SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

12 dicembre 2002 *

Nel procedimento C-470/99,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: **1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,**
2) Östü-Stettin Hoch- und Tiefbau GmbH,

e

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nonché

* Lingua processuale: il tedesco.

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

LA CORTE (Sesta Sezione),

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

avvocato generale: S. Alber
cancelliere: H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

— per la Universale-Bau AG, dai sigg. M. Neidhart, Direktor des Rechtsabteilung, e J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur;

— per la Bietergemeinschaft 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2) Östü-Stettin Hoch- und Tiefbau GmbH, dagli avv.ti J. Olischar e M. Kratky, Rechtsanwälte;

— per la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, dall'avv. T. Wenger, Rechtsanwälte;

— per il governo austriaco, dal sig. H. Dossi, in qualità di agente;

— per il governo dei Paesi Bassi, dal sig. M. Fierstra, in qualità di agente;

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

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, rappresentata dall'avv. C. Casati, Rechtsanwalt, del governo austriaco, rappresentato dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal sig. H. van Lier, in qualità di agente, assistito dall'avv. R. Roniger, all'udienza del 12 settembre 2001,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 novembre 2001,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 12 novembre 1999, pervenuta in cancelleria il 7 dicembre successivo, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commissione di controllo dell'aggiudicazione degli appalti del Land di Vienna) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Universale-Bau AG (in prosieguo: la «Universale-Bau») ed il consorzio di imprese («Bietergemeinschaft») costituito dalla Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg e dalla Östü-Stettin Hoch- und Tiefbau GmbH (in prosieguo: il «consorzio di imprese») e la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (in prosieguo: la «EBS»), con riguardo ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto di lavori.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 Risulta dal primo e dal secondo 'considerando' della direttiva 89/665 che i meccanismi esistenti alla data della sua adozione, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, non sempre consentivano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni potevano ancora essere corrette.

4 A tenore del terzo 'considerando' di tale direttiva, «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e (...) occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

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

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in

particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

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

6 Come risulta dal primo 'considerando', la direttiva 93/37 ha proceduto, per maggior chiarezza e razionalità, alla codificazione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), come successivamente modificata.

7 Ai sensi del secondo 'considerando' della direttiva 93/37, «la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

8 8 Il decimo 'considerando' della direttiva 93/37 precisa che «lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; che le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse; che pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni; che più in particolare nelle procedure ristrette, la pubblicità ha per fine di permettere agli imprenditori degli Stati membri di manifestare il loro interesse agli appalti, richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare l'offerta in conformità delle condizioni prescritte».

9 Emerge inoltre dall'undicesimo 'considerando' della direttiva 93/37 che «le informazioni supplementari relative agli appalti devono essere indicate, com'è consuetudine negli Stati membri, nel capitolato d'oneri relativo a ciascun appalto o in ogni documento equivalente».

10 L'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva 93/37 dispone:

«Ai fini della presente direttiva:

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

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

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

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

e

— dotato di personalità giuridica,

e

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

(...)

c) si intende per "opera" il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica».

11 A tenore dell'art. 7, n. 2, della direttiva 93/37:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti nei casi seguenti:

(...)».

12 L'art. 13 della direttiva 93/37, che è applicabile alle procedure ristrette ed alle procedure negoziate, prevede al n. 2, lett. e):

«Le amministrazioni aggiudicatrici invitano simultaneamente e per iscritto i candidati prescelti a presentare le rispettive offerte. La lettera d'invito è accompagnata dal capitolato d'oneri e dai documenti complementari. Essa contiene almeno:

(...)

e) i criteri di aggiudicazione dell'appalto, se non figurano nel bando di gara».

13 L'art. 30, nn. 1 e 2, della direttiva 93/37 prevede:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), l'amministrazione aggiudicatrice menziona, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

La normativa nazionale

14 Il Wiener Landesvergabegesetz (legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del Land di Vienna, LGBl. n. 36/1995; in prosieguo: il «WLVergG») dispone all'art. 48, n. 2:

«L'appalto va aggiudicato all'offerta tecnicamente ed economicamente più vantaggiosa alla luce dei criteri enunciati nel bando di gara (...)».

