CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate il 12 settembre 1995 *

A — I fatti

1. Il procedimento per inadempimento in esame riguarda la legittimità dell'assegnazione di un appalto pubblico, avente ad oggetto la fornitura di autobus per trasporti pubblici, rientrante nella sfera di applicazione della direttiva 90/531/CEE [1].

2. La controversia si basa sui seguenti fatti. La «Société régionale wallonne du transport» (in prosieguo: la «SRWT») indiceva una gara pubblica di appalto, mediante la pubblicazione di un bando di gara nel supplemento della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* 22 aprile 1993 [2], per l'assegnazione di un appalto avente ad oggetto complessivamente la fornitura di 307 autobus standard. Detto appalto, valutato di importo pari a 2 022 918 000 BFR (IVA esclusa), e ripartito in otto lotti, doveva essere eseguito in tre anni.

3. Il 7 giugno 1993, data limite per il ricevimento delle offerte e per l'apertura delle stesse, cinque società avevano presentato offerte: la EMI (Aubange), la Van Hool (Koningshooikt), la Mercedes-Belgique (Bruxelles), la Berkhof (Roeselaere) e la Jonckheere (Roeselaere).

4. Durante i mesi di giugno e luglio la SRWT esaminava le offerte. Una nota del 24 agosto 1993, redatta per la riunione del consiglio di amministrazione 2 settembre 1993, raccomandava di assegnare il lotto n. 1 alla società Jonckheere e i lotti nn. 2-6 alla società Van Hool.

5. Il 3, il 23 e il 24 agosto 1993 la società EMI inviava all'ente aggiudicatore pubblico tre note supplementari in cui commentava alcuni punti della sua offerta, in particolare il consumo di combustibile e la frequenza di sostituzione dei motori e dei cambi.

6. Dopo l'esame delle suddette tre note supplementari il servizio tecnico dell'ente aggiudicatore redigeva una nota non firmata, datata 31 agosto 1993, in cui considerava che le note costituivano modifiche dell'offerta

* Lingua originale: il tedesco.

1 — Direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 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).

2 — Supplemento alla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, S 78, del 22 aprile 1993, pag. 76.

iniziale e pertanto non potevano essere considerate. Veniva quindi confermata la proposta di decisione formulata per la riunione del consiglio di amministrazione 2 settembre 1993.

7. Alla riunione 2 settembre 1993 il consiglio di amministrazione riteneva di non disporre di sufficienti informazioni per potere adottare una decisione definitiva. In particolare era dubbio fino a che punto fosse giuridicamente lecito tener conto del contenuto delle tre note supplementari. Si è pertanto deciso di chiedere il parere giuridico del ministro vallone dei trasporti, nel cui gabinetto si sapeva che lavorava uno specialista riconosciuto degli appalti pubblici.

8. Il ministro vallone dei trasporti rispondeva alla domanda di parere con lettera 14 settembre 1993. Secondo questa lettera la presa in considerazione del contenuto delle note supplementari nella valutazione non avrebbe sollevato — per la maggior parte dei punti — alcun problema giuridico. La lettera invitava in definitiva il consiglio di amministrazione ad effettuare un nuovo esame alla luce delle osservazioni formulate dal ministro dei trasporti.

9. Il 28 settembre 1993 la SRWT chiedeva alla EMI di confermare i suoi dati relativi ai consumi di combustibile indicati nella nota del 24 agosto, nonché i suoi dati riguardanti la frequenza delle sostituzioni di motori e di cambi menzionati nella nota del 23 agosto. L'EMI confermava tali dati con lettera 29 settembre 1993.

10. Una nuova nota per il confronto delle offerte, redatta per la riunione del consiglio di amministrazione 6 ottobre 1993, teneva conto delle indicazioni supplementari dell'EMI. La proposta di decisione contenuta nella nota mirava ad assegnare il lotto n. 1 alla società Jonckheere e i lotti nn. 2-6 all'EMI.

11. Il 6 ottobre 1993 il consiglio di amministrazione della SRWT recepiva la proposta. Decideva di assegnare l'appalto avente ad oggetto il lotto n. 1 (37 veicoli) alla Jonckheere, e i lotti nn. 2-6 (278 veicoli) alla EMI. L'ordinazione di altri 30 autobus supplementari veniva rinviata al 1996.

12. Lo stesso giorno la Van Hool avviava dinanzi al Conseil d'Etat del Belgio un procedimento di estrema urgenza volto alla sospensione della decisione. L'istanza veniva respinta con sentenza 17 novembre 1993.

13. La Van Hool presentava inoltre una denuncia alla Commissione delle Comunità europee, la quale il 30 novembre 1993 inviava al governo belga una lettera di diffida ai sensi dell'art. 169 del Trattato. Nella sua risposta del 15 dicembre 1993 il governo belga sosteneva che non sussisteva inadempimento. L'8 febbraio 1994 la Commissione inviava quindi

al governo belga un parere motivato invitandolo ad intervenire presso le autorità competenti per sospendere gli effetti giuridici del contratto fra la SRWT e l'EMI. La Commissione riteneva che la risposta del governo belga non fosse tale da far venir meno l'asserito inadempimento. Essa presentava pertanto ricorso dinanzi alla Corte l'11 marzo 1994. Lo stesso giorno la Commissione presentava un'istanza di provvedimenti urgenti mirante ad ottenere che fossero sospesi, fino alla pronuncia della sentenza definitiva, la decisione di assegnazione adottata dalla SRWT il 6 ottobre 1993 e i rapporti contrattuali fra la SRWT e la società assegnataria dell'appalto. Con ordinanza 22 aprile 1994 l'istanza veniva respinta.

14. Nel procedimento ora in esame dinanzi alla Corte ha avuto luogo, in data 17 maggio 1995, una riunione informale tra il giudice relatore, l'avvocato generale e le parti, allo scopo di discutere sulla portata effettiva della lite e, eventualmente, sulla necessità di disporre misure istruttorie.

15. La Commissione chiede nel ricorso che la Corte voglia:

1) dichiarare che il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla 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, nonché al principio della parità di trattamento che è alla base di ogni disciplina del sistema di aggiudicazione degli appalti pubblici,

   — tenendo in considerazione, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla «Société régionale wallonne du transport», delle modifiche apportate ad una delle offerte successivamente all'apertura delle offerte stesse,

   — ammettendo nel procedimento di aggiudicazione un offerente che non rispondeva ai criteri di selezione del capitolato d'appalto,

   — accettando un'offerta che non rispondeva ai criteri di assegnazione del capitolato d'appalto,

2) condannare il Regno del Belgio alle spese della causa.

16. Il Regno del Belgio chiede che la Corte voglia:

1) respingere il ricorso,

2) condannare la Commissione alle spese, comprese quelle del procedimento sommario.

17. A seguito delle discussioni tenutesi alla riunione informale del 17 maggio 1995, la Commissione ha rinunciato alla sua prima censura, secondo la quale l'ente aggiudicatore pubblico avrebbe ammesso un offerente che non rispondeva ai criteri di selezione del capitolato d'appalto. La Commissione ha comunicato tale rinuncia con memoria 9 giugno 1995 e l'ha confermata ancora una volta all'udienza. Restano pertanto controversi due motivi, vale a dire, da un lato, il fatto che l'ente aggiudicatore abbia considerato modifiche apportate all'offerta successivamente all'apertura delle offerte stesse, e, dall'altro, il fatto che esso abbia accettato un'offerta tenendo conto di criteri di assegnazione diversi da quelli indicati nel capitolato d'appalto. Ciascun motivo può essere diviso in due parti, le quali saranno anche alla base delle considerazioni che seguono.

