

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ANTONIO SAGGIO

presentate il 24 settembre 1998 *

1. Con ordinanza del 17 febbraio 1997 il Tiroler Landesvergabeamt (Ufficio aggiudicazione appalti del Land del Tirolo) ha rivolto alla Corte due quesiti pregiudiziali concernenti l'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori¹ (in prosieguo: la «direttiva ricorsi»).

3. L'art. 2, n. 7, richiede in particolare agli Stati membri di provvedere affinché le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

4. Il paragrafo successivo dello stesso articolo assume particolare rilievo nella presente fattispecie. È dunque utile richiamarlo per esteso:

La normativa comunitaria e nazionale

2. L'art. 1, n. 1, della direttiva ricorsi, come modificato dall'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi², fa obbligo agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni assunte dalle autorità competenti per l'aggiudicazione di appalti pubblici possano essere oggetto di ricorsi rapidi ed efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto.

«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[no] 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 soggette a condizioni uguali a quelle

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 395, pag. 33.

2 — GU L 209, pag. 1.

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. L'art. 5 della direttiva fa obbligo agli Stati membri di porre in essere i necessari provvedimenti di attuazione entro il termine del 21 dicembre 1991. Conformemente all'art. 168 dell'Atto di adesione³, il termine per la Repubblica d'Austria è quello del 1° gennaio 1995.

6. Nell'ordinamento austriaco la direttiva ricorsi è stata recepita, a livello federale, con la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici)⁴. Ciascuno dei nove Länder ha quindi adottato la propria legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici; nel caso del Land del Tirolo, la legge in questione è la Tiroler Vergabegesetz (Legge tirolese sull'aggiudicazione degli appalti pubblici) del 6 luglio 1994⁵.

7. La seconda parte della legge ora citata (artt. da 5 a 14) disciplina le procedure di ricorso contro le decisioni di aggiudicazione degli appalti pubblici. L'art. 6 attribuisce il compito di pronunciarsi sulle procedure di ricorso all'Ufficio delle aggiudicazioni del Land (*Landesvergabeamt*; in prosieguo: l'«Ufficio»). Conformemente al n. 1 di detto articolo, questo organismo è composto da sette membri: da un presidente, indicato come persona competente in materia di aggiudicazione di appalti pubblici; da un giurista funzionario dell'amministrazione tirolese, che assume le funzioni di relatore; da un membro della magistratura; nonché da altri quattro membri proposti rispettivamente dalla Camera di commercio del Tirolo, dalla Camera degli architetti ed ingegneri del Tirolo e del Voralberg, dalla Camera dei lavoratori e degli impiegati del Tirolo e dall'associazione dei comuni del Tirolo.

8. Il n. 3 dello stesso articolo prevede che i membri dell'Ufficio sono nominati dal governo tirolese e restano in carica per cinque anni. Gli stessi cessano le loro funzioni anticipatamente per rinuncia alla nomina o qualora vengano rimossi. A questo proposito, al n. 4 dell'art. 6 si prevede che la nomina debba essere annullata qualora vengano meno le condizioni richieste ovvero qualora si presentino degli elementi che impediscono, «in maniera probabilmente duratura», il regolare esercizio delle funzioni.

9. Ai sensi del n. 6 dello stesso articolo l'Ufficio delibera a condizione che sia stato regolarmente convocato e che il presidente, il relatore, il membro della magistratura e almeno un altro membro siano presenti. Le

3 — GU C 241, pag. 21.

4 — La legge federale, originariamente pubblicata in BGBl. n. 639/1993, è stata poi ripubblicata a seguito della codificazione della materia degli appalti pubblici avvenuta con la legge 27 maggio 1997 (BGBl. n. 56/1997).

5 — In LGBl. n. 87/1994.

decisioni sono prese a maggioranza semplice dei voti espressi. In caso di parità, il voto del presidente determina la maggioranza. Non è consentita l'astensione.

10. I membri dell'Ufficio non sono tenuti, a norma del paragrafo successivo, a seguire alcuna istruzione nell'esercizio delle loro funzioni. Le loro decisioni non possono essere annullate in via amministrativa (art. 6, n. 7).

11. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, spetta al governo tirolese adottare il regolamento interno dell'Ufficio. Questo deve in particolare contenere disposizioni dettagliate sull'organizzazione e sullo svolgimento delle udienze, sulla discussione, sul voto, sulla redazione del processo verbale e sulla preparazione e redazione delle decisioni. Secondo l'art. 4 del regolamento⁶, l'udienza ha inizio con l'esposizione del relatore, il quale ha anche il compito di raccogliere le prove e di procedere alle altre misure di istruzione. Tutte le decisioni adottate dall'Ufficio devono essere redatte in forma scritta e motivate.