15 L'art. 96 del WLVergG, intitolato «Procedimento precontenzioso», prevede ai nn. 1 e 2:

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

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

16 L'art. 97 del WLVergG, intitolato «Presentazione del ricorso», recita come segue:

«1. È ammesso il ricorso prima dell'aggiudicazione solo se l'imprenditore ha informato l'appaltante della pretesa illegittimità, comunicandogli i relativi documenti e l'intenzione di presentare ricorso (art. 96, n. 1), e se, nelle due settimane successive, l'appaltante non ha comunicato all'imprenditore di avere provveduto a eliminare detta illegittimità.

2. Il ricorso può essere proposto:

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

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

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

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

2) l'indicazione esatta dell'appaltante;

3) l'esposizione dettagliata dei fatti rilevanti;

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

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

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

7) nei casi di cui al n. 1, la prova che l'appaltante è stato informato dell'illegittimità fatta valere e dell'intenzione di proporre ricorso nell'ambito di un procedimento precontenzioso ex art. 96, nonché l'indicazione che l'appaltante non ha eliminato la detta illegittimità nei termini prescritti.

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

(...)».

17 Inoltre l'art. 98 del WLVergG, intitolato «Termini», prevede:

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

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

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

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

(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

18 Risulta dall'ordinanza del giudice a quo che la EBS ha pubblicato un bando di gara concernente l'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura ristretta, di un appalto per l'esecuzione di opere (lavori di sterro, lavori di fondamenta e lavori specializzati) ai fini della realizzazione del secondo stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna.

19 Nel bando di gara, che è stato pubblicato sull'*Amtsblatt der Stadt Wien* 17 marzo 1999, si menzionava nella rubrica «Criteri di aggiudicazione dell'appalto» che quest'ultimo sarebbe stato aggiudicato sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo i criteri fissati nel bando stesso.

20 Nelle note esplicative relative alle domande di partecipazione, la EBS ha indicato come segue i criteri accolti per la classificazione in graduatoria delle domande medesime:

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

Saranno invitati a presentare offerte i cinque candidati meglio classificati.

Per la valutazione della documentazione esibita si applicherà un procedimento di scoring.

Viene valutata la realizzazione dei seguenti lavori:

1. impianti di depurazione;

2. parti di edificio precompresse;

3. fondazioni di ampie dimensioni su colonne portanti in ghiaia;

4. compressione del terreno mediante vibrazione;

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

21 Nelle suddette note esplicative la EBS ha anche indicato ai candidati che le referenze richieste verrebbero esaminate secondo un procedimento di «scorage» depositato presso un notaio ed ha effettivamente depositato presso un notaio il 9 aprile 1999, cioè anteriormente al ricevimento della prima domanda di partecipazione, le modalità di tale procedimento.

22 La Universale-Bau ed il consorzio di imprese (in prosieguo, congiuntamente, i «ricorrenti nella causa principale») hanno manifestato il loro interesse a partecipare alla procedura ristretta, senza esperire preliminarmente alcun ricorso contro le condizioni o i termini del bando di gara. La EBS, dopo aver comunicato ai ricorrenti, con lettera 7 luglio 1999, che non era risultata tra i primi cinque in graduatoria e che, conseguentemente, non era invitata a presentare offerte, ha impugnato dinanzi al Vergabekontrollsenat il procedimento di appalto.

23 Nel ricorso da essa proposto il 3 agosto 1999, la Universale-Bau ha chiesto al Vergabekontrollsenat di dichiarare, in via principale, che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di assegnare l'appalto mediante una procedura ristretta è illegittima e nulla; in subordine, che è illegittima e nulla la decisione di invitare a presentare offerte solo le prime cinque imprese in graduatoria; in ulteriore subordine, che il procedimento di «scorage» applicato non risponde ai principi di trasparenza e di comprensibilità e che, pertanto, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice riguardo alla formazione della graduatoria è illegittima e nulla; in estremo subordine che, ove il procedimento di «scorage» fosse stato applicato correttamente, la ricorrente sarebbe dovuta risultare tra i primi cinque in graduatoria e che la graduatoria stilata dall'amministrazione aggiudicatrice è illegittima e nulla.

24 Nel suo ricorso 20 settembre 1999 il consorzio di imprese ha chiesto che venga dichiarata illegittima la decisione di non comprenderlo tra i cinque migliori candidati in graduatoria e, in subordine, che venga dichiarata illegittima la procedura ristretta.

25 Inoltre i ricorrenti nel procedimento principale hanno chiesto l'adozione di misure provvisorie dirette a vietare l'aggiudicazione dell'appalto.

