclusi e la firma del contratto, segnatamente al fine di consentire loro di presentare una domanda di provvedimenti urgenti ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 242 e 243 CE, nonché dell'art. 225, n. 1, CE, di modo che il giudice dell'urgenza disponga la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata fintantoché il giudice del merito non si sarà pronunciato sul ricorso principale di annullamento di tale decisione (v., in questo senso e per analogia, sentenze della Corte 24 giugno 2004, causa C-212/02, Commissione/Austria, non pubblicata nella Raccolta, punti 21 e 23 e giurisprudenza ivi citata, e Commissione/Irlanda, punto 119 supra, punti 27 e 28, e la giurisprudenza ivi citata). Infatti, il diritto ad una tutela giurisdizionale completa ed effettiva implica che possa essere garantita la tutela provvisoria dei singoli, ove essa sia necessaria per garantire la piena efficacia della futura decisione definitiva, onde evitare una lacuna nella tutela giuridica garantita dai giudici competenti (v. ordinanze del Presidente della Corte 3 maggio 1996, causa C-399/95 R, Germania/Commissione, Racc. pag. I-2441, punto 46, e giurisprudenza ivi citata, e 23 febbraio 2001, causa C-445/00 R, Austria/Consiglio, Racc. pag. I-1461, punto 111, e la giurisprudenza ivi citata).

122 Infine, affinché l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva sia salvaguardata, occorre che l'autorità aggiudicatrice rispetti l'obbligo di motivazione che le incombe (v. supra punto 108) fornendo una motivazione sufficiente ad ogni offerente escluso che ne faccia richiesta di modo che quest'ultimo possa avvalersi di tale diritto nelle migliori condizioni possibili e gli sia riconosciuta la facoltà di decidere con piena cognizione di causa se sia per lui utile adire il giudice competente. Infatti, la motivazione della decisione impugnata è una forma ad substantiam intesa in particolare a garantire il diritto ad un'azione effettiva della persona cui l'atto reca pregiudizio (v., in questo senso, sentenze della Corte 28 ottobre 1975, causa 36/75, Rutili, Racc. pag. 1219, punti 37-39, e 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens e a., Racc. pag. 4097, punti 15 e 16).

123 Nella specie, la gara d'appalto non ha risposto a tali esigenze. Infatti, da un lato la decisione impugnata non è stata notificata alla ricorrente, che ne ha preso conoscenza dopo che questa aveva, in linea di principio, esaurito i suoi effetti con la firma e l'entrata in vigore dell'accordo-quadro. Se la BEI ha sostenuto nel corso dell'udienza che la ricorrente poteva ancora proporre una domanda di sospensione dell'esecuzione

della decisione impugnata dopo la firma dell'accordo-quadro, essa non è stata però in grado di dare una risposta agli argomenti della ricorrente, pure presentati nel corso dell'udienza, secondo i quali una siffatta domanda non poteva più produrre effetti utili una volta che l'accordo-quadro era stato firmato e aveva ricevuto un principio di esecuzione. Inoltre, si deve tener conto del fatto che la BEI ha essa stessa riconosciuto che l'esecuzione della decisione impugnata, concretizzata nella firma e successivamente nell'esecuzione del contratto-quadro era di ostacolo a che essa potesse trarre tutte le conseguenze che si sarebbero dovute ricollegare ad un eventuale annullamento della decisione impugnata, in particolare, la riapertura della gara d'appalto (v. punto 60 supra). Pertanto, nella presente fattispecie, la possibilità per la ricorrente di proporre una siffatta domanda di sospensione, anche prima della firma e dell'entrata in vigore dell'accordo quadro, era necessaria al fine di conferire efficacia al ricorso principale, inteso a controllare l'imparzialità del procedimento della gara d'appalto e a preservare le sue opportunità di potersi aggiudicare l'appalto con la BEI al termine di tale procedura. Dall'altra parte, come già è stato constatato (v. supra punto 116), la BEI non ha fornito alla ricorrente una motivazione sufficiente della decisione impugnata prima dell'introduzione da parte di quest'ultima del ricorso principale inteso specificamente a far annullare predetta decisione.

124 Da ciò consegue che la BEI nella specie ha violato il diritto della ricorrente ad un ricorso effettivo.

125 Per quanto poi riguarda l'asserita violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, da una consolidata giurisprudenza risulta che nelle procedure delle gare d'appalto, l'autorità aggiudicatrice è tenuta al rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti, il che altro non è che una specifica espressione del principio di parità di trattamento (v., in questo senso, sentenza della Corte 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punti 46 e 48, e giurisprudenza ivi citata). Secondo la costante giurisprudenza, l'autorità aggiudicatrice è tenuta, in ogni fase del procedimento della gara d'appalto, al rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti (sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, punto 89 supra, punto 108, e sentenza del Tribunale 17 dicembre 1998, causa T-203/96, Embassy

Limousines & Services/Parlamento, Racc. pag. II-4239, punto 85) e, di conseguenza, al rispetto della pari opportunità di tutti gli offerenti (sentenza del Tribunale 11 luglio 2007, Evropaïki Dynamiki/Commissione, punto 107 supra, punto 45). Secondo la giurisprudenza, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione fondata sulla nazionalità implicano inoltre un obbligo di trasparenza, che consiste nel garantire, a favore di ogni potenziale offerente, un grado adeguato di pubblicità, che consenta un'apertura del pubblico appalto alla concorrenza nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di attribuzione (sentenze della Corte 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 62, e Parking Brixen, cit., punto 49).

126 Nella specie non è contestato che la BEI ha immediatamente comunicato la decisione impugnata agli altri offerenti esclusi, e questo molto tempo prima della firma dell'accordo-quadro, offrendo così a questi ultimi la possibilità, della quale ha illegittimamente privato la ricorrente (v. punto 123 supra), di proporre dinanzi al giudice dell'urgenza una domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata fino alla firma dell'accordo-quadro al fine di preservare l'efficacia di un ricorso principale inteso a controllare l'imparzialità del procedimento della gara d'appalto.

127 Da ciò consegue che la BEI nella specie ha violato i principi di parità di trattamento e di trasparenza, pregiudicando il diritto della ricorrente a un ricorso effettivo avverso la decisione impugnata, mentre gli altri offerenti esclusi hanno beneficiato di un siffatto diritto.

128 Per quanto infine riguarda l'asserita violazione del principio di buona amministrazione, dalla giurisprudenza risulta che tale principio può costituire una regola di diritto avente l'oggetto di conferire diritti ai singoli, quando costituisce l'espressione di diritti specifici (sentenza del Tribunale 13 novembre 2008, causa T-128/05, SPM/Consiglio e Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punto 127).

129 Dagli argomenti sopra sviluppati risulta che la BEI ha violato diritti protetti della ricorrente, non comunicandole nel più breve tempo possibile la decisione impugnata, e che, non comunicandole entro i 15 giorni dal ricevimento della sua domanda e prima della presentazione del suo ricorso una motivazione sufficiente della decisione di cui trattasi, ha violato anche il principio di buona amministrazione recando pregiudizio al diritto della ricorrente a un ricorso effettivo avverso la decisione impugnata.

130 Secondo la giurisprudenza della Corte, possono considerarsi sostanziali le forme concepite per circondare le misure con ogni garanzia di circospezione e di prudenza (sentenza della Corte 21 marzo 1955, causa 6/54, Paesi Bassi/Alta Autorità, Racc. pag. 201, a pag. 220). Nell'ambito dell'aggiudicazione di un pubblico appalto, il diritto di un offerente escluso a un ricorso effettivo avverso la decisione che attribuisce il pubblico appalto ad un altro offerente come pure l'obbligo correlativo che incombe sull'autorità aggiudicatrice di comunicargli, su richiesta, i motivi della sua decisione debbono considerarsi forme sostanziali ai sensi della sopra citata giurisprudenza, in quanto circondano l'elaborazione della decisione di attribuzione di garanzie che consentono l'esercizio di un controllo effettivo sull'imparzialità del procedimento della gara d'appalto che è approdato a tale decisione.

131 Conformemente alla giurisprudenza relativa alla violazione di forme ad substantiam, si deve constatare che il mancato rispetto da parte della BEI delle forme sostanziali che circondano la decisione impugnata deve comportarne l'annullamento (v., in questo senso, sentenza della Corte 30 marzo 1995, causa C-65/93, Parlamento/Consiglio, Racc. pag. I-643, punto 21).

132 Alla luce delle considerazioni che precedono, il primo e il secondo motivo del ricorso vanno accolti.

Sul terzo e quarto motivo

— Argomenti delle parti

133 Con il terzo motivo la ricorrente sostiene che, utilizzando un criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», la BEI ha violato il principio di proporzionalità e l'obbligo di scegliere criteri di attribuzione che consentano una obiettiva valutazione comparativa delle offerte. Siffatto criterio di attribuzione avrebbe impedito agli offerenti di esercitare il loro legittimo diritto di fare ricorso a subappalti. Inoltre, tale criterio sarebbe stato formulato in modo troppo impreciso per consentire agli offerenti di conoscere la capacità ottimale che dovevano offrire per ottenere il punteggio massimo. Nell'elenco di «domande e risposte», la domanda vertente sul livello massimo di «capacità di fornire un'equipe» e la risposta della BEI a tale domanda, secondo cui essa «non [aveva] stabilito un numero ottimale», dimostrerebbero che gli offerenti non potevano sapere e non sapevano cosa essi dovevano e potevano fare per presentare la migliore offerta con riferimento a tale criterio, e che tale «numero ottimale» era stato determinato dal comitato di valutazione nella fase della valutazione comparativa delle offerte. Un siffatto procedimento avrebbe avuto l'effetto di falsare la concorrenza tra gli offerenti a favore dell'offerente prescelto, cioè l'appaltatore già esistente il quale deterrebbe gli strumenti informatici specifici utilizzati dalla BEI, o degli offerenti che avevano capacità sufficienti per non fare ricorso ad un'equipe di esperti esterni mobilizzabili in caso di attribuzione dell'appalto. Contrariamente a quanto sostenuto dalla BEI, gli strumenti informatici specifici detenuti dall'offerente prescelto non sarebbero particolarmente diffusi, poiché la loro quota di mercato sarebbe solo il 3 % e sarebbero piuttosto in declino. La ricorrente sostiene peraltro che aveva a disposizione numerosi esperti che rispondevano al fabbisogno della BEI, come quest'ultima avrebbe essa stessa riconosciuto e come sarebbe attestato da una tabella inserita nella replica. Invita egualmente la BEI

a rivelare i curriculum vitae anonimi del personale comunicati dall'offerente prescelto affinché le loro qualifiche possano essere comparate con quelle dei suoi propri esperti.

134 La BEI conclude per il rigetto del terzo motivo. Ai punti 6.4 e 6.5 del capitolato d'oneri sarebbe chiaramente stipulato che erano autorizzati i subappalti e le associazioni temporanee di offerenti, il che comprendeva il ricorso a esperti indipendenti. Ciò sarebbe stato ancora confermato nell'elenco delle «domande e risposte» dove veniva precisato che le risorse provenienti dai subappaltatori erano assimilate alle risorse proprie dell'offerente interessato ai fini della gara d'appalto. La sola condizione posta al punto 1.3 del capitolato d'oneri sarebbe stata che gli offerenti facessero prova della volontà di reclutare un'equipe in possesso di competenze appropriate. Peraltro, l'offerente prescelto non sarebbe stato il solo a poter rispondere al criterio tecnico intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» facendo ricorso al «proprio personale», in quanto non avrebbe detenuto l'integralità degli strumenti informatici utilizzati nell'ambito dell'applicazione informatica di cui trattasi. Il linguaggio di programmazione di tale applicazione, e cioè il linguaggio «Java», nonché gli strumenti sviluppati dall'offerente prescelto, tra cui il software «Sybase server suite» e il sistema di gestione di banca dati, sarebbero conosciuti sul mercato e numerose persone sarebbero a tal riguardo competenti. Ciò sarebbe dimostrato dai curriculum vitae forniti dalla ricorrente, in particolare dal curriculum vitae che menzionerebbe un'esperienza relativa all'insieme del software «Sybase server suite» nonché una grande conoscenza del linguaggio «Java». Inoltre la ricorrente sarebbe essa stessa caduta in contraddizione nei suoi argomenti o tramite i documenti da essa prodotti.