12. L'art. 10 della legge indica i poteri attribuiti all'Ufficio. Su ricorso esso può verificare la legittimità delle decisioni assunte dalle autorità aggiudicatrici, in particolare annullare dette decisioni prima dell'attribuzione dell'appalto (art. 12, n. 1) nonché, una volta

stipulato il contratto, verificare se la mancata attribuzione al migliore offerente sia dovuta o meno ad una violazione di legge (art. 12, n. 2). Nell'ambito di questo procedimento l'Ufficio deve valutare se l'appalto non sarebbe comunque stato attribuito al vincitore della gara, anche qualora non si fosse verificata la violazione di legge fatta valere nel ricorso. In caso di annullamento della decisione delle autorità aggiudicatrici, il concorrente escluso in violazione delle disposizioni vigenti può rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni.

I fatti e i quesiti pregiudiziali

13. La causa principale trova origine nell'aggiudicazione, effettuata dalla Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (Associazione comunale dell'ospedale di Schwaz), dell'appalto relativo ai lavori di ampliamento del detto ospedale. Contro questa decisione le ditte Josef Köllensperger Gesellschaft mbH & Co. e Atzwanger SpA introducevano, in data 6 aprile 1995, un ricorso in cui deducevano la nullità dell'aggiudicazione per violazione della normativa relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

14. Con provvedimento del 27 giugno 1995, l'Ufficio respingeva il ricorso in quanto l'appalto era stato comunque aggiudicato alla ditta che aveva presentato la migliore offerta, con la conseguenza che, anche qualora le norme della legge fossero state rispettate, l'appalto non sarebbe comunque stato attribuito ai ricorrenti. Questi ultimi impugnavano

⁶ — Regolamento pubblicato nel *Tiroler LGBL*, 1995, n. 47.

allora detta decisione dinanzi alla Corte costituzionale che, con sentenza del 12 giugno 1996, l'annullava ravvisando la violazione del diritto al giudice naturale, riconosciuto dalla costituzione austriaca. Osservava infatti la Corte costituzionale che la composizione dell'Ufficio non corrispondeva ai requisiti richiesti dalla direttiva ricorsi in quanto il suo presidente non presentava le qualifiche giuridiche e professionali per svolgere la funzione di giudice.

b) La legge 6 luglio 1994, relativa all'aggiudicazione degli appalti (Tiroler Vergabegesetz), LGBL. n. 87/1994, garantisce la trasposizione nell'ordinamento giuridico nazionale della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, per quanto concerne le procedure di ricorso di cui all'art. 1⁷».

15. La composizione dell'Ufficio veniva dunque modificata. Il presidente precedentemente in carica veniva sostituito con un funzionario dell'amministrazione, abilitato alla professione legale. Riassunto il procedimento, nutrendo dubbi sulla rispondenza della sua composizione (in particolare per quel che concerne i membri indicati dalle organizzazioni di categoria) ai requisiti previsti dalla direttiva, l'Ufficio decideva di rivolgere alla Corte i seguenti due quesiti pregiudiziali:

Sulla ricevibilità

16. Occorre preliminarmente verificare se l'Ufficio, in ragione delle disposizioni che ne disciplinano la struttura e le modalità di funzionamento, ha il potere di rivolgersi alla Corte nel quadro del procedimento pregiudiziale. Nelle sue osservazioni scritte la Commissione ha infatti espresso dei dubbi sulla ricevibilità dei quesiti, in quanto proposti da un organismo che per molteplici motivi non potrebbe essere considerato «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE⁷.

«a) L'art. 2 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, va interpretato nel senso che il Tiroler Landesvergabeamt, istituito con la legge del Land 6 giugno 1994, relativa all'aggiudicazione degli appalti (Tiroler Vergabegesetz), LGBL. n. 87/1994, costituisce un organo responsabile della procedura di ricorso ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva?

7 — Va comunque osservato che la Commissione ha dichiarato in udienza di aver modificato il proprio orientamento, motivando ciò alla luce della posizione assunta dalla Corte nella sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961, punti 22-38).

