

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JEAN MISCHO

presentate il 27 febbraio 2003¹

1. Il Bundesvergabeamt (Austria), investito di un ricorso proposto da un offerente la cui offerta è stata respinta dall'amministrazione aggiudicatrice e che fa valere l'illegittimità di un criterio di aggiudicazione dell'appalto relativo alla fornitura di energia elettrica verde, chiede alla Corte di interpretare l'art. 26 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture², nonché gli artt. 1 e 2, n. 1, lett. b), 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 lavori³.

I — Ambito normativo

A — *Disciplina comunitaria*

2. L'art. 26 della direttiva 93/36, intitolato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», dispone:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:

(...);

- b) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto quali, ad esempio: prezzo, termine di consegna, costo d'utilizzazione, rendimento, qualità, caratteristiche estetiche e funzionali, merito tecnico, servizio post vendita e assistenza tecnica.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — GU L 199, pag. 1.

3 — GU L 395, pag. 33.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), (...);
le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita».

3. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 dispone:

«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».

4. L'art. 2, nn. 1, lett. b), e 6, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«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:

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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...).

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».

5. L'art. 3, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 dicembre 1996, 96/92/CE, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica⁴, dispone:

«Nel pieno delle pertinenti disposizioni del Trattato, in particolare dell'articolo 90, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi di servizio pubblico per quanto riguarda la sicurezza, compresa la sicurezza di approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture nonché la protezione dell'ambiente. Tali obblighi devono essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili; essi, e qualsiasi loro eventuale revisione, sono pubblicati e comunicati senza indugio alla Commissione dagli Stati membri. Quale mezzo per adempiere gli obblighi di servizio pubblico di cui sopra, gli Stati membri che lo desiderano possono attuare una programmazione a lungo termine».

6. Il secondo 'considerando' della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da

fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità⁵, recita:

«La promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità, come illustrato nel Libro bianco sulle fonti energetiche rinnovabili (...), per motivi di sicurezza e diversificazione dell'approvvigionamento energetico, protezione dell'ambiente e coesione economica e sociale. Ciò è stato confermato dal Consiglio nella risoluzione dell'8 giugno 1998 sulle fonti energetiche rinnovabili».

7. Il dodicesimo 'considerando' della direttiva 2001/77 è del seguente tenore:

«La necessità di un sostegno da parte delle pubbliche autorità alle fonti energetiche rinnovabili è riconosciuta nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente che, tra le altre opzioni, tiene conto della necessità di internalizzare i costi esterni della produzione di energia elettrica. A tale sostegno pubblico continueranno comunque ad applicarsi le disposizioni del Trattato, e in particolare gli articoli 87 e 88».

4 — GU 1997, L 27, pag. 20.

5 — GU L 283, pag. 33.

8. Al diciottesimo 'considerando' della direttiva 2001/77 si afferma:

«È importante sfruttare le forze di mercato e del mercato interno per rendere competitiva e allettante per i cittadini europei l'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili».

9. Dall'art. 1 della direttiva 2001/77 risulta che quest'ultima è volta

«a promuovere un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato interno e a creare le basi per un futuro quadro comunitario in materia».

10. L'art. 3, n. 1, della direttiva 2001/77, intitolato «Obiettivi indicativi nazionali», dispone:

«Gli Stati membri adottano misure appropriate atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili perseguendo gli obiettivi indicativi nazionali di cui al paragrafo 2. Tali misure devono essere proporzionate all'obiettivo».

11. L'art. 3, n. 2, della direttiva 2001/77 prevede che ciascuno Stato membro deve stabilire obiettivi indicativi nazionali.

12. L'art. 3, n. 4, della direttiva 2001/77 dispone che sulla base delle relazioni degli Stati membri la Commissione valuta in quale misura gli obiettivi indicativi nazionali sono compatibili con l'obiettivo indicativo globale del 12 % del consumo interno lordo di energia entro il 2010 e in particolare con una quota indicativa del 22,1 % di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili sul consumo totale di elettricità della Comunità entro il 2010.

13. L'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/77, intitolato «Garanzia di origine dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili», dispone:

«Entro il 27 ottobre 2003 gli Stati membri fanno sì che l'origine dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili sia garantita come tale ai sensi della presente direttiva, secondo criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori stabiliti da ciascuno Stato membro. Essi prevedono il rilascio su richiesta di garanzie di origine in tal senso».

B — *Disposizioni nazionali*

14. In Austria l'aggiudicazione degli appalti pubblici è disciplinata dal Bundesvergabegesetz [(legge federale relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* I, 1997, pag. 56; in prosieguo: il «BVergG»].

15. L'art. 117 del BVergG dispone quanto segue:

«1. Il Bundesvergabeamt, tenendo conto del parere espresso dalla commissione di conciliazione nella stessa controversia, deve annullare, con provvedimento amministrativo, qualsiasi decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto che

- 1) sia contraria alle disposizioni della presente legge federale o dei relativi regolamenti di esecuzione e
- 2) sia determinante per l'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto.

2. L'annullamento di una decisione illegittima può in particolare realizzarsi mediante l'eliminazione delle condizioni discriminatorie per gli imprenditori in ordine alle specificazioni tecniche, economiche o

finanziarie contenute nei capitolati d'oneri o in qualsiasi altro documento della gara d'appalto.

3. Dopo l'aggiudicazione dell'appalto, il Bundesvergabeamt, conformemente alle condizioni di cui al paragrafo 1, constata unicamente se la pretesa illegittimità sia effettiva o meno».

II — *Controversia nella causa principale*

16. La Repubblica d'Austria, in qualità di amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: la «convenuta nel procedimento principale»), ha indetto una gara d'appalto mediante una procedura di aggiudicazione aperta per la fornitura di energia elettrica. L'oggetto dell'appalto era la stipulazione di un contratto quadro e dei relativi contratti individuali per l'approvvigionamento di energia elettrica a favore di tutti i servizi dell'amministrazione federale situati nel Land della Carinzia. La durata del contratto andava dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2003. Il bando di gara d'appalto, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* il 27 marzo 2001, prevedeva, nella sezione «Criteri di aggiudicazione», quanto segue:

«Offerta economicamente più vantaggiosa secondo i seguenti criteri: influenza delle prestazioni sull'ambiente conformemente al capitolato d'oneri».