135 Con il quarto motivo la ricorrente ritiene che, utilizzando il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», la BEI abbia violato il principio di parità di trattamento e l'obbligo di utilizzare, ai fini della valutazione comparativa delle offerte nella fase di attribuzione dell'appalto, solo criteri che non rientrano nella fase di selezione dei candidati. Siffatto criterio, come riconosciuto dalla BEI al punto 89 del controricorso, non avrebbe avuto altro scopo che verificare la «capacità dell'organico degli offerenti» tramite lo studio del loro curriculum vitae

e sarebbe già stato utilizzato, consapevolmente, durante la fase di selezione dei candidati. Esso non avrebbe potuto pertanto essere utilizzato nella fase di valutazione comparativa delle offerte e di attribuzione dell'appalto in forza della regola secondo la quale le procedure di selezione degli offerenti e di attribuzione dell'appalto dovrebbero essere nettamente separate. Inoltre la BEI avrebbe violato il principio di parità di trattamento in quanto, con la doppia applicazione di tale criterio, avrebbe favorito l'offerente prescelto, che sarebbe stato quello meglio in grado di «fornire un'equipe», dal momento che era anche l'appaltatore già esistente, che deteneva gli strumenti informatici specifici utilizzati dalla BEI e che avrebbe avuto potenzialmente più esperti a sua disposizione.

136 La BEI conclude per il rigetto del quarto motivo. Ricorda l'ampio potere discrezionale di cui disponeva nella fase della selezione dei criteri di attribuzione dell'appalto. I criteri di selezione degli offerenti, secondo cui questi ultimi dovevano disporre di almeno quindici dipendenti che lavoravano per loro da almeno due anni, nel loro reparto informatico, nonché di tre referenze verificabili, non potrebbero essere confusi con il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» poiché tali criteri corrispondono a punti distinti nel capitolato d'oneri. Il criterio menzionato al punto 6.2.2 del capitolato d'oneri conformemente al punto 2.5.1.1 della Guida, in quanto criterio di selezione degli offerenti, sarebbe stato destinato a verificare che questi ultimi rispondessero alle condizioni minime richieste in termini di personale e di capacità del loro servizio informatico, mentre il criterio menzionato al punto 7.1.1 del capitolato d'oneri, conformemente al punto 2.5.1.2 della Guida, in quanto criterio di attribuzione dell'appalto sarebbe stato destinato a valutare le competenze e l'esperienza pertinente dei dipendenti proposti dagli offerenti alla luce del loro curriculum vitae e delle tabelle di competenze trasmesse nonché la capacità degli offerenti di rispondere al fabbisogno specifico dell'appalto pubblico. La BEI sostiene altresì che la ricorrente versa in malafede allorché questa afferma che essa aveva riconosciuto che i suoi atti erano in contrasto con la normativa applicabile alle gare d'appalto.

— Giudizio del Tribunale

137 La BEI, così come dispone di un ampio potere discrezionale circa gli elementi da prendere in considerazione in vista dell'adozione di una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico mediante una gara, altrettanto gode di un ampio potere discrezionale per determinare sia il contenuto sia la messa in atto delle regole applicabili all'aggiudicazione di un pubblico appalto per proprio conto mediante una gara (v., in questo senso e per analogia, sentenza del Tribunale 14 febbraio 2006, cause T-376/05 e T-383/05, TEA-CEGOS e a./Commissione, Racc. pag. II-205, punti 50 e 51). La facoltà lasciata alla BEI di scegliere liberamente i criteri sulla cui base intende attribuire gli appalti pubblici che essa bandisce per proprio conto, le consente di prendere in considerazione la natura, l'oggetto e le caratteristiche proprie di ciascun appalto.

138 Si deve tuttavia tener conto delle disposizioni della Guida. Al punto 2.5 di quest'ultima sono enunciate le regole applicabili allo «svolgimento del procedimento». In particolare, il punto 2.5.1 tratta la «verifica dell'idoneità e della scelta dei partecipanti» nonché «l'attribuzione degli appalti». Da quest'ultimo punto risulta, in particolare, che «l'attribuzione degli appalti della [BEI] avviene sulla base dei criteri di selezione e di attribuzione enunciati nel bando di gara d'appalto o nel capitolato d'oneri previa verifica dell'ammissibilità degli operatori economici a partecipare alla procedura».

139 A tenore del punto 2.5.1.1, relativo ai «criteri di selezione», «l'oggetto di tali criteri è quello stabilire se un operatore si trova nella situazione economica e finanziaria e presenta le capacità tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto». Viene inoltre previsto che «la [BEI] fissa tali criteri conformemente agli artt. 47 e 48 della direttiva [2004/18], prendendo in considerazione, se del caso, le disposizioni di cui agli artt. 49 e 50». Viene ancora precisato che «la [BEI] può fissare livelli minimi di capacità al di sotto dei quali gli offerenti o i candidati saranno esclusi dal procedimento» e che «tali soglie sono precisate nel bando».

140 Il punto 2.5.1.2 della Guida, relativo ai «criteri di attribuzione dell'appalto», prevede in particolare quanto segue:

«L'obiettivo dei criteri [di attribuzione] è consentire una selezione tra gli offerenti che non sono stati esclusi [a conclusione del procedimento di selezione] e che peraltro rispondono ai criteri di selezione enunciati nel bando di concorso o nel capitolato d'oneri».

«I criteri sui quali la [BEI] si fonda per attribuire gli appalti sono:

a) (…) nel caso in cui l'attribuzione venga fatta all'offerta economicamente più vantaggiosa (migliore rapporto qualità-prezzo) dal punto di vista della [BEI], diversi criteri legati all'oggetto dell'appalto di cui trattasi — per esempio la qualità, il prezzo, il valore tecnico, il carattere estetico e funzionale, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzo, la redditività, il servizio post-vendita e l'assistenza tecnica, la data di fornitura e il termine di fornitura o di esecuzione;

(…)

Nel caso previsto supra sub a), la [BEI] precisa nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, nel caso di licitazione, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che conferisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (…)».

141 Le disposizioni della Guida menzionate supra al punto 140 sono intese a garantire che la facoltà conferita alla BEI nella scelta dei criteri di attribuzione venga esercitata nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza nella fase della valutazione delle offerte in vista dell'attribuzione dell'appalto (v., in questo senso e per analogia, sentenze della Corte 20 settembre 1988, 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punti 21 e 22, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punti 90-92). Lo scopo di tali disposizioni è infatti di quello di consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente accorti di interpretare i criteri di attribuzione allo stesso modo e di disporre di conseguenza delle medesime opportunità nella formulazione dei termini della loro offerta (v., per analogia, sentenza della Corte 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punto 42).

142 Inoltre, tali disposizioni sono intese a garantire il rispetto del principio di proporzionalità, il quale richiede che gli atti delle istituzioni non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (sentenza Antwerpse Bouwwerken/Commissione, punto 62 supra, punto 57). Se è vero che i criteri che possono essere presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice nel caso in cui l'attribuzione venga fatta all'offerta economicamente più vantaggiosa non sono enumerati in maniera tassativa al punto 2.5.1.2 della Guida e che tale punto rimette all'autorità aggiudicatrice la facoltà di scegliere i criteri di attribuzione dell'appalto pubblico che le sembrano i più appropriati, tale scelta può pertanto avere ad oggetto soltanto criteri intesi a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in questo senso e per analogia, sentenza della Corte 24 gennaio 2008, causa C-532/06, Lianakis e a., causa C-532/06, Racc. pag. I-251, punto 29, e la giurisprudenza ivi citata; sentenze Renco/Consiglio, punto 109 supra, punto 66, e Strabag Benelux/Consiglio, punto 109 supra, punti 73 e 74). Pertanto, sono esclusi, in quanto criteri di attribuzione, quei criteri che non sono intesi a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che sono essenzialmente legati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti a eseguire l'appalto di cui trattasi (v., in questo senso e per analogia, sentenze della Corte Beentjes, punto 141 supra, punti 15-19; 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT, Racc. pag. I-6379, punti 59-67, e Lianakis e a., cit., punti 30-32). La qualità delle offerte deve essere valutata in base alle offerte stesse e non in base all'esperienza acquisita dagli offerenti con l'amministrazione aggiudicatrice in occasione di precedenti contratti o in base a criteri, come la capacità dei candidati di eseguire l'appalto, che rientrano nella fase di

selezione degli offerenti e che non possono essere nuovamente presi in considerazione ai fini della valutazione comparativa delle offerte (sentenza Beentjes, punto 141 supra, punto 15, e sentenza TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissione, punto 100 supra, punto 86).

143 Con il terzo e il quarto motivo la ricorrente deduce in sostanza che il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» era impreciso, discriminatorio e sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, inteso ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, con la conseguenza che la scelta di un siffatto criterio di attribuzione non era conforme agli obblighi che derivano alla BEI dai principi generali del diritto applicabili alle gare d'appalto, quali attuati al punto 2.5.1.2 della Guida.

144 Va a questo proposito rilevato che il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» era enunciato al punto 7.1.1 del capitolato d'oneri relativo ai «criteri tecnici» il quale inoltre precisava che «la capacità dell'offerente di fornire un'equipe che dispone delle competenze richieste sare[bbe stata] valutata sulla base dell'informazione fornita nella tabella dei profili del personale e dei [curriculum vitae]». Dall'elenco «domande e risposte» risulta che tramite tale criterio tecnico «la [BEI] auspica[va] che [l'aggiudicatario dell'appalto] non disponesse solo di personale competente ed esperto sufficientemente numeroso per costituire un'equipe principale, ma che avesse altresì a sua disposizione una riserva di risorse adeguate, in termini di competenze e di esperienza, a rispondere a fabbisogni supplementari». A questo proposito la BEI fa presente che sarebbe stata «la tabella dei profili del personale a fornire un'indicazione della profondità e dell'ampiezza della competenza e dell'esperienza a disposizione dell'offerente che la BEI potrebbe mobilitare». Ciò è conforme al contenuto del punto 4.2 del capitolato d'oneri, secondo il quale gli offerenti dovevano descrivere il personale proposto nella tabella dei profili del personale figurante in allegato al capitolato d'oneri e secondo il quale la loro proposta a tal riguardo sarebbe stata valutata sulla base dell'esperienza e del numero delle persone che dispongono delle adeguate competenze. Inoltre la BEI faceva presente che «avrebbe esaminato la tabella dei profili del personale (…) per valutare se

l'offerente appariva disporre di un personale in possesso di competenze adeguate in numero sufficiente e con un'esperienza sufficiente per rispondere [ai suoi] bisogni» e che «tale valutazione si [sarebbe applicata] a due dei criteri tecnici (…), il livello di conformità delle competenze e qualificazioni del personale proposto e la capacità a fornire un'equipe formata da risorse proprie». Peraltro la BEI ha altresì fatto presente che non aveva «definito un numero ottimale» per quanto riguarda le equipe da fornire e, in particolare, l'equipe formata da proprie risorse che doveva essere fornita per rispondere ai bisogni supplementari dell'autorità aggiudicatrice. Infine la BEI ha precisato che «i termini "risorse proprie" stanno a significare il personale attualmente occupato dall'offerente (…) o i suoi subappaltatori dichiarati».

