SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
4 febbraio 1999 *

Nel procedimento C-103/97,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, dal Tiroler Landesvergabeamt (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG,

Atzwanger AG

e

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 2, n. 8, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33),

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dai signori P. J. G. Kapteyn (relatore), presidente di sezione, G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm e R. Schintgen, giudici,

avvocato generale: A. Saggio
cancelliere: H. A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

— per il Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, dagli avv. ti C. C. Schwaighofer e M. E. Sallinger, del foro di Innsbruck;

— per il governo austriaco, dal signor W. Okresek, Ministerialrat presso la Cancelleria federale, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dal signor H. van Lier, consigliere giuridico, e dalla signora C. Schmidt, membro del servizio giuridico, in qualità di agenti,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali del governo austriaco, rappresentato dal signor M. Fruhmann, addetto alla Cancelleria federale, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal signor H. van Lier e dalla signora Schmidt, all'udienza del 18 giugno 1998,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 settembre 1998,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 7 novembre 1996, pervenuta alla Corte il 10 marzo successivo, il Tiroler Landesvergabeamt (Ufficio aggiudicazioni appalti del Land Tirolo) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, due questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione dell'art. 2, n. 8, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/655/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regola mentari 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).

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Köllensperger») e la società Atzwanger AG (in prosieguo: la «Atzwanger»), da un lato, e il Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (associazione intercomunale dell'ospedale cantonale di Schwaz), dall'altro, in merito all'aggiudicazione dei lavori di ampliamento del Centro ospedaliero cantonale di Schwaz.

3 La direttiva 89/655 mira a garantire un'applicazione efficace e più rapida possibile delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Considerato che in linea generale i mezzi di ricorso esistenti, in tale settore, a livello sia nazionale sia comunitario, non sembravano sufficienti e che le singole direttive non prevedevano mezzi di ricorso specifici, la direttiva di cui trattasi ha fatto obbligo agli Stati membri di porre in essere, entro il 21 dicembre 1991, adeguate procedure di ricorso in caso di illegittimità dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (artt. 1, n. 1, e 5).

4 A termini dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665:

«Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre

devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del trattato e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

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

5 In Austria la direttiva 89/665 è stata trasposta, a livello federale, per mezzo del Bundesvergabegesetz (legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: il «BVergG»). Tale legge prevede due procedure: una procedura di conciliazione dinanzi alla Bundesvergabekontrollkommission (Commissione federale di controllo delle aggiudicazioni) ed una procedura dinanzi al Bundesvergabeamt (Ufficio federale delle aggiudicazioni).

6 Nel Land Tirolo, la trasposizione è stata attuata per mezzo del Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (legge del Land Tirolo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: il «Tir VergG»). Ai sensi di tale legge il Tiroler Landesvergabeamt è competente a conoscere dei ricorsi relativi alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, lavori e concessioni.

7 L'art. 6 del Tir VergG così recita:

«1) Il Landesvergabeamt è istituito presso l'Amt der Tiroler Landesregierung (Ufficio del governo del Land Tirolo). La sua composizione è la seguente:

a) un presidente; tale carica sarà affidata a persona che possieda una buona conoscenza delle questioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici,

b) un relatore; tale carica sarà ricoperta da un giurista, funzionario presso l'Amt der Tiroler Landesregierung,

c) un membro della magistratura,

d) un membro della Wirtschaftskammer Tirol (Camera di commercio del Tirolo), un membro della Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer für Tirol und Vorarlberg (Camera degli architetti e dei consulenti ingegneri del Tirolo e del Vorarlberg), un membro della Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (Camera degli operai e degli impiegati del Tirolo) nonché un membro della Tiroler Gemeindeverband (associazione intercomunale del Tirolo); ognuna delle suddette persone dovrà essere proposta dai rispettivi enti di appartenenza e avere una buona conoscenza delle questioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

(...)

3) I membri del Landesvergabeamt sono nominati dal governo del Land con un mandato della durata di cinque anni. Essi devono essere eleggibili presso il Landtag. Per quanto attiene ai membri di cui al primo comma, lett. d), ed al

secondo comma, il governo del Land invita gli uffici legittimati a formulare una proposta entro un termine ragionevole che dovrà essere all'uopo fissato. In difetto di proposta entro i termini fissati, la nomina avrà luogo senza che vi sia stata proposta. Prima di poter procedere alla nomina del membro di cui al primo comma, lett. c), dovrà essere sentito il presidente dell'Oberlandesgericht di Innsbruck. Per ogni membro sarà nominato un supplente in base alle stesse modalità. In caso di impedimento, ogni membro sarà rappresentato dal rispettivo supplente.

