

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JEAN Mischo

presentate il 25 febbraio 2003¹

1. Il Bundesvergabeamt (Austria) chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori², come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi³ (in prosieguo: «la direttiva 89/665»).

2. Il Bundesvergabeamt vorrebbe sapere in sostanza se la disposizione citata debba essere intesa nel senso che l'offerente sia stato o rischi di essere leso a causa della violazione da esso denunciata anche se, per quanto la sua offerta non sia stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, l'organo adito nella procedura di ricorso constati che l'offerta da lui presentata avrebbe dovuto obbligatoriamente essere esclusa da tale autorità.

I — Contesto giuridico

A — *La normativa comunitaria*

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

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — GU L 395, pag. 33.

3 — GU L 209, pag. 1.

(...)

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

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

4. Ai sensi dell'art. 2, nn. 1, 4 e 6, della direttiva 89/665:

(...)

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

4. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti.

(...)

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.

(...».

B — *La normativa nazionale*

5. La direttiva 89/665 è stata attuata nell'ordinamento austriaco attraverso il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabeengesetz 1997) (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56, in prosiegua il «BVergG»).

6. L'art. 113 del BVergG così prevede:

«1. Il Bundesvergabeamt è competente a svolgere, su istanza, la procedura di ricorso prevista dalle disposizioni del capitolo seguente.

2. Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni della presente legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione 1) ad adottare misure transitorie, come anche 2) ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente a stabilire se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei regolamenti di attuazione. (...».

7. L'art. 115, n. 1, del BVergG dispone quanto segue:

«Un imprenditore che affermi di avere un interesse alla conclusione di un con-

tratto che rientra nella sfera di applicazione della presente legge federale, può impugnare per illegittimità una decisione adottata dall'autorità aggiudicatrice nel corso della procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno».

8. A norma dell'art. II, n. 2, lett. C), punto 40a, dell'Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (legge introduttiva alle leggi relative ai procedimenti amministrativi del 1991, BGBl. 1991/50), l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (legge generale del 1991 relativa al procedimento amministrativo, BGBl. 1991/51, in prosieguo; l'«AVG») è applicabile al procedimento amministrativo del Bundesvergabeamt.

II — Il procedimento principale

9. La società Bundesimmobiliengesellschaft mbH e la società Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (in prosieguo: «le parti convenute») hanno indetto una gara in più fasi allo scopo di ottenere progetti architettonici nonché parametri decisionali per il conferimento di un appalto di progettazione generale per la costruzione del nuovo edificio della Facoltà di ingegneria meccanica della TU di Vienna. La prima fase del procedimento si è svolta sotto forma di un concorso avente ad oggetto la «ricerca pubblica di interessati con definizione delle idee».

10. Al procedimento hanno partecipato, mediante presentazione di progetti, diversi interessati, tra cui il sig. Hackermüller, ingegnere-architetto, e la società Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (in prosieguo: la «Lechner»). Nel corso della seconda fase della procedura — quella delle trattative — il Beratungsgremium (comitato consultivo) ha proposto l'immediata continuazione delle trattative stesse con la Lechner. Agli altri quattro partecipanti alle trattative, tra cui l'ing. Hackermüller, è stato comunicato con lettera 10 febbraio 1999 che, in base alla decisione del Beratungsgremium dell'8 febbraio 1999, il loro progetto non era stato proposto per l'esecuzione.

11. Il sig. Hackermüller in data 29 marzo 1999 ha presentato al Bundesvergabeamt una domanda introduttiva di una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 113, n. 2, del BVergG e ha chiesto, tra l'altro, la dichiarazione di nullità 1) della decisione dell'8 febbraio 1999 con la quale il Beratungsgremium e/o le parti convenute hanno considerato come migliore offerta quella di un altro offerente, e hanno raccomandato di continuare immediatamente le trattative con quest'ultimo, 2) della decisione, sulla base della quale la selezione non è avvenuta in base ai criteri stabiliti nel bando.