145 Si deve innanzitutto constatare che è senza fondamento la tesi della ricorrente secondo la quale il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» era discriminatorio in quanto impediva di fare ricorso a subappaltatori al fine di rispondere a tutti i bisogni espressi dalla BEI. Infatti, dal capitolato d'oneri come pure dall'elenco «domande e risposte» risulta che il ricorso a subappaltatori era permesso a condizione che questi fossero chiaramente identificati come tali nelle offerte e che gli offerenti fossero stati debitamente avvertiti del fatto che i subappaltatori chiaramente identificati sarebbero stati presi in considerazione ai fini dell'applicazione del suddetto criterio di attribuzione.

146 Infondata è inoltre la tesi della ricorrente secondo la quale il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» era stato utilizzato nello stadio di selezione degli offerenti. Infatti, dal capitolato d'oneri risulta che, a titolo dei criteri di selezione contemplati al punto 6.2.2 del capitolato d'oneri, gli offerenti dovevano soltanto produrre «tre referenze pertinenti e verificabili di incarichi effettuati negli ultimi due anni nel settore coperto dalla presente gara d'appalto» nonché «una dichiarazione firmata [che attestasse] che [gli offerenti] disponevano di almeno 15 dipendenti [nel settore dell'informatica] (e non personale di supporto

amministrativo) che lavoravano per loro da almeno due anni». Quest'ultimo criterio di selezione, che verteva su un numero minimo di persone che disponevano a priori di un'esperienza e di competenza nel settore coperto dall'appalto, differiva dal criterio di attribuzione di cui trattasi, che verte sulla capacità dell'offerente di mobilizzare del personale esperto e competente in numero sufficiente per rispondere a bisogni supplementari dell'autorità aggiudicatrice.

147 Per quanto riguarda la scelta stessa del criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» si deve infine rilevare che né il punto 2.5.1.2 della Guida né i principi generali del diritto possono essere interpretati nel senso che ciascuno dei criteri di attribuzione accolti dalla BEI al fine di identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa doveva necessariamente essere di natura quantitativa o orientato esclusivamente verso i prezzi (v., per analogia, sentenza Renco/Consiglio, punto 109 supra, punti 67 e 68). Infatti, diversi fattori, che non sono di natura puramente quantitativa, come la qualità del personale occupato o più generalmente il valore tecnico dell'offerta, possono influire sulla qualità dell'esecuzione di un appalto di prestazione di servizi e di conseguenza sul valore economico dell'offerta presentata in un siffatto appalto (v., in questo senso, sentenze della Corte Beentjes, punto 141 supra, punto 18, e 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschutz, Racc. pag. I-5697, punto 30).

148 Tuttavia, dai documenti della gara d'appalto menzionati supra al punto 144, risulta che il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire una equipe formata da risorse proprie» verte in particolare sulla capacità del personale occupato dall'offerente e dai suoi subappaltatori identificati, come descritto nella tabella dei profili del personale, a rispondere, in termini di esperienza, di qualifiche e di numero, ai bisogni supplementari espressi dall'autorità aggiudicatrice. Si tratta pertanto di un criterio che riguarda almeno in parte l'idoneità degli offerenti a eseguire l'appalto nella sua integrità, ivi incluse le prestazioni di servizi supplementari. In questa misura, tale criterio non ha la qualifica di «criterio di attribuzione» ai sensi del punto 2.5.1.2 della Guida, il quale si riferirebbe unicamente alla qualità delle prestazioni di servizi supplementari che possono essere fornite da ciascun offerente alla luce delle sue risorse proprie e quindi al vantaggio economico relativo di ciascuna delle offerte riguardanti siffatte

prestazioni (v., in questo senso e per analogia, sentenza Lianakis e a., punto 142 supra, punto 31; sentenze del Tribunale 1º luglio 2008, causa T-211/07, AWWW/FEACVT, non pubblicata nella Raccolta, punto 60, e 10 settembre 2008, causa T-465/04, Evropaïki Dynamiki/Commissione, Racc. pag. II-154, punto 65).

149 Inoltre, il criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», se da un lato doveva, in particolare, consentire di valutare se l'offerente disponeva di personale in possesso delle competenze e dell'esperienza richieste «in numero sufficiente» per soddisfare le domande di servizi supplementari della BEI, dall'altro era formulato in modo vago e impreciso, poiché, come in particolare risulta dal punto 4.2 del capitolato d'oneri, nessun «numero ottimale» era stato predefinito per quanto riguarda detto personale e la BEI non aveva a tal proposito fornito indicazioni quantitative precise agli offerenti. Certamente, il punto 1.2 del capitolato d'oneri relativo alla «descrizione del settore» coperto dall'appalto indicava che dieci persone esterne al personale della BEI erano dedicate all'attività di progetti correlati all'applicazione informatica di cui trattasi e che una decina di progetti erano allo stato in corso. Veniva inoltre fatto presente che, negli anni a venire, il volume dell'attività di progetti in particolare, sarebbe dovuto diminuire di modo che le cifre menzionate nel capitolato d'oneri avrebbero dovuto essere considerate un massimo da parte dei potenziali offerenti. Tuttavia, veniva immediatamente precisato che non era da escludersi che nuovi mandati di prestito o nuove operazioni specifiche approvate dalla BEI potessero dare luogo a nuovi picchi di attività in materia di progetti.

150 Orbene, poiché l'offerente prescelto era anche il prestatore di servizi esistente, preposto allo sviluppo, alla manutenzione, al supporto e alle attività di progetti relativi all'applicazione informatica di cui trattasi, lo stesso era anche quello meglio in grado, per la sua esperienza, di valutare quali avrebbero potuto essere gli effettivi fabbisogni della BEI in termini di capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie per rispondere alle domande di prestazione di servizi supplementari che avrebbero potuto essere espresse dalla BEI nell'ambito dell'esecuzione di tale appalto. Da ciò consegue

che l'imprecisione del criterio di attribuzione intitolato «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie» ha potuto in pratica condurre a favorire l'offerente esistente a danno degli altri offerenti, e in particolare della ricorrente, e questo in violazione del principio di parità di trattamento, in forza del quale gli offerenti debbono disporre delle medesime opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte.

151 Si deve di conseguenza constatare che i principi di proporzionalità e di parità di trattamento come pure il punto 2.5.1.2 della Guida, che dà attuazione a tali principi, erano di ostacolo a che, nell'ambito del presente procedimento di gara d'appalto, la BEI tenesse conto della capacità degli offerenti di fornire l'integralità dei servizi attesi nell'ambito dell'appalto non a titolo di «criterio di selezione» dei candidati ma a titolo di «criterio di attribuzione» dell'appalto e che si fondasse a tal proposito su un criterio impreciso tale da favorire in pratica l'offerente prescelto, che era altresì l'appaltatore esistente, che aveva in precedenza fornito i servizi di cui trattasi.

152 Alla luce di quanto sopra considerato, il terzo e il quarto motivo del ricorso vanno accolti.

Sul sesto motivo

— Argomenti delle parti

153 La ricorrente sostiene che la BEI ha violato l'art. 99 del regolamento finanziario, l'art. 148, nn. 1 e 2 delle modalità di esecuzione nonché i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di non discriminazione quali sanciti dall'art. 89 del regolamento finanziario letto in combinato con il «considerando» 18 del medesimo

regolamento, e dalla giurisprudenza, dalla prassi della Commissione o dalla dottrina, in quanto avrebbe attribuito l'appalto all'offerente prescelto dopo che questi aveva, a seguito di occulti contatti con la BEI, sostanzialmente modificato i termini della sua offerta, tanto dal punto di vista del prezzo che della qualità. Dalla nota 31 gennaio 2008 risulterebbe che, dopo l'apertura delle offerte e la loro valutazione, il comitato di valutazione avrebbe raccomandato l'offerta prescelta. Tuttavia, dopo aver constatato che tale offerta era la più elevata di tutte le offerte, il comitato di valutazione avrebbe deciso di tenere una riunione con l'offerente prescelto, al fine di ottenere chiarimenti su taluni punti rimasti in sospeso, in particolare gli aspetti finanziari dell'offerta, prima di proseguire il procedimento della gara d'appalto. Nel corso di tale riunione l'offerente prescelto avrebbe sostanzialmente modificato i termini della sua offerta al fine di abbassarne il prezzo previsto per il servizio, riducendone correlativamente la qualità. In particolare, l'offerente prescelto avrebbe promesso di ridurre il prezzo previsto della sua offerta modificando, in particolare, il personale preposto all'appalto in vista di una composizione più equilibrata dello stesso e quindi fornendo un numero minore di consulenti esperti. È a seguito di tali illegittime trattative che la BEI avrebbe deciso di aggiudicare l'appalto all'offerente prescelto. Da ciò consegue che l'offerta infine accolta dalla BEI sarebbe stata sostanzialmente diversa, e, cosa più importante con riferimento alla ponderazione relativa dei criteri di attribuzione specificati nel capitolato d'oneri, di qualità inferiore a quella che era stata valutata dal comitato di valutazione. Orbene, questa minore qualità dell'«offerta finale» dell'offerente prescelto rispetto alla sua «offerta iniziale» non sarebbe stata presa in considerazione all'atto della valutazione comparativa delle offerte, quale condotta dal comitato di valutazione.

154 A questo proposito, la ricorrente invita il Tribunale a comparare l'esperienza del personale figurante nell'offerta prescelta con quella del personale alla fine offerto e a constatare che, senza le trattative illegalmente condotte con la BEI nonché gli errori manifesti di valutazione che inficiano la decisione impugnata, l'appalto le sarebbe stato attribuito. Ad ogni modo, la ricorrente sostiene che, se il procedimento della gara d'appalto fosse stato condotto nel rispetto del principio di parità di trattamento e fosse stato trasparente, anch'essa sarebbe stata in grado di migliorare considerevolmente

la sua «offerta iniziale» con riferimento ai criteri di attribuzione scelti, il che avrebbe anche potuto consentirle di ottenere l'appalto.