26 Nell'ordinanza a qua il Vergabekontrollsenat sottolinea, da un lato, che, a norma del WLVergG, esso è competente a statuire sui ricorsi in materia di procedimenti

di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi e, dall'altro, che, a norma dell'art. 6, n. 1, dell'Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz del 1991 (codice di procedura amministrativa, BGBl. 1991/51), nella versione del BGBl. I, 1998/158 (in prosieguo: l'«AVG»), esso è tenuto ad accertare d'ufficio la propria competenza. Esso aggiunge che, ai sensi dell'art. 6, n. 2, dell'AVG, la competenza dell'autorità amministrativa non può essere fondata né modificata per accordo delle parti e che, pertanto, il fatto che nell'indire la gara d'appalto la EBS abbia ritenuto applicabile il WLVergG non è da solo sufficiente a fondare la competenza del Vergabekontrollsenat.

27 Pertanto il Vergabekontrollsenat, al fine di risolvere la questione della sua competenza, deve accertare anzitutto se la EBS sia un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37.

28 Il Vergabekontrollsenat ricorda come dalla sentenza della Corte 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 21), emerga che un organismo deve soddisfare le tre condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale direttiva.

29 Dopo aver constatato che la EBS è dotata della personalità giuridica e controllata maggioritariamente dalla città di Vienna, cioè da un ente locale, il Vergabekontrollsenat conclude che essa risponde alle condizioni di cui all'art. 1, secondo comma, lett. b), della direttiva 93/37.

30 Quanto alla condizione prevista nel primo trattino di tale disposizione, il Vergabekontrollsenat sottolinea come dallo statuto della EBS all'epoca della costituzione emerga che la stessa provvedeva, su una base commerciale, all'esercizio di impianti di smaltimento dei rifiuti inquinanti. Esso precisa che

tali attività non erano riservate o conferite ai pubblici poteri e che dal suddetto statuto non risulta affatto che la EBS sia stata istituita per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

31 Secondo quanto constatato dal Vergabekontrollsenat, un cambiamento sostanziale si è verificato a partire dal momento in cui alla EBS si è attribuita la gestione del depuratore centrale della città di Vienna. In particolare la EBS ha concluso nel 1985 con la città di Vienna un contratto di concessione in base al quale essa ha iniziato a gestire detto depuratore con il personale messo a disposizione dalla città di Vienna. A norma di due contratti conclusi tra la città di Vienna e la EBS l'8 e il 18 luglio 1996, la città di Vienna si è impegnata a versare a quest'ultima una somma globalmente appropriata che deve consentire di coprire i costi di esercizio. Il Vergabekontrollsenat chiarisce in proposito che la EBS non gestisce tale ramo della propria attività a scopo di lucro. Trattasi di fatto di un'attività d'interesse generale che la città di Vienna ha delegato alla EBS, attività gestita in modo da coprire le spese. Il Vergabekontrollsenat conclude pertanto che siffatta attività non ha carattere industriale o commerciale.

32 Secondo il Vergabekontrollsenat l'eventualità di una manovra fraudolenta può essere esclusa in quanto la EBS è stata costituita nel 1976 come ente di bonifica, mentre il passaggio della gestione del depuratore centrale è avvenuto soltanto dopo il 1° gennaio 1986. In particolare esso ritiene che tale lasso di tempo nonché il fatto che la Repubblica d'Austria non fosse all'epoca membro dell'Unione europea e che comunque la EBS non sarebbe stata presa in considerazione dalla direttiva 71/305, che era ancora vigente ed in cui figuravano i termini «persone giuridiche di diritto pubblico», indicano la mancanza di intenzione fraudolenta.

33 Tuttavia, dato che la EBS non è stata incaricata di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale sin dalla sua costituzione, ma in seguito a modifiche della sua sfera di attività avvenute ulteriormente, il Vergabekontrollsenat chiede se la EBS soddisfi il requisito di cui all'art. 1, lett. b), secondo trattino, della direttiva 93/37.

34 Peraltro il Vergabekontrollsenat rileva che, secondo il punto I del contratto concluso tra la EBS e la città di Vienna l'8 luglio 1996, la EBS ha l'obbligo di procedere all'ampliamento del depuratore centrale e di concludere i necessari contratti in nome proprio ed a proprie spese. Non è dettata alcuna condizione specifica quanto alle modalità di esecuzione di tale obbligo. I punti II e III del contratto impongono però alla EBS modalità di funzionamento del depuratore ivi specificate senza precisare tuttavia la concreta configurazione del manufatto edile.