12. Con decisione del 31 maggio 1999, il Bundesvergabeamt ha respinto l'intera domanda del sig. Hackermüller per mancanza di legittimazione ad agire e con la

motivazione che l'offerta da esso presentata avrebbe dovuto essere esclusa già a partire dalla prima fase della procedura, ai sensi dell'art. 52, n. 1, sub 8, del BVergG.

13. A sostegno della sua decisione, il Bundesvergabeamt ha esposto in primo luogo che risulta dall'art. 115, n. 1, del BVergG che un imprenditore ha accesso alla procedura di ricorso soltanto se si trova in condizione di poter subire un danno o qualsivoglia altro pregiudizio. Esso ha parimenti ricordato che, in forza dell'art. 52, n. 1, punto 8, del BVergG, l'autorità aggiudicatrice deve, prima di scegliere definitivamente l'offerta, escludere immediatamente, sulla scorta dei risultati dell'esame delle offerte condotto, le offerte incompatibili con le disposizioni del bando, nonché quelle erronee o incomplete, allorché le carenze non siano state riparate o non siano riparabili.

14. Il Bundesvergabeamt ha in seguito osservato che, nella specie, per quanto riguarda l'esclusione di un progetto dal procedimento di aggiudicazione di un appalto, il punto 1.6.7. del bando fa espresso riferimento all'art. 36, n. 4, della Wettbewerbsordnung der Architekten (codice della concorrenza per gli architetti, in prosieguo: la «WOA»), che prevede, a sua volta, che, qualora sussista uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 8 della WOA, il progetto di cui trattasi debba essere escluso. Inoltre, ai sensi del n. 1, lett. d), della disposizione menzionata, sono esclusi, tra l'altro, dalla partecipazione ai concorsi per architetti coloro che negli atti presentati inseriscono indicazioni che consentano di risalire all'autore.

15. Infine, dopo aver constatato che per il sig. Hackermüller sussisteva la condizione di esclusione prevista all'art. 8, n. 1, lett. d), della WOA, in quanto egli aveva indicato il proprio nome nella rubrica «organizzazione prevista della pianificazione generale», di modo che il suo progetto avrebbe dovuto essere escluso in forza del combinato disposto dell'art. 52, n. 1, punto 8, del BVergG e dell'art. 36, n. 4, della WOA, e dopo aver concluso che il progetto del sig. Hackermüller non poteva più essere preso in considerazione per l'aggiudicazione dell'appalto e che quindi egli non poteva più subire alcuna lesione dei suoi diritti a causa di eventuali violazioni del principio del migliore offerente e delle regole del procedimento di aggiudicazione, il Bundesvergabeamt ha dichiarato che il sig. Hackermüller non era legittimato a far valere le asserite illegittimità nelle sue domande.

16. In data 7 luglio 1999, il sig. Hackermüller ha presentato dinanzi al Verfassungsgesichtshof (Austria) (Corte costituzionale) un ricorso chiedendo l'annullamento della decisione del Bundesvergabeamt 31 maggio 1999. Nella sua sentenza 14 marzo 2001, B 1137/99-9, con riferimento alla sua precedente sentenza 8 marzo 2001, B 707/00, il Verfassungsgesichtshof ha dichiarato che, tenuto conto dell'interpretazione ampia che sarebbe necessario dare, conformemente alla giurisprudenza della Corte⁴, alla nozione di legittimazione ad introdurre una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, appare dubbio che i presupposti di ricorso stabiliti nel combinato disposto dell'art. 115, n. 1, e 52, n. 1, del BVergG, possano essere interpretati in modo tale che un offerente, il

4 — V., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961, punto 46), e 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671, punti 34 e 35).

quale non sia stato di fatto escluso dall'autorità aggiudicatrice, possa essere escluso dall'accesso alla procedura di ricorso da parte della competente autorità mediante rigetto della sua domanda di tutela giuridica allorché l'autorità competente in materia di ricorsi riconosce, in via preliminare, la sussistenza di un motivo che avrebbe giustificato l'esclusione dell'offerente. Il Verfassungsgerichtshof ha così annullato la decisione impugnata del Bundesvergabeamt per violazione del diritto costituzionalmente garantito ad un procedimento dinanzi al giudice previsto dalla legge, con la conseguenza che il Bundesvergabeamt è stato obbligato a deferire in merito una questione pregiudiziale alla Corte, in forza dell'art. 234, terzo comma, CE.