17. Nell'offerta doveva essere indicato il prezzo del kilowattora in ATS. Detto prezzo doveva valere per l'intera durata del contratto e non essere sottoposto né a revisione né ad adeguamento. Oltre alla fornitura di elettricità il soggetto erogatore di energia doveva impegnarsi a garantire ulteriori prestazioni accessorie (ad esempio, misurare l'energia elettrica utilizzata dai servizi dell'amministrazione federale, emettere un rendiconto del consumo annuale, ecc.). Il soggetto erogatore di energia doveva impegnarsi, nei limiti delle sue possibilità tecniche, a fornire ai servizi amministrativi federali energia elettrica ottenuta da fonti di energia rinnovabili, ma, in ogni caso, a non fornire scientemente energia elettrica ottenuta da fissione nucleare. Tuttavia non era stato richiesto che il soggetto erogatore di energia dovesse documentare le sue fonti di approvvigionamento. Per l'ipotesi di una violazione dell'obbligo di fornire energia elettrica proveniente da fonti di energia rinnovabili o dell'obbligo di non erogare energia elettrica ottenuta mediante fissione nucleare erano previsti a favore dell'amministrazione aggiudicatrice il diritto di risolvere il contratto, nonché una clausola penale.

18. Nella parte introduttiva del capitolato d'oneri si stabiliva che l'amministrazione aggiudicatrice era cosciente del fatto che, per motivi tecnici, nessun fornitore poteva garantire che l'elettricità da lui fornita ad un determinato cliente fosse stata effettivamente ottenuta da fonti di energia rinnovabili. Tuttavia l'amministrazione aggiudicatrice era determinata a stipulare contratti con offerenti che disponessero di almeno 22,5 GWh all'anno di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili. Il consumo annuale dei servizi dell'amministrazione

federale oggetto della gara d'appalto è stato stimato pari a circa 22,5 GWh. Eventuali scarti tra i quantitativi effettivamente forniti e tale cifra indicativa non avrebbero dovuto tuttavia incidere sul prezzo del kilowattora concordato.

19. Come motivo particolare di esclusione è stato previsto che sarebbero state escluse le offerte prive di elementi comprovanti che «il produttore, nei due anni precedenti e/o nei prossimi due anni, ha prodotto o acquistato e/o produrrà o acquisterà almeno 22,5 GWh all'anno di energia elettrica ottenuta da fonti di energia rinnovabili che esso ha fornito e/o fornirà a consumatori finali». Quali criteri di aggiudicazione sono stati fissati il prezzo netto per kilowattora, con un coefficiente del 55 %, e il criterio dell'«energia proveniente da fonti di energia rinnovabili» con un coefficiente, a sua volta, del 45 %. In merito a quest'ultimo criterio di aggiudicazione era stabilito che a tale proposito «sarà preso in considerazione solo il quantitativo annuale eccedente i 22,5 GWh di energia proveniente da fonti di energia rinnovabili che l'offerente sarà in grado di fornire».

20. L'apertura delle offerte aveva luogo il 10 maggio 2001. Venivano presentate quattro offerte. Un'offerta veniva proposta dal gruppo di offerenti Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (in prosieguo: la «KELAG»), che aveva indicato un prezzo di 0,44 ATS/kWh e, facendo riferimento ad una tabella relativa ai quantitativi di energia elettrica da esso prodotti o forniti e alla loro origine, dichiarava una quantità complessiva di energia rinnovabile che poteva essere da

esso erogata pari a 3 406,2 GWh. Un'altra offerta era stata presentata dalla Energie Oberösterreich AG, che aveva indicato un prezzo di 0,4191 ATS/kWh a partire da un consumo annuale di 1 milione di GWh e precisato, in una tabella relativa agli anni 1999-2002, i diversi quantitativi di energia ottenuti da fonti di energia rinnovabili che essa poteva erogare per ciascuno degli anni compresi in tale periodo. Il più elevato quantitativo indicato era pari a 5 280 GWh all'anno. Un'ulteriore offerta era stata presentata dalla BEWAG, la quale aveva indicato un prezzo di 0,465 ATS/kWh e allegato una tabella relativa alla quota costituita dall'energia proveniente da fonti rinnovabili nell'ambito dell'elettricità complessivamente prodotta o fornita dalla stessa, tabella in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice ha concluso che essa aveva indicato una cifra pari a 449,2 GWh.

21. L'ultima offerta era stata presentata dal gruppo di imprese costituito dalla EVN AG e dalla Wienstrom GmbH (in prosieguito, congiuntamente: le «ricorrenti nella causa principale») e prevedeva un prezzo di 0,52 ATS/kWh. Nell'offerta le ricorrenti nella causa principale non indicavano alcuna cifra concreta relativa al quantitativo di energia proveniente da fonti energetiche rinnovabili che poteva essere da loro erogato, ma a tale proposito esse dichiaravano solo di disporre di propri impianti di produzione nei quali producevano elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili, per un quantitativo multiplo rispetto al consumo annuale di 22,5 GWh indicato nel bando della gara d'appalto. Inoltre, essa avrebbe avuto diritti di opzione sull'energia prodotta dalle centrali idroelettriche della Österreichische Elektrizitätswirtschafts-

Aktiengesellschaft e da altre centrali idroelettriche austriache, mentre l'energia acquistata ad integrazione proveniva per lo più da contratti di coordinamento di lunga durata conclusi con il maggior produttore di energia certificata proveniente da fonti energetiche rinnovabili. Nel 1999 e nel 2000 sarebbe stata acquistata, e si continuerebbe ad acquistare, esclusivamente energia idraulica prodotta in Svizzera. Sarebbe stato complessivamente fornito un quantitativo di energia proveniente da fonti di energia rinnovabili più volte superiore a quello oggetto del bando di gara e si doveva fare riferimento ai rendiconti annuali per ogni ulteriore informazione.

22. Tra le quattro offerte presentate, la convenuta nel procedimento principale giudicava come la migliore l'offerta della KELAG, che ha ottenuto il massimo punteggio per ciascuno dei due criteri di attribuzione. Le ricorrenti nella causa principale ottenevano in base a ciascuno dei due criteri il punteggio più basso.

23. Dopo aver informato l'amministrazione aggiudicatrice, già il 9 e il 30 maggio 2001, del fatto che, a loro parere, diverse disposizioni del bando di gara d'appalto, tra cui il criterio di aggiudicazione «energia ottenuta da fonti di energia rinnovabili», erano illegittime, il 12 giugno 2001 le ricorrenti nella causa principale chiedevano l'avvio di una procedura di conciliazione dinanzi alla Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo

sugli appalti; in prosieguo: la «commissione federale»). La commissione federale rifiutava di avviare una procedura di conciliazione per il fatto che quest'ultima non aveva alcuna possibilità di successo.