17. È noto che, per esigenze di applicazione uniforme del diritto comunitario, la nozione di «giurisdizione» competente a rivolgere quesiti pregiudiziali assume un significato autonomo rispetto alle definizioni rinvenibili negli ordinamenti nazionali⁸. Come risulta da una costante giurisprudenza⁹, per valutare se l'organo rimettente possieda le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato occorre tener conto di molteplici elementi e precisamente della sua origine legale, del suo carattere permanente, dell'obbligatorietà della sua giurisdizione, della natura contraddittoria del procedimento, del fatto che l'organo applichi norme giuridiche e risponda ai requisiti della terzietà e dell'indipendenza. Va dunque in questa sede valutato se le condizioni ora ricordate siano rispettate dall'organismo che, nella fattispecie, ha chiesto l'intervento della Corte.

18. Va rilevato al riguardo che la legge austriaca attribuisce all'Ufficio di aggiudicazione degli appalti il compito esclusivo di controllare la legittimità delle decisioni concernenti l'aggiudicazione degli appalti (art. 5 e 10 TVerG). Tale legge prevede anche che le decisioni siano vincolanti *ex lege* (art. 12 TVerG); inoltre, avendo l'Ufficio natura di «autorità amministrativa collegiale con funzioni giurisdizionali» ex art. 133 della Costituzione austriaca, le sue decisioni non sono suscettibili di annullamento o modifica in via amministrativa (art. 6, n. 7, TVerG). Risulta dunque che l'Ufficio ha un'origine legale e

che la sua giurisdizione è obbligatoria. Una valutazione positiva deve essere espressa anche per quel che concerne il carattere permanente dell'organo, considerato che l'Ufficio siede in maniera stabile. Nessuna rilevanza in senso contrario può avere la circostanza che i suoi membri restino in carica per un numero limitato di anni (cinque), in quanto è noto che il mandato dei membri di una giurisdizione può essere limitato ad un periodo determinato, essendo essenziale soltanto che si tratti di una durata predeterminata per legge, e non rimessa alle scelte discrezionali di chi possiede il potere di nomina. Nessun dubbio infine sul fatto che l'Ufficio applichi norme giuridiche quando decide della legittimità delle decisioni relative all'aggiudicazione degli appalti (art. 8 TVerG).

19. Per quel che concerne il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento, egualmente la disciplina pertinente permette di affermare che l'Ufficio nella sua attività è tenuto a rispettarlo.

Al riguardo si ricorda che nella sentenza Dorsch Consult la Corte ha osservato, innanzitutto, che non si tratta di un «criterio assoluto»¹⁰, ed ha quindi ritenuto sufficiente che le parti vengano sentite dall'organo incaricato di verificare la legalità dell'aggiudicazione degli appalti prima che l'organismo competente emetta una decisione. La Corte ha dunque considerato «contraddittorio» quel procedimento nel quale l'autorità chiamata alla soluzione di una controversia sia obbligata a sentire le parti prima della decisione.

8 — L'autonomia della nozione comunitaria di «giurisdizione» è stata affermata dalla Corte sin dalla sentenza 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen-Göbbels, (Racc. pag. 407).

9 — Si vedano in particolare le sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen Göbbels, cit.; 11 giugno 1987, causa 14/86, Pretore di Salò (Racc. pag. 2545); 17 ottobre 1989, causa 109/88, Danfoss (Racc. pag. 3199); 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. pag. I-1477), e da ultimo la citata sentenza Dorsch Consult, punto 24.

10 — Sentenza citata, punto 31.

Ritengo che, nel caso in esame, si possa giungere alla medesima conclusione, considerato che la legge tirolese prevede, all'art. 7, n. 1, che dinanzi all'Ufficio debbano svolgersi delle udienze con la partecipazione delle parti e che regole più specifiche rispetto all'organizzazione e allo svolgimento delle stesse debbano essere inserite, come di fatto è avvenuto, nel regolamento interno di procedura ¹¹.

denza di giudizio rispetto alle controversie sulle quali è chiamato a pronunciarsi. Questa esigenza è ancora più marcata nei casi, come il nostro, in cui l'amministrazione sia, da un lato, titolare del potere di nomina e di rimozione dei membri dell'Ufficio e, dall'altro, parte nei giudizi portati alla cognizione di quest'ultimo ¹².

20. In conformità a queste regole, nella procedura principale le parti sono state sentite ed hanno avuto la possibilità di presentare delle osservazioni prima che l'Ufficio prendesse una decisione sul merito del ricorso. Non può dunque mettersi in discussione che il procedimento si è svolto, nella specie, nel rispetto del principio del contraddittorio, così come inteso dalla Corte.

21. Infine, resta da verificare la rispondenza della struttura e del funzionamento dell'Ufficio ai requisiti della terzietà e dell'indipendenza dell'organo giudicante.