155 La BEI contesta gli argomenti della ricorrente e conclude per il rigetto del sesto motivo. Osserva che né il regolamento finanziario, né le modalità di esecuzione sono intesi a disciplinare il procedimento della gara d'appalto. Peraltro, la ricorrente non avrebbe interesse a sollevare il presente motivo. Secondo la BEI le discussioni condotte con l'offerente prescelto sarebbero intervenute solo dopo la chiusura della fase di valutazione comparativa delle offerte, la quale classificava l'offerta prescelta al primo posto, mentre quella della ricorrente occupava soltanto il secondo posto, e quindi in un momento in cui l'offerente prescelto aveva già ottenuto l'appalto. Tali contatti non dovrebbero pertanto essere considerati intervenuti durante il procedimento di aggiudicazione dell'appalto ai sensi del punto 2.5.2. della guida o anche dell'art. 99 del regolamento finanziario invocato dalla ricorrente. Ad ogni modo, siffatti contatti non avrebbero né riguardato la modifica dell'offerta prescelta, classificata al primo posto a seguito della valutazione comparativa delle offerte, né sarebbero approdati ad un siffatto risultato. Essi avrebbero avuto soltanto ad oggetto le modalità di esecuzione dell'appalto da parte dell'offerente prescelto, conformemente ai termini della sua offerta e non sarebbero stati comunque tali da modificare la classificazione decisa in esito alla valutazione comparativa delle offerte. Dal punto di vista finanziario, la riduzione dei tassi giornalieri previsti per i «programmatori di software senior» e di quelli previsti per i «programmatori di software di livello intermedio» nonché la sostituzione di taluni dei «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta con membri del personale «più giovani» non avrebbero potuto avere l'effetto di modificare la classificazione dell'offerta prescelta rispetto a quelle di altri offerenti, tra cui la ricorrente, con la conseguenza che esse non sarebbero state per questi ultimi pregiudizievoli. Dal punto di vista tecnico, la sostituzione di taluni «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta dall'offerente prescelto con membri del personale «più giovani» non avrebbe dato luogo ad un degrado relativo del valore tecnico della sua offerta, poiché il personale sostituito sarebbe figurato nella tabella dei profili del personale allegata alla predetta offerta e il valore tecnico di tale offerta sarebbe stato valutato tenendo conto non solo delle qualifiche risultanti dai curriculum vitae dei membri dell'equipe principale proposta, ma anche dalle qualifiche delle

persone integrate nella tabella dei profili del personale di cui trattasi. Il riferimento alla «composizione di un'equipe più equilibrata» non avrebbe significato che il personale principale proposto nell'offerta prescelta, per comporre l'equipe incaricata dell'esecuzione dell'appalto sarebbe stato modificato, ma solo che quel personale consentiva di comporre un'equipe «più equilibrata» di quella che il suddetto offerente aveva posto in essere per l'esecuzione del precedente appalto vertente sull'applicazione informatica di cui trattasi. Quindi, la giurisprudenza applicabile in materia non consentirebbe di concludere che i contatti intervenuti tra essa e l'offerente, successivamente alla fase di valutazione comparativa delle offerte, avrebbero inciso sulla validità della decisione impugnata e la ricorrente invocherebbe senza fondamento, nella specie, una violazione del principio di parità di trattamento o di trasparenza.

— Giudizio del Tribunale

156 La ricorrente sostiene senza fondamento la violazione degli artt. 89 e 99 del regolamento finanziario e dell'art. 148, nn. 1 e 2 delle modalità di esecuzione, dal momento che il procedimento di gara d'appalto e la decisione impugnata non sono disciplinati né dal regolamento finanziario né a maggior ragione dalle sue modalità di esecuzione (v. supra punto 87). Il sesto motivo, nella misura in cui deduce una siffatta violazione, è pertanto infondato e va respinto.

157 Tuttavia, tale sesto motivo deve essere esaminato nella misura in cui deduce violazione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, che sono applicabili al procedimento di gara d'appalto e alla decisione impugnata per le ragioni sopra esposte al punto 88. Tenuto conto sia dell'importanza come pure dell'obiettivo e dell'effetto utile di tali principi, il loro rispetto deve essere assicurato egualmente in presenza di una specifica aggiudicazione, quale quella di specie, tenendo conto, se del caso, delle specificità che caratterizzano quest'ultimo procedimento.

158 Si deve a questo proposito sottolineare che, trattandosi nella specie di un appalto di servizi aggiudicato per proprio conto, di un valore totale stimato, al netto di imposta sul valore aggiunto (IVA), tra i 3 500 000 EUR e i 7 000 000 EUR, la BEI, conformemente alle disposizioni della Guida, ha deciso di attribuire l'appalto con gara a procedura aperta, di pubblicare un bando di gara d'appalto sulla Gazzetta Ufficiale, di redigere il capitolato d'oneri che definiva le modalità e le condizioni dell'appalto, ivi compresi i criteri di attribuzione, e di invitare tutti gli operatori economici che ne avessero fatto domanda a presentare offerte su tale base.

159 Ciò considerato, le disposizioni della Guida e, se del caso, quelle della direttiva 2004/18 alle quali esse rinviano, debbono considerarsi costitutive del quadro giuridico entro il quale la gara d'appalto doveva svolgersi e spettava alla BEI, nella sua qualità di autorità aggiudicatrice, osservare strettamente i criteri che essa stessa aveva fissato, non solo in occasione della gara d'appalto in quanto tale, che aveva per oggetto la valutazione comparativa delle offerte e la scelta dell'aggiudicatario, ma, più in generale, fino alla conclusione della fase di esecuzione dell'appalto di cui trattasi (v., in questo senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, punto 89 supra, punto 115).

160 Quando l'offerta di un candidato, che non è stato escluso dal procedimento di gara d'appalto e che risponde ai criteri di selezione enunciati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, non appare, dal punto di vista dell'autorità aggiudicatrice, come la più vantaggiosa economicamente con riferimento ai criteri di attribuzione enunciati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, essa deve essere scartata dall'autorità aggiudicatrice. Quest'ultima non è tuttavia autorizzata ad alterare la struttura generale dell'appalto modificando una delle condizioni essenziali per la sua attribuzione. Infatti, se l'autorità aggiudicatrice fosse autorizzata a modificare a suo piacimento, nel corso della procedura di gara, le condizioni stesse dell'attribuzione, in mancanza di espressa abilitazione all'uopo prevista nelle pertinenti disposizioni applicabili, i termini che disciplinano l'attribuzione dell'appalto, quali inizialmente stabiliti, sarebbero snaturati (sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, punto 89 supra, punto 120). Per di più, una simile pratica comporterebbe inevitabilmente una violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti, poiché l'applicazione uniforme

delle condizioni di attribuzione e l'obiettività della procedura non sarebbero più garantite (sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, punto 89 supra, punto 121).

161 Tali principi sono peraltro riflessi nel punto 2.5.2. della Guida, il quale tra l'altro enuncia che «[d]urante un procedimento di aggiudicazione di un appalto la [BEI] non accetta alcuna discussione con i candidati o gli offerenti tale da compromettere l'obiettività del procedimento o il principio dell'equo trattamento degli operatori economici» e che se «la [BEI] può per contro contattare i candidati o gli offerenti per iscritto al fine di ottenere chiarimenti su punti precisi sulla loro candidatura o della loro offerta», «siffatti contatti non possono tuttavia essere all'origine di modifiche delle condizioni della domanda di partecipazione o dell'offerta».

162 Nella specie, al punto 1.2 del capitolato d'oneri, relativo alla «[d]escrizione del settore» nel quale rientra l'appalto, era indicato che l'applicazione informatica di cui trattasi era utilizzata da circa 600 persone, che un'equipe di dieci persone esterne al personale della BEI era impiegata per assicurare la manutenzione o il supporto e l'attività di progetti (di cui quattro persone erano assegnate alla manutenzione e sei persone erano assegnate ai progetti) e che una decina di progetti erano attualmente in corso. Inoltre, veniva precisato che quattro membri del personale della BEI svolgevano il ruolo di supervisione o di gestione di progetto, ma erano anche sempre più implicati nelle attività tecniche, cioè le discussioni vertenti sull'architettura. Era previsto di istituire procedure di esame di codice in un prossimo futuro. Infine, negli anni a venire era atteso che il volume dell'attività di progetti diminuisse con la conseguenza che le cifre menzionate dalla BEI dovevano essere considerate dai potenziali offerenti un massimo, anche se non poteva escludersi che nuovi mandati di prestito o nuove operazioni specifiche che fossero state approvate dalla BEI potessero dare luogo a nuovi picchi di attività in materia di progetti.

163 A tenore del punto 6.5 del capitolato d'oneri, relativo al «profilo del personale», l'offerente doveva fornire un profilo chiaro delle competenze di tutto il personale disponibile completando la tabella dei profili del personale. In quest'ultima, un medesimo

membro del personale non doveva essere contabilizzato in più di un profilo. Inoltre, gli offerenti dovevano fornire curriculum vitae anonimi di un «fondo comune principale di risorse disponibili» corrispondente ai differenti profili identificati nella tabella dei profili del personale (in prosieguo: l'«equipe principale»). Su ciascun curriculum vitae doveva essere indicato l'esatto datore di lavoro (il membro interessato nel caso delle offerte raggruppate o di subappalto) di ciascun membro dell'equipe principale. Conformemente alle informazioni fornite al punto 1.2 del capitolato d'oneri, il numero minimo di curriculum vitae richiesti per ciascuno dei cinque profili tipo identificati nella tabella dei profili del personale era così definito: due curriculum vitae di «analisti di sistemi di gestione», due curriculum vitae di «specialisti dell'architettura tecnica», due curriculum vitae di «programmatori di software junior», sei curriculum vitae di «programmatori di software di livello intermedio» e due curriculum vitae di «programmatori di software senior». Inoltre un medesimo curriculum vitae non doveva essere proposto per più di un profilo.

164 Il punto 6.8 del capitolato d'oneri, relativo al «profilo di costo», indicava in particolare che i prezzi dovevano essere forniti in euro al netto di IVA. Essi dovevano includere tutti i tipi di spese che non sarebbero state rimborsate separatamente dalla BEI. L'offerente doveva completare la tabella dei profili di costo figurante in allegato al capitolato d'oneri. I costi dovevano essere presentati sotto forma di tassi giornalieri per i «servizi continui» e i «servizi specifici». Se l'offerente o il fornitore di servizi intendeva applicare tassi differenti per i servizi resi «al di fuori delle ore di servizio» e cioè dopo le 19 e prima delle 8 e i servizi resi durante i week end o le vacanze, questi dovevano ugualmente essere chiaramente indicati nella tabella. Questi ultimi sarebbero stati egualmente applicabili ai servizi resi per fare fronte a eventuali nuovi picchi di attività in materia di progetti (v. supra punto 162).

165 Al punto 7.1 del capitolato d'oneri, relativo ai «criteri di attribuzione», era indicato che l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa con riferimento ai criteri di attribuzione nonché alle loro ponderazioni relative

(v. punto 3 supra). Per quanto riguarda i criteri tecnici, il punto 7.1.1 del capitolato d'oneri precisava che «il livello di conformità delle competenze e qualifiche del personale proposto» e la «capacità di fornire un'equipe formata da risorse proprie», e cioè due criteri che insieme costituivano il 60 % dei punti del punteggio globale, sarebbero stati valutati e classificati in base alla tabella dei profili del personale completata e all'equipe principale proposta, sotto forma di curriculum vitae, dagli offerenti conformemente ai termini di cui al punto 6.5 del capitolato d'oneri. Ciò è stato confermato agli offerenti nell'elenco delle «domande e risposte». Per quanto riguarda il criterio finanziario, il punto 7.1.2 del capitolato d'oneri precisava che il profilo di costo di ciascun offerente sarebbe stato valutato e classificato sulla base di un tasso giornaliero medio ponderato calcolato per ciascun offerente. La ponderazione, che teneva conto dei profili delle persone che avevano le maggiori opportunità di essere dispiegate per l'esecuzione dell'appalto, era precisata nella tabella dei profili di costo. Infine, ai punti 7.1.1 e 7.1.2 del capitolato d'oneri era disposto che la BEI poteva invitare gli offerenti a colloqui, ma che, tuttavia, a questi ultimi non sarebbe stato consentito di modificare i termini della loro offerta scritta dopo il deposito di questa.

166 Sul piano tecnico, la tabella dei profili del personale implicava, per ciascuno dei cinque profili tipo, di precisare in generale e per ciascuna delle competenze associate a ciascun profilo tipo, il numero dei membri del personale disponibili, distinguendo tra questi i «membri del personale avente un'esperienza totale inferiore a tre anni», i «membri del personale aventi un'esperienza totale superiore a tre anni» e «i membri del personale avente un'esperienza superiore ai due anni al servizio del fornitore di servizi».