24. Pertanto le ricorrenti nella causa principale proponevano ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt chiedendo l'annullamento delle diverse decisioni, in particolare quella di rifiutare l'offerta per carenza di informazioni in merito alla produzione e all'acquisto di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili per un periodo definito, quella di imporre come criterio di aggiudicazione la presentazione di informazioni sulla produzione e sull'acquisto di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili in una determinata quantità e durante un periodo definito e quella di imporre come criterio di aggiudicazione la disponibilità di energia elettrica, ottenuta da fonti di energia rinnovabili, in misura superiore ai 22,5 GWh. Inoltre le ricorrenti chiedevano, come provvedimento urgente, che fosse provvisoriamente vietato all'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

25. Con decisione 16 luglio 2001 il Bundesvergabeamt accoglieva la domanda delle ricorrenti e vietava l'aggiudicazione dell'appalto, in un primo tempo sino al 10 settembre 2001. Dietro nuova istanza delle ricorrenti il Bundesvergabeamt emanava, in data 17 settembre 2001, un provvedimento d'urgenza con il quale autorizzava l'amministrazione aggiudicatrice a procedere all'aggiudicazione dal contratto a condi-

zione che l'aggiudicazione venisse revocata e il contratto risolto qualora anche una sola delle domande presentate dalle ricorrenti nella causa principale dinanzi a detto giudice fosse stata accolta o se l'illegittimità della decisione di aggiudicazione dell'appalto controverso a uno dei co-offerenti delle ricorrenti dovesse risultare da altri accertamenti del detto giudice.

26. Il 24 ottobre 2001 il contratto quadro, subordinatamente alle condizioni risolutive fissate nella decisione citata, veniva aggiudicato alla KELAG.

III — Questioni pregiudiziali

27. Al fine di potersi pronunciare sulle domande proposte nella procedura di ricorso e volte all'annullamento di talune decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, con ordinanza 13 novembre 2001 il Bundesvergabeamt ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, vietino all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire per la fornitura di elettricità un criterio di aggiudicazione con applicazione di un coefficiente del 45%, che imponga all'offerente — senza vincolarlo ad

una data di consegna determinata — di precisare il quantitativo di elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili che sarà in grado di mettere a disposizione di una clientela non ulteriormente specificata, e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, prendendosi in considerazione al riguardo solo il quantitativo fornito eccedente il consumo prevedibile nell'ambito dell'appalto bandito.

2) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE alla condizione che sia provato che tale decisione illegittima ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione.

3) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE alla condizione che sia provato che tale decisione illegittima ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, ove tale prova risulti dalla verifica, da parte dell'organo competente per i

ricorsi, che la classificazione delle offerte effettivamente presentata è diversa qualora esse siano oggetto di una ulteriore valutazione effettuata escludendo il criterio di aggiudicazione illegittimo.

4) Se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, obblighino l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara d'appalto qualora uno dei criteri di aggiudicazione da essa stabiliti si riveli illegittimo nella procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665/CEE».

IV — Analisi

A — Sulla competenza della Corte a risolvere le questioni pregiudiziali

28. Nelle osservazioni scritte la Commissione si chiede se la Corte sia competente a risolvere le questioni pregiudiziali, tenuto conto del fatto che, a suo parere, le decisioni del Bundesvergabeamt non hanno carattere giurisprudenziale.

29. A tale proposito rinvio ai paragrafi 18-26 delle conclusioni da me presentate il 25 febbraio 2003 nella causa C-249/01 Hackermüller⁶, in cui, dopo aver esaminato la stessa questione, ho sostenuto che il Bundesvergabeamt dev'essere considerato come una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE se, come nel caso di specie, esercita le sue competenze prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

30. Ritengo quindi che la Corte sia competente a risolvere le questioni sottoposte dal Bundesvergabeamt.

B — Sulla prima questione pregiudiziale

31. Con la prima questione pregiudiziale, il Bundesvergabeamt chiede se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, vietino all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire, per un contratto di fornitura di elettricità, un criterio di aggiudicazione con applicazione di un coefficiente del 45 %, che imponga all'offerente — senza vincolarlo ad una data di consegna determinata — di indicare il quantitativo di elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili che è in grado di mettere a disposizione di una clientela non ulteriormente

specificata, e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, prendendosi in considerazione al riguardo solo il quantitativo fornito che ecceda il consumo prevedibile nell'ambito dell'appalto bandito.

32. Dai chiarimenti contenuti nell'ordinanza di rinvio emerge che detta questione costituisce la sintesi di più problemi che il Bundesvergabeamt è chiamato a risolvere. Propongo di esaminarli nell'ordine seguito da detto giudice.

1. Sull'ammissibilità di criteri volti a conseguire vantaggi che non possono essere oggetto di valutazione economica immediata

33. In primo luogo, il Bundesvergabeamt chiede se il diritto comunitario degli appalti pubblici autorizzi l'amministrazione aggiudicatrice a stabilire criteri volti a conseguire vantaggi che non possono essere oggetto di valutazione economica immediata, come il rispetto dell'ambiente. Esso esprime dubbi al riguardo alla luce del fatto che, stando alle sue affermazioni, la Commissione sostiene la tesi secondo cui un criterio di aggiudicazione deve procurare all'amministrazione aggiudicatrice un vantaggio economico diretto.

6 — V. sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01 (Racc. pag. I-6319).

34. È d'uopo rilevare che, successivamente alla data in cui il Bundesvergabebamt ha formulato la questione e dopo che gli intervenienti hanno presentato le loro osservazioni scritte, la Corte si è pronunciata al riguardo nella sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland⁷.

35. Al punto 69 di detta sentenza la Corte ha dichiarato che, «(...) quando (...) decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, (...) purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione».

36. Peraltro, al punto 55 della stessa sentenza la Corte ha espressamente dichiarato che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi⁸, la cui formulazione è sostanzialmente identica a quella dell'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36, «(...) non può essere interpretato nel senso che ciascuno dei criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione

aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica (...)».

37. Fatte salve le condizioni formulate dalla Corte e sopra menzionate, un'amministrazione aggiudicatrice può quindi legittimamente adottare nell'ambito di una gara d'appalto criteri di aggiudicazione di carattere ambientale. È indubbio che la fornitura di energia elettrica verde vada interpretata come un criterio di tale tipo, com'è confermato, d'altro canto, dalla lettura della sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra⁹, secondo cui «(...) si deve osservare che l'utilizzo di fonti di energia rinnovabili nella produzione di energia elettrica (...) è utile alla protezione dell'ambiente nei limiti in cui contribuisce a ridurre le emissioni di gas a effetto serra che rientrano tra le principali cause dei cambiamenti climatici che la Commissione europea e gli Stati membri si sono impegnati a contrastare»¹⁰.

2. Sull'esame da parte dell'amministrazione aggiudicatrice della questione se l'offerta di un offerente risponda al criterio di aggiudicazione formulato nella gara d'appalto

38. In secondo luogo, secondo il Bundesvergabebamt, si pone anche un altro pro-

7 — Racc. pag. I-7213.

8 — GU L 209, pag. 1.

9 — Racc. pag. I-2099.