22. La nozione comunitaria di giurisdizione comporta, in conformità con le tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, che le disposizioni che disciplinano la composizione e l'attività di ogni organo giudicante debbano garantire, ed in maniera rigida, l'indipendenza e la terzietà dei suoi componenti ¹³. Ciò vale in particolare per le disposizioni che affidano all'amministrazione il potere di rimozione dei membri dell'organismo. È infatti evidente che un potere del genere deve essere esercitato solo in casi eccezionali e che pertanto le prescrizioni che lo attribuiscono all'autorità di governo devono precisare, con la massima trasparenza ed in maniera esaustiva, i motivi per i quali può procedersi alla rimozione dei membri dell'organo.

È noto che qualsiasi organismo che pretenda di svolgere funzioni giurisdizionali deve in linea di principio garantire un grado elevato di impermeabilità rispetto a qualsiasi influenza esterna che sia capace, anche solo potenzialmente, di mettere a rischio la sua indipen-

12 — Si tratta, come è ovvio, della situazione che normalmente si presenta in materia di appalti pubblici. È proprio per evitare eventuali conseguenze negative derivanti dalla vicinanza «strutturale» tra «controllante» e «controllato» che la direttiva ricorsi prevede delle condizioni aggiuntive per l'organismo, giurisdizione ex art. 177, chiamato a risolvere le controversie in materia di appalti pubblici nel sistema a due livelli. In particolare, si richiede che almeno il presidente dell'organismo abbia le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. Di questo sistema si tratterà *infra*, punti 32 e ss.

13 — Insistono sull'importanza del requisito dell'indipendenza e della terzietà, tra le altre, le sentenze 11 giugno 1987, Pretore di Salò, cit., punto 7; 20 marzo 1993, causa C-24/92, Corbiau (Racc. pag. I-1277, punto 15); 27 aprile 1994, Almelo, cit., punto 21.

11 — Cfr. l'art. 4 del regolamento governativo del Land del Tirolo del 24 aprile 1995, Tiroler VGBl. 1995, n. 47.

23. Ciò detto in termini generali e venendo ora al caso di specie, va rilevato che nelle osservazioni scritte la Commissione, quando ha contestato la ricevibilità dei quesiti, ha messo in dubbio, sotto diversi profili, che il requisito dell'indipendenza fosse rispettato dalle norme che disciplinano la composizione ed il funzionamento dell'Ufficio. In udienza la Commissione ha tuttavia fatto presente di avere modificato la propria posizione, motivando ciò con un (invero generico) riferimento alla sentenza Dorsch Consult.

24. Nella procedura scritta, la Commissione ha fatto valere in primo luogo la circostanza che il membro dell'Ufficio che svolge le funzioni di relatore è un funzionario dell'amministrazione in aspettativa, e che ciò, se si considera il ruolo rilevante che il relatore assume in seno all'Ufficio, non sarebbe compatibile con la posizione di terzietà dell'organo giudicante.

Non ritengo che questa censura sia fondata. La provenienza di un membro dell'Ufficio dall'amministrazione non è di per sé determinante per pregiudicare la sua libertà di giudizio, che deve essere garantita dall'insieme delle norme che regolano il funzionamento dell'organo. Si aggiunga che lo stesso legislatore austriaco ha tenuto conto di questa esigenza, prevedendo nella legge istitutiva dell'Ufficio che, indipendentemente dalla provenienza, i suoi componenti non siano soggetti ad istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni (art. 6, n. 7).

25. In secondo luogo, la Commissione osserva che non sarebbe compatibile con il requisito dell'indipendenza la circostanza che la legge tirolese non contenga disposizioni concernenti la ricsuzione dei membri dell'Ufficio e la loro astensione. Tali disposizioni dovrebbero ad esempio essere applicate qualora questi abbiano partecipato, come funzionari dell'amministrazione, all'aggiudicazione dell'appalto di cui si discute. Questa lacuna sarebbe ancora più grave se si considera la vicinanza «strutturale» dell'Ufficio all'amministrazione, la cui azione l'organismo è tenuto a controllare.

L'assenza di qualsiasi disciplina in ordine all'astensione ed alla ricsuzione dei membri dell'organo giudicante compromette l'indipendenza del medesimo, come la Commissione ha dedotto nelle sue osservazioni scritte. Né d'altra parte a questa lacuna può porsi rimedio applicando per analogia le corrispondenti disposizioni relative ai magistrati; ciò perché questa materia è strettamente legata al principio del giudice naturale e pertanto necessita di una disciplina esplicita ed esauriente.