35 Risulta inoltre da una decisione del genio civile 30 dicembre 1998 che la EBS ha ottenuto la licenza edilizia su un terreno di proprietà della città di Vienna. In una lettera dell'8 settembre 1999 la EBS ha dichiarato che il depuratore di cui trattasi è costruito in suo nome e per suo conto, scrivendo segnatamente: «Il depuratore in questione sarà di nostra proprietà. La cessione del depuratore in questione è prevista per il caso in cui vengano disdetti i contratti di concessione e di gestione conclusi a tempo indeterminato tra noi e la città di Vienna. In tal caso la città di Vienna deve, tra l'altro, riacquistare il nostro depuratore dietro corrispettivo. Essa è tenuta a rimborsarci il valore di mercato del depuratore».

36 Alla luce di quanto precede il Vergabekontrollsenat chiede se, tenuto conto dei citati contratti tra la EBS e la città di Vienna che, in quanto ente locale, è comunque un'amministrazione aggiudicatrice, l'appalto in parola nella causa dinanzi ad esso pendente sia un appalto pubblico di lavori ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva 93/37.

37 In secondo luogo, il Vergabekontrollsenat, qualora dovesse dichiararsi competente a conoscere del litigio dinanzi ad esso pendente, chiede se le disposizioni degli artt. 96-98 del WLVergG che, in quanto tali, dispongono che il ricorso contro una clausola del bando di gara è ricevibile soltanto entro un certo termine, siano compatibili con la direttiva 89/665. Esso chiarisce al riguardo che, se contro una determinata clausola del bando di gara non è presentato alcun ricorso, oppure se un ricorso siffatto non è presentato nel termine prescritto, non è più

possibile sottoporre a riesame la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice per verificare se tale clausola del bando di gara violi il WLVergG o la direttiva 89/665 e che tale questione è rilevante nell'ambito della controversia con cui è adito, poiché la EBS fa valere espressamente il carattere tardivo della presentazione del ricorso.

38 Infine il Vergabekontrollsenat sottolinea che, nell'ambito della controversia dinanzi ad esso pendente, esso deve anche risolvere la questione se a buon diritto non siano state prese in esame le candidature dei ricorrenti nella causa principale in esito al procedimento di «scorage» adottato dall'amministrazione aggiudicatrice, le cui modalità sono state rese note solo dopo la scadenza del termine di candidatura e l'aggiudicazione dell'appalto. Il Vergabekontrollsenat precisa che non è escluso che i risultati di tale procedimento abbiano avuto un'influenza determinante sull'amministrazione aggiudicatrice.

39 Sulla scorta del complesso delle considerazioni precedenti il Vergabekontrollsenat des Landes Wien ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

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

2) Nell'ipotesi in cui la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH non sia un'amministrazione aggiudicatrice, se la progettata realizzazione del secondo stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna costituisca l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze

specificate dall'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, un *appalto pubblico di lavori* ai sensi dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva 93/37/CEE.

3) Nell'ipotesi in cui vengano risolte positivamente la prima questione o la seconda questione, se la direttiva 89/665/CEE osti a una normativa nazionale che per il riesame di una determinata decisione dell'amministrazione aggiudicatrice prevede un termine la cui inosservanza comporta che tale decisione non possa più essere impugnata nel corso del procedimento di appalto; se gli interessati debbano far valere qualsiasi vizio a pena di decadenza.

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

Sulla prima questione

40 Con la prima questione il Vergabekontrollsenat chiede in sostanza se un organismo che non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generali aventi carattere non industriale o commerciale, ma che in seguito si è fatto carico di tali bisogni di cui da allora assicura effettivamente la soddisfazione, adempia la condizione imposta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione.

Sulla ricevibilità

41 Va preliminarmente rilevato che, come risulta dall'ordinanza del giudice a quo, il Vergabekontrollsenat chiede di ottenere chiarimenti per stabilire se un organismo come la EBS costituisca un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 al fine di accertare se sia competente a conoscere dei ricorsi proposti dai ricorrenti nella causa principale contro una decisione proveniente da tale società.