10 — Ibidem, punto 73.

blema relativo al modo in cui è stato concretamente formulato il criterio «energia rinnovabile». Detto giudice precisa che la stessa amministrazione aggiudicatrice ha ammesso di non essere in grado di controllare tecnicamente se l'energia elettrica erogata sia stata effettivamente ottenuta da fonti di energia rinnovabili. Pertanto si pone la questione se l'amministrazione aggiudicatrice possa legittimamente prevedere un criterio di aggiudicazione di cui non si possa verificare l'idoneità a conseguire lo scopo perseguito.

39. Solo il governo olandese esamina espressamente tale problema sollevato dal Bundesvergabeamt. A suo parere, le disposizioni di diritto comunitario applicabili alle procedure di aggiudicazione degli appalti esigono che un'amministrazione aggiudicatrice ricorra unicamente a criteri di aggiudicazione che consentono un controllo effettivo dell'esattezza delle informazioni riprese dai fornitori per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione stabiliti.

40. Condivido tale tesi espressa dal governo olandese.

41. Infatti, come osserva quest'ultimo, «ove un'amministrazione aggiudicatrice fosse autorizzata a stabilire criteri di aggiudicazione asserendo di non essere disposta, né in grado, di controllare se i fornitori abbiano presentato nella loro offerta informazioni corrette al riguardo, l'iter decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe più svolgersi con oggettività

e trasparenza. (...). Un siffatto metodo di aggiudicazione sarebbe contrario ai principi generali del diritto in materia di appalti pubblici, come riconosciuto dalla Corte nella sua giurisprudenza, in particolare i principi di uguaglianza e di trasparenza, nonché il divieto di arbitrio».

42. A questo proposito ci si può richiamare alla sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca¹¹, al cui punto 37 la Corte ha dichiarato che «(...) si deve rilevare (...) che il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti impone che tutte le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'onori al fine di garantire *un raffronto obiettivo* tra le offerte presentate dalle varie imprese offerenti»¹².

43. Analogamente, al punto 44 della sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction¹³, la Corte ha dichiarato che, «(...) al momento della valutazione delle offerte, i criteri di aggiudicazione devono essere applicati *in maniera obiettiva ed uniforme a tutti gli offerenti (...)*»¹⁴.

44. Orbene, mi sembra che l'applicazione obiettiva e uniforme di un criterio di aggiudicazione a tutti gli offerenti non sia

11 — Racc. pag. I-3353.

12 — Il corsivo è mio. V. anche sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 70).

13 — Racc. pag. I-7725.

14 — Il corsivo è mio.

garantita qualora dal bando di gara tra-
spaia l'intenzione dell'amministrazione
aggiudicatrice di non verificare se gli offer-
renti soddisfano effettivamente tale crite-
rio.

fonti di energia rinnovabili, che possano
essere oggetto di reciproco riconoscimento,
è indispensabile per rendere sia affidabili
sia praticamente possibili gli scambi di tale
tipo di energia».

45. È vero che è difficile individuare la
fonte da cui deriva l'elettricità erogata, nel
senso che il consumatore non dispone di
alcuno strumento per sapere se l'elettricità
della sua presa di corrente sia prodotta da
fonti di energia rinnovabili o meno.

48. Ne consegue dunque che, anche se è
difficile determinare l'origine dell'elettricità
erogata, esistono strumenti per farlo, ad
esempio esigendo certificati o, come
osserva il governo olandese, «imponendo
agli offerenti di fornire la prova del quan-
titativo di elettricità prodotta o acquistata
proveniente da fonti rinnovabili, nonché
del quantitativo di elettricità prodotta da
fonti rinnovabili destinato, secondo i con-
tratti conclusi, a clienti diversi dall'ammi-
nistrazione aggiudicatrice».

46. La Corte ha riconosciuto questa diffi-
coltà nella sentenza *PreussenElektra*, citata,
al cui punto 79 ha dichiarato che «(...) la
natura dell'energia elettrica è tale che, una
volta immessa nella rete di trasporto o di
distribuzione, è difficile determinarne l'ori-
gine e in particolare la fonte di energia dalla
quale è stata prodotta».

3. Sul nesso tra il criterio di aggiudicazione
e l'obiettivo perseguito dall'amministra-
zione aggiudicatrice

47. Tuttavia la Corte ha subito aggiunto, al
punto 80 della stessa sentenza, che «[a]l
riguardo la Commissione ha ritenuto, nella
sua proposta di direttiva del Parlamento
europeo e del Consiglio 2000/C 311 E/22
sulla promozione dell'energia elettrica pro-
dotta da fonti energetiche rinnovabili nel
mercato interno dell'elettricità (GU 2000,
C 311 E, pag. 320), presentata il 31 maggio
2000 [diventa nel frattempo la direttiva
2001/77], che la realizzazione, in ciascuno
Stato membro, di un sistema di certificati di
origine dell'energia elettrica prodotta da

49. In terzo luogo, secondo il *Bundesver-
gabeamt*, «[i]n tale contesto il criterio di
aggiudicazione fissato (...) solleva un altro
problema. Poiché si tiene conto solo del
quantitativo di energia elettrica ottenuta da
fonti di energia rinnovabili che potrà essere
fornito, mentre non viene verificato in
quale misura l'effettivo aggiudicatario, date
le sue strutture produttive, contribuisca
realmente *all'aumento dei quantitativi di
elettricità ottenuti ricorrendo a fonti di
energia rinnovabili*, risulta altrettanto
incerto in quale misura tale criterio di

aggiudicazione possa consentire di conseguire l'obiettivo fissato dall'amministrazione aggiudicatrice. Infatti è ben possibile che il quantitativo di energia elettrica ottenuta da fonti di energia rinnovabili non sia affatto influenzato dal suddetto criterio di aggiudicazione, dato che spetta interamente all'aggiudicatrice decidere se produrre l'elettricità di cui trattasi o approvvigionarsi presso altre fonti»¹⁵.

50. A tale riguardo, come osserva giustamente il governo olandese, unico soggetto che ha preso parte al procedimento od aver presentato osservazioni in merito al problema sollevato dal Bundesvergabeamt, per quanto riguarda la natura della prestazione da fornire, vale a dire, nel caso di specie, la fornitura di elettricità proveniente da fonti rinnovabili, è indifferente che il fornitore abbia fornito direttamente l'elettricità o l'abbia acquistata presso altri fornitori di energia elettrica dello stesso tipo. Tutta l'energia elettrica ottenuta da fonti rinnovabili è per sua natura analoga, a prescindere dal fatto che sia stata prodotta dal fornitore o da terzi.

51. Inoltre, a mio parere, il fatto che il criterio di aggiudicazione non consenta, secondo quanto considerato dal Bundesvergabeamt, di conseguire l'obiettivo fissato dall'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'aumento dei quantitativi di elettricità ottenuti da fonti energetiche rinnovabili, non costituisce, di per sé, un indizio del fatto che il criterio è in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

52. Anche se gli obiettivi in materia di tutela ambientale che l'amministrazione aggiudicatrice si è posta inserendo detto criterio non vengono raggiunti, non ne consegue che il criterio di natura ambientale inserito in un bando di gara sia illegittimo.