18. Il ricorso va adattato ai cambiamenti della fattispecie iniziale. Esso si presenta pertanto come segue.

La Commissione chiede che la Corte voglia:

dichiarare che il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva 90/531/CEE, nonché al principio della parità di trattamento che è alla base di ogni disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in quanto, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla «Société régionale wallonne du transport»,

— si è tenuto conto delle modifiche apportate ad una delle offerte successivamente all'apertura delle offerte stesse,

— si è accolta un'offerta che non rispondeva ai criteri di aggiudicazione del capitolato d'appalto.

B — Il mio punto di vista

I — *Questioni preliminari*

a) Sul campo di applicazione della direttiva

19. L'art. 2, n. 1, della direttiva 90/531 definisce il campo di applicazione ratione personae della direttiva come segue:

«La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che:

a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2;

b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

L'art. 2, n. 2, definisce il campo di applicazione ratione materiae della direttiva. Detto articolo, nella parte rilevante per la causa in esame, recita:

«Le attività che rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva sono le seguenti:

a) (...)

b) (...)

c) gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo.. Per quanto riguarda i servizi di trasporto, è considerata come rete quella in cui il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da una competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio;

d) (...)».

20. È assodato che la SRWT è un'impresa pubblica che fornisce un servizio al pubblico nel settore del trasporto con autobus. In quanto ente aggiudicatore pubblico la SRWT rientra di conseguenza nel campo di applicazione della direttiva. Dubbi in merito a questa affermazione potrebbero quindi essere dovuti unicamente al fatto che la SRWT non figura nell'allegato VII della direttiva, il quale contiene un elenco degli «enti aggiudicatori nel settore dei servizi urbani di ferrovie, tramvie, filobus o autobus».

21. La Commissione ha convincentemente affermato che l'elenco è soltanto dichiarativo. Mediante modifiche di fatto vi sarebbe sempre il pericolo di divergenze fra il contenuto dell'elenco e la realtà. Di conseguenza, soltanto l'art. 2 della direttiva sarebbe in definitiva decisivo.

22. Tale tesi viene corroborata dalle disposizioni della direttiva relative alla stesura degli allegati I-X. Ad esempio, l'art. 2, n. 6, dispone che:

«Gli enti aggiudicatori di cui agli allegati da I a X rispondono ai criteri sopra specificati. Per far sì che gli elenchi siano *il più completi possibile*, gli Stati membri notificano alla Commissione le modifiche apportate ai rispettivi elenchi. La Commissione rivede gli allegati da I a X conformemente alla procedura di cui all'articolo 32» [3].

L'art. 32 dispone quindi che:

«Gli allegati da I a X sono riveduti conformemente alla procedura di cui ai paragrafi da 3 a 7 *in modo che essi rispondano ai criteri definiti dall'articolo 2*» [4].

Si deve quindi considerare che il campo di applicazione della direttiva è aperto.

3 — Il corsivo è mio.

4 — Il corsivo è mio.

b) Situazione interna

23. Nel corso del procedimento il governo belga ha obiettato che si tratta di una situazione meramente interna, alla quale il diritto comunitario non si applica. In concorrenza per l'assegnazione di un appalto da parte di un'impresa pubblica belga vi sarebbero solo società belghe.

24. A tale obiezione si replicherà anzitutto che le normative comunitarie sono di applicazione generale una volta entrate in vigore. È peraltro del tutto possibile che imprese di altri Stati membri siano interessate in quanto fornitrici. Se ci si limita a considerare le imprese interessate alla controversia, vale a dire la EMI e la Van Hool, risulta chiaramente che l'aggiudicazione dell'appalto produce concreti effetti internazionali. Ad esempio, produttrice e fornitrice dei motori per i veicoli della EMI è la Renault, un'impresa francese.

c) Sulla scelta del procedimento per l'aggiudicazione dell'appalto

25. Nel corso del procedimento il governo belga ha sostenuto che l'ente aggiudicatore non era tenuto ad assegnare l'appalto mediante una procedura aperta. Il comportamento di detto ente sarebbe stato conforme

alla direttiva anche se esso avesse scelto una procedura negoziata. Questo argomento mira a confermare la legittimità di eventuali negoziati con un offerente.

26. L'art. 15, n. 1, della direttiva, sotto il titolo III, «Procedure per l'aggiudicazione degli appalti», dispone:

«Gli enti aggiudicatori possono scegliere una delle procedure definite nell'articolo 1, paragrafo 6, purché (...) sia stata indetta una gara (...)».

In forza dell'art. 1, n. 6, ai fini della direttiva in esame, per «procedure aperte, ristrette o negoziate» si intendono le procedure di aggiudicazione utilizzate dagli enti aggiudicatori nelle quali:

«a) nel caso delle procedure aperte, ogni fornitore o imprenditore interessato può presentare un'offerta;

b) nel caso delle procedure ristrette, soltanto gli imprenditori invitati dall'amministrazione aggiudicatrice possono presentare un'offerta;

c) nel caso delle procedure negoziate, l'ente aggiudicatore consulta i fornitori o gli imprenditori di propria scelta e negozia le condizioni dell'appalto con uno o più di essi».

27. Si deve aderire al punto di vista del governo belga secondo cui, fra i procedimenti che sono stati descritti, l'ente aggiudicatore pubblico poteva scegliere quello che voleva avviare. Tuttavia, dopo aver deciso per uno di essi, detto ente era tenuto, fino all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, ad osservare le norme che si applicano a tale tipo di procedimento. Di per sé la normativa comunitaria mira a stabilire, per ciascuno dei tre tipi di procedura, una concorrenza in tutta la Comunità. Questo obiettivo implica il rispetto incondizionato del divieto di discriminazione, su cui tornerò in seguito. Un mezzo per raggiungere tale obiettivo sono ad esempio le disposizioni in materia di pubblicazione, che si applicano a ciascun tipo di procedura [5]. Non è quindi lecita una deroga alle disposizioni del procedimento una volta che esso è iniziato.

II — *Sulla censura della modifica dell'offerta dopo la scadenza del termine per l'apertura dell'offerta stessa*

28. Questa censura è duplice. Essa riguarda i dati relativi al consumo di carburante e,

5 — V., ad esempio, artt. 16 e 17 della direttiva.

inoltre, la dichiarata frequenza di sostituzione del motore e del cambio dei veicoli offerti.

29. Occorre prendere anzitutto le mosse dal fatto che è vietato modificare le offerte dopo il termine finale per il deposito o per l'apertura delle offerte stesse. Tale divieto costituisce un principio fondamentale dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici. Esso è espressione del principio della parità di trattamento, vigente in via di principio per tutti i procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici [6], il quale, inoltre, è espressamente stabilito dalla direttiva 90/531. L'art. 4, n. 2, recita:

«Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori o imprenditori».

30. Il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti contribuisce infine all'obiettivo di una concorrenza a livello di tutta la Comunità e della completa realizzazione della libera circolazione delle merci e della libera prestazione dei servizi [7].