4) Un membro o un membro supplente cessa di esercitare anticipatamente le proprie funzioni a seguito di rinuncia alla nomina o di revoca della medesima; i membri ai sensi del primo comma, lett. b) e c), cessano parimenti l'esercizio delle proprie funzioni a seguito di cessazione dal servizio o dalla professione. La rinuncia dev'essere effettuata per iscritto al governo del Land. (...) La nomina dev'essere annullata quando vengano meno i relativi presupposti ovvero in presenza di elementi che possano costituire durevole ostacolo al regolare esercizio delle funzioni. In caso di cessazione anticipata dalle funzioni di un membro o di un membro supplente, dovrà immediatamente procedersi alla nomina di un nuovo membro o di un nuovo membro supplente per la restante durata del mandato.

(...)

6) L'emanazione delle decisioni del Landesvergabeamt è subordinata alla regolare convocazione di tutti i suoi membri nonché alla presenza del presidente, del relatore, del membro della magistratura e quantomeno di un altro membro. Il Landesvergabeamt decide a maggioranza semplice dei voti. In caso di parità di voti è decisivo il voto del presidente. L'astensione non è consentita.

7) I membri del Landesvergabeamt non sono vincolati, nell'esercizio delle proprie funzioni, ad alcuna istruzione. Le loro decisioni non possono essere né abrogate né modificate in via amministrativa.

8) L'attività di cancelleria del Landesvergabeamt è assicurata dal Land der Tiroler Landesregierung».

8 Il 6 aprile 1995 la Köllensperger e la Atzwanger adivano il Tiroler Landesvergabeamt al fine di ottenere l'annullamento, per violazione del Tir VergG, dell'aggiudicazione dei lavori di ampliamento del Centro ospedaliero di Schwaz.

9 Con decisione 27 giugno 1995 il Tiroler Landesvergabeamt respingeva il ricorso in base al rilievo che l'appalto era stato aggiudicato alla società che aveva presentato la migliore offerta. Conseguentemente, secondo il Tiroler Landesvergabeamt, anche se le disposizioni del Tir VergG fossero state rispettate dall'autorità aggiudicatrice, l'appalto non avrebbe potuto essere comunque attribuito, in ogni caso, né alla Köllensperger né alla Atzwanger.

10 Le suddette società ricorrevano quindi dinanzi al Verfassungsgerichtshof.

11 Il 12 giugno 1996 il Verfassungsgerichtshof annullava la decisione del Tiroler Landesvergabeamt in base al rilievo che, alla data di emanazione della decisione da parte di quest'ultimo, vale a dire il 27 giugno 1995, la sua composizione non rispondeva ai requisiti posti dall'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665.

12 Secondo il Verfassungsgerichtshof il presidente del detto organo — un ingegnere — non possedeva le qualifiche necessarie, sotto il profilo giuridico e professionale, all'esercizio di funzioni giurisdizionali, ragion per cui la decisione 27 giugno 1995 aveva violato il diritto delle società ricorrenti ad un procedimento dinanzi al giudice naturalmente costituito, diritto garantito dalla Costituzione.

13 Il 16 luglio 1996 il presidente del Tiroler Landesvergabeamt in carica al momento della decisione impugnata si dimetteva con effetto 12 luglio ed un nuovo presidente veniva quindi nominato dalla Tiroler Landesregierung.

14 A seguito della riassunzione del procedimento dinanzi al Tiroler Landesvergabeamt, il Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz faceva valere che la composizione del detto organo continuava ad essere non conforme alla direttiva 89/665.

15 Ritenendo che sussistessero dubbi riguardo ai membri previsti dall'art. 6, primo comma, lett. d), del Tir VergG, il Tiroler Landesvergabeamt decideva di sottoporre alla Corte le due seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 2 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, vada interpretato nel senso che il (Tiroler) Landesvergabeamt (Ufficio aggiudicazioni appalti del Land Tirolo), istituito con il (Tiroler) Landesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 6 luglio 1994 (legge del Land del Tirolo 6 luglio 1994, relativa all'aggiudicazione degli appalti), *Landesgesetzblatt für Tirol* (Gazzetta ufficiale del Land Tirolo) n. 87/1994, costituisca un organo di ricorso ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva.

2) Se con il Gesetz über die Vergabe von Aufträgen 6 luglio 1994 (legge 6 luglio 1994, relativa all'aggiudicazione degli appalti), *Landesgesetzblatt für Tirol* (Gazzetta ufficiale del Land Tirolo) n. 87/1994, sia stata garantita la trasposizione nell'ordinamento giuridico nazionale 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, per quanto concerne la procedura di ricorso di cui all'art. 1».

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

16 Ci si deve chiedere, in limine, se il Tiroler Landesvergabeamt costituisca un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato e se, conseguentemente, le questioni pregiudiziali siano ricevibili.

17 Si deve ricordare al riguardo che, secondo una costante giurisprudenza, per valutare se l'organo remittente possegga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., da ultimo, sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, Racc. pag. I-4961, punto 23, e sentenze 30 giugno 1966, causa C-61/65, Vaassen-Göbbels, Racc. pag. 407; 11 giugno 1987, causa C-14/86, Pretore di Salò/X, Racc. pag. 2425, punto 7; 17 ottobre 1989, causa 109/88, Danfoss, Racc. pag. 3199, punti 7 e 8; 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a., Racc. pag. I-1477, punto 21, e 19 ottobre 1995, causa C-111/94, Job Centre, Racc. pag. I-3361, punto 9).