4. Sul nesso tra criterio di aggiudicazione e oggetto dell'appalto

53. In quarto luogo, secondo il Bundesvergabeamt, «[d]ato che il criterio controverso pone solo la questione di stabilire quale quantitativo totale possa essere fornito, mentre non si tiene conto di quale quantitativo potrà essere fornito all'amministrazione aggiudicatrice — a tale riguardo, quest'ultima ha in ogni modo esclusivamente optato per l'elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili — ci si può chiedere se tale criterio di aggiudicazione possa comportare vantaggi economici diretti per la suddetta amministrazione».

54. Tale questione relativa al nesso tra il criterio di aggiudicazione e l'oggetto dell'appalto è stata ampiamente dibattuta dalle parti intervenienti.

55. La convenuta nella causa principale e il governo austriaco ritengono che, poiché al fine di determinare l'offerta più vantag-

¹⁵ — Il corsivo è mio.

giosa nell'ambito della procedura di aggiudicazione di cui trattasi è stato preso in considerazione, oltre al prezzo, il quantitativo di energia elettrica verde che ogni offerente poteva fornire oltre i 22,5 GWh, quantitativo che doveva essere garantito in ogni caso, l'amministrazione aggiudicatrice abbia eretto a criterio di aggiudicazione la sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica di una particolare qualità.

56. A tale proposito, il governo austriaco osserva che quanto maggiore è il quantitativo di energia di cui un'impresa dispone, tanto più forte è la garanzia di una fornitura che consenta di garantire l'approvvigionamento attraverso la prestazione richiesta in caso di sovraccarico della rete elettrica o di rilevante aumento temporaneo del consumo da parte dell'acquirente di elettricità.

57. Orbene, secondo lo stesso governo, sostenuto dalla resistente nella causa principale, la sicurezza dell'approvvigionamento in quanto tale non costituisce un criterio estraneo alla prestazione, bensì invece un criterio di natura economica: più un offerente è efficiente più è limitato il rischio per l'amministrazione aggiudicatrice che la sua domanda non possa essere soddisfatta e che essa debba eventualmente trovare in tempi brevi un'alternativa costosa.

58. Il governo svedese sostiene che né dalla lettera della direttiva 93/36 né dalla giurisprudenza emerge che l'amministrazione

aggiudicatrice debba direttamente trarre un vantaggio economico dai criteri di aggiudicazione da essa applicati. A suo parere, i criteri stabiliti nel bando della gara d'appalto erano atti a promuovere la produzione di energia elettrica a partire da fonti energetiche rinnovabili, il che comporta vantaggi in termini di minore impatto sull'ambiente e, pertanto, un ambiente migliore per tutti. Il governo svedese ritiene che in tal modo si creino le condizioni per uno sviluppo durevole.

59. Per contro, secondo le ricorrenti nella causa principale, il governo olandese e la Commissione, poiché in base al criterio di aggiudicazione si deve prendere in considerazione solo il quantitativo di energia proveniente da fonti di energia rinnovabili che ecceda i 22,5 GWh all'anno, il che corrisponde alla stima relativa al consumo annuo dei servizi amministrativi federali interessati dall'appalto, detto criterio è in contrasto con la direttiva 93/36, in quanto non presenta un nesso sufficiente con l'oggetto dell'appalto.

60. Secondo le ricorrenti nella causa principale, il criterio di aggiudicazione di cui trattasi in realtà classifica la capacità degli offerenti di fornire il massimo quantitativo possibile di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili e quindi, in definitiva, gli offerenti stessi. Pertanto esse ritengono che il criterio di aggiudicazione sia in realtà un criterio di selezione dissimulato.

61. Come valutare questi argomenti?

62. Innanzi tutto, come osservano giustamente la resistente nella causa principale e il governo austriaco, è vero che al punto 44 della sentenza 28 marzo 1995, causa C-324/93, Evans Medical e Macfarlan Smith¹⁶, la Corte ha dichiarato che «(...) la sicurezza degli approvvigionamenti può fare parte dei criteri da prendere in considerazione (...) per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (...)».

63. Tuttavia la questione se il criterio di aggiudicazione di cui trattasi nel caso di specie sia volto a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di elettricità costituisce una questione di fatto la cui soluzione compete al giudice del rinvio.

64. Orbene, nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt non fa alcun cenno al fatto che detto criterio debba effettivamente essere inteso come volto a garantire l'approvvigionamento. Pertanto nell'analisi che segue muovo dall'ipotesi che il criterio di cui trattasi non persegua questo obiettivo.

16 — Racc. pag. I-563.

65. Sorge quindi la questione se la direttiva 93/36 esiga l'esistenza di un nesso tra il criterio di aggiudicazione e l'oggetto dell'appalto.

66. Nelle conclusioni da me presentate il 13 dicembre 2001 nella causa Concordia Bus Finland, citata, facendo riferimento alla sentenza 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione/Francia¹⁷, in cui la Corte ha dichiarato valido un criterio di aggiudicazione relativo all'occupazione, connesso ad un'azione locale di lotta alla disoccupazione, avevo rilevato che tale esigenza non era evidente¹⁸.

67. Tuttavia, nella sentenza Concordia Bus Finland, citata, la Corte si è esplicitamente e chiaramente pronunciata sulla detta questione, dichiarando al punto 69 che «(...) l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, (...) purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto (...)»¹⁹.

68. Ora, come osservano giustamente le ricorrenti nella causa principale, il governo olandese e la Commissione, un criterio di aggiudicazione consistente nell'attribuire un punteggio per il quantitativo di energia

17 — Racc. pag. I-7445.

18 — Paragrafi 110-112 delle conclusioni citate. L'analisi riguardava la direttiva 92/50, le cui disposizioni rilevanti coincidono però in sostanza con quelle della direttiva 93/36. V. supra, paragrafo 36.

19 — Il corsivo è mio.

elettrica ottenuta da fonti energetiche rinnovabili che l'offerente sarà in grado di fornire a una clientela non ulteriormente specificata — prendendosi in considerazione al riguardo solo il quantitativo eccedente il consumo prevedibile nell'ambito della gara d'appalto — non è connesso all'oggetto dell'appalto. Infatti risulta chiaramente già dalla sua formulazione che un criterio del genere non riguarda precisamente l'oggetto dell'appalto.

69. Ritengo quindi che tale criterio sia in contrasto con la direttiva 93/36.

70. Esso, peraltro, nel caso di specie, mi sembra atto a determinare una discriminazione tra gli offerenti e, più in particolare, tra i fornitori di piccole dimensioni, da un lato, e quelli di grandi dimensioni, dall'altro.