26. Infine, la Commissione contesta la compatibilità della disciplina della rimozione dei membri dell'organismo con il principio dell'indipendenza dell'organo giudicante. Essa sottolinea che le disposizioni sulla revoca (art. 6, n. 4, della legge istitutiva) sono formulate, nel testo della legge istitutiva dell'Ufficio, in maniera troppo vaga. Oltre infatti ad un riferimento alla perdita dei requisiti per la nomina, che evidentemente non fa nascere alcun problema interpretativo, la disposizione in discorso prevede anche che l'amministra-

zione possa annullare la nomina qualora si presentino delle circostanze che impediscano, «in maniera probabilmente duratura», il regolare esercizio delle funzioni. È quest'ultima disposizione che, secondo la Commissione, appare difficilmente conciliabile con il principio dell'indipendenza dell'organo giudicante.

La posizione della Commissione sembra ragionevole. La disposizione prima citata rende infatti incerta l'identificazione del giudice, in quanto non ancora ad ipotesi specificamente individuate il potere dell'autorità di governo di rimuovere il membro dell'organo giurisdizionale; ciò risulta in evidente contrasto con il principio del giudice naturale. Né mi sembra che si possa supplire con l'applicazione analogica delle norme relative alla rimozione dei magistrati, in quanto la disposizione, come formulata, rivela la volontà di attribuire all'autorità di governo un amplissimo potere. Il carattere vago della norma e la conseguente ampia discrezionalità attribuita all'esecutivo rendono inoltre molto difficile, se non impossibile, procedere ad un sindacato giurisdizionale degli eventuali provvedimenti di rimozione di un membro dell'Ufficio.

In conclusione, la norma della legge istitutiva che disciplina la delicata materia della rimozione dei membri dell'Ufficio utilizza una formula che appare troppo vaga per fungere

da garanzia contro indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo¹⁴.

27. Questa conclusione non è in contrasto, ma viene piuttosto confermata dalla sentenza emessa dalla Corte di recente nella causa Dorsch Consult. In quel caso era stata messa in discussione la natura giurisdizionale dell'organismo tedesco competente a pronunciarsi sulle procedure di appalto (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes) proprio in ragione della mancata rispondenza ai criteri di indipendenza e terzietà rispetto all'esecutivo. Questo precedente, tuttavia, non sembra pertinente. La Corte ha infatti ritenuto non fondati i dubbi espressi sia dalla Commissione che dall'avvocato generale¹⁵, facendo leva sul fatto che l'ordinamento tedesco prevede espressamente che ai componenti dell'organo federale competente a pronunciarsi sull'aggiudicazione degli appalti si applichino le disposizioni sulla rimozione dei magistrati, ed inoltre disciplina direttamente la ricasazione e l'astensione. La Corte ha così motivato su questo punto¹⁶: «[v]a poi sottolineato che, giusta l'art. 57 c, n. 3, dello HGrG, ai membri delle sezioni che sono funzionari pubblici si applicano per analogia

14 — È significativo che nello stesso ordinamento austriaco si rinvengono soluzioni diverse rispetto al funzionamento di organismi anch'essi chiamati a risolvere in unica istanza sulla legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici. Come risulta dalla fattispecie relativa alla causa C-258/97, Hospital Ingenieure, per la quale presenterò le mie conclusioni in data 1° ottobre 1998, in Carinzia la legge sugli appalti pubblici attribuisce le suddette competenze all'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, organo giurisdizionale che trova già nel testo costituzionale le garanzie di indipendenza, essendo il potere di revoca attribuito alla stessa Camera ed esercitabile soltanto nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 129 b della costituzione federale austriaca).

15 — Si vedano i punti da 33 a 37 delle conclusioni dell'avvocato generale Tesouro (Racc. 1997, pag. I-4976 ss.).

16 — Sentenza citata, punto 36.

le norme essenziali della legge tedesca che disciplinano l'annullamento della nomina o la rimozione dei magistrati, nonché la loro indipendenza e la loro rimovibilità. In maniera generale, le norme della legge sui magistrati riguardanti l'annullamento della loro nomina e la loro rimozione si applicano anche ai membri laici. L'imparzialità di tali membri è peraltro garantita dall'art. 57, n. 2, dello HGrG, secondo il quale essi non devono svolgere le loro funzioni in procedimenti concernenti casi nei quali abbiano partecipato essi stessi alla decisione di aggiudicazione dell'appalto, oppure figurino essi stessi come offerenti o rappresentanti di offerenti, o lo siano stati».