Tale obiettivo richiede che gli offerenti potenziali siano trattati in modo uguale. Il divieto di discriminazione si ripercuote pertanto su vari punti [8]. Prova del divieto di apportare modifiche a posteriori nell'interesse della parità di trattamento è anche la dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione riguardante l'art. 15. Essa è così redatta:

«*Il Consiglio e la Commissione* dichiarano che, nelle procedure aperte o ristrette, è esclusa qualsiasi negoziazione con i candidati o gli offerenti vertente su elementi fondamentali dei contratti la cui variazione possa falsare il gioco della concorrenza, in particolare sui prezzi; tuttavia vi possono essere discussioni con i candidati o gli offerenti ma solo per far precisare o completare il tenore delle loro offerte nonché le esigenze degli enti aggiudicatori e purché ciò non abbia effetto discriminante».

31. In questo ambito occorre esaminare se un offerente abbia apportato a posteriori modifiche alla sua offerta di cui l'ente aggiudicatore avrebbe illegittimamente tenuto conto.

6 — V. sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 39).

7 — V. i 'considerando' terzo, quarto e sesto della direttiva 90/531, nonché i 'considerando' da undicesimo a tredicesimo.

8 — V. l'art. 4, n. 2, della direttiva, il venticinquesimo 'considerando' della direttiva e la dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione riguardante l'art. 15 della direttiva.

a) Sul consumo di carburante dei veicoli proposti

32. Nella sua offerta iniziale avente ad oggetto i lotti nn. 2-6, l'offerente EMI aveva dichiarato un consumo di 54 litri per ogni 100 km. In questo offerta i dati rispettivi di ciascun lotto erano accompagnati da una nota con la quale l'impresa richiamava l'attenzione su una riduzione possibile del consumo di carburante. Secondo questa nota il consumo dichiarato si basava sui risultati di prove effettuate da una società indipendente mediante un veicolo non ancora rodato. Con un veicolo rodato, e in condizioni ottimali, bisognava prevedere un risparmio di carburante del 5-8%.

33. Nella nota 3 agosto 1993, la prima delle tre note controverse, l'impresa segnala nuovamente che, nelle condizioni indicate, si deve ridurre il consumo di carburante dell'8% [9]. Nella nota 24 agosto 1993, la terza delle note controverse, qualificata «note explicative», l'impresa menziona controlli che consentono ormai di concludere per un consumo di 45 litri per ogni 100 km nel traffico urbano [10].

34. La *Commissione* ritiene che questi dati costituiscano una modifica a posteriori dell'offerta iniziale. A suo avviso, non si sarebbe dovuto tener conto di detti dati.

9 — Nota dell'EMI, 3 agosto 1993, pag. 5.

10 — Questa cifra vale per i lotti nn. 2-6.

35. Il *governo belga* sostiene invece che tali dati non fanno che precisare quelli già forniti nell'offerta. A suo avviso, la possibile riduzione del consumo di carburante era stata annunciata sin dall'origine, e solo successivamente sono stati forniti i risultati concreti. Il fatto di precisare o di completare i dati figuranti nell'offerta è conforme alla dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione relativa all'art. 15 della direttiva.

36. Se non si volessero qualificare precisazioni i dati successivi, questi ultimi sarebbero in ogni caso leciti in quanto rettifica di un errore materiale. Detto governo aggiunge che, del resto, la Commissione aveva ammesso, in un altro contesto, la correzione di indicazioni inesatte sfavorevoli all'offerente. Si dovrebbero applicare gli stessi criteri quando la correzione risulta favorevole all'offerente.

37. La controversia si incentra quindi, tanto sul piano terminologico quanto su quello sostanziale, sulla questione se i dati controversi *precisino o modifichino* l'offerta. Dal punto di vista semantico, penso che occorra intendere il termine «precisare», usato nella dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione, nel senso di comunicare i dettagli che consentono di descrivere più chiaramente l'oggetto di cui trattasi, o di definirlo con maggiore esattezza. Quanto al secondo termine utilizzato nella dichiarazione comune, vale a dire quello di «completare», intendo questa nozione come aggiunta di indicazioni che non erano precedentemente disponibili. Comune alle due nozioni è il fatto che con esse non si devono sostituire indicazioni fornite precedentemente, che al

contrario vanno concretizzate in un senso o in un altro.

38. La considerazione secondo cui né il fatto di precisare né quello di completare implicano la sostituzione con nuovi dati di indicazioni precedentemente fornite è a mio avviso confermata dalla riflessione oggettiva secondo cui la possibilità di cambiare alcuni elementi svantaggia potenzialmente altri offerenti.

39. In questo ambito per «precisare» intendo, ad esempio, il caso in cui un'impresa, che ha menzionato una diminuzione del consumo fino all'8%, stabilisca una cifra entro questi limiti e comunichi il valore finale espresso in litri.

40. Con la nota 3 agosto 1993, impegnandosi per una diminuzione dell'8% del consumo di carburante, l'EMI ha proceduto appunto in tal modo. La nota 3 agosto costituisce quindi per quanto riguarda il consumo una precisazione, e non una modifica dell'offerta.

41. Al contrario la cifra di 45 litri ogni 100 km, comunicata nella nota 24 agosto 1993, equivale a una diminuzione del 17,5% rispetto al consumo dichiarato. Questa diminuzione è più del doppio del margine precedentemente segnalato. Ritengo che, su un piano meramente terminologico, ciò debba essere considerato non una precisazione, bensì una modifica.

42. Ai sensi della dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione la questione dell'effetto discriminatorio dei dati successivi fornisce il vero criterio della liceità o meno di una precisazione. Ritengo quindi che sia importante esaminare, rispetto agli altri offerenti, gli effetti causati dalle cifre comunicate alla fine del mese di agosto. A questo proposito occorre tener conto del fatto che un sistema di valutazione del consumo di carburante dei veicoli offerti è stato stabilito nell'ambito dei criteri di assegnazione elencati nel capitolato d'appalto. Nella parte dedicata alla valutazione dei criteri tecnici, il punto 20.2.2.1 stabilisce un calcolo comparativo volto a determinare il costo di utilizzazione. Secondo questo sistema, il veicolo che presenti il consumo più elevato tra quelli proposti nelle offerte ammesse ha valore di riferimento. In caso di consumo inferiore a tale valore gli altri veicoli sono accreditati di un importo espresso in denaro (vale a dire, in «franc fictif») [11].

43. Dichiarando un consumo di 54,5 litri per ogni 100 km l'EMI occupava il primo posto per tutti i lotti considerati. I suoi veicoli non potevano quindi beneficiare di alcun

11 — V. il punto 20.2.2 del capitolato speciale d'appalto.

abbuono. Inoltre questo valore serviva di riferimento anche per l'abbuono dei veicoli di offerenti concorrenti. Va sottolineato che, sebbene il consumo dichiarato dei veicoli EMI fosse stato diminuito dell'8%, la cifra ottenuta, pari a 50,14 litri, sarebbe stata ancora quella maggiore. Anche in tal caso i veicoli non avrebbero beneficiato di alcun abbuono. Il vantaggio per gli altri veicoli si sarebbe soltanto ridotto. In via di principio la situazione è diversa se si calcola una diminuzione di consumo del 17,15%, vale a dire un consumo che ammonti a 45 litri per ogni 100 km. Con tale valore il consumo diviene inferiore a quello dichiarato da un concorrente, di modo che i veicoli dell'EMI fruiscono in tal caso di un vantaggio che prende la forma di un abbuono.