In caso di soluzione negativa della questione sub 1):

- 2) Se la soprammenzionata disposizione della direttiva vada interpretata nel senso che un offerente, è stato o rischia di essere leso a causa della violazione da esso denunciata — nella fattispecie la decisione dell'autorità aggiudicatrice di considerare come migliore offerta quella di un altro offerente — anche quando la sua offerta non è stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, ma l'autorità incaricata dei ricorsi, nel corso del relativo procedimento, ha stabilito che l'offerta avrebbe dovuto essere obbligatoriamente esclusa dall'autorità aggiudicatrice, cosicché egli deve essere legittimato a ricorrere».

III — Le questioni pregiudiziali

17. È in questo contesto che il Bundesvergabeamt, con ordinanza 25 giugno 2001, ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

IV — Valutazione

- «1) Se l'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, vada interpretato nel senso che la legittimazione a presentare un ricorso spetta a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico.

A — La competenza della Corte a risolvere le questioni sollevate dal Bundesvergabeamt

18. È opportuno soffermarsi preliminarmente su una questione che ha meritato

l'attenzione della giurisprudenza recente⁵ e che consiste nello stabilire se il Bundesvergabeamt costituisca una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE.

«(...) la causa principale riguarda il periodo successivo all'aggiudicazione dell'appalto. Ora è accertato che, in diritto austriaco, sia le parti, sia i giudici civili che siano investiti, in tale periodo, di una richiesta di risarcimento danni sono vincolati in ogni caso agli accertamenti del Bundesvergabeamt.

19. Tale questione era stata sollevata, in particolare, nella citata causa Felix Swoboda, dalla Commissione, in seguito all'ordinanza di rinvio del Bundesvergabeamt 11 luglio 2001, nella causa Siemens e ARGE Telekom & Partner⁶, in cui esso avrebbe riconosciuto che le sue decisioni non contengono «ingiunzioni esecutive (nei confronti dell') ente aggiudicatore»⁷.

Per quanto esposto, la natura vincolante della decisione del Bundesvergabeamt nella causa principale non può essere validamente contestata».

20. Nella sentenza Felix Swoboda, citata, che riguardava una causa in cui il Bundesvergabeamt esercitava le sue competenze nel periodo *successivo* all'aggiudicazione dell'appalto, la Corte lo ha considerato quale giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE.

22. La questione che ora si presenta consiste nello stabilire se tale conclusione valga allo stesso modo nella presente causa, in cui il Bundesvergabeamt esercita le sue competenze nel periodo *anteriore* all'aggiudicazione dell'appalto.

21. Essa ha, infatti, dichiarato ai punti 27 e 28 di tale sentenza che:

23. Sono dell'opinione che la risposta da dare sia indubbiamente positiva.

5 — V. sentenza 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda (Racc. pag. I-10567), nonché le conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (sentenza 15 gennaio 1998, Racc. pag. I-73), le mie conclusioni 18 aprile 2002 nella causa Swoboda, cit., e le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed 10 ottobre 2002 nella causa C-315/01, GAT, decisa con sentenza 19 giugno 2003 (Racc. pagg. I-6351, I-6354).

6 — Causa C-314/01, pendente dinanzi alla Corte.

7 — Sentenza Felix Swoboda, cit., punto 25.

24. Infatti, contrariamente al periodo successivo all'aggiudicazione dell'appalto, durante il quale il Bundesvergabeamt è competente, in forza dell'art. 113, n. 3, del BVerfG a «*stabilire* se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente (...)», il periodo che precede tale aggiudicazione è

caratterizzato dal fatto che il Bundesvergabeamt è competente, in forza dell'art. 113, n. 2, del BVergG «(...) 1. ad adottare misure transitorie, come anche 2. ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice».