42 Occorre rilevare in proposito che per costante giurisprudenza spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento comunitario, fermo restando, tuttavia, che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti. Con questa riserva non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario (v., segnatamente, sentenze 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, Racc. pag. I-73, punto 32, e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. pag. I-4961, punto 40).

43 Tuttavia la Corte è competente a indicare al giudice nazionale gli elementi del diritto comunitario che possono contribuire alla soluzione del problema di competenza che esso deve risolvere (v., in particolare, sentenze SEIM, cit., punto 33, e 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, IN.CO.GE. '90 e a., Racc. pag. I-6307, punto 15).

44 Inoltre, il fatto che la EBS abbia o meno la qualità di amministrazione aggiudicatrice condiziona la soluzione delle questioni pregiudiziali terza e quarta, la cui ricevibilità non è in discussione.

45 Occorre dunque risolvere la questione sollevata.

Sul merito

46 Nella causa principale è certo che la EBS, dal momento che assume l'esercizio del depuratore centrale ai sensi del contratto concluso nel 1985 con la città di Vienna, soddisfa effettivamente un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Pertanto la sua definizione quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dipende dalla soluzione che deve ricevere la questione se la condizione di cui al primo trattino di tale disposizione escluda che possa definirsi amministrazione aggiudicatrice un organismo il quale non è stato istituito al fine di soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha assunto un impegno siffatto in seguito alla modifica della sua sfera di attività successivamente verificatasi.

Osservazioni presentate alla Corte

47 La EBS sostiene che essa non può definirsi organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 per il motivo che dalla lettera stessa del primo trattino di tale disposizione emerge che il solo elemento decisivo è la missione affidata al momento della sua istituzione. Essa aggiunge che la circostanza di non essersi in seguito fatta carico di compiti di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non cambia niente al suo statuto poiché essa continua a svolgere attività di carattere industriale o commerciale.

48 La Commissione fa valere che la EBS non può definirsi un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, poiché la modifica delle attività di quest'ultima non risulta né da una revisione in tal senso del suo oggetto sociale, come definito nello statuto, né da un obbligo di legge.

49 Invece i ricorrenti nella causa principale nonché i governi austriaco e dei Paesi Bassi sostengono che occorre prendere in considerazione l'odierna attività della EBS e non l'oggetto perseguito alla data della sua istituzione ed affermano che una diversa interpretazione produrrebbe la conseguenza che un organismo il quale risponde de facto alla nozione di amministrazione aggiudicatrice data dalla direttiva 93/37 non avrebbe neppure l'obbligo, in occasione dell'assegnazione degli appalti di lavori, di osservare le prescrizioni di tale direttiva. Essi fanno inoltre valere che l'interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice è la sola adatta ad impedire eventuali manovre fraudolente poiché, altrimenti, la direttiva 93/37 potrebbe essere facilmente elusa attraverso il trasferimento di compiti di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non già ad un organismo istituito ex novo all'uopo, ma ad un organismo già esistente che aveva in precedenza un altro oggetto.

Soluzione della Corte

50 Va rilevato che la Corte ha già avuto l'occasione di precisare la portata della nozione di organismo di diritto pubblico figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, tenuto conto segnatamente della finalità di tale direttiva.

51 La Corte ha dunque statuito che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi

degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (v., segnatamente, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 16, e 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 41).

52 Essa ne ha dedotto che l'obiettivo della direttiva 93/37 è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (v., segnatamente, citate sentenze University of Cambridge, punto 17, e Commissione/Francia, punto 42).

53 La Corte ha pertanto dichiarato che, alla luce di tali obiettivi, alla nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dev'essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, citata sentenza Commissione/Francia, punto 43).

54 Per tale motivo, al punto 26 della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., la Corte ha dichiarato, a proposito della definizione di un organismo il quale era stato istituito per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma svolgeva anche attività commerciali, che la condizione posta nel primo trattino dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non implica che tale organismo sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

55 In particolare, come emerge dal punto 25 della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., la Corte ha dichiarato che è irrilevante che, oltre al compito specifico consistente nel soddisfare siffatti bisogni d'interesse generale,

l'organismo in questione sia libero di svolgere altre attività, ma ha invece ritenuto determinante la circostanza che il medesimo organismo continui a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare.

56 Ne risulta che, al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività da esso effettivamente svolte.

57 Va sottolineato in proposito che l'effetto utile della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica.

58 Il medesimo intento di garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 osta anche a che si operi una distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività.