44. Dal confronto tra le cifre concrete [12] risulta che l'abbuono della Van Hool, concorrente diretto, si è ridotto di 2,5 volte per i lotti nn. 2 e 3, e persino di 2,8 volte per i lotti nn. 4, 5 e 6. Mentre l'abbuono applicabile ai lotti nn. 2 e 3 ammontava inizialmente a meno 1 875 600, e a meno 1 750 560 per i lotti nn. 4 e 6, lo stesso abbuono è passato a meno 750 240 per i lotti nn. 2 e 3, e persino a meno 625 200 per i lotti nn. 4 e 6. Nel frattempo la presa in considerazione delle cifre modificate ha consentito all'EMI di ottenere un abbuono di più 125 040 per tutti i lotti di cui trattasi.

12 — Nota per la riunione del consiglio di amministrazione 2 settembre 1993, allegato 6, pagg. 2-6, e nota per la riunione del consiglio di amministrazione 6 ottobre 1993, allegato 2, pagg. 2-6.

45. A mio avviso, pertanto, anche alla luce dei loro effetti sulle offerte dei concorrenti, i nuovi dati debbono essere considerati modifiche delle indicazioni iniziali, e l'ente aggiudicatore non avrebbe dovuto tenerne conto.

46. Occorre infine esaminare l'argomento sostenuto dal governo belga secondo il quale le nuove cifre non avrebbero fatto che rettificare un errore materiale. I meri fatti sono sufficienti, secondo me, a invalidare questa tesi poiché è pacifico che i risultati ottimali potevano essere ottenuti solo in base a prove successive. Le cifre potevano quindi essere stabilite solo in base a fatti verificatisi dopo il termine finale. È pertanto a mio avviso sbagliato addurre la correzione di un errore.

b) Sulla frequenza di sostituzione del motore e del cambio dei veicoli offerti

47. L'allegato 23 del capitolato speciale di appalto [13] costituisce il punto di partenza per i dati relativi alla sostituzione di singole parti dei veicoli. Esso costituisce la base per il calcolo dei tempi di lavoro e delle spese di materiale relativi alla sostituzione di alcuni

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

pezzi. Complessivamente vi sono elencate 45 voci: per ciascuna di esse l'offerente deve indicare il numero di pezzi di ricambio per autobus, i tempi per lo smontaggio e il montaggio dei pezzi, e infine, il prezzo di un nuovo pezzo di ricambio. Tutti questi dati devono essere ripresi in una tabella. In questa tabella è prevista una rubrica intitolata «numero di sostituzione necessaria per un pezzo di ricambio» [14]. Tale rubrica è già stata completata dall'ente aggiudicatore per tutti i 45 pezzi di ricambio. Alla riga n. 1 va letto «motore» e nella rubrica «numero di sostituzione prevedibile» un «2». Nella seconda riga viene quindi indicato il termine «cambio» e, nella rubrica prevista, figura un «3».

48. È pacifico che l'EMI ha correttamente compilato la tabella dell'allegato 23 del capitolato speciale d'appalto. Nella nota 23 agosto 1993 in esame detto offerente richiama l'attenzione sul fatto che la frequenza di sostituzione prescritta dall'ente aggiudicatore pubblico non corrisponde alla realtà statistica dei veicoli offerti. Sub a), «due sostituzioni di motore», si può leggere che l'esperienza acquisita coi veicoli considerati dimostra che un solo motore sarà necessario per una durata di 15 anni, nella misura di 50 000 km l'anno. Sub b), a proposito di «tre sostituzioni di cambi», si afferma che l'esperienza ha dimostrato che si deve prevedere una frequenza di sostituzione pari a 1,25.

49. Si sottolinea inoltre che i detti due punti costituiscono soltanto le voci più importanti e che lo stesso criterio dovrebbe applicarsi anche ad altri pezzi di ricambio elencati nell'allegato 23 del capitolato speciale d'appalto. L'efficienza dei veicoli offerti non dovrebbe portare a danneggiarli economicamente.

50. La Commissione ritiene che detta nota costituisca una modifica dell'offerta iniziale.

51. Il governo belga sostiene invece che la nota del 23 agosto ha soltanto richiamato l'attenzione dell'ente aggiudicatore sul fatto che la frequenza di sostituzione prevista non corrispondeva alla realtà. L'insieme dei dati figuranti all'allegato 23, quali il prezzo unitario del pezzo di ricambio, il tempo per il montaggio e lo smontaggio dei pezzi sono rimasti immutati.

52. Le osservazioni figuranti nella nota 23 agosto 1993 si riferiscono a prescrizioni che l'ente aggiudicatore aveva fissato nel capitolato d'appalto e che non dipendevano dalla volontà degli offerenti. Nessuna indicazione era loro richiesta per la rubrica considerata, relativa alla frequenza di sostituzione. A questo riguardo si può interpretare il contenuto della nota 23 agosto soltanto come un'osservazione dell'offerente circa le premesse dell'ente aggiudicatore, sulle quali in via di principio egli non poteva esercitare alcuna influenza tramite la sua offerta. L'offerente

14 — «Nombre de remplacement prévisible pour un organe».

non poteva pensare che le sue osservazioni avrebbero portato a modificare le prescrizioni dell'ente aggiudicatore.

53. Risponde però al legittimo interesse economico dell'offerente richiamare l'attenzione dell'ente aggiudicatore sul fatto che le prescrizioni relative al prodotto offerto non corrispondono alla realtà e che una valutazione dell'offerta su questa base avrebbe comportato necessariamente una valutazione errata. Questa osservazione avrebbe potuto essere inserita altrettanto bene nell'offerta iniziale, senza modificare con ciò le condizioni da applicare all'offerente. La reazione dell'ente aggiudicatore a siffatte osservazioni va valutata indipendentemente dal comportamento dell'offerente stesso.

54. Tenuto conto del fatto che nella nota del 23 agosto l'offerente non ha fornito alcuna nuova informazione espressa in cifre, non ha sostituito nessuno dei suoi dati, e non ha neanche effettuato un calcolo derogatorio, ritengo che la nota censurata non modifichi affatto le indicazioni chieste all'offerente.

55. La constatazione che con la nota del 23 agosto l'EMI non ha apportato alcuna modifica alla sua offerta — la quale si basa almeno in parte sul fatto che si tratta di osservazioni relative a dati che, in via di principio, non dipendono dalla volontà dell'offerente — non osta al fatto che il contenuto della nota ha fornito all'ente aggiudicatore l'occasione di discostarsi dalle proprie prescrizioni a favore dell'offerente e in modo eventualmente discriminatorio. Tale considerazione ci porta direttamente al secondo motivo, vale a dire a quello dell'inosservanza dei criteri di assegnazione da parte dell'ente aggiudicatore.

III — *L'inosservanza dei criteri di aggiudicazione*

a) Sulla frequenza di sostituzione di determinati pezzi di ricambio

56. La Commissione ha considerato da due punti di vista giuridici diversi gli elementi di fatto relativi alla presa in considerazione della frequenza di sostituzione dei pezzi meccanici essenziali quali il motore e il cambio. Da un lato, essa ha sostenuto che la nota del 23 agosto apportava una modifica all'offerta iniziale dell'EMI, una tesi giuridica che non condivido per le ragioni sopra esposte. Dall'altro, essa ha rilevato che l'ente aggiudicatore aveva derogato ai criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'appalto prendendo in considerazione le osservazioni dell'EMI all'atto del calcolo delle spese di manutenzione dei veicoli da valutare.