71. Immaginiamo due fornitori in grado di fornire l'energia elettrica che costituisce l'oggetto dell'appalto, vale a dire circa 22,5 GWh all'anno di elettricità verde. Uno è un fornitore di piccole dimensioni specializzato nella fornitura di elettricità verde, per il quale l'appalto in questione costituisce un appalto rilevante. L'altro è un fornitore di enormi dimensioni per il quale l'elettricità verde costituisce solo una piccola parte dell'attività, ma che nondimeno, a motivo delle sue dimensioni, è in grado di fornire un quantitativo di elettricità verde superiore a quella erogata dall'altro fornitore. Per definizione, l'appalto di cui trattasi è solo un appalto di modesta rilevanza per tale fornitore di grandi dimensioni.

72. Ora, da questo esempio, certo ipotetico, emerge che, tra i due fornitori perfettamente in grado di soddisfare le condizioni dell'appalto, il criterio di aggiudicazione di cui trattasi in realtà non fa altro che favorire il grosso fornitore in ragione delle sue dimensioni. Ebbene, le dimensioni dell'impresa non costituiscono di per sé una giustificazione oggettiva della disparità di trattamento tra due offerenti che possono entrambi soddisfare i requisiti collegati all'oggetto di un appalto.

5. Sulla mancata precisazione nel bando di gara, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, del periodo di consegna, per il quale gli offerenti devono indicare, nelle loro offerte, il quantitativo di elettricità ottenuta da fonti rinnovabili che essi possono fornire.

73. In quinto luogo, il Bundesvergabeamt constata che «l'autorità aggiudicatrice non ha fissato alcuna specifica data di consegna, per la quale si dovesse indicare il quantitativo che poteva essere fornito». Esso ne desume che, «a quanto pare, il criterio fissato non può assolutamente essere sottoposto ad un' verifica particolareggiata, esso concede all'autorità aggiudicatrice un potere discrezionale troppo ampio e contrasta con il principio di comparabilità delle offerte, derivante dal principio di trasparenza».

74. Come osserva giustamente il governo olandese, unico soggetto che ha preso parte al procedimento ad aver presentato osser-

vazioni alla Corte in merito a questo punto, gli offerenti devono essere previamente informati dei criteri di aggiudicazione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. La formulazione di detti criteri deve essere tale da consentire un raffronto equo e obiettivo delle diverse offerte.

75. Al riguardo si può rinviare al punto 42 della sentenza SIAC Construction, citata, in cui la Corte ha dichiarato che «(...) i criteri di aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo».

76. Spetta al giudice del rinvio valutare se, alla luce di tutti gli elementi del fascicolo relativo alla causa principale, i criteri di aggiudicazione dell'appalto controverso soddisfino questa condizione.

6. Sulla ponderazione, nella misura del 45 %, del criterio di aggiudicazione

77. Infine, il Bundesvergabeamt sostiene che «la ponderazione del criterio in parola, nella misura del 45 % risulta anch'essa problematica, poiché si potrebbe obiettare che all'amministrazione aggiudicatrice è

vietato permettere che un elemento non direttamente valutabile sul piano economico influenzi a tal punto la decisione di aggiudicazione».

78. A questo proposito ritengo che l'amministrazione aggiudicatrice, nei limiti in cui stabilisce criteri di attribuzione validi, come osserva la convenuta nel procedimento principale, sia in linea di principio libera di decidere in merito alla ponderazione di tali criteri.

79. Infatti, al punto 42 della sentenza Evans Medical e Macfarlan Smith, citata, la Corte ha dichiarato che «(...) la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri di attribuzione dell'appalto che intendono adottare, purché questa decisione verta unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa».

80. Orbene, se l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere liberamente i criteri di aggiudicazione, mi sembra altrettanto libera di scegliere la ponderazione tra i criteri, purché questi ultimi siano volti a individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

7. Conclusione relativa alla prima questione

81. Alla luce di quanto precede, propongo di risolvere la prima questione sollevata dal Bundesvergabeamt nel senso che le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, vietano all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire per un contratto di fornitura di energia elettrica un criterio di attribuzione, cui si applica un coefficiente del 45 %, che imponga all'offerente — senza una data di consegna determinata — di precisare il quantitativo di energia elettrica proveniente da fonti di energia rinnovabili che sarà in grado di mettere a disposizione di una clientela non ulteriormente specificata, e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, prendendosi in considerazione al riguardo solo il quantitativo fornito eccedente il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara d'appalto.

C — *Sulla seconda questione pregiudiziale*

82. Con la seconda questione pregiudiziale il Bundesvergabeamt chiede se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla

condizione che sia provato che tale decisione ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione.

83. In merito alla detta questione il Bundesvergabeamt precisa che «la norma nazionale che esso deve applicare nella procedura di ricorso non gli consente di annullare una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice per il semplice fatto di ritenerla illegittima. Invece, la disposizione applicabile in materia, cioè l'art. 117, n. 1, punto 2, del [BvergG] (...), impone che la decisione impugnata nell'ambito della procedura di ricorso abbia inoltre un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione». Tale giudice chiede se una siffatta condizione sia conforme al diritto comunitario.

84. Al riguardo è d'uopo rilevare, innanzi tutto, come ha fatto il governo austriaco, che la norma nazionale controversa attiene non alla questione, disciplinata dall'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, delle condizioni alle quali un offerente può proporre ricorso, bensì a quella di stabilire a quali condizioni può essere annullata una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

85. Inoltre, come osserva giustamente il governo austriaco, la direttiva 89/665, e,

più in particolare, l'art. 2, n. 1, lett. b)²⁰, non fissa condizioni del genere per procedere all'annullamento. In concreto, essa non contiene disposizioni sulla questione se l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito di una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1 della detta direttiva possa essere subordinato alla condizione che sia provato che la decisione illegittima sia stata determinante per l'esito della procedura di aggiudicazione.

86. Ora, come emerge dalle recenti sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI²¹, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau* e a.²², il diritto comunitario non osta in linea di principio a che il diritto nazionale disciplini aspetti della procedura di ricorso non definiti dalla direttiva, «(...) 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)»²³.

20 — «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:

(...);
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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...).»

21 — Racc. pag. I-5553.

22 — Racc. pag. I-11617.

23 — Sentenza HI, citata, punto 67.