28. Risulta da questo passaggio che la Corte ritiene essenziale per assicurare l'indipendenza e la terzietà dei giudici che le ipotesi eccezionali che giustificano la ricusazione dei membri dell'organismo siano comunque precisate nelle disposizioni che ne regolano il funzionamento ovvero, come nel caso della rimozione, che si operi un rinvio *espresso* alla normativa applicabile ai magistrati. Se è vero che la Corte ha fatto riferimento, nella sentenza Dorsch Consult, all'applicazione analogica della normativa tedesca concernente la rimozione dei giudici, ciò va inteso più correttamente come un rinvio a determinate disposizioni relative ad una diversa fattispecie, in quanto applicabile. Nella legge tirolese questo rinvio non risulta, per cui il passo della sentenza ora citato non può essere invocato in senso contrario rispetto alla soluzione qui proposta.

29. Le conclusioni raggiunte non contrastano, inoltre, con la circostanza che la Corte ha, di

recente, risposto a quesiti rivolte dall'autorità *federale* austriaca responsabile delle procedure di ricorso rispetto all'aggiudicazione degli appalti pubblici. Nella sentenza Mannesmann¹⁷ la Corte ha esaminato nel merito i quesiti formulati dal Bundesvergabeamt (Ufficio federale per l'aggiudicazione degli appalti) senza procedere all'esame della natura di giurisdizione dell'organismo *a quo*, mentre detto esame era stato effettuato dalle parti e dall'avvocato generale. Dunque, anche a voler ritenere che la Corte abbia voluto implicitamente riconoscere la competenza dell'organo a proporre quesiti pregiudiziali¹⁸, le differenze riscontrabili tra la legge istitutiva del Bundesvergabeamt e quella del Tiroler Vergabeamt inducono a non attribuire rilevanza alla circostanza appena ricordata. Se è infatti vero che gli organismi sono strutturati in maniera quasi identica e funzionano in base a regole simili, è anche vero che la disciplina federale risulta molto più precisa per quel che concerne le garanzie di indipendenza e di irrevocabilità di cui godono i membri del Bundesvergabeamt. In particolare, a differenza di quel che risulta dalla legge tirolese, le cause di cessazione delle funzioni di un membro dell'Ufficio federale sono espressamente ed esaustivamente indicate all'art. 100 del BVerG (art. 79 della versione precedente della stessa legge)¹⁹. Lo stesso è da dirsi

17 — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96 (Racc. pag. I-73).

18 — In senso positivo si era pronunciato l'avvocato generale Léger nelle sue conclusioni presentate il 16 settembre 1997, punti da 37 a 44. È tuttavia significativo ai nostri fini che al punto 41 delle conclusioni l'avvocato generale, nel motivare la sua soluzione positiva rispetto al criterio dell'indipendenza dell'organo, abbia precisato che i motivi di revoca dei membri sono enumerati in maniera esaustiva nel testo dell'art. 79 della legge federale (ora art. 100 BVerG) e corrispondono ad ipotesi obiettive o, per quel che concerne il motivo riguardante l'esistenza di una negligenza grave, a delle violazioni la cui importanza nella disciplina normativa riduce il rischio di arbitri o di ingerenze da parte delle autorità amministrative.

19 — Ai sensi dell'art. 100 della legge, un membro del Bundesvergabeamt cessa le sue funzioni per decesso o rinuncia; per sopravvenuta ineleggibilità al Parlamento; a seguito di constatazione da parte dell'organismo, riunito in seduta plenaria, della sua incapacità ad esercitare le sue funzioni a causa di gravi deficienze fisiche o mentali; per scadenza del mandato; a seguito di constatazione da parte dell'organismo, riunito in seduta plenaria, di una grave violazione dei suoi doveri; per dimissioni dalla magistratura o da un altro organismo incaricato di presentare la proposta di nomina.

rispetto alle cause di ricusazione dei membri dell'Ufficio su iniziativa delle parti, espressamente previste nella legge federale ma non anche, come in precedenza evidenziato, in quella tirolese.

30. Per tutte queste considerazioni, propongo alla Corte di dichiarare irricevibili i quesiti formulati dal Tiroler Vergabeamt in quanto proposti da un organismo che non possiede la qualifica di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE.

Sul primo e sul secondo quesito pregiudiziale

31. Qualora la Corte, contrariamente a quanto prima suggerito, intendesse qualificare l'Ufficio come una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177, superando dunque le perplessità concernenti la posizione di terzietà e di indipendenza dei membri dell'organismo, si porrebbe il problema di valutare nel merito i quesiti pregiudiziali posti dall'Ufficio. A questa valutazione sono dunque dedicate le osservazioni che seguono.