57. Il significato e le modalità dei criteri di aggiudicazione sono quindi decisivi. L'art. 27, nn. 1 e 2, della direttiva 90/531 prescrive al riguardo:

«1. I criteri sui quali gli enti aggiudicatori si fondano per assegnare gli appalti sono:

a) l'offerta economicamente più vantaggiosa, il che comprende diversi elementi di valutazione variabili secondo l'appalto di cui trattasi: per esempio, il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo, oppure

b) unicamente il prezzo più basso.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera a), gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

58. Il punto 14, «Criteri di assegnazione» del bando di gara, dispone:

«La scelta si effettuerà in base all'offerta economicamente più vantaggiosa. I diversi criteri sono: prezzo, spese di gestione (consumo, tempo di montaggio/smontaggio, prezzo dei pezzi di ricambio), sicurezza degli approvvigionamenti, qualità del materiale tecnico (posti [15], pendenza delle scale, gas di scarico, rumorosità, altezza dei gradini e del pavimento, pedane)» [16].

59. Il punto 20.2. del capitolato speciale d'appalto elenca i criteri di aggiudicazione nello stesso ordine seguito nel bando di gara, corredandoli di spiegazioni. La ripartizione è così effettuata:

«20.2. Criteri di aggiudicazione. L'appalto sarà assegnato in base all'offerta economica-

15 — Nel bando di gara redatto nella lingua originale (il francese) si legge «plages»; sembra che si tratti di un errore di stampa, poiché nel capitolato d'appalto il primo dei criteri di valutazione della qualità tecnica del materiale è intitolato «nombre des places».

16 — Questo elenco completo si trova soltanto nel bando pubblicato nella lingua originale (il francese). La pubblicazione nelle altre lingue comunitarie è effettuata solo in forma abbreviata. Ad esempio, il testo tedesco è così redatto: «Zuschlagskriterien: Wirtschaftlich vorteilhaftestes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Betriebskosten, Qualität, sonstige Kriterien» (Criteri di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa in funzione dei seguenti criteri: prezzo, costo di gestione, qualità, altri criteri).

mente più vantaggiosa, in base ai seguenti criteri:

20.2.1. Il prezzo unitario dell'autobus e le varianti finanziarie

(...)

20.2.2. Criteri tecnici di valutazione.

Questi criteri costituiscono oggetto di una ponderazione assoluta, la cui unità di misura sarà il "franc fictif".

LE SPESE DI GESTIONE

20.2.2.1. Consumo di combustibile

(...)

20.2.2.2. Tempo di montaggio e di smontaggio, prezzo dei pezzi

(...)

LA SICUREZZA DEGLI APPROVVIGIONAMENTI

20.2.2.3. Fornitura dei pezzi di ricambio

(...)

LE QUALITÀ TECNICHE DEL MATERIALE OFFERTO

20.2.2.4. Numero dei posti

(...)

20.2.2.5. Altezza dei gradini

(...)

20.2.2.6. Gas di scarico dannosi

(...)

20.2.2.7. Livello di rumorosità

(...)

20.2.2.8. Altezza del pavimento

(...)

20.2.2.9. Numero dei gradini

(...)

20.2.2.10. Pedane

(...)».

60. Il divieto di discriminazione e la possibilità di prevedere il procedimento di valutazione, che ne è il corollario, impongono che l'ente aggiudicatore si attenga ai criteri di assegnazione da esso stabiliti. L'allegato 23 del menzionato capitolato speciale d'appalto serve di base per la valutazione di uno dei due fattori di determinazione dei costi di utilizzazione. Conformemente ai criteri di aggiudicazione, i costi di utilizzazione da prendere in considerazione sono composti dal consumo di carburante e dal tempo di lavoro — che deve essere valutato — e dalle spese di materiale necessarie per la sostituzione dei pezzi di ricambio.

61. La frequenza di sostituzione dei pezzi di ricambio costituisce al riguardo — come abbiamo già visto — un valore costante che l'ente aggiudicatore prescrive indistintamente a tutti gli offerenti. Questo fattore interviene come moltiplicatore delle indicazioni fornite da questi ultimi in materia di costi. L'inosservanza di questa prescrizione può quindi comportare notevoli conseguenze.

62. Nella specie si ammette, come del resto risulta dai documenti prodotti [17], che l'ente aggiudicatore ha tenuto conto, nel calcolo delle spese di gestione, della minore frequenza di sostituzione dei motori e dei cambi comunicata dall'EMI. Un confronto fra i documenti relativi alla valutazione delle varie offerte per ciascuno dei lotti dimostra che il fattore spese di gestione è valutato, nei calcoli definitivi, in un importo notevolmente inferiore a quello che era stato determinato all'atto dei calcoli effettuati per la prima proposta di decisione presentata alla riunione del consiglio di amministrazione il 2 settembre 1993. Mentre la cifra di 4 901 790 per i lotti nn. 2 e 3, e quella di 4 896 790 per i lotti nn. 4-6 erano state inizialmente

17 — V. la nota del 6 ottobre 1993 per la riunione del consiglio di amministrazione dell'ente aggiudicatore.

indicate nella rubrica «Manutenzione» [18] della tabella di valutazione avente ad oggetto il calcolo dei costi di utilizzazione, nei nuovi calcoli è stabilito un valore di 3 744 140 per i lotti nn. 2-6 [19]. È evidente che l'offerente interessato dalla modifica del sistema di calcolo trae un vantaggio maggiore degli altri concorrenti.

63. A mio avviso vi è violazione del principio della parità di trattamento quando l'ente aggiudicatore deroga unilateralmente, a vantaggio di un offerente, ai dati indicati nel capitolato d'appalto, che vanno interpretati come non modificabili, senza dare agli altri offerenti la possibilità di modificare i loro dati in base alla modifica della premessa. L'ente aggiudicatore, dopo che aveva avuto conoscenza del fatto che gli elementi indicati da uno degli offerenti erano tanto nettamente superiori alle sue previsioni che nutriva dubbi sulla validità degli elementi che aveva fissato, doveva o attenersi alle sue prescrizioni tecniche, in modo uguale per tutti gli offerenti, o informare tutti gli offerenti della possibilità di derogare ai dati fissati dal capitolato d'appalto. Ritengo che al riguardo sia priva d'importanza la data in cui l'ente aggiudicatore è a conoscenza dei fatti; in via di principio, la soluzione non cambierà nel caso in cui dette indicazioni siano già presenti nell'offerta.

64. Il governo belga ha sostenuto che non si doveva impedire all'ente aggiudicatore di preferire un materiale di qualità superiore offertogli nel corso del progresso tecnico.

65. Si ribatterà al riguardo che ad un ente aggiudicatore non si impedisce affatto di tener conto, in sede di aggiudicazione di appalto, dei miglioramenti che il progresso tecnico consente di apportare al materiale da fornire. A favore di questa tesi milita la possibilità di ammettere varianti, già sancita dalla direttiva [20]. Il desiderio del miglioramento tecnico dei prodotti da acquistare nell'ambito degli appalti pubblici non autorizza però un ente aggiudicatore a violare il principio della parità di trattamento.

66. L'ente aggiudicatore ha violato il divieto di discriminazione derogando unilateralmente, a favore di un offerente, alle proprie prescrizioni in materia di valutazione dei criteri di aggiudicazione.