87. Spetta quindi al giudice del rinvio accertare, alla luce delle particolarità del caso di specie, che il predetto requisito non sia meno favorevole di quello relativo a ricorsi analoghi di natura interna e che esso non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

88. Propongo pertanto di risolvere la seconda questione pregiudiziale nel senso che le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665, non vietano di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla condizione che sia provato che tale decisione ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, purché tale condizione non sia meno favorevole di quella che si applica a ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

D — Sulla terza questione pregiudiziale

89. Con la terza questione pregiudiziale il Bundesvergabeamt chiede se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la

procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, vietino di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla condizione che sia provato che tale decisione illegittima ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, ove tale prova risulti dalla verifica, da parte dell'organo competente per i ricorsi, del fatto che la classificazione delle offerte effettivamente presentate è diversa qualora esse siano oggetto di una ulteriore valutazione effettuata escludendo il criterio di aggiudicazione illegittimo.

1. Commenti del Bundesvergabeamt

90. In merito a tale questione, il Bundesvergabeamt precisa che «[i] lavori preparatori, ai quali i metodi interpretativi austriaci impongono di ricorrere, esigono che l'organo competente per i ricorsi risolva la questione se la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice impugnata sia essenziale per l'esito della procedura di aggiudicazione, verificando se, qualora l'amministrazione aggiudicatrice avesse proceduto in modo regolare, l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato a un altro offerente».

91. A parere del Bundesvergabeamt, ciò significa in concreto che «l'organo competente per i ricorsi (...) dovrebbe prescindere dal criterio di aggiudicazione ritenuto illegittimo, esaminare le offerte effettivamente presentate con l'ausilio dei residui criteri di

aggiudicazione e accertare se ne risulti una modifica della graduatoria rispetto alla valutazione effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice».

92. Tuttavia il Bundesvergabeamt esprime dubbi riguardo alla conformità di questo modo di procedere con il diritto comunitario. In particolare esso osserva che «procedendo in questo modo, manifestamente imposto dal diritto nazionale, la decisione di aggiudicazione dell'appalto sarebbe adottata nell'ambito della procedura di ricorso e le offerte sarebbero valutate con l'ausilio di una ponderazione di criteri di cui gli offerenti non erano stati informati e che non avevano di conseguenza potuto neppure prendere in considerazione al momento della stesura della loro offerta. (...) Tale conseguenza sembra contraria all'art. 26, n. 2, della direttiva (...), tanto più che un offerente potrebbe, giustamente, far valere che se avesse saputo che sarebbe stato applicato un altro sistema di ponderazione dei criteri (nella fattispecie al prezzo sarebbe applicato un coefficiente del 100 % e non del 55 %) avrebbe redatto diversamente la propria offerta».

93. Nel caso si ritenga corretta questa interpretazione, l'unica alternativa sembra essere, secondo il Bundesvergabeamt, «la revoca della gara d'appalto, poiché altrimenti la procedura di aggiudicazione sarebbe proseguita applicando una ponderazione di criteri che non è stata né stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice né resa nota agli offerenti».

2. Argomenti delle parti

94. Nelle loro osservazioni scritte la resistente nella causa principale e il governo austriaco non condividono i dubbi espressi dal Bundesvergabeamt in merito alla conformità con il diritto comunitario del modo di procedere descritto da tale giudice.

95. La resistente nella causa principale fa valere che una violazione delle disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici che non comporti una diversa graduatoria delle offerte non modifica assolutamente la determinazione del miglior offerente. Ora, secondo questa stessa parte, se la determinazione del miglior offerente non è pregiudicata, l'offerente che ricorre in giudizio non otterrà né l'appalto né un risarcimento danni.

96. Essa osserva peraltro che il fatto di prescindere dal criterio di aggiudicazione di cui trattasi non avrebbe influito sulla procedura di aggiudicazione controversa. Essa fa infatti valere che la KELAG aveva anche proposto il prezzo di gran lunga più basso.

97. Il governo austriaco sostiene che è incomprensibile che una procedura di ricorso debba aver luogo su domanda di un offerente che si trovi in una posizione in

graduatoria che non lascia speranze, mentre l'illegittimità del procedimento di aggiudicazione da lui lamentata non significherebbe comunque che detto offerente o terzi eventualmente interessati sarebbero stati meglio classificati, anche in caso di svolgimento regolare del procedimento di aggiudicazione.

98. Tuttavia, all'udienza, il governo austriaco ha fatto valere che il Bundesvergabeamt ha sottoposto la terza questione pregiudiziale alla luce di una normativa austriaca abrogata da parecchi anni e che, nel merito, esso si associa alla posizione espressa dalla Commissione.

99. Quest'ultima, così come le ricorrenti nella causa principale, ritiene che il modo di procedere descritto dal Bundesvergabeamt sia in contrasto col diritto comunitario.

100. Le ricorrenti nella causa principale sostengono che il fatto di prescindere da un criterio di aggiudicazione previsto, ancorché illegittimo, violerebbe i principi fondamentali del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, quali la pubblicità e la trasparenza.

101. La Commissione osserva che la terza questione pregiudiziale non avrebbe motivo di esistere in quanto né l'amministrazione

aggiudicatrice né l'organo competente per i ricorsi possono modificare i criteri di aggiudicazione successivamente alla loro notifica.

102. I governi svedese e olandese non hanno presentato osservazioni in merito a detta questione pregiudiziale.

3. Valutazione

103. Rilevo anzitutto che l'osservazione del governo austriaco, secondo cui il Bundesvergabeamt, formulando la terza questione pregiudiziale, si sarebbe ispirato ad una normativa nazionale che sarebbe stata abrogata da vari anni, non dovrebbe impedirmi di risolvere la questione.

104. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte²⁴.

24 — V. in particolare sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman* (Racc. pag. I-4921, punto 59); 25 giugno 2002, causa C-66/00, *Bigi* (Racc. pag. I-5917, punto 18), e 10 dicembre 2002, causa C-153/00, *der Weduwe* (Racc. pag. I-11319, punto 31).

105. Inoltre, tenuto conto dei chiarimenti del Bundesvergabeamt e della soluzione della seconda questione pregiudiziale da me suggerita, ritengo che la terza questione debba essere interpretata nel senso che è diretta, in sostanza, a stabilire se una norma di diritto nazionale, quale quella prevista all'art. 117 del BVergG, che sottopone l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito del procedimento di ricorso alla condizione che sia provato che tale decisione abbia avuto un'importanza essenziale per l'esito della procedura di aggiudicazione, contravvenga al principio di effettività in quanto impone al giudice nazionale di verificare se la graduatoria delle offerte effettivamente proposte differisca qualora esse formino oggetto di un'ulteriore valutazione effettuata prescindendo dal criterio di attribuzione illegittimo.

106. Ritengo che detta questione debba essere risolta affermativamente.

107. Infatti, come rileva giustamente la Commissione, nella sentenza *SIAC Construction*, citata, la Corte ha dichiarato:

«41 (...) [I] principio di parità di trattamento implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto (v., per analogia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia e 3-S*, Racc. pag. I-8291, punto 31).