25. Ora, se la competenza a «stabilire» è già di natura cogente, le competenze a prescrivere misure provvisorie e ad annullare decisioni illegittime mi sembra lo siano a fortiori.

26. Il Bundesvergabeamt è pertanto una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE. Per questo motivo, la Corte è competente a risolvere le questioni pregiudiziali da esso sollevate.

B — In relazione alla prima questione pregiudiziale

27. Con la prima questione pregiudiziale, il Bundesvergabeamt chiede se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che le procedure di ricorso debbano essere accessibili a chiunque desideri ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

28. Il sig. Hackermüller propone di risolvere in senso affermativo tale questione, in quanto, a suo avviso, chiunque venga escluso dalla procedura di aggiudicazione subisce per ciò stesso un pregiudizio.

29. Per contro, le parti convenute, i governi austriaco ed italiano nonché la Commissione propongono di dare una risposta sostanzialmente negativa alla prima questione.

30. Condivido il loro parere.

31. Risulta infatti chiaramente dalla formulazione dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 che le procedure di ricorso debbono essere «(...) accessibili (...) per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata»⁸.

32. La direttiva 89/665 permette pertanto agli Stati membri di assoggettare l'accesso alle procedure di ricorso al rispetto di due condizioni cumulative, cioè: 1) l'interesse dell'offerente all'aggiudicazione dell'appalto pubblico e 2) il fatto di essere stato lesa o di rischiare di essere lesa.

⁸ — Il corsivo è mio.

33. Giustamente, pertanto, la Commissione ritiene che «il semplice interesse ad ottenere un appalto è, di per sé, insufficiente».

34. Questa interpretazione è d'altronde corroborata, come osserva giustamente anche il governo austriaco, dai lavori preparatori della direttiva 89/665.

35. Infatti, mentre la proposta di direttiva del Consiglio, 87/C 230/05, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie nel quadro delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, presentata dalla Commissione il 1° luglio 1987,⁹ non conteneva previsioni sulla legittimazione a presentare ricorso, la proposta modificata, presentata il 25 novembre 1988¹⁰, indicava, al suo art. 1, che la procedura di ricorso doveva essere accessibile a «(...) ogni imprenditore o fornitore partecipante ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture o di lavori ed ogni terzo legittimato (...)».

36. Ora, poiché tale formulazione non è stata conservata nella direttiva 89/665,

bisogna dedurre una scelta deliberata da parte del Consiglio di permettere agli Stati membri di assoggettare l'accesso alle procedure di ricorso alle due condizioni sopra elencate.

37. Propongo pertanto di rispondere, con riferimento alla prima questione pregiudiziale, che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che le procedure di ricorso devono essere accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere un appalto pubblico sempreché il soggetto in causa sia, inoltre, stato leso o rischi di essere leso dalla violazione denunciata.

C — In relazione alla seconda questione pregiudiziale

38. Posto che propongo di fornire soluzione negativa alla prima questione pregiudiziale, passo ora ad affrontare l'esame della seconda. Con essa, il Bundesvergabamt chiede se l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 debba essere inteso nel senso che l'offerente è leso o rischia di essere leso — in modo tale che la procedura di ricorso debba essergli accessibile — dalla violazione asserita, costituita nella fattispecie dalla decisione dell'autorità aggiudicatrice di considerare l'offerta di un concorrente come la migliore, anche se, benché la sua offerta non fosse stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, l'organo investito della procedura di ricorso constatati che tale offerta avrebbe dovuto obbligatoriamente essere esclusa da detta autorità.

⁹ — GU C 230, pag. 6.

¹⁰ — GU 1989, C 15, pag. 8.