167 Sul piano finanziario la tabella dei profili di costo implicava di fornire, per ciascuno dei profili tipo e per ciascun tipo di servizi, un tasso giornaliero medio. Le ponderazioni relative dei tassi giornalieri medi per ciascun tipo di servizi erano definite come segue: il 45 % dei punti per il costo dei «servizi continui», 45 % dei punti per il costo dei «servizi specifici», 5 % dei punti per il costo dei servizi resi «al di fuori dell'orario di apertura» e 5 % dei punti per il costo dei servizi resi durante «il week

end e le vacanze». Le ponderazioni relative dei tassi giornalieri medi per ciascuno dei profili tipo, conformemente al punto 7.1.2 del capitolato d'oneri e tenuto conto dei «profili aventi la maggiore opportunità di essere dispiegati» risultanti dal punto 6.5 del capitolato d'oneri erano del 15 % dei punti per il profilo di «analista dei sistemi di gestione», del 15 % dei punti per il profilo di «specialista dell'architettura tecnica», del 15 % dei punti per il profilo di «programmatore di software junior», del 40 % dei punti per il profilo di «programmatore di software di livello intermedio» e del 15 % dei punti per il profilo di «programmatore di software senior».

168 Nella specie, dalla nota del 31 gennaio 2008 e dalle spiegazioni fornite dalla BEI con lettera 15 dicembre 2009 risulta che, dopo la fase della valutazione comparativa delle offerte, la BEI era preoccupata per il fatto che l'offerta prescelta, classificata in prima posizione, fosse la più elevata e che, di conseguenza, ha deciso di organizzare una riunione con l'offerente prescelto per chiarire con lui i punti in sospeso e, in particolare, gli aspetti finanziari della sua offerta prima di continuare la procedura della gara d'appalto. Inoltre, dalla nota del 31 gennaio 2008, risulta che questa riunione si è tenuta il 29 gennaio 2008 e che, in occasione di tale riunione, l'offerente prescelto ha fatto presente all'autorità aggiudicatrice che poteva prendere in considerazione «una composizione dell'equipe più equilibrata (attualmente composta pressoché esclusivamente da consulenti "senior")» e ridurre da EUR 750 e EUR 720 il tasso giornaliero del personale corrispondente al profilo «programmatore di software senior» e da EUR 665 a EUR 650 il tasso giornaliero del personale corrispondente al profilo di «programmatore di software di livello intermedio». Solo a seguito di tale riunione e tenuto conto delle proposte così formulate dall'offerente prescelto, il direttore del dipartimento delle tecnologie dell'informazione della BEI, su parere favorevole del comitato di valutazione, ha deciso il 31 gennaio 2008 di aggiudicare l'appalto all'offerente prescelto. Tale decisione è stata successivamente confermata dal presidente della BEI (v. supra punti 20 e 43). Il 12 e 17 giugno 2008, il contratto è stato firmato dalla BEI e rispettivamente dall'offerente prescelto (v. supra punto 8). Conformemente alle disposizioni del punto 2.4.1 della Guida relative alla «pubblicazione dei bandi», secondo cui la data di chiusura della procedura corrisponde a quella della data di firma del contratto d'appalto, la gara d'appalto è stata chiusa il 17 giugno 2008, ovvero

alla data della firma del contratto quadro. Da ciò consegue che la BEI non ha titolo per sostenere che il 29 gennaio 2008 l'appalto era già stato attribuito all'offerente prescelto e che la gara d'appalto era già stata chiusa quando fu tenuta la riunione.

169 Inoltre, dai documenti prodotti dalla BEI risulta che in esito alla valutazione comparativa delle offerte, quest'ultima non era del tutto soddisfatta del risultato ottenuto in applicazione delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, e cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici e il 25 % dei punti per il criterio finanziario, che avevano consentito di individuare un'offerta per un servizio di grande valore tecnico ma per un prezzo globale più elevato di quello delle altre offerte. Tale circostanza l'ha tra l'altro indotta a decidere di organizzare la riunione del 29 gennaio 2008. Da tali documenti risulta altresì che la suddetta riunione ha consentito all'offerente prescelto di rispondere alle perplessità dovute al prezzo globale previsto nella sua offerta manifestate dall'autorità aggiudicatrice e che tale riunione è stata così determinante in vista dell'attribuzione dell'appalto. Infatti, nel corso della riunione, l'offerente prescelto ha accettato di diminuire il prezzo globale previsto nella sua offerta, riducendo il tasso giornaliero per il personale corrispondente ai profili di «programmatore di software senior» e di «programmatore di software di livello intermedio», quali identificati nella tabella dei profili del personale, prevedendo altresì «una composizione dell'equipe più equilibrata (allo stato composta pressoché esclusivamente da consulenti "senior")». Sotto questo punto di vista la formula secondo cui, in esito alla riunione del 29 gennaio 2008, i membri del comitato hanno mantenuto la loro raccomandazione di aggiudicare l'appalto all'offerente prescelto, figurante nella nota 31 gennaio 2008, non può considerarsi come attestante una nuova valutazione comparativa delle offerte, ma come la semplice reiterazione, da parte del comitato di valutazione, del suo precedente parere, alla luce della circostanza che l'offerente prescelto aveva risposto alle perplessità di natura finanziaria manifestate dall'autorità aggiudicatrice.

170 Per quanto riguarda la riduzione dei tassi giornalieri figuranti nella tabella dei profili di costo che l'offerente prescelto aveva completato e allegato alla sua offerta, questa è approdata, a posteriori, a una modifica dei termini sulla base dei quali l'offerta del concorrente prescelto era stata finanziariamente valutata dal comitato di valutazione.

171 Circa la formula secondo cui l'offerente prescelto avrebbe provveduto ad «una composizione dell'equipe più equilibrata (allo stato composta pressoché esclusivamente da "consulenti senior")», la BEI stessa ha spiegato nelle osservazioni del 26 febbraio 2010 che si riferiva al fatto che «nel corso della riunione [del 29 gennaio 2008], [l'offerente prescelto] aveva proposto di sostituire taluni di tali consulenti [corrispondenti ai «programmatori di software senior» proposti] con personale più giovane. Nel contesto della fattispecie, nella quale la BEI cercava in pratica di ottenere dall'offerente prescelto una diminuzione del prezzo globale previsto nella sua offerta per ravvicinarlo a quelli proposti dagli altri offerenti, la sola credibile spiegazione di una siffatta formula è che l'offerente prescelto avrebbe in pratica sostituito taluni dei «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta con membri del personale «più giovani». Infatti, nella misura in cui il prezzo globale previsto per il servizio dipendeva direttamente dal tasso giornaliero medio ponderato dell'equipe principale, definita come l'equipe che aveva le maggiori opportunità di essere dispiegata qualora l'offerente avesse ottenuto l'appalto, tale prezzo poteva effettivamente essere abbassato modificando la composizione dell'equipe principale proposta nell'offerta, sostituendo al personale più costoso, perché più qualificato, cioè «consulenti senior» corrispondenti al profilo di «programmatore di software senior», personale meno costoso perché meno qualificato, e cioè «consulenti più giovani», che potevano corrispondere ai profili di «programmatore di software di livello intermedio» e di «programmatore di software junior» come risulta dalle osservazioni della BEI 27 febbraio 2010.

172 La BEI non ha fornito alcun elemento di prova che attestasse il fatto che, nonostante le misure decise nel corso della riunione del 29 gennaio 2008, le persone che sono state effettivamente dispiegate dall'offerente prescelto per l'esecuzione dell'appalto corrispondono a quelle che componevano l'equipe principale proposta, sotto forma di curriculum vitae, nella sua offerta e sulla base della quale l'offerta di cui trattasi era stata esaminata sotto l'aspetto tecnico e finanziario dal comitato di valutazione. Peraltro, nelle osservazioni del 26 febbraio 2010 la BEI non sostiene che la composizione dell'equipe principale proposta, sotto forma di curriculum vitae, dall'offerente non era stata modificata a seguito della riunione del 29 gennaio 2008, ma solamente

che tale modifica non potrebbe essere assimilata a una modifica vera e propria della predetta offerta in quanto «il personale più giovane» sostituito a «consulenti senior» dell'equipe principale sarebbe già stato integrato nella tabella dei profili del personale che l'offerente prescelto aveva completato e allegato alla sua offerta. Tuttavia, nella misura in cui la valutazione comparativa delle offerte sul piano tecnico era in particolare funzione della qualificazione delle persone che componevano l'equipe principale proposta dall'offerente, quale risultante dai curriculum vitae di tali persone, allegati alle offerte, la composizione di un'equipe principale più equilibrata, ottenuta grazie alla sostituzione di taluni dei «programmatori di software senior» con membri del personale «più giovane», sia pure integrando persone già menzionate nella tabella dei profili del personale allegata dall'offerente prescelto alla sua offerta, poteva dare soltanto luogo ad una modifica a posteriori dei termini sulla cui base l'offerta di cui trattasi era stata valutata dal comitato di valutazione sia sul piano tecnico sia sul piano finanziario.

173 Inoltre, pare che la BEI cerchi di giustificare la proposta fatta dall'offerente prescelto nel corso della riunione del 29 gennaio 2008 con il fatto che, come indicato nel capitolato d'oneri, potrebbe non essere necessario che l'equipe effettivamente dispiegata nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto sia tanto qualificata quanto quella che fino a quel momento era incaricata della manutenzione, dell'assistenza e dello sviluppo dell'applicazione informatica di cui trattasi (v. supra punto 162) e che era servita da riferimento per definire, nel capitolato d'oneri, la composizione dell'equipe principale sulla base della quale sarebbero state poi in particolare valutate le offerte sia sul piano tecnico che sul piano finanziario (v. supra punto 163). Ammesso che all'esecuzione dell'appalto da parte dell'offerente prescelto potesse effettivamente provvedersi ricorrendo a personale meno qualificato di quello fino ad allora preposto alla detta applicazione, ciò non è tuttavia sufficiente per giustificare il fatto che l'offerente prescelto modifichi la composizione dell'equipe principale che aveva proposto nella sua offerta come l'equipe che avrebbe potuto essere dispiegata nel caso in cui conseguisse l'appalto, al fine di abbassare il prezzo globale previsto nella sua offerta e soddisfare così una nuova esigenza formulata dall'autorità aggiudicatrice in vista dell'attribuzione dell'appalto. Infatti, si tratterebbe a tal riguardo di una modifica a posteriori dei

termini sulla base dei quali l'offerta prescelta era stata valutata dal comitato di valutazione sia sul piano tecnico come pure sul piano finanziario, senza che agli offerenti esclusi, tra cui la ricorrente, fosse stata offerta la medesima possibilità di modificare la loro offerta.

174 Risulta da quanto sopra che, nel contesto del caso di specie, la BEI sostiene senza fondamento che la riunione tenutasi il 29 gennaio 2008 aveva avuto come unico obiettivo quello di discutere talune modalità di esecuzione dell'appalto con l'offerente prescelto e non di modificare il contenuto dell'offerta di quest'ultimo al fine di attribuirgli l'appalto.