42 Questo significa, più specificamente, che i criteri di aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo.

43 Tale obbligo di trasparenza implica anche che l'amministrazione aggiudicatrice debba *attenersi alla stessa interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura* (v., in tal senso, la citata sentenza Commissione/Belgio, punti 88 e 89)²⁵.

108. Orbene, ne deriva a fortiori che, ai fini del rispetto del principio della parità di trattamento, occorre *attenersi agli stessi criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura*.

109. In quanto si fonda sul principio della parità di trattamento, questa interpretazione non può essere messa in discussione attraverso un rinvio, operato nelle osservazioni scritte del governo austriaco, alle versioni francese e inglese dell'art. 26, n. 2,

della direttiva 93/36²⁶ da cui deriverebbe, secondo detto governo, che non si può escludere a priori una modifica dei criteri di aggiudicazione durante la procedura.

110. Tale condizione secondo la quale i criteri di aggiudicazione non possono essere modificati durante tutta la procedura non è soddisfatta qualora l'organo competente per i ricorsi, chiamato a verificare se sussistano le condizioni necessarie per procedere all'annullamento, effettui un'ulteriore valutazione delle offerte escludendo uno dei criteri di attribuzione.

111. Infatti tale modo di procedere equivale di fatto a modificare i criteri di aggiudicazione rispetto a quelli stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, il che peraltro non può essere considerato influente nei confronti della situazione dei vari offerenti.

112. A tale proposito, come osservano giustamente il Bundesvergabeamt e le ricorrenti nella causa principale, se i criteri di aggiudicazione formulati nel bando di gara d'appalto fossero stati diversi da quelli

26 — «Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée» e «In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance (Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita)». Il corsivo è mio.

25 — Il corsivo è mio.

effettivamente in esso indicati, sia l'offerente che ha proposto ricorso sia gli altri offerenti avrebbero ben potuto presentare un'offerta diversa. Nel caso di specie, come giustamente rileva il Bundesvergabeamt, sarebbe perfettamente immaginabile che un offerente, il quale avesse previsto di ottenere un punteggio in base al criterio dell'energia rinnovabile, avrebbe proposto un prezzo inferiore qualora avesse saputo che alla fine sarebbe stato applicato solo il criterio relativo al prezzo.

113. Pertanto, propongo di risolvere la terza questione pregiudiziale nel senso che le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, vietano di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla condizione che sia provato che tale decisione abbia avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, ove tale prova risulti dalla verifica, da parte dell'organo competente per i ricorsi, del fatto che la graduatoria delle offerte effettivamente presentate è diversa qualora esse formino oggetto di un'ulteriore valutazione effettuata prescindendo dal criterio di aggiudicazione illegittimo.

E — *Sulla quarta questione pregiudiziale*

114. Con la quarta questione pregiudiziale il Bundesvergabeamt chiede se le disposi-

zioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, obblighino l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara qualora uno dei criteri di aggiudicazione da essa stabiliti si riveli illegittimo nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665.

115. Dalle considerazioni espresse dal Bundesvergabeamt in merito alla terza questione pregiudiziale si evince che la quarta questione è strettamente connessa alla terza nel senso che, secondo il giudice del rinvio, una soluzione affermativa della terza questione richiederebbe automaticamente una soluzione affermativa della quarta.

116. I soggetti che hanno presentato osservazioni esprimendo il proprio parere su tale questione hanno parimenti proposto una soluzione della quarta questione coerente con quella da esse rispettivamente proposta in relazione alla terza questione pregiudiziale.

117. Dal canto mio, ritengo che per risolvere in senso utile la quarta questione occorra riformularla.

118. Infatti dal semplice fatto che nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 uno dei criteri di aggiudicazione si è rivelato illegittimo non si può dedurre che l'amministrazione aggiudicatrice deve revocare il bando di gara d'appalto.

119. Come hanno giustamente osservato all'udienza la resistente nella causa principale e il governo austriaco, se il ricorso viene proposto dopo la conclusione del contratto e se uno Stato membro esercita il potere di cui all'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665²⁷, l'accertamento, operato nel corso della procedura di ricorso, secondo cui un criterio di aggiudicazione è illegittimo, non comporterà la revoca del bando di gara, bensì unicamente il risarcimento dell'offerente escluso.

120. Sorge pertanto la questione se le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, obblighino l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara qualora uno dei criteri di aggiudicazione da esso stabiliti si riveli

27 — «(...) [U]no 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».

illegittimo nella procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 e venga per questo motivo annullato dall'organo competente per i ricorsi.

121. Ritengo che, così formulata, la questione vada risolta in senso affermativo.

122. Infatti, come emerge dall'esame della terza questione pregiudiziale, i criteri di aggiudicazione devono restare gli stessi durante tutta la procedura relativa alla gara d'appalto. Quindi un'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe proseguire tale procedura in caso di annullamento di un criterio di attribuzione da parte dell'organo competente per i ricorsi.

123. Pertanto propongo di risolvere la quarta questione pregiudiziale nel senso che le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara qualora uno dei criteri di aggiudicazione da esso stabiliti si riveli illegittimo nella procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 e venga per questo motivo annullato dall'organo competente per i ricorsi.

V — Conclusione

124. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere come segue

— la prima questione pregiudiziale:

«Le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, vietano all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire per un contratto di fornitura di energia elettrica un criterio di aggiudicazione, cui si applica un coefficiente del 45 %, che imponga all'offerente — senza vincolarlo ad una data di consegna determinata — di precisare il quantitativo di energia elettrica proveniente da fonti di energia rinnovabili che sarà in grado di mettere a disposizione di una clientela non ulteriormente specificata, e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, prendendosi in considerazione al riguardo solo il quantitativo fornito eccedente il consumo prevedibile nell'ambito del bando di gara»;

— la seconda questione pregiudiziale:

«Le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, non vietano di sottoporre l'annullamento di una decisione

illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla condizione che sia provato che tale decisione ha avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, purché tale condizione non sia meno favorevole di quella che si applica a ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»;

— la terza questione pregiudiziale:

«Le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, vietano di sottoporre l'annullamento di una decisione illegittima nell'ambito della procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 alla condizione che sia provato che tale decisione abbia avuto un'influenza essenziale sull'esito della procedura di aggiudicazione, ove tale prova risulti dalla verifica, da parte dell'organo competente per i ricorsi, del fatto che la graduatoria delle offerte effettivamente presentate sia diversa qualora esse formino oggetto di un'ulteriore valutazione effettuata prescindendo dal criterio di aggiudicazione illegittimo».

— la quarta questione pregiudiziale:

«Le disposizioni del diritto comunitario che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare l'art. 26 della direttiva 93/36, obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a revocare il bando di gara qualora uno dei criteri di aggiudicazione da esso stabiliti si riveli illegittimo nella procedura di ricorso di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 e venga per questo motivo annullato dall'organo competente per i ricorsi».