39. Il sig. Hackermüller ritiene che, in caso di risposta negativa alla prima questione, sia opportuno, in ogni caso, rispondere in senso affermativo alla seconda, pena negare la legittimazione alla procedura di ricorso ogni volta che un offerente sia stato escluso dall'autorità aggiudicatrice per qualsiasi ragione.

40. Per contro, le parti convenute, il governo austriaco e la Commissione propongono di dare a tale questione risposta negativa. Le osservazioni del governo italiano possono essere interpretate nel senso che tale governo propone, anch'esso, di rispondere in senso negativo nel caso in cui il Bundesvergabeamt possa essere considerato quale giurisdizione.

41. Tali intervenienti fondano il loro parere in proposito sulla finalità della procedura di ricorso, sull'effetto utile della direttiva 89/665, oltre che sul principio della parità di trattamento, i quali impedirebbero che il richiedente possa vedersi concedere l'aggiudicazione dell'appalto o un risarcimento dei danni malgrado la violazione da lui commessa delle disposizioni del bando di gara o delle disposizioni in materia di appalti pubblici.

42. Occorre constatare, in primo luogo, che il Bundesvergabeamt, nella sua decisione del 31 maggio 1999, ha considerato che il sig. Hackermüller non avesse legittimazione ad agire, in quanto la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa sin dalla

prima fase della procedura, in applicazione dell'art. 52, n. 1, punto 8, del BVergG¹¹.

43. Con la questione pregiudiziale, il Bundesvergabeamt chiede dunque, in sostanza, se la direttiva 89/665, e più in particolare il suo articolo 1, n. 3, osti a che una simile norma di diritto nazionale venga da esso applicata.

44. Ora, come giustamente espone il governo austriaco nelle sue osservazioni scritte, «(...) la direttiva in materia di ricorsi non contiene alcuna disposizione relativa ai criteri di valutazione che l'organo investito del ricorso deve applicare. (...) Di conseguenza, spetta agli Stati membri adottare le disposizioni necessarie, che devono essere incontestabilmente conformi ai principi generali del diritto degli appalti pubblici, quali la trasparenza e la non discriminazione. Tali disposizioni, inoltre, non devono neppure essere in contrasto con lo scopo della direttiva sui ricorsi (...)».

45. In questo stesso senso, la Corte ha dichiarato, con riferimento ad una materia non specificamente disciplinata dalla direttiva 89/665 — cioè la determinazione del momento decisivo ai fini della valutazione della legalità della decisione di revoca di un bando di gara — che rientra nell'ambito di competenza dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il com-

11 — V. supra, paragrafo 12.

pito di definire questo momento «(...) purché le norme nazionali applicabili non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., per analogia, sentenze 20 settembre 2001, causa C-390/98, Banks, Racc. pag I-6117, punto 121, e causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 29)»¹².

46. Sorge pertanto la questione consistente nello stabilire se la norma citata presa in considerazione dal Bundesvergabeamt nella sua decisione del 31 maggio 1999 renda o no praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario¹³.

47. A questo proposito, vorrei richiamare una considerazione che è stata formulata nella sentenza del Verfassungsgerichtshof 8 marzo 2001¹⁴, che è, come il governo austriaco ce la descrive, la seguente: «(...) vi è incertezza in relazione alla questione se sia ammesso, alla luce del diritto comuni-

tario — come è affermato in dottrina — “ridurre” la tutela giuridica dell'offerente nella causa principale, *in quanto egli non disporrebbe di mezzi di ricorso contro la decisione di esclusione resa dal Bundesvergabeamt al posto dell'autorità aggiudicatrice*»¹⁵.

48. Se fosse vero che, per effetto del criterio in questione, l'offerente non dispone di mezzi di ricorso per impugnare una decisione che risulta essere sostanzialmente una decisione di esclusione, sarei veramente del parere che questo criterio rende eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario e, più in particolare, dalla direttiva 89/665.

49. Non vi è dubbio infatti che la decisione di esclusione di un offerente costituisce una decisione ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, contro la quale deve essere possibile il ricorso.