59 Va inoltre rilevato che il tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non contiene alcun riferimento al fondamento giuridico delle attività dell'organismo interessato.

60 Occorre peraltro ricordare che, trattandosi della definizione della nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, formulata in maniera identica a quella contenuta nell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, la Corte ha già dichiarato che

l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 63).

61 Ne consegue che è irrilevante il fatto che, nella causa principale, l'estensione della sfera di attività della EBS non ha dato luogo ad una modifica delle disposizioni del suo statuto relative all'oggetto sociale.

62 Infatti l'assunzione da parte della EBS di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, se non è stata formalmente consacrata nel suddetto statuto, è nondimeno prevista nei contratti conclusi dalla EBS con la città di Vienna e può quindi essere oggettivamente constatata.

63 La prima questione va pertanto risolta nel senso che un ente il quale non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

Sulla seconda questione

64 Alla luce della soluzione data alla prima questione, non occorre risolvere la seconda questione poiché quest'ultima è stata sottoposta alla Corte soltanto nell'ipotesi di una soluzione negativa della prima.

Sulla terza questione

65 Con la terza questione il giudice nazionale chiede in sostanza se la direttiva 89/665 osti ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità.

Osservazioni presentate alla Corte

66 I ricorrenti nella causa principale sostengono che i termini brevi impartiti per la presentazione dei ricorsi ad opera degli artt. 97 e 98 del WLVergG non permettono agli interessati di controllare la motivazione di una decisione negativa dell'amministrazione aggiudicatrice e, all'occorrenza, di provare il carattere ingannevole dei motivi addotti. In pratica sarebbe quindi escluso che possa proporsi nei termini un ricorso motivato avente una qualche probabilità di essere accolto.

67 La Universale-Bau aggiunge che i candidati di altri Stati membri non possono, come regola generale, rispettare il termine di due settimane previsto all'art. 98 del WLVergG, il che è contrario ai principi fondamentali della politica comunitaria nel settore degli appalti pubblici, cioè, da un lato, quello dell'aggiudicazione degli appalti pubblici senza discriminazione e, dall'altro, quello dell'accesso delle imprese ad un mercato comune con vasti sbocchi, il che rafforza la competitività delle imprese europee.

68 Invece la EBS sostiene che la direttiva 89/665 istituisce essa stessa un procedimento dallo svolgimento rapido ed effettivo che esige termini brevi dopo

la cui scadenza le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la garanzia di poter proseguire il procedimento di aggiudicazione degli appalti. La necessità di termini brevi sarebbe precisamente apparsa nella causa principale.

69 La EBS sottolinea in particolare che niente impediva ai ricorrenti nella causa principale di formulare in tempo utile le proprie riserve con riguardo al bando di gara poiché questi ultimi avevano ricevuto da parte loro la duplice indicazione che esse avrebbero applicato un procedimento di «scorage», per selezionare coloro tra i candidati che sarebbero ammessi a presentare un'offerta, e che non avrebbero divulgato l'esatto processo decisionale. La EBS aggiunge che il ricorso contro la sua decisione di invitare taluni candidati a presentare un'offerta doveva essere deciso nei termini più brevi, altrimenti essa non avrebbe potuto proseguire il procedimento di aggiudicazione. La EBS rileva infine che un termine di ricorso di due settimane per gli atti amministrativi permane in generale la regola, citando come esempio l'art. 63, n. 5, dell'AVG, il quale dispone che qualsiasi decisione di un'autorità amministrativa va impugnata nel termine di due settimane.

70 I governi austriaco e dei Paesi Bassi nonché la Commissione fanno valere in sostanza che la direttiva 89/665 lascia agli Stati membri il compito di disciplinare le modalità specifiche applicabili ai ricorsi avverso procedimenti di aggiudicazione degli appalti. Ne deducono che gli Stati membri dispongono di un margine di valutazione per fissare i termini di ricorso, alla duplice condizione che gli obiettivi della suddetta direttiva non siano elusi e che siano osservati i principi fondamentali del diritto comunitario. Il governo austriaco sottolinea inoltre che i termini di ricorso di cui alla causa principale ostano a che il procedimento di aggiudicazione degli appalti venga esageratamente ritardato e riducono il rischio di un ricorso abusivo al procedimento contenzioso, due effetti conformi agli obiettivi della direttiva in parola.