32. Come si ricorderà, l'Ufficio intende in sostanza sapere se i requisiti contenuti nell'art. 2, n. 8, primo capoverso, della direttiva ricorsi siano rispettati nelle regole che disciplinano la propria composizione ed il proprio funzionamento.

Nelle osservazioni scritte e nella procedura orale dinanzi alla Corte, l'attenzione delle parti si è concentrata in particolare sulla figura del presidente dell'organismo in questione, allo scopo di chiarire se essa risponda o meno ai requisiti indicati dall'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi.

33. Premetto che dall'analisi della disposizione ora citata risulta che il dibattito di cui sopra non è, nella fattispecie, né rilevante né necessario. Per motivare questa conclusione è indispensabile procedere ad una lettura puntuale dell'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi.

34. La disposizione ora richiamata si occupa, lo ricordo, degli organi responsabili delle procedure di ricorso contro le decisioni assunte dagli organismi di base competenti per l'aggiudicazione degli appalti pubblici che rientrano nel campo di applicazione della direttiva.

35. Nel testo dell'art. 2, n. 8, in particolare nella sua prima frase, si prospettano due diversi scenari. Gli Stati membri hanno infatti la facoltà di scegliere tra due possibili soluzioni nell'organizzazione del sistema di controllo dei provvedimenti assunti dalle autorità aggiudicatrici degli appalti pubblici. La prima soluzione, che indicherò come «sistema ad un solo livello», è quella di attribuire ad «organi giudiziari» la competenza a conoscere dei ricorsi. La seconda, che chiamerò «sistema a due livelli» e che riflette la situazione normativa in vigore in alcuni Stati membri al momento dell'adozione della direttiva, è quella di attribuire la competenza, in prima battuta, ad organi «di base» che non sono organi giudiziari. Il testo successivo dell'art. 2, n. 8, concerne esclusivamente questa seconda ipotesi. In questo caso infatti, precisa il testo della disposizione, «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'art. 177 del trattato e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base».

36. Il sistema a due livelli è dunque caratterizzato dall'intervento, in prima battuta, di un organo di natura non giurisdizionale, le cui decisioni rispetto ai provvedimenti assunti dalle autorità aggiudicatrici devono essere motivate per iscritto. Inoltre, le stesse decisioni devono poter essere sottoposte ad un ricorso giurisdizionale ovvero ad un ricorso dinanzi ad un organismo che sia «giurisdizione» ex art. 177 e che risulti indipendente rispetto sia all'autorità aggiudicatrice che

all'organo di base. Il testo successivo dell'art. 2, n. 8, della direttiva si riferisce all'organo indipendente citato da ultimo, che sia giurisdizione ex art. 177, per il quale si richiedono alcuni requisiti «speciali» che si riferiscono alla nomina dei membri, alla cessazione del loro mandato, alle qualifiche del presidente, alla procedura ed alla natura vincolante delle decisioni.

37. Valutare con precisione il contenuto normativo di questa disposizione è operazione tutt'altro che semplice. Determinante ai nostri fini è chiarire cosa la direttiva abbia voluto intendere con l'espressione «organi giudiziari» di cui alla prima frase dell'art. 2, n. 8. Va cioè precisato se detta espressione sia da intendere come un richiamo alla qualificazione comunitaria di «giurisdizione» ovvero come un rinvio al diritto nazionale.

38. Ritengo che la prima soluzione sia quella corretta, con la conseguenza che l'intero testo dell'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi viene in linea di conto esclusivamente qualora l'organo responsabile delle procedure di ricorso non sia una «giurisdizione» ex art. 177 del Trattato e dunque non sia un organismo abilitato a rivolgere quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia. In questo caso, la disposizione in parola impone agli Stati che adottano il sistema a due livelli di consentire comunque un riesame delle decisioni assunte dall'organo di base attraverso un ricorso giurisdizionale ovvero un ricorso dinanzi ad un altro organo che sia «giurisdizione» ex art. 177.

39. La *ratio* dell'intero sistema, come convenuto in udienza dal governo austriaco e dalla Commissione, è infatti quella di consentire in ogni caso, nel riesame dei provvedimenti assunti dalle autorità aggiudicatrici degli appalti pubblici, l'intervento di un organismo che, a causa della sua natura «giurisdizionale», sia abilitato a rivolgere quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia, anche qualora lo stesso non faccia parte formalmente dell'ordinamento giudiziario dello Stato membro in questione. Ciò per far sì che gli organi responsabili delle procedure di ricorso possano ottenere dalla Corte, qualora se ne presenti la necessità, una pronuncia interpretativa sulle disposizioni delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (compresa, evidentemente, la direttiva ricorsi).