50. Secondo costante giurisprudenza, la disposizione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione in merito alla natura e al contenuto delle decisioni ivi menzionate¹⁶. Nelle sue conclusioni presentate il 7 febbraio 2002, nella

12 — Sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 67). V., nello stesso senso, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 72).

13 — Si suppone che non vi sia differenza di trattamento tra ricorsi ai sensi della direttiva 89/665, da un lato, e ricorsi simili di natura interna, dall'altro.

14 — V. supra, paragrafo 16.

15 — Il corsivo è mio.

16 — V. sentenze cit. Alcatel Austria e a., punto 35, ed HI, punto 49.

causa Santex¹⁷, l'avvocato generale Alber deduce da questo che una decisione di esclusione costituisce una decisione contro la quale deve essere possibile presentare ricorso ai sensi della direttiva 89/665¹⁸.

51. Tuttavia, è corretto dire, in una situazione quale quella che si presenta al procedimento principale, che «l'offerente non dispone di mezzi di ricorso contro la decisione di esclusione resa dal Bundesvergabeamt al posto dell'autorità aggiudicatrice»?

52. Tutto dipende, a mio avviso, dal problema consistente nello stabilire se l'istanza di ricorso sia pervenuta alla conclusione — secondo cui l'offerente avrebbe dovuto essere escluso — al termine di un procedimento in contraddittorio, cioè dopo aver dato all'offerente la possibilità di fare le proprie dichiarazioni sul motivo di un'eventuale esclusione.

53. Deriva, infatti, dall'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665, secondo cui «(...) (l)'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio (...)», che una procedura di questo tipo contraddistingue essenzialmente la procedura di ricorso ai sensi della direttiva 89/665.

54. Tuttavia, anche se l'istanza di ricorso perviene alla conclusione summenzionata al termine di una procedura in contraddittorio, resta ancora da stabilire se il Bundesvergabeamt abbia il diritto di sollevare d'ufficio la violazione di un obbligo come quello dell'anonimato.

55. A questo proposito, mi sembra incontestabile che, se per ipotesi, l'autorità aggiudicatrice avesse, in un primo momento, accettato l'offerta del sig. Hackermüller ed un altro offerente, al corrente di un'eventuale violazione dell'obbligo dell'anonimato commessa da Hackermüller, avesse, in seguito, presentato ricorso per la violazione da parte dell'autorità aggiudicatrice delle norme applicabili agli appalti pubblici, il Bundesvergabeamt avrebbe potuto decidere che il sig. Hackermüller dovesse essere escluso dalla gara, *senza che l'autorità aggiudicatrice lo avesse deciso in precedenza*.

56. L'unica differenza tra questa situazione e quella che si presenta nel procedimento principale risiede, pertanto, nel fatto che, nel primo caso, la violazione della disposizione sull'anonimato è invocata da una parte, mentre nel secondo essa è sollevata d'ufficio dall'istanza di ricorso.

57. Ora, a questo proposito, io condivido il parere espresso dall'Avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni 10 ottobre

17 — Causa C-327/00, sentenza 27 febbraio 2003 (Racc. pagg. I-1877, I-1879).

18 — V. paragrafi 80-86 delle citate conclusioni dell'avvocato generale Alber.

2002, nella causa GAT¹⁹, secondo cui «(l)a direttiva 89/665 (...) non osta a che l'autorità competente a conoscere dei ricorsi (...) prenda in considerazione circostanze rilevanti d'ufficio, indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa nella procedura di ricorso»²⁰.

58. Tale linea interpretativa mi sembra, d'altra parte, conforme tanto allo scopo della direttiva 89/665, quanto al principio di parità di trattamento tra tutti gli offerenti.

59. Quanto allo scopo, è opportuno ricordare che «(...) l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri la predisposizione di ricorsi efficaci e il più possibile rapidi al fine di garantire il rispetto delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici»²¹.