Soluzione della Corte

71 Va preliminarmente rilevato che la direttiva 89/665, pur avendo per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di

violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non comporta tuttavia alcuna disposizione specificamente attinente alle modalità relative al termine concernente i ricorsi che la stessa mira ad istituire. Spetta quindi all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine.

72 Nondimeno, dal momento che si tratta di modalità procedurali di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665.

73 È quindi necessario accertare se, alla luce della finalità di tale direttiva, una normativa nazionale come quella della causa principale non attenti ai diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

74 Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.

75 Orbene, la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni.

76 Occorre poi considerare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 33).

77 Date le considerazioni precedenti va constatato, da un lato, che modalità relative al termine come quelle oggetto della causa principale appaiono ragionevoli alla luce sia degli obiettivi della direttiva 89/665 come quelli descritti al punto 74 della presente sentenza, sia del principio della certezza del diritto.

78 D'altro canto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettificate il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sia al principio di certezza del diritto.

79 Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

Sulla quarta questione

80 Con la quarta questione il giudice nazionale chiede se la direttiva 93/37 osti a che, nell'ambito di una procedura ristretta, l'amministrazione aggiudicatrice selezioni quei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta secondo modalità di valutazione che non sono state indicate nel bando di gara o nei documenti allegati a quest'ultimo, quand'anche documenti che precisano modalità siffatte siano stati depositati presso un notaio.

Osservazioni presentate alla Corte

81 Le ricorrenti nella causa principale fanno valere che il procedimento seguito dalla EBS, essendosi risolto nella mancata divulgazione ai candidati sia delle modalità del procedimento di «scorage» annunciato sia dell'importanza attribuita ai diversi criteri di classificazione delle domande di partecipazione, è incompatibile con i principi di trasparenza e di obiettività. Essi aggiungono che la rispettiva importanza dei diversi criteri di classificazione deve comunque emergere dal bando di gara, al fine di escludere qualunque arbitrio nella decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e permettere ai candidati di controllare la legittimità di quest'ultima e fare uso del diritto di ricorso.

82 Invece la EBS ed il governo austriaco sostengono che un procedimento come il deposito presso un notaio di documenti che precisano le modalità di valutazione delle candidature fornisce sufficienti garanzie dell'osservanza dei principi di non discriminazione ed obiettività. Essi ritengono che, se da tali principi deriva che l'amministrazione aggiudicatrice deve preliminarmente stabilire il procedimento da essa accolto per selezionare i candidati e che tale tipo di selezione non può più in seguito essere modificato, non per questo essi impongano alle amministrazioni aggiudicatrici di divulgare le modalità esatte di valutazione delle candidature.

83 La EBS sottolinea che nella causa principale ha indicato i principali criteri di classificazione delle domande di partecipazione in ordine di importanza e che, proprio per favorire una concorrenza leale e non discriminatoria, non ha comunicato in anticipo ai candidati le precise modalità di valutazione delle candidature. La EBS avrebbe infatti ricercato le cinque imprese di costruzione obiettivamente migliori per l'appalto di lavori in questione e non già imprese che adattano la loro offerta alle concezioni dell'amministrazione aggiudicatrice che abitualmente si palesano nella scelta delle modalità di valutazione.

Soluzione della Corte

84 Va preliminarmente sottolineato come sia pacifico nella causa principale che la EBS ha fissato sin dall'inizio il valore da attribuire a tutti i criteri di selezione cui prevedeva di ricorrere, ma non ha fornito alcuna indicazione quanto al bando di gara, limitandosi a depositare presso un notaio i documenti relativi al procedimento di «scorage».

85 Appare quindi che, in tale causa, il giudice nazionale non cerca di stabilire se un'amministrazione aggiudicatrice abbia, ai sensi del diritto comunitario, l'obbligo di fissare sin da prima dell'avviso di gara le regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione che prevede di applicare, ma che invece tale giudice sottopone alla Corte una questione vertente unicamente sull'osservanza delle esigenze di pubblicità derivanti dalla direttiva 93/37 nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia previamente fissato tali regole.

86 La quarta questione va quindi compresa come diretta ad accertare se la direttiva 93/37 vada interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se

nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta, deve comunicarli nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

87 Per risolvere la questione così riformulata occorre anzitutto rilevare che la direttiva 93/37 non contiene alcuna specifica disposizione relativa alle esigenze di previa pubblicità circa i criteri di selezione dei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta nell'ambito di una procedura ristretta.