18 Non sussistono dubbi per quanto attiene ai primi cinque requisiti. Questi sono invero soddisfatti dal Tiroler Landesvergabeamt, come emerge dalle disposizioni dell'art. 6 del Tir VergG, che ne disciplina la composizione ed il funzionamento.

19 Non appare invece in termini evidenti che sia soddisfatto il rispetto dell'indipendenza.

20 Come osservato dall'avvocato generale al punto 25 delle sue conclusioni, il Tir VergG non contiene disposizioni specifiche in merito alla ricusazione e all'astensione dei membri del Tiroler Landesvergabeamt.

21 Inoltre, la locuzione contenuta all'art. 6, quarto comma, del Tir VergG quanto alla revoca dei membri «in presenza di elementi che possono costituire probabile durevole ostacolo al regolare esercizio delle funzioni» appare, prima facie, troppo vaga per poter fornire garanzie contro indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo.

22 In primo luogo, si deve rilevare al riguardo che all'art. 5, secondo comma, il Tir VergG prevede espressamente che, in difetto di diversa disposizione, l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz del 1991 (legge sul procedimento amministrativo generale) si applica alla procedura di controllo dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti. Orbene, la detta legge precisa dettagliatamente le circostanze in presenza delle quali i membri dell'organo interessato devono astenersi. Inoltre, secondo la giurisprudenza del Verwaltungsgerichtshof, la violazione di tale obbligo costituisce un vizio di forma che gli interessati possono far valere in giudizio.

23 In secondo luogo, occorre fare riferimento all'art. 6, settimo comma, del Tir VergG. Vietando espressamente qualsiasi istruzione nei confronti dei membri del Tiroler Landesvergabeamt nell'esercizio delle loro funzioni, tale disposizione ricalca l'art. 20 della Costituzione federale austriaca relativa all'indipendenza dei membri degli organi collegiali aventi carattere giurisdizionale, organi tra i quali si annovera il Tiroler Landesvergabeamt.

24 Il combinato disposto di tali norme non consente quindi di concludere nel senso che l'art. 6, quarto comma, del Tir VergG non garantirebbe l'indipendenza dei membri del Landesvergabeamt. Non spetta alla Corte presumere che tale disposizione possa essere applicata in modo contrario alla Costituzione austriaca e ai principi dello Stato di diritto.

25 Dalle suesposte considerazioni deriva che il Tiroler Landesvergabeamt dev'essere considerato quale giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato e che le questioni pregiudiziali sono quindi ricevibili.

Sulle questioni pregiudiziali

26 Con le questioni pregiudiziali il Tiroler Landesvergabeamt chiede sostanzialmente se le disposizioni del genere di quelle che disciplinano la sua composizione e il suo funzionamento rispondano ai requisiti fissati all'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665.

27 Si deve ricordare che quest'ultima disposizione riguarda gli organi responsabili delle procedure di ricorso avverso le decisioni emanate dagli organi di base competenti in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 89/665.

28 Ai sensi dell'art. 2, n. 8, primo comma, gli Stati membri possono optare tra due soluzioni per quanto attiene all'organizzazione del sistema di controllo degli appalti pubblici.

29 La prima soluzione consiste nell'attribuire la competenza a conoscere dei ricorsi ad organi di natura giurisdizionale. Con la seconda, invece, tale competenza viene attribuita, in un primo momento, ad organi che non sono di natura giurisdizionale. In quest'ultimo caso, le decisioni emanate da tali organi devono poter essere oggetto di un ricorso giurisdizionale, ovvero di un ricorso dinanzi a un altro organo che deve rispondere agli specifici requisiti fissati dall'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665 al fine di garantire un ricorso adeguato.

30 Ne consegue che, se, in un'ipotesi come quella oggetto della causa principale, l'organo responsabile del ricorso è di natura giurisdizionale, tali disposizioni di garanzia non trovano applicazione.

31 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve risolvere la questione sottoposta dal giudice remittente nel senso che i requisiti stabiliti dall'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665 non trovano applicazione riguardo a disposizioni come quelle che disciplinano la composizione e il funzionamento di tale giudice.

Sulle spese

32 Le spese sostenute dal governo austriaco e 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 pregiudiziali sottopostele dal Tiroler Landesvergabeamt con ordinanza 7 novembre 1996, dichiara:

I requisiti stabiliti dall'art. 2, n. 8, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, non trovano applica-

zione riguardo a disposizioni come quelle che disciplinano la composizione ed il funzionamento del Tiroler Landesvergabeamt.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 4 febbraio 1999.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione

P. J. G. Kapteyn