60. Ora, mi sembrerebbe contrario all'obiettivo di predisporre ricorsi efficaci e rapidi obbligare, in una situazione come quella del caso di specie, l'istanza di ricorso ad attendere fino a che le venisse sottoposto da una parte un problema concernente la regolarità dell'appalto, che essa è in grado di individuare da sé.

61. Per quanto riguarda la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, principio che corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici²², da esso deriva che tutti gli offerenti hanno il diritto a che la loro offerta, insieme a quelle degli altri offerenti, sia trattata nel rispetto delle condizioni previste dal bando di gara, oltre che delle norme in materia di appalti pubblici.

62. Pertanto, un offerente non può vedersi aggiudicare l'appalto qualora abbia violato egli stesso le condizioni previste dal bando di gara o le norme applicabili agli appalti pubblici. Il fatto che, come ha sostenuto all'udienza il sig. Hackermüller, anche altri offerenti abbiano, eventualmente, commesso delle violazioni non cambia nulla, in quanto un offerente non può, per sostenere che egli stesso è vittima di una discriminazione, avvalersi del fatto che altri offerenti beneficiano di un'illegalità.

63. D'altra parte, il fatto che l'autorità competente a conoscere dei ricorsi possa sollevare d'ufficio tale violazione appare tanto più giustificato dal punto di vista del principio della parità di trattamento, in quanto, come osserva giustamente il governo austriaco, gli offerenti non hanno nella maggior parte dei casi conoscenza di un motivo di esclusione dall'appalto che riguarda i loro concorrenti.

19 — Causa C-315/01, sentenza 19 giugno 2003 (citata alla nota 5).

20 — Paragrafo 67, proposta di soluzione 1, lett. a), delle conclusioni citate dell'avvocato generale Geelhoed.

21 — Sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 34. V. anche sentenze HI, cit., punto 52, ed Universale-Bau e a., cit., punto 74. Il corsivo è mio.

22 — Sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland (Racc. pag. I-7213, punto 81).

64. Sono pertanto del parere che una norma di diritto nazionale secondo la quale l'offerente non è legittimato ad agire a causa del fatto che la sua offerta avrebbe già dovuto essere scartata dall'autorità aggiudicatrice non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario, sempreché il ricorrente abbia potuto in precedenza esprimersi sulla causa di esclusione adottata.

65. Per contro, qualora non gli fosse riconosciuta una simile possibilità di esprimersi, la decisione dell'autorità competente equivarrebbe, in realtà, ad una decisione di esclusione senza possibilità di ricorso,

cosa che sarebbe in contrasto con la direttiva 89/665.

66. Propongo, pertanto, di risolvere la seconda questione pregiudiziale nel senso che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 non osta a che un offerente non sia considerato leso dalla violazione che egli adduce, consistente, nella fattispecie, nella decisione dell'autorità aggiudicatrice di considerare migliore l'offerta di un concorrente, qualora, benché l'offerta di questo offerente non sia stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, l'organo investito della procedura di ricorso constati che l'offerta avrebbe dovuto obbligatoriamente essere esclusa da tale autorità, a condizione che il motivo di esclusione contestato all'offerente abbia costituito oggetto di una procedura in contraddittorio.

V — Conclusione

67. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere,

— con riferimento alla prima questione pregiudiziale:

«L'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative

relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che le procedure di ricorso debbono essere accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, sempreché tale soggetto sia, inoltre, stato leso o rischi di essere leso dalla violazione denunciata».

— con riferimento alla seconda questione pregiudiziale:

«L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, non osta a che l'offerente non sia considerato leso dalla violazione che egli adduce, consistente, nella fattispecie, nella decisione dell'autorità aggiudicatrice di considerare migliore l'offerta di un concorrente, qualora, benché la sua offerta non sia stata esclusa dall'autorità aggiudicatrice, l'organo investito della procedura di ricorso constati che l'offerta avrebbe dovuto obbligatoriamente essere esclusa da tale autorità, a condizione che il motivo di esclusione contestato all'offerente abbia costituito oggetto di una procedura in contraddittorio».