67. Gli effetti discriminatori del comportamento risultano evidenti quando si considera la classificazione dei veicoli in concorrenza in base al calcolo delle spese di gestione. Secondo i dati iniziali relativi al consumo di carburante e alla prescritta frequenza di sostituzione dei pezzi di ricambio, i veicoli della Van Hool occupavano il primo posto per i lotti nn. 2 e 3, e quelli della EMI il terzo posto. Per quanto attiene ai lotti nn. 4, 5 e 6,

18 — «Entretien».

19 — V. l'allegato 6 della nota per la riunione del consiglio di amministrazione del 2 settembre 1993, pagg. 2-6, e l'allegato 2 della nota per la riunione del consiglio di amministrazione del 6 ottobre 1993, pagg. 1-6.

20 — V. art. 27, n. 3, della direttiva 90/531.

i veicoli della Van Hool erano primi, e quelli della EMI quinti. Tenendo conto dei nuovi elementi espressi in cifre, i veicoli della Van Hool si dovevano ritrovare al primo posto per i lotti nn. 2, 3 e 5, mentre quelli della EMI si situavano in seconda posizione. Per i lotti nn. 4 e 6, i veicoli della EMI occupavano persino il primo posto a seguito dei nuovi calcoli.

68. La modifica della classificazione, vale a dire il passaggio dal quinto al primo posto, nell'ambito dei calcoli relativi al criterio di assegnazione classificato secondo come importanza, vale a dire le spese di gestione, è a mio avviso del tutto significativa. In queste circostanze risulta evidente l'esistenza di una discriminazione fra i concorrenti.

b) Sulla presa in considerazione di un equipaggiamento particolare

69. Con la censura secondo cui l'ente aggiudicatore ha assegnato l'appalto senza osservare i criteri di assegnazione definiti nel capitolato d'appalto, la Commissione adduce che la SRWT ha inserito nella valutazione complessiva a favore dell'EMI alcuni elementi di equipaggiamento che quest'ultima aveva proposto e che non erano previsti nel capitolato d'appalto. Si tratta, in concreto, della presa in considerazione di sedili particolari, denominati «*Cantilever*», di un meccanismo di disappannamento dei vetri laterali, e di un sistema particolare di assemblaggio modulare nella costruzione degli autobus.

70. Rispetto ai sedili tradizionali, i vantaggi dei *sedili «Cantilever»*, che sono fissati sui lati degli autobus, sarebbero molteplici. Essi obbligano, in primo luogo, a rafforzare le pareti laterali degli autobus sulle quali i sedili devono essere fissati, il che migliorerebbe complessivamente la sicurezza dei passeggeri. La mancanza di ancoraggio dei sedili al suolo consentirebbe sicuramente di risparmiare tempo per la pulizia degli autobus. Infine, i sedili aumenterebbero la comodità dei passeggeri grazie ad una maggiore libertà di movimento delle gambe e a un maggior spazio per la sistemazione di eventuali bagagli.

71. I vantaggi del *disappannamento dei vetri* sarebbero tanto di natura estetica quanto economica. Esso eviterebbe lo sfregamento dei vetri, il che porterebbe a diminuire notevolmente anche le spese per la loro pulizia.

72. A causa del sistema di fissazione dei pezzi, il *sistema modulare d'assemblaggio* degli autobus farebbe risparmiare molto tempo in caso di riparazione indispensabile della carrozzeria. Inoltre, tale sistema farebbe diminuire notevolmente il numero dei pezzi da mantenere in magazzino, poiché alcuni pezzi dei vari modelli degli autobus sono intercambiabili.

73. I tre equipaggiamenti che sono stati menzionati, vale a dire i sedili, il disappannamento e il sistema modulare, figuravano già nell'offerta iniziale dell'EMI. Dalla decisione di assegnazione emerge che questi elementi sono confluiti nella valutazione definitiva senza però essere stati valutati in cifre concrete.

74. Nella nota del 3 agosto l'EMI ha cercato di valutare in cifre i vantaggi economici di detti equipaggiamenti. L'ente aggiudicatore non ha però adottato tale sistema di calcolo.

75. Occorre stabilire se gli elementi di cui trattasi costituiscano varianti ai sensi della direttiva, e se, in caso affermativo, queste siano state correttamente valutate.

76. L'art. 27, n. 3, della direttiva così dispone:

«Quando il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli enti aggiudicatori possono prendere in considerazione le varianti, presentate da un offerente, che soddisfano i requisiti minimi da essi prescritti. Gli enti aggiudicatori indicano nel capitolato d'oneri le condizioni minime che tali varianti devono rispettare nonché le modalità secondo cui devono essere presentate (...)».

Il trentaduesimo e il trentatreesimo 'considerando' menzionano i seguenti principi di applicazione della direttiva:

«considerando che le disposizioni che gli enti interessati applicheranno devono stabilire un quadro per una sana prassi commerciale e preservare la massima flessibilità;

considerando che, a fronte di tale flessibilità e nell'interesse della reciproca fiducia, occorre garantire un livello minimo di trasparenza ed adottare metodi adeguati per vigilare sull'applicazione della presente direttiva».

77. Il punto 3, lett. d), del bando di gara dispone:

«Varianti: le varianti sono autorizzate» [21].

21 — Nell'originale del bando di gara è scritto: «Variantes: les suggestions sont autorisées».

78. Il capitolato d'appalto fa riferimento alle varianti in vari punti. In una parte si fa riferimento a «varianti finanziarie» [22], in altri punti appaiono le nozioni di «varianti obbligatorie» [23] o di «varianti facoltative» [24]. Nell'ambito dei criteri di aggiudicazione, al punto 20.2.1, intitolato «Il prezzo unitario degli autobus e le varianti finanziarie», si afferma: «Il prezzo unitario sarà aumentato del prezzo delle varianti diverse da quelle finanziarie e delle eventuali proposte considerate».

79. La Commissione sostiene che non si sarebbe dovuto tener conto di dette caratteristiche in occasione della valutazione dell'offerta dell'EMI. A suo avviso, caratteristiche tecniche non valutate in cifre non potevano essere considerate in quanto non erano state annunciate nel capitolato d'appalto per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. La Commissione ammette che il capitolato d'appalto autorizza le varianti. Tuttavia, le caratteristiche da esso richieste non avrebbero potuto essere considerate «proposte libere» [25], e le stesse avrebbero potuto essere valutate quindi solo in base al capitolato d'appalto.

80. Nella replica la Commissione osserva che, anche se le varianti sono autorizzate dal capitolato d'appalto, è pur vero che esse possono essere considerate solo per aumentare il prezzo unitario degli autobus.

81. Il governo belga obietta a quest'ultimo argomento il fatto che esso è tardivo e che dev'essere dichiarato quindi irricevibile. Il governo belga adduce inoltre i seguenti motivi a sua difesa.

A suo avviso, occorre anzitutto considerare che le proposte o i suggerimenti [26] sono stati ammessi in base al capitolato d'appalto. Le caratteristiche tecniche considerate proposte dalla SRWT non hanno costituito oggetto di un abbuono tale da influenzare il prezzo unitario dei veicoli offerti dall'EMI. Esse sono state prese in considerazione solo in quanto elementi di comodità e di qualità, non valutati in cifre, che consentivano di concludere che l'offerta di detta società era economicamente quella più vantaggiosa.