40. Ora, se si ritiene che l'Ufficio sia un organismo abilitato a rivolgere quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia, dunque una giurisdizione ex art. 177, ne consegue che le esigenze di tutela che motivano la soluzione «a due livelli» non vengono in rilievo nel caso che ci occupa: ciò in quanto l'organismo che conosce in prima (ed unica) istanza delle procedure di ricorso è esso stesso abilitato a rivolgersi alla Corte. Sarebbe dunque privo di senso, in questa prospettiva, richiedere che le decisioni assunte da una «giurisdizione» ex art. 177 debbano essere sottoposte a riesame dinanzi ad un altro organismo a sua volta abilitato a rivolgersi alla Corte. Evidentemente, lo ribadisco, l'esigenza di prevedere comunque l'intervento di un organismo che sia «giurisdizione» ex art. 177 non viene in rilievo in casi, come il nostro, in cui l'organismo responsabile delle procedure di ricorso sia, in ipotesi, considerato una «giurisdizione»; ma esclusivamente qualora, in un sistema

a due livelli, il primo sia rappresentato da un organo amministrativo «puro», in quanto tale estraneo alla definizione di giurisdizione di cui all'art. 177.

41. La conclusione ora raggiunta consente di non doverci occupare nel merito dei due quesiti rivolti dall'Ufficio, concernenti l'interpretazione del capoverso dell'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi. Come si ricorderà, questa disposizione concerne i requisiti specifici che deve presentare l'organismo indipendente che interviene in seconda battuta nel sistema «a due livelli». Appare dunque evidente che i chiarimenti richiesti dall'autorità *a quo* non assumono rilevanza nella fattispecie che ci occupa, in quanto quella parte della disposizione non è applicabile all'Ufficio per le aggiudicazioni istituito dalla legge tirolese. Il problema prospettato dall'autorità rimettente si risolve dunque in quello, già oggetto di analisi, relativo alla ricevibilità dei quesiti pregiudiziali. È infatti solo in quell'ambito, e non in sede di interpretazione dell'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi, che può essere valutato, eventualmente, lo *status* dei membri dell'organismo, la loro indipendenza rispetto al potere esecutivo ed alle parti, le condizioni per la loro nomina e per la loro revoca, e così via. Non è dunque, ad esempio, determinante valutare se il presidente dell'Ufficio abbia le stesse qualifiche personali e professionali di un giudice e se dette qualifiche debbano essere individuate facendo riferimento ad una nozione «nazionale» o «comunitaria» di giudice. Questo requisito appare infatti proprio del sistema «a due livelli», concepito dalla direttiva come possibile alternativa, a disposizione degli Stati membri, nella creazione di un sistema nazionale di procedure di ricorso.

Non è invece di per sé determinante per qualificare un organismo come «giurisdizione» ai fini dell'art. 177.

42. Non è superfluo aggiungere che, sempre presupponendo che l'organismo in questione sia da considerare una giurisdizione ex art. 177, la conclusione ora raggiunta è l'unica che consente di assumere il sistema tirolese di riesame dei provvedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici nel quadro della direttiva ricorsi. Infatti, qualora si intendesse il

Landesvergabeamt come «giurisdizione ai sensi dell'art. 177» di cui alla frase finale della prima parte dell'art. 2, n. 8, e dunque come «secondo livello» nella valutazione dei ricorsi avverso l'aggiudicazione degli appalti pubblici, si porrebbe l'interprete dinanzi al problema di individuare l'organo di base, competente in prima battuta, che non sia un «organo giudiziario» e le cui decisioni dovrebbero essere sottoposte a riesame dinanzi all'Ufficio. Organo di base che, si noti, non esiste nel sistema austriaco, nel quale i ricorsi contro i provvedimenti assunti dalle autorità aggiudicatrici sono proposti in prima ed unica istanza dinanzi al Landesvergabeamt.

43. Alla luce di quanto finora osservato, propongo alla Corte di dichiarare irricevibili i quesiti rivolti dal Landesvergabeamt del Tirolo in quanto detto organismo non è una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

In subordine, propongo alla Corte di rispondere come segue:

«L'art. 2, n. 8, seconda frase, della direttiva ricorsi va interpretato nel senso che i requisiti ivi indicati concernono esclusivamente la composizione degli organi indipendenti responsabili del riesame delle decisioni assunte da un altro organo, competente in primo grado a conoscere dei ricorsi contro l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che non sia una giurisdizione ex art. 177 del Trattato. La disposizione in parola non viene dunque in rilievo per valutare la composizione ed il funzionamento del Tiroler Landesvergabeamt».