175 Da quanto detto innanzi risulta inoltre che tali modifiche hanno falsato non solo la valutazione finanziaria dell'offerta prescelta ma anche la sua valutazione tecnica. Inoltre, i contatti tra la BEI e l'offerente prescelto hanno in pratica portato alla modifica delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione. Infatti, tali trattative e il risultato da esse prodotto, cioè la modifica dell'offerta prescelta, sono derivate dal fatto che, in pratica, la BEI ha attribuito al criterio finanziario un'importanza relativa superiore a quella dei criteri tecnici quali definiti nei documenti della gara d'appalto, sulla cui base le offerte erano state non soltanto preparate dagli offerenti ma anche comparate dal comitato di valutazione. Orbene, non vi è assolutamente dubbio che l'importanza relativa accresciuta che la BEI ha infine attribuito al criterio finanziario per attribuire l'appalto all'offerente prescelto, sarebbe stata più favorevole alla ricorrente qualora fosse stata applicata anche ad essa all'atto della valutazione comparativa delle offerte, in quanto la sua offerta era quella che proponeva il prezzo più basso e che aveva così ottenuto il migliore punteggio a titolo del criterio finanziario.

176 Tuttavia la BEI ritiene che tali modifiche non abbiano falsato la valutazione comparativa delle offerte in modo tale da aver inciso sui diritti degli offerenti esclusi a conclusione di tale valutazione.

177 Anche a voler ammettere, come implicitamente sostenuto dalla BEI allorché fa riferimento in particolare alla sentenza della Corte 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 59), che l'annullamento di una decisione di attribuzione di un pubblico appalto adottata in esito ad un procedimento falsato dal fatto che l'offerente prescelto sia stato autorizzato a modificare il tenore della sua offerta sia subordinato alla constatazione da parte del giudice che la presa in considerazione di tale modifica abbia mutato, a danno degli altri offerenti, le condizioni di comparazione delle offerte, così da incidere sulla classificazione degli offerenti, si deve rilevare che nelle circostanze della presente fattispecie un siffatto effetto può effettivamente essere constatato.

178 È certamente vero che, da un punto di vista finanziario, le modifiche controverse hanno potuto avere unicamente l'effetto di migliorare ulteriormente la valutazione dell'offerta prescelta rispetto a quelle degli altri offerenti, in particolare della ricorrente. Tuttavia, è errato sostenere che sul piano tecnico la sostituzione di taluni dei «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta dall'offerente prescelto con membri di personale «più giovani», non avrebbe avuto l'effetto di modificare la valutazione dell'offerta prescelta. A questo proposito, dai documenti agli atti e in particolare dall'elenco delle «domande e risposte», risulta che «la [BEI] auspica[va] assicurarsi che [l'aggiudicatario dell'appalto] non disponesse soltanto di personale competente ed esperto sufficientemente numeroso per costituire un'equipe principale, ma che [avesse] altresì a sua disposizione una riserva di risorse adeguate, in termini di competenza e di esperienza per rispondere a bisogni supplementari». In questo contesto «i [curriculum vitae] [erano] ritenuti corrispondere all'equipe principale proposta dall'offerente mentre la tabella dei profili del personale [avrebbe fornito] un'indicazione della profondità e dell'ampiezza delle competenze e delle esperienze a disposizione dell'offerente che la [BEI] [avrebbe potuto] mobilizzare». Quindi, mentre i curriculum vitae erano intesi a consentire alla BEI di valutare le qualifiche dell'equipe principale proposta dall'offerente, cioè le persone corrispondenti ai profili che, secondo i termini del punto 7.1.2 del capitolato d'oneri, avevano la maggiore opportunità di essere dispiegati nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto (v. supra punto 165), la tabella dei profili del personale doveva consentire alla BEI di valutare la qualificazione generale del personale a disposizione dell'offerente, sul quale poteva

contare per rispondere a bisogni supplementari. In siffatte circostanze, la sostituzione di taluni dei «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta nell'ambito dell'offerta prescelta, i cui curriculum vitae erano stati presi in considerazione per verificare la qualificazione tecnica di tale equipe, con membri del personale «più giovani», le cui qualifiche erano necessariamente inferiori, può avere avuto solo l'effetto di degradare il valore tecnico globale di tale offerta rispetto a quella degli altri offerenti, e, in particolare, della ricorrente.

179 Tenuto conto delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, e cioè il 25 % dei punti per il criterio finanziario e il 75 % dei punti per i criteri tecnici, e del fatto che la valutazione comparativa delle offerte riposava a sua volta per il 60 % sull'analisi dei curriculum vitae e della tabella dei profili del personale proposti dagli offerenti (v. supra punto 165), è possibile concludere che il miglioramento della valutazione finanziaria dell'offerta prescelta, risultante dalla riduzione del prezzo globale previsto in tale offerta, non era tale da compensare la degradazione della valutazione tecnica della suddetta, risultante dalla sostituzione di taluni dei «programmatori di software senior» dell'equipe principale proposta nell'offerta con membri del personale «più giovani». Da ciò consegue che le modifiche apportate a posteriori all'offerta prescelta avrebbero potuto avere solo un effetto globale sfavorevole sulla valutazione della stessa nell'ipotesi di una nuova valutazione comparativa delle offerte.

180 Ad ogni modo, nella fase dell'attribuzione dell'appalto all'offerente prescelto, la BEI in pratica ha modificato le ponderazioni relative dei criteri tecnici e del criterio finanziario quali definite nei documenti ufficiali della gara d'appalto per concedere un'importanza accresciuta al criterio finanziario (v. supra punto 175).

181 Nella specie, il Tribunale non dispone di elementi che gli consentano di concludere o di escludere con certezza che le modifiche dell'offerta prescelta e delle ponderazioni relative dei criteri tecnici e del criterio finanziario, a seguito della riunione del

29 gennaio 2008 e prima dell'adozione della decisione impugnata, siano state tali da falsare la valutazione comparativa delle offerte a danno degli offerenti esclusi e, in particolare, della ricorrente, e da incidere così sul risultato della gara d'appalto. Poiché la BEI versava nella migliore posizione per fornire prove a tal riguardo, una siffatta incertezza deve essere posta a suo carico (v., in questo senso, per analogia, sentenza della Corte 8 ottobre 1986, cause riunite 169/83 e 136/84, Leussink/Commissione, Racc. pag. 2801, punto 17). Va pertanto accolta la tesi della ricorrente secondo cui le sopra menzionate modifiche sono tali da aver falsato il risultato della gara d'appalto privandola così illegittimamente di un'effettiva opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto.

182 Da quanto precede consegue che, avendo imposto, nel corso della riunione il 29 gennaio 2008, all'offerente prescelto di modificare la sua offerta, la BEI ha inficiato, per violazione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza la decisione impugnata adottata il 31 gennaio 2008, a seguito della suddetta modifica; tale violazione può aver falsato il risultato del procedimento della gara d'appalto privando la ricorrente illegittimamente di un'effettiva opportunità che le fosse aggiudicato l'appalto.

183 Alla luce di tutto quanto supra considerato il sesto motivo di ricorso va accolto.

Sul quinto motivo

— Argomenti delle parti

184 La ricorrente sostiene che la BEI ha violato le norme applicabili alle procedure delle gare d'appalto e il principio di parità di trattamento per aver adottato la decisione

impugnata sulla base delle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, e cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici e il 25 % dei punti per il criterio finanziario. Conformemente ai principi di buona gestione finanziaria, quali riflessi dall'art. 36 della direttiva 92/50 e dall'art. 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore dell telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), dall'art. 138, n. 3, delle modalità di esecuzione e nella giurisprudenza, qualora l'attribuzione di un appalto venga effettuata all'offerta economicamente più vantaggiosa, l'autorità aggiudicatrice dovrebbe fissare le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione badando a non neutralizzare o minimizzare «l'effetto prezzo» in modo che la gara d'appalto possa portare all'aggiudicazione di un appalto pubblico irragionevolmente costoso rispetto agli effettivi bisogni dell'amministrazione.

185 La ricorrente sostiene che, nella quasi totalità delle procedure di aggiudicazione di appalti banditi dall'amministrazione comunitaria per proprio conto nel corso degli ultimi 15 anni, la valutazione comparativa delle offerte è stata operata prevedendo, per quanto riguarda ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, una ponderazione del 50 % dei punti o di pressoché il 50 % dei punti per il criterio finanziario, quando non si trattava di un'aggiudicazione. Questa prassi corrisponderebbe ai principi di una buona gestione finanziaria nell'ambito della quale il comitato di valutazione attribuirebbe, innanzitutto, un certo numero di punti a ogni offerta in funzione del valore tecnico della stessa, quindi dividerebbe tale numero di punti per il prezzo dell'offerta, e l'offerente che ottiene il punteggio più elevato è designato come vincitore dell'appalto. In questo contesto la qualità sarebbe garantita dai criteri di selezione degli offerenti e dall'utilizzo di soglie associate ai criteri tecnici nella fase di attribuzione. Per contro, le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione utilizzate nella specie, e cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici e solo il 25 % dei punti per il criterio finanziario darebbero luogo ad una cattiva gestione finanziaria che comporta la neutralizzazione o la minimizzazione dell'«effetto prezzo» in un procedimento di gara d'appalto, con il quale si sarebbe invece dovuta individuare l'offerta «economicamente più vantaggiosa» e che, può portare all'acquisizione di servizi irragionevolmente costosi da parte dell'amministrazione, incoraggiando gli offerenti a sviluppare all'eccesso il valore tecnico delle loro offerte al solo fine di ottenere il miglior punteggio possibile e, infine,

l'aggiudicazione dell'appalto. Tali ponderazioni inusuali, con riferimento alla prassi dell'amministrazione comunitaria, costituirebbero inoltre una discriminazione indiretta in quanto svantaggerebbero nettamente le piccole e le medie imprese rispetto agli offerenti aventi la capacità di proporre offerte di valore tecnico di gran lunga superiore all'effettivo fabbisogno del pubblico appalto di cui trattasi. Esse sarebbero pertanto in contrasto con il principio di parità di trattamento tra offerenti.

186 La ricorrente infine ritiene che la BEI sostenga senza fondamento che la sua offerta sia stata «la peggiore» nella misura in cui a tal fine si avvale dei risultati di una valutazione essa stessa inficiata da illegittimità e priva di carattere obiettivo. A questo proposito sostiene che la presente censura dovrebbe essere letta in combinato con la censura che deduce la confusione dei criteri.

187 Nella replica la ricorrente sostiene che la neutralizzazione dell'«effetto prezzo» delle offerte derivante dalle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione accolti nella specie viola l'art. 138, n. 3, delle modalità di esecuzione a tenore del quale «la ponderazione relativa del criterio del prezzo rispetto agli altri criteri non deve far sì che il criterio del prezzo sia neutralizzato nella scelta dell'aggiudicatario dell'appalto».

188 La BEI conclude per il rigetto del quinto motivo. Sostiene che, secondo la giurisprudenza, le autorità aggiudicatrici sono libere non solo di scegliere i criteri di attribuzione dell'appalto, ma anche di stabilire le loro ponderazioni relative. Inoltre, il punto 2.5.1.2 della Guida indicherebbe chiaramente che nel caso di un procedimento di gara d'appalto soggetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che riposa su un rapporto qualità/prezzo, i criteri tecnici possono avere una ponderazione relativa maggiore del criterio finanziario. A titolo di confronto, l'art. 97 del regolamento finanziario nonché l'art. 138 delle modalità di esecuzione garantirebbero altresì alle autorità aggiudicatrici la necessaria flessibilità per adattare le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione all'oggetto dell'appalto e l'art. 241 delle modalità di esecuzione prevedrebbe che l'amministrazione comunitaria possa attribuire ponderazioni relative ai criteri di attribuzione dell'80 % dei punti per i criteri tecnici e del

20 % dei punti per il criterio finanziario, quando si tratta di appalti di servizi stipulati nell'ambito delle azioni esterne. Nella specie, il valore tecnico delle offerte e la competenza degli offerenti sarebbero stati fattori essenziali per la BEI dato che l'applicazione informatica di cui trattasi doveva essere il supporto delle attività di prestito che costituiscono il fulcro dei suoi compiti.