82. Il governo belga sottolinea che dette proposte hanno svolto solo un ruolo di secondaria importanza nell'assegnazione dell'appalto. Le offerte dell'EMI e della Van Hool erano così simili che la SRWT ha ritenuto necessario, al fine di distinguere i candidati tra loro, tener conto dei particolari vantaggi dei veicoli dell'EMI. A suo avviso, siffatto criterio era compatibile con l'art. 27, n. 3, della direttiva, ai sensi del quale, quando il

22 — «Variantes financières», punto 20.2 del capitolato speciale d'appalto — Criteri di aggiudicazione.

23 — «Variantes obligatoires» — liste des variantes.

24 — «Variantes facultatives» — liste des variantes.

25 — «Suggestions libres».

26 — «Suggestions».

criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli enti aggiudicatori possono prendere in considerazione le varianti presentate da un offerente che soddisfano i requisiti minimi da essi prescritti.

83. L'obiettivo delle varianti o delle proposte sarebbe quello di richiamare l'attenzione dell'amministrazione sulle novità di cui essa non ha conoscenza. Sarebbe appunto una caratteristica essenziale delle proposte andare oltre i requisiti tecnici minimi prescritti dal capitolato d'appalto. Infine, quanto alla censura della disparità di trattamento fra gli offerenti, essa andrebbe disattesa poiché sarebbe impossibile in pratica il confronto fra proposte quando queste rendono ciascuna offerta originale e diversa dalle altre. La Commissione non sarebbe stata neanche in grado di affermare che altri concorrenti avevano presentato proposte analoghe.

84. Vorrei anzitutto esaminare l'obiezione di irricevibilità formulata dal governo belga contro l'argomento dedotto dalla Commissione nella replica quanto all'aumento del prezzo unitario in caso di varianti. Questa obiezione ha un fondamento giuridico nell'art. 42, n. 2, prima frase, del regolamento di procedura della Corte. Esso è così redatto:

«È vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa, a meno che essi si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento».

Poiché l'argomento che va esaminato è uno di quelli sostenuti dalla ricorrente, esso va inserito fra i motivi addotti a sostegno di una censura. Nell'esaminare la questione della preclusione di detti motivi, occorre effettuare una distinzione fondamentale fra motivi e argomenti. Tutti i motivi devono figurare nel ricorso. Non si possono quindi introdurre motivi nuovi nel corso del successivo procedimento senza una giustificazione ai sensi dell'art. 42, n. 2, del regolamento di procedura. Ciò non vale per gli argomenti miranti a corroborare o a integrare motivi già presentati. Questi possono essere formulati in ogni momento, anche in una fase successiva del procedimento.

85. Il motivo dell'inosservanza dei criteri di assegnazione all'atto dell'assegnazione dell'appalto, a causa della presa in considerazione dei sedili, del disappannamento e del sistema modulare proposti dalla EMI, è già stato dedotto nel ricorso come nel procedimento precontenzioso. Rispetto a detto motivo la menzione degli effetti prodotti sul prezzo unitario da parte delle varianti eventualmente considerate costituisce solo un argomento supplementare. L'obiezione di irricevibilità di detto motivo è quindi infondata.

86. Il governo belga sostiene, per quanto riguarda l'argomento controverso, che la censura è infondata anche nel merito. Il capitolato d'appalto prevede infatti che il prezzo unitario è maggiorato delle proposte considerate per effettuare confronti. Tuttavia, se il prezzo unitario già comprende il costo di detti elementi particolari — come è avvenuto nella specie — non si può trasferire detto costo una seconda volta sul prezzo. Anche se le proposte considerate non avessero avuto l'effetto di aumentare il prezzo unitario, non sarebbe stato nondimeno vietato all'ente aggiudicatore tener conto dei vantaggi del materiale proposto.

87. Per l'esame del comportamento dell'ente aggiudicatore in merito ai criteri di equipaggiamento occorre considerare che la direttiva autorizza, in via di principio, le varianti. Ciò risulta espressamente dall'art. 27, n. 3. Il testo del bando di gara dimostra che ci si è avvalsi di tale possibilità anche per l'appalto considerato.

88. La determinazione in astratto delle varianti autorizzate dipende dal loro oggetto. A questo proposito vi è una differenza fondamentale fra i procedimenti il cui criterio di assegnazione decisivo è il prezzo più basso, e quelli nei quali è decisiva l'offerta economicamente più vantaggiosa [27]. Questi ultimi sono gli unici in cui l'offerente può presentare varianti. Come ha giustamente osservato il governo belga, tale procedimento consente, all'atto dell'assegnazione dell'appalto, di tener conto delle proposte e delle novità di cui l'ente aggiudicatore apprende l'esistenza soltanto da un offerente. Il trentaduesimo e il trentatreesimo 'considerando' della direttiva dimostrano che è necessario far salva la possibilità, anche in sede di applicazione della direttiva, di una certa flessibilità nella prassi economica di un ente aggiudicatore.

89. Se deve essere possibile per gli offerenti nell'ambito di una procedura di assegnazione di appalto presentare proposte e suggerimenti, non può appunto trattarsi al riguardo di criteri predefiniti del capitolato d'appalto. Ritengo quindi perfettamente logico che i suggerimenti effettuati dalla EMI per gli equipaggiamenti particolari non possano essere classificati in nessuna delle varianti rubricate nel capitolato d'appalto. Ciò è evidente quando si tratta della nozione di varianti finanziarie. Quanto alle varianti obbligatorie, esse costituiscono proposte alternative che sono richieste e definite dall'ente aggiudicatore quanto ai dettagli del capitolato d'appalto. Le soluzioni alternative, definite nei vari pertinenti punti del capitolato d'appalto, forniscono chiarimenti sul loro contenuto. L'elenco delle varianti [28] fornisce un quadro d'insieme delle varianti obbligatorie. Tre delle quattro varianti facoltative, anch'esse formulate in detto elenco,

27 — V. art. 27, n. 1.

28 — «Liste des variantes» allegata al capitolato speciale d'appalto.

riguardano il finanziamento. Soltanto un'unica cosiddetta «variante facoltativa» [29] riguarda un elemento tecnico. Quest'ultimo è anch'esso predefinito. Ritengo che la differenza fra le varianti obbligatorie e le varianti facoltative consista nel fatto che l'offerente deve presentare le varianti obbligatorie per soddisfare i requisiti del capitolato d'appalto, mentre è del tutto libero di elaborare la variante facoltativa richiesta e in ogni caso non può essere escluso se non lo fa.

90. L'ammissione di proposte e di suggerimenti non prescritti appunto dal capitolato d'appalto solleva il problema di come prendere in considerazione proposte eventualmente accolte. Anche le proposte devono essere valutate dal punto di vista economico quando un appalto è assegnato all'offerta economicamente più vantaggiosa.

91. Nei procedimenti in cui l'assegnazione viene effettuata all'offerta economicamente più vantaggiosa l'ente aggiudicatore dispone, a mio avviso, di un certo potere discrezionale quanto alla scelta finale della soluzione tecnica cui dà infine la preferenza. Tale potere discrezionale non è certo illimitato e dev'essere sottoposto al sindacato dell'eccesso di potere. Secondo me, i criteri dell'esercizio del potere discrezionale possono essere ricavati dalla direttiva. L'art. 27, n. 3, dispone ad esempio:

«Gli enti aggiudicatori indicano nel capitolato d'oneri *le condizioni minime che tali varianti devono rispettare* (...)».

Nel trentatreesimo 'considerando' della direttiva si fa riferimento ad un «*livello minimo di trasparenza*» a fronte della flessibilità da essa stabilita. A ciò vorrei aggiungere il *divieto di discriminazione*, stabilito dall'art. 4 della direttiva.