88 Dal titolo e dal secondo 'considerando' della direttiva 93/37 risulta infatti che quest'ultima ha semplicemente per oggetto il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, cosicché essa non prevede un sistema completo di norme comunitarie in materia (v., segnatamente, sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 33).

89 La direttiva mira nondimeno, come risulta dal preambolo nonché dal secondo e dal decimo 'considerando', ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva tra gli imprenditori degli Stati membri (v., segnatamente, sentenza Lombardini e Mantovani, cit., punto 34).

90 Orbene, come la Corte ha già sottolineato in merito alla direttiva 71/305 che, come rilevato al punto 6 della presente sentenza, è stata codificata dalla direttiva 93/37, per realizzare tale finalità i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, pag. 21).

91 Infatti il principio della parità di trattamento, che costituisce la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto (v., in particolare, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 61, e 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 45).

92 Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità dei procedimenti di aggiudicazione (v. sentenza Teleaustria e Telefonadress, cit., punto 62).

93 Ne deriva che il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare in tutte le sue fasi, segnatamente in quella della selezione dei candidati in una procedura ristretta, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte (v., in tal senso, trattandosi della fase di raffronto tra le offerte, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punto 54).

94 In tale ottica, conformemente al decimo e all'undicesimo 'considerando', la direttiva 93/37 impone esigenze di pubblicità per quanto riguarda sia i criteri di selezione dei candidati, sia quelli di aggiudicazione dell'appalto.

95 Di conseguenza, da un lato, quanto ai criteri di selezione, l'art. 7, n. 2, della direttiva 93/37 concernente la procedura negoziata esige che i candidati vengano selezionati secondo criteri qualitativi resi noti.

96 Per quanto riguarda, dall'altro lato, i criteri di aggiudicazione, l'art. 13, n. 2, lett. e), della medesima direttiva, relativo nel contempo alle procedure negoziata e ristretta, prevede che essi rientrino nelle indicazioni minime che vanno menzionate nella lettera d'invito a presentare un'offerta se già non figurano nel bando di gara.

97 Parimenti, per tutti i tipi di procedura, qualora si proceda ad aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, applicabile sia alla procedura aperta sia alle procedure ristretta e negoziata, impone all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di menzionare nel capitolato di appalto o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita. Emerge quindi da tale articolo che l'amministrazione aggiudicatrice, allorché ha proceduto ad una classificazione in ordine di importanza dei criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, non può limitarsi alla semplice menzione degli stessi nel capitolato di appalto o nel bando di gara, ma deve inoltre comunicare agli offerenti la classificazione da essa accolta.

98 In effetti, come la Corte ha sottolineato circa il disposto dell'art. 27, n. 2, della direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), che è formulata in termini sostanzialmente identici a quelli dell'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, l'obbligo così imposto alle amministrazioni aggiudicatrici mira appunto a rendere noti a tutti i potenziali offerenti, prima della formulazione delle loro offerte, i criteri di aggiudicazione che devono essere soddisfatti dalle medesime nonché la loro importanza relativa, garantendo in tal modo il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza (v. sentenza Commissione/Belgio, cit., punti 88 e 89).

99 Appare quindi che l'interpretazione secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice, allorché nell'ambito di una procedura ristretta ha fissato prima della

pubblicazione del bando di gara regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione di cui prevede l'applicazione, è tenuta a comunicarle previamente ai candidati, è l'unica che sia conforme all'obiettivo della direttiva 93/37, quale precisato ai punti 89-92 della presente sentenza, in quanto essa è l'unica che sia idonea a garantire un adeguato livello di trasparenza e, pertanto, il rispetto del principio della parità di trattamento nei procedimenti di aggiudicazione degli appalti cui è applicabile la direttiva stessa.

100 La quarta questione va quindi risolta dichiarando che occorre interpretare la direttiva 93/37 nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta, ha l'obbligo di indicarli nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Sulle spese

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

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien con ordinanza 12 novembre 1999, dichiara:

1) Un ente che non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

2) La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione

aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

3) La direttiva 93/37 va interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta, ha l'obbligo di indicarle nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 12 dicembre 2002.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione

J.-P. Puissochet