189 La BEI sostiene che le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione non sarebbero state inusuali con riferimento agli appalti della stessa natura conclusi da essa o anche da altre istituzioni, nonché con riferimento alle norme di qualità applicate dal suo servizio informatico per appalti di «servizi intellettuali di supporto dei sistemi informatici».

190 Per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione applicate nella specie l'avrebbero svantaggiata neutralizzando l'«effetto prezzo» nel procedimento della gara d'appalto, la BEI sostiene che la ricorrente non ha potuto ragionevolmente attendersi che le fosse attribuito l'appalto per il solo motivo che aveva proposto il prezzo più basso. Anche se le predette ponderazioni relative fossero state quelle indicate dalla ricorrente, cioè il 50 % dei punti per i criteri tecnici e il 50 % dei punti per il criterio finanziario, l'offerta della ricorrente non sarebbe stata accolta, in quanto il punteggio ottenuto dalla sua offerta per i criteri tecnici era nettamente meno elevato di quello ottenuto dall'offerta prescelta per i medesimi criteri. Per quanto riguarda l'esperienza bancaria, l'offerta prescelta sarebbe stata molto completa, come sarebbe attestato dai curriculum vitae della maggior parte delle persone ivi proposte, mentre solo uno degli analisti proposti dalla ricorrente avrebbe avuto le competenze necessarie in materia bancaria. La ricorrente altresì a torto sostiene che tali ponderazioni relative avrebbero neutralizzato «l'effetto prezzo» nel procedimento della gara d'appalto in quanto, nonostante un valore tecnico che è stato giudicato come il peggiore delle cinque offerte non eliminate sul piano tecnico dal comitato di valutazione e appena migliore delle due offerte eliminate a

conclusione della valutazione tecnica, l'offerta della ricorrente avrebbe ottenuto il secondo migliore punteggio globale, tenuto conto del punteggio ottenuto per il criterio finanziario, avendo la predetta proposto il prezzo più basso.

— Giudizio del Tribunale

191 Si deve rilevare che la decisione impugnata non si fonda sulle ponderazioni relative dei criteri di attribuzione inizialmente adottate (v. punto 3 supra), poiché la BEI si è discostata dalle predette ponderazioni avendo imposto all'offerente di abbassare il prezzo globale previsto nella sua offerta prima di attribuirgli l'appalto (v. supra punto 175). Tuttavia, nei limiti in cui respinge le offerte degli altri offerenti ammessi a partecipare alla valutazione comparativa delle offerte, in particolare quella della ricorrente, la decisione impugnata è fondata sull'applicazione delle predette ponderazioni relative dei criteri di attribuzione, la ricorrente conserva un interesse a chiederne il controllo della legittimità in via incidentale, e questo a prescindere dalla violazione del principio di parità di trattamento e di non discriminazione constatata, nell'ambito dell'esame del sesto motivo, in ragione della modifica nel corso del procedimento della gara d'appalto delle ponderazioni relative dei criteri di aggiudicazione applicabili (v. supra punto 182).

192 Secondo la costante giurisprudenza, la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia le autorità aggiudicatici libere non solo di scegliere i criteri di aggiudicazione dell'appalto, ma anche di stabilire le ponderazioni relative di questi ultimi, purché consentano una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tal senso, sentenza della Corte 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 68 e la giurisprudenza ivi citata, e sentenza Strabag Benelux/Consiglio, punto 109 supra, punto 39). Del

resto, conformemente al principio di parità di trattamento e di non discriminazione, le ponderazioni relative dei differenti criteri o dei sottocriteri non debbono essere state adottate prendendo in considerazione elementi idonei a produrre un effetto discriminatorio nei confronti di taluni degli offerenti. (v., in questo senso, sentenze della Corte 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio e a., Racc. pag. I-10109, punto 32, e Lianakis e a., punto 142 supra, punti 42 e 43).

193 Dall'introduzione della Guida risulta che «la [BEI] ritiene che in linea generale il miglior modo di applicare i principi [fondamentali dell'UE nell'ambito delle gare d'appalto] è quello di organizzare una messa in concorrenza tra gli offerenti qualificati e procedere ad una selezione fondata su considerazioni di costo nonché di qualità». Inoltre il punto 2.1 della Guida fa riferimento alla «preoccupazione dominante [della BEI] di garantire il miglior rapporto costi risultati» all'atto dell'attribuzione degli appalti che essa stipula per proprio conto. Il punto 2.5.1.2 della Guida, relativo ai «criteri di aggiudicazione dell'appalto», precisa a questo proposito che «l'offerta economicamente più vantaggiosa (…) dal punto di vista della [BEI]» corrisponde in linea di principio all'offerta che presenta il «miglior rapporto qualità/prezzo» con riferimento ai «diversi criteri legati all'oggetto dell'appalto di cui trattasi (…)».

194 Salvo circostanze eccezionali, che spetta alla BEI motivare, l'esigenza di garantire il miglior rapporto «costi/risultati» o «qualità/prezzo» a conclusione della valutazione sintetica dei criteri scelti, per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, implica che la ponderazione relativa del criterio finanziario non porti a neutralizzare tale criterio nella scelta del vincitore dell'appalto.

195 Potrebbe a priori considerarsi che le ponderazioni relative dei criteri di aggiudicazione accolti nella specie, cioè il 75 % dei punti per i criteri tecnici e il 25 % dei punti per il criterio finanziario, siano state legittimamente fissate dalla BEI in quanto, da un lato, riflettono una valutazione propria della BEI secondo cui, tenuto conto della natura e dell'oggetto dell'appalto, che verteva su un'applicazione informatica che serve da

supporto alle attività di prestito che sono il fulcro delle sue funzioni istituzionali, il prezzo, senza essere trascurabile, era di importanza secondaria rispetto al valore tecnico e, d'altro lato, tali ponderazioni sono state applicate allo stesso modo e in modo trasparente a tutti gli offerenti.

196 Tuttavia, come emerge dalle circostanze di cui alla fattispecie, la BEI ha infine constatato, alla luce del risultato della valutazione comparativa delle offerte, che la ponderazione relativa del criterio finanziario inizialmente scelto portava ad una neutralizzazione eccessiva del predetto criterio nella scelta del vincitore dell'appalto e che pertanto occorreva rivalutare l'importanza del criterio del prezzo ai fini dell'attribuzione dell'appalto all'offerente prescelto, il che è stato fatto nell'ambito delle trattative condotte con quest'ultimo nel corso della riunione del 29 gennaio 2008 (v. supra punto 175).

197 Da ciò consegue che la decisione impugnata, nella misura in cui respinge le offerte degli altri candidati ammessi a partecipare alla valutazione comparativa delle offerte, tra cui quella della ricorrente, è fondata sull'applicazione di ponderazioni relative dei criteri di attribuzione che, secondo la valutazione operata dalla BEI al momento della sua adozione, conducevano ad una eccessiva neutralizzazione del criterio finanziario e che, pertanto, non consentivano di garantire il miglior rapporto «costi/risultati» o «qualità/prezzo» in esito alla valutazione sintetica dei criteri scelti per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

198 Inoltre, da tutto quanto precede nonché dall'esame del sesto motivo consegue che la BEI ha violato il principio di parità di trattamento e di non discriminazione avendo modificato le ponderazioni relative dei criteri di attribuzione nel corso del procedimento della gara d'appalto.

199 Alla luce delle considerazioni che precedono, il quinto motivo di ricorso va accolto.

200 Da tutto quanto sopra risulta che i sei motivi a sostegno della domanda di annullamento sono tutti fondati e che, in tale misura, essi vanno accolti e la decisione impugnata dev'essere annullata.

Sulla domanda di risarcimento danni

Argomenti delle parti

201 La ricorrente chiede che il Tribunale, nell'ipotesi in cui dovesse concludere che la decisione impugnata sia stata adottata in violazione delle norme applicabili ai procedimenti di gara d'appalto e/o dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, e tenuto conto del fatto che sarà probabilmente indotto a statuire sulla presente controversia dopo la completa esecuzione dell'appalto da parte dell'offerente prescelto, conformemente alla decisione impugnata, voglia condannare la BEI sulla base degli artt. 235 CE e 288 CE a versarle un risarcimento nell'ammontare di EUR 1 940 000.

202 La ricorrente ritiene che la domanda di risarcimento danni debba essere accolta per le seguenti ragioni.

203 Innanzitutto, la ricorrente sostiene aver dimostrato, conformemente ad una costante giurisprudenza, una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica di rango superiore che tutela i singoli o di una norma che conferisce diritti ai singoli in grado di impegnare la responsabilità della Comunità o, nella specie, della BEI. Tale violazione sarebbe stata commessa dalla BEI in qualità di autorità aggiudicatrice e sarebbe data dall'«illegittimità» della decisione impugnata e della valutazione sulla quale questa si appoggia, quale dedotta nel ricorso, e cioè violazione della normativa

applicabile alle gare d'appalto, violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, violazione delle disposizioni della Guida, comunicazione tardiva di informazioni, insufficienza della motivazione della decisione impugnata, utilizzo di criteri discriminatori, confusione tra i criteri di attribuzione dell'appalto e quelli di selezione degli offerenti e infine, ponderazioni relative illegittime dei criteri tecnici e del criterio finanziario nella fase di attribuzione dell'appalto.

204 La ricorrente assume inoltre di aver invocato un pregiudizio risultante dalla decisione impugnata e corrispondente all'utile lordo di cui essa sarebbe stata ingiustamente privata a seguito della illegittima aggiudicazione dell'appalto all'offerente prescelto piuttosto che ad essa. Se il Tribunale dovesse constatare che la sua offerta avrebbe dovuto essere classificata prima a conclusione della fase di valutazione comparativa delle offerte, un siffatto pregiudizio dovrebbe essere imputato alla BEI a sanzione delle illegittimità commesse nel procedimento della gara d'appalto o, come da essa precisato, nel corso dell'udienza, in risposta ad un quesito del Tribunale, per fare partecipare la BEI ai costi fissi e ai rischi economici da essa incorsi a titolo della sua attività nel settore dei pubblici appalti. Per contro la ricorrente fa chiaramente presente che non chiede di essere indennizzata per le spese sostenute per la sua partecipazione al procedimento della gara d'appalto.

205 Infine la ricorrente sostiene di aver quantificato il suo pregiudizio. Questo ammonterebbe a EUR 1 940 000. Per quanto riguarda quest'ultima somma, si dovrebbe tener conto del fatto che la sua quota di utile lordo sarebbe per questo tipo di prestazione di circa il 50 % rispetto al prezzo percepito, come attesterebbero i rendiconti finanziari che sarebbero stati approvati dalla Commissione nell'ambito di progetti di ricerca e sviluppo da quest'ultima finanziati. Nella misura in cui, nel capitolato d'oneri, la BEI avrebbe sollecitato i servizi di 10 esperti in tutto (4 per la manutenzione e 6 per i progetti di servizi) e in cui il «costo quotidiano medio» della sua offerta sarebbe ammontato a EUR 441, il prezzo corrispondente a tale offerta potrebbe essere così calcolato: EUR 441 moltiplicato per 220 persone/giorno all'anno moltiplicato per 10 persone

all'anno moltiplicato per 4 anni, ossia circa EUR 3,88 milioni. Tale prezzo sarebbe conforme al bilancio annunciato per l'appalto e compreso tra EUR 3,5 e 7 milioni. L'utile lordo non percepito corrisponderebbe pertanto al 50% di EUR 3,88 milioni, ovvero a un importo di EUR 1,94 milioni.