92. Per il proseguimento della mia analisi vorrei partire dal principio che l'ente aggiudicatore dispone di un potere discrezionale quando considera le proposte, se queste rispondono ai criteri minimi definiti dal capitolato d'appalto e il procedimento è organizzato in modo trasparente e non discriminatorio. Ritengo che si debbano applicare gli stessi principi per la valutazione economica delle proposte e dei suggerimenti.

93. I criteri di equipaggiamento censurati vanno considerati caratteristiche delle qualità tecniche del materiale offerto. Le qualità

29 — «Variante facultative».

tecniche del materiale offerto [30] rientrano nell'ambito dei criteri di assegnazione espressamente menzionati nel capitolato d'appalto e comprendono sette caratteristiche [31]. Questi criteri presentano la particolarità che mirano *esclusivamente* a definire abbuoni o penalizzazioni fittizie per il materiale richiesto dal capitolato d'appalto e per eventuali soluzioni alternative. Poiché tali criteri di valutazione si riferiscono alle definizioni stabilite dal capitolato d'appalto in questo ambito è esclusa la valutazione di proposte che non sono menzionate in detto capitolato. La valutazione economica delle varianti è espressamente prevista solo per la fissazione del prezzo unitario con effetto di maggiorazione del prezzo [32].

94. Dobbiamo qui occuparci del problema, sollevato dal governo belga, dell'impossibilità di trasferire nuovamente sul prezzo il costo dei suggerimenti tecnici utili di cui si è già tenuto conto nel prezzo unitario. Ciò porterebbe infatti a svantaggiare economicamente soluzioni migliori. Sarebbe più giusto applicare ai suggerimenti considerati dall'ente aggiudicatore il sistema bonus/malus istituito per il materiale tecnico. Tuttavia, come ho già rilevato, non è possibile stabilire a priori le caratteristiche tecniche, che sono appunto sconosciute.

95. Date le difficoltà per la valutazione sotto il profilo economico delle soluzioni tecniche alternative, l'EMI ha proposto nella nota del 3 agosto un metodo di valutazione in cifre delle soluzioni che aveva proposto [33]. L'ente aggiudicatore non ha accolto questa proposta di valutazione con la motivazione che nessun criterio di valutazione era stato previsto per dette soluzioni alternative nei criteri di assegnazione stabiliti dal capitolato d'appalto.

96. L'ente aggiudicatore ha però a mio avviso il diritto, nell'ambito del suo potere discrezionale, di tener conto dei suggerimenti dell'offerente e di dare valore agli stessi, qualora le proposte rispondano tecnicamente ai criteri minimi del capitolato d'appalto e l'appalto stesso sia attribuito in modo trasparente e non discriminatorio.

97. Si possono trovare in varie parti del capitolato d'appalto criteri relativi ai sedili richiesti. Essi riguardano tanto il numero di posti di cui devono disporre i vari modelli di veicoli, quanto le varianti obbligatorie richieste per tipi particolari, quali ad esempio i «sedili antivandalismo» nella parte posteriore degli autobus [34]. I sedili «Cantilever» rispondono manifestamente a tutti questi criteri tecnici, ma offrono inoltre altri vantaggi, tanto sul piano economico quanto in materia di comodità.

30 — «Les qualités techniques du matériel offert», v. criteri di aggiudicazione nel capitolato d'appalto quanto al punto 20.2.2.4 e seguenti.

31 — Punti 20.2.2.4-20.2.2.10 del capitolato d'appalto, v. supra, paragrafo 59.

32 — V. punto 20.2.1 dei criteri di assegnazione.

33 — Sedili «cantilever»: 480 000 BFR, disappannamento: 240 000 BFR, sistema modulare: 100 000 BFR.

34 — V. l'allegato 11 del capitolato generale d'appalto; parte 2, capitolo IV, punto 13, art. 42, e parte 3, capitolo II, art. 18, punto 18.6 del capitolato speciale d'appalto.

98. La parte 2, capitolo IV, punto 14, art. 43, consente di determinare criteri minimi per quanto riguarda il sistema proposto di disappannamento dei vetri. Si fa ivi riferimento al sistema dei vetri semplici o doppi, e il sistema dei vetri doppi è collegato al sistema di riscaldamento nell'ambito di una variante obbligatoria. Anche su questo punto non ritengo che ci si sia discostati dai criteri minimi.

99. Quanto al sistema modulare, infine, non posso individuare al riguardo alcun criterio minimo nel capitolato d'appalto. Ciò non sorprende in quanto questo sistema è stato proposto appunto come elemento originale e nuovo e non può quindi esservi stato previsto. Grazie alle precedenti osservazioni sappiamo già che l'ente aggiudicatore attribuiva fondamentale importanza, in sede di valutazione delle spese di gestione (il secondo criterio di assegnazione), al tempo di lavoro necessario per la riparazione del veicolo, nonché alle relative spese di materiale. Il terzo dei criteri di assegnazione, vale a dire la sicurezza degli approvvigionamenti, mostra che per l'ente aggiudicatore è fondamentale il fatto che la fornitura dei pezzi di ricambio e la gestione delle scorte di magazzino siano organizzate nel modo più efficace possibile. Non posso individuare alcuna inosservanza di eventuali criteri minimi in materia di elementi di fabbricazione che sia dovuta al proposto sistema modulare.

100. Ritengo che l'ente aggiudicatore abbia rispettato la necessaria trasparenza menzionando espressamente nella sua decisione di assegnazione, in base ad una classificazione prestabilita secondo criteri di assegnazione definiti, le proposte che aveva accolto e indicandovi in modo evidente i vantaggi economici di dette proposte. Nella nota per il consiglio di amministrazione del 6 ottobre 1993 detti elementi vengono posti alla base della proposta di assegnazione e vengono discussi espressamente [35].

101. Quanto infine al rispetto del principio della parità di trattamento, l'ente aggiudicatore non ha derogato, per quanto riguarda gli equipaggiamenti, a nessuna delle prescrizioni fissate nel capitolato di appalto. La situazione è al riguardo sostanzialmente diversa da quella relativa alla accettata frequenza di sostituzione del motore e del cambio. In questo caso è più difficile paragonare direttamente le proposte e i suggerimenti con le offerte di altri offerenti poiché questi ultimi non hanno presentato proposte analoghe.

102. Ritengo, in conclusione, che l'ente aggiudicatore abbia agito nell'ambito del suo potere discrezionale prendendo in considerazione gli equipaggiamenti costituiti dai sedili «Cantilever», dal disappannamento e dal sistema modulare, e che la sua decisione di assegnazione non sia illegittima al riguardo.

35 — V. pag. 6 della nota per la riunione del consiglio di amministrazione del 6 ottobre 1993.

Spese

103. In forza dell'art. 69, n. 3, del suo regolamento di procedura, la Corte può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi. Suggerisco di procedere in tal modo nella specie.

C — Conclusione

104. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di dichiarare quanto segue:

«1) Il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva 90/531/CEE prendendo in considerazione, nell'ambito di un appalto pubblico indetto dalla SRWT, modifiche apportate ad una delle offerte successivamente all'apertura delle offerte stesse, e accogliendo un'offerta in deroga al criterio di aggiudicazione.

2) Per il resto, il ricorso è respinto.

3) Ciascuna parte sopporterà le proprie spese».