

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

18 marzo 2004 *

Nel procedimento C-314/01,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Bundesvergabeamt (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Siemens AG Österreich,

ARGE Telekom & Partner

e

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

con l'intervento di:

Bietergemeinschaft EDS/ORGA,

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

* Lingua processuale: il tedesco.

come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, dai sigg. C. Gulmann, J.-P. Puissechet e R. Schintgen (relatore), e dalla sig.ra N. Colneric, giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed

cancelliere: sig.ra M.-F. Contet, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per l'ARGE Telekom & Partner, dal sig. M. Öhler, Rechtsanwalt;
- per lo Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, dal sig. G. Lansky, Rechtsanwalt;
- per la Bietergemeinschaft EDS/ORGA, dal sig. R. Regner, Rechtsanwalt;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. M. Nolin, in qualità di agente, assistito dal sig. R. Roniger, Rechtsanwalt,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali dello Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, rappresentato dal sig. T. Hamerl, Rechtsanwalt, del governo austriaco, rappresentato dal sig. M. Fruhmann, e della Commissione, rappresentata dal sig. M. Nolin, assistito dall'avv. R. Roniger, all'udienza del 18 settembre 2003,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale presentate all'udienza del 20 novembre 2003,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con ordinanza 11 luglio 2001, pervenuta presso la cancelleria della Corte il 9 agosto seguente, il Bundesvergabeamt ha sottoposto, a norma dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»)

- 2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra le società Siemens AG Österreich (in prosieguito: la «Siemens») e ARGE Telekom & Partner (in prosieguito: l'«ARGE Telekom») e lo Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (unione delle casse di previdenza sociale austriache; in prosieguito: lo «Hauptverband»), in qualità di amministrazione aggiudicatrice, in merito a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture e di servizi.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

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

«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 amministrazioni 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».

- 4 L'art. 2 della direttiva 89/665 precisa, al riguardo, gli obblighi che incombono agli Stati membri. Ai sensi dei nn. 1, 6 e 7 del detto articolo:

«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;

- 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;

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

(...)

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.

7. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace».

- 5 La direttiva 92/50 sancisce norme comuni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, fra le quali figura la possibilità di subappaltare una parte dell'appalto a terzi. Infatti, l'art. 25 di tale direttiva così dispone:

«Nel capitolato d'oneri l'amministrazione può richiedere all'offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che egli eventualmente intenda subappaltare a terzi.

Detta indicazione lascia impregiudicata la responsabilità del prestatore principale di servizi».

- 6 La direttiva 92/50 fissa anche criteri di selezione qualitativa che consentono di determinare i candidati ammessi a partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. L'art. 32 di tale direttiva recita come segue:

«1. La capacità dei prestatori ad eseguire servizi può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità.

2. La prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi può venir fornita mediante uno o più dei seguenti mezzi, a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei servizi da prestare:

(...)

- c) l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità;

(...)

- h) l'indicazione della quota del contratto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare.

3. L'amministrazione precisa, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, quali sono le referenze da presentare.

(...)».

Normativa nazionale

- 7 Le direttive 89/665 e 92/50 sono state recepite in diritto austriaco mediante il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997/56, nella versione pubblicata sul BGBl. I, 2000/125; in prosieguo: il «BVerG»).
- 8 L'art. 31 del BVerG, relativo alle prestazioni dei subappaltatori, così dispone:

«1. Nel capitolato d'oneri si deve stabilire se è ammesso il subappalto. Non è permesso il trasferimento dell'intero appalto, ad eccezione dei contratti di compravendita e del trasferimento ad imprese collegate con l'appaltatore. Negli appalti edili non è ammesso il trasferimento della parte principale delle prestazioni (...). Il committente deve assicurarsi che i subappaltatori dell'appaltatore eseguano in gran parte in proprio le parti degli appalti ad essi trasferiti. In casi eccezionali il committente può stabilire nel capitolato d'oneri, fornendone la motivazione, che è ammesso trasferire la maggior parte dell'appalto. Il trasferimento di parti dell'appalto è comunque ammesso solo se il subappaltatore è competente per l'esecuzione della sua parte.

2. Il committente deve chiedere all'offerente nel capitolato d'oneri di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che egli eventualmente intenda affidare a terzi. Detta comunicazione lascia impregiudicata la responsabilità dell'appaltatore»

- 9 L'art. 40, n. 1, del BVergG, che concerne la revoca del bando di gara, stabilisce quanto segue:

«La gara d'appalto deve essere revocata per gravi motivi entro il termine per la presentazione delle offerte, in particolare quando, prima di tale scadenza, sopravvengono eventi che, se fossero stati noti in precedenza, avrebbero escluso una gara d'appalto o avrebbero condotto ad una gara d'appalto dal contenuto sostanzialmente diverso».

- 10 Gli artt. 52 e seguenti del BVergG riguardano la valutazione delle offerte. L'art. 52, n. 1, così recita:

«Prima di procedere alla selezione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice deve immediatamente escludere, in base ai risultati della valutazione, le offerte seguenti:

(...)

- 9) offerte di candidati che abbiano preso accordi con altri candidati, contrari al buon costume o al principio di un'effettiva concorrenza, che siano svantaggiosi per il committente;

(...))».

- 11 L'art. 113 del BVergG stabilisce le competenze del Bundesvergabeamt (ufficio federale per le aggiudicazioni). Esso prevede, ai nn. 2 e 3, quanto segue:

«2. Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare le 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. (...)».

- 12 L'art. 117, nn. 1 e 3, 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.

(...)

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».

13 In forza dell'art. 125, n. 2, del BVergG, un ricorso per risarcimento danni, che dev'essere presentato dinanzi alle giurisdizioni civili, è ammissibile solo se si sia previamente pronunciato il Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 3, della medesima legge. Il giudice civile chiamato a pronunciarsi in merito a tale domanda di risarcimento e le parti istanti dinanzi al Bundesvergabeamt sono vincolati a tale pronuncia.

14 Ai sensi dell'art. 879, n. 1, dell>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Codice civile generale):

«Un contratto che viola un divieto di legge o è contrario al buon costume è nullo».

Controversia principale e questioni pregiudiziali

- 15 In data 21 settembre 1999, lo Hauptverband comunicava nella serie S della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* che intendeva avviare una procedura di aggiudicazione di appalto in due fasi per la progettazione, la programmazione e la realizzazione di un sistema di elaborazione elettronica di dati basato su schede con chip, compresi la fornitura, l'avviamento, la personalizzazione, la distribuzione e lo smaltimento delle schede su tutto il territorio austriaco, l'installazione e la manutenzione di terminali per settori nonché l'assistenza all'unità di elaborazione elettronica dei dati del sistema, l'assistenza al servizio di centralino, alla gestione delle schede