206 La BEI sostiene, in subordine, che la domanda di risarcimento danni è infondata. Secondo la giurisprudenza, qualora una delle condizioni per impegnare la responsabilità extracontrattuale non sia integrata, il ricorso dovrebbe essere respinto nel suo insieme senza che si renda necessario esaminare le altre condizioni che fanno sorgere la detta responsabilità. Nella specie, sarebbe pertanto sufficiente constatare che essa non ha commesso alcuna irregolarità o illegittimità tale da impegnare la responsabilità extracontrattuale della Comunità nell'ambito del procedimento della gara d'appalto. Inoltre, sarebbe infondata la richiesta della ricorrente di risarcimento di un pregiudizio che corrisponderebbe all'utile lordo che avrebbe percepito se l'appalto le fosse stato attribuito. Il lucro cessante asserito sarebbe futuro e ipotetico in quanto, quand'anche l'appalto non fosse stato attribuito all'offerente prescelto sulla base della decisione impugnata e della valutazione controversa, la ricorrente non potrebbe nutrire la certezza che esso le sarebbe stato attribuito. Per quanto il Tribunale possa annullare la decisione di attribuzione di un appalto, non potrebbe mai ingiungere all'amministrazione di attribuire un appalto a un determinato offerente. Pertanto, conformemente alla giurisprudenza, un siffatto pregiudizio non potrebbe essere preso in considerazione.

Giudizio del Tribunale

207 Secondo la costante giurisprudenza, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità ai sensi dell'art. 288, secondo comma, CE presuppone che siano soddisfatte varie condizioni, relative all'illiceità del comportamento di cui si fa carico alle istituzioni, alla realtà del danno e all'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento stesso e il danno lamentato. Da ciò consegue che la responsabilità della Comunità non può essere impegnata senza che tutte queste condizioni siano

riunite (sentenza della Corte 29 settembre 1982, causa 26/81, Oleifici Mediterranei/CEE, Racc. pag. 3057, punto 16, e sentenza 16 ottobre 1996, causa T-336/94, Efisol/Commissione, Racc. pag. II-1343, punto 30).

208 Nella specie si deve iniziare esaminando se sia soddisfatta la condizione relativa all'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento illegittimo della BEI e il danno invocato dalla ricorrente.

209 Per quanto riguarda la condizione relativa all'esistenza di un nesso di causalità tra l'asserito comportamento e il pregiudizio invocato, da una costante giurisprudenza risulta che il pregiudizio addotto deve derivare in modo sufficientemente diretto dal comportamento censurato, dovendo quest'ultimo costituire la causa determinante del pregiudizio (v., in tal senso, sentenza della Corte 4 ottobre 1979, cause riunite 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Dumortier e a./Consiglio, Racc. pag. 3091, punto 21 e sentenza del Tribunale 11 luglio 1996, causa T-175/94, International Procurement Services/Commissione, Racc. pag. II-729, punto 55). Spetta alle ricorrenti fornire la prova di un siffatto nesso di causalità (v. sentenza della Corte 30 gennaio 1992, cause riunite C-363/88 e C-364/88, Finsider e a./Commissione, Racc. pag. I-359, punto 25, e sentenza del Tribunale 24 aprile 2002, causa T-220/96, EVO/Consiglio e Commissione, Racc. pag. II-2265, punto 41 e la giurisprudenza ivi citata).

210 Come risulta dal ricorso (v. supra punto 81), la ricorrente invoca un pregiudizio corrispondente «all'importo stimato dell'utile lordo che avrebbe percepito nell'ambito del procedimento di gara se l'appalto le fosse stato aggiudicato». Nelle sue osservazioni riconosce che la BEI potrebbe essere condannata a versarle un risarcimento danni pari all'utile lordo perduto, quale calcolato nel ricorso, solo se il Tribunale fosse in grado di constatare che la sua offerta avrebbe dovuto essere classificata come prima in esito alla fase di valutazione comparativa delle offerte (v. supra punto 204). La domanda di risarcimento danni della ricorrente è quindi fondata sulla convinzione che la decisione impugnata le è stata di impedimento a che le fosse attribuito l'appalto e a che firmasse l'accordo-quadro relativo alla sua esecuzione con la BEI. Una siffatta domanda deve essere interpretata nel senso che ha ad oggetto non già l'indennizzo di una perdita di opportunità di concludere un appalto, ma il risarcimento della perdita dell'appalto stesso. Ciò non è rimesso in discussione dal fatto che, nel corso

dell'udienza, rispondendo ad un quesito del Tribunale, la ricorrente ha fatto presente che la domanda di risarcimento includeva, in un certo modo, una perdita di opportunità, poiché la mancata firma del contratto aveva ipotecato le sue opportunità di ottenere in futuro altri appalti pubblici e, in linea generale, di ammortizzare i costi fissi che sostiene a titolo della sua attività nel settore dei pubblici appalti. In effetti, oltre al fatto che tali nuovi capi di pregiudizio sono stati presentati tardivamente e sono di conseguenza irricevibili, non sono comunque fondati sulla perdita, da parte della ricorrente, di un'opportunità di concludere l'appalto, ma su conseguenze che a suo avviso deriverebbero direttamente dalla perdita dell'appalto stesso.

211 Nella specie, la ricorrente non ha né dimostrato né fornito elementi che consentano al Tribunale di concludere, in modo certo, che la sua offerta avrebbe dovuto essere stata classificata come prima nella valutazione comparativa delle offerte. Comunque, anche ammettendo che l'offerta della ricorrente avrebbe dovuto essere classificata come prima e che la ricorrente avrebbe pertanto dovuto aggiudicarsi l'appalto, ciò non avrebbe obbligato la BEI a firmare l'accordo-quadro con quest'ultima. Infatti, nessun principio e nessuna regola applicabile alle procedure di gara d'appalto della BEI impone a quest'ultima di firmare il contratto relativo all'appalto con la persona indicata come vincitrice in esito al procedimento di gara (v., in questo senso e per analogia, sentenze Fracasso e Leitschutz, punto 147 supra, punti 24 e 25, e Embassy Limousines & Services/Parlamento, punto 125 supra, punto 54).

212 Pertanto, non è possibile constatare l'esistenza di un nesso di causalità tra l'adozione, da parte della BEI, della decisione impugnata, inficiata da illegittimità come risulta dall'esame della domanda di annullamento, e il danno asserito dalla ricorrente, derivante dalla perdita dell'appalto stesso. Da ciò consegue che la ricorrente chiede infondatamente un risarcimento a riparazione del danno derivante dal fatto che non ha concluso l'accordo-quadro con la BEI né, a fortiori, eseguito l'appalto.

213 Da quanto sopra, consegue che la domanda di risarcimento deve essere respinta in toto.

214 Quanto sopra non pregiudica la compensazione che potrebbe risultare dovuta alla ricorrente in applicazione dell'art. 266 TFUE, a titolo di un adeguato ripristino dello status quo ante a seguito dell'annullamento della decisione impugnata (v. punto 67 supra).

Sulle spese

215 La ricorrente precisa di essere stata obbligata ad avviare tale procedimento e a chiedere il risarcimento del danno subito in ragione della valutazione carente della sua offerta da parte della BEI e del fatto che non è stata informata delle caratteristiche e dei vantaggi relativi dell'offerta prescelta rispetto a quelli della sua propria offerta. L'assenza di motivazione e il fatto che, nonostante le sue richieste, il rapporto di valutazione non le sia mai stato comunicato, costituirebbero ragioni sufficienti per condannare la BEI alle spese anche in caso di rigetto del suo ricorso.

216 La BEI ritiene che le condizioni di cui all'art. 87, n. 3, secondo comma, del regolamento di procedura non sono nella specie soddisfatte e che occorra pertanto attenersi all'art. 87, n. 2, del medesimo regolamento. La ricorrente non avrebbe dimostrato che sarebbe stata esposta a spese defatigatorie o superflue, né tale sarebbe stato il caso. Inoltre, si dovrebbe tener conto del fatto che essa avrebbe risposto alle richieste di informazioni supplementari della ricorrente, in particolare con lettera 1º agosto 2008 (sentenza del Tribunale 26 febbraio 2002, causa T-169/00, Esedra/Commissione, Racc. pag. II-609, punto 192). La ricorrente, al momento in cui ha depositato il ricorso, avrebbe così avuto a disposizione tutte le informazioni necessarie per la difesa dei suoi diritti.

217 In applicazione dell'art. 87, n. 3, secondo comma, del regolamento di procedura, il Tribunale può condannare una parte a rimborsare all'altra le spese che le ha causato e che siano riconosciute come superflue o defatigatorie. Nella specie, considerando che la decisione impugnata era inficiata da insufficienza di motivazione, e al fine di tener conto delle numerose illegittimità nelle quali la BEI è incorsa nell'ambito del

procedimento di aggiudicazione dell'appalto che ha portato all'adozione della predetta decisione, che hanno posto la ricorrente nella necessità di proporre il presente ricorso, la BEI va condannata a sopportare tutte le spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Quarta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) **La decisione con la quale la Banca europea per gli investimenti (BEI) non ha accolto l'offerta presentata dalla Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE nell'ambito della gara d'appalto 2007/S 176-215155 relativa alla prestazione di servizi destinati a fornire «assistenza alla manutenzione, al supporto e allo sviluppo del sistema "Loans Front Office" (Serapis)» e ha aggiudicato l'appalto alla Sybase BVBA è annullata.**

2) **Il ricorso è respinto quanto al resto.**

3) **La BEI è condannata alle spese.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 20 settembre 2011.

Firme

Indice

Fatti ..... II - 6379

Procedimento e conclusioni delle parti ..... II - 6384

In diritto ..... II - 6386

1. Sulla ricevibilità del ricorso ..... II - 6386

Sulla competenza del Tribunale ..... II - 6387

Argomenti delle parti ..... II - 6387

Giudizio del Tribunale ..... II - 6389

Sull'interesse della ricorrente ad agire per l'annullamento della decisione impugnata ..... II - 6400

Argomenti delle parti ..... II - 6400

Giudizio del Tribunale ..... II - 6401

Sull'assenza di contestazione della formula utilizzata all'atto della valutazione comparativa delle offerte nel procedimento della gara d'appalto ..... II - 6404

Argomenti delle parti ..... II - 6404

Giudizio del Tribunale ..... II - 6404

Sull'assenza di chiarezza della domanda di risarcimento ..... II - 6406

Argomenti delle parti ..... II - 6406

Giudizio del Tribunale ..... II - 6406

2. Nel merito ..... II - 6408

Sul diritto applicabile ..... II - 6408

Argomenti delle parti ..... II - 6408

Giudizio del Tribunale ..... II - 6409

Sulla domanda di annullamento ..... II - 6413

Sul primo e sul secondo motivo ..... II - 6414

— Argomenti delle parti ..... II - 6414

— Giudizio del Tribunale ..... II - 6416

Sul terzo e quarto motivo ..... II - 6427

— Argomenti delle parti ..... II - 6427

— Giudizio del Tribunale ..... II - 6430

Sul sesto motivo ..... II - 6437

— Argomenti delle parti ..... II - 6437

— Giudizio del Tribunale ..... II - 6440

Sul quinto motivo ..... II - 6452

— Argomenti delle parti ..... II - 6452

— Giudizio del Tribunale ..... II - 6456

Sulla domanda di risarcimento danni ..... II - 6459

Argomenti delle parti ..... II - 6459

Giudizio del Tribunale ..... II - 6461

Sulle spese ..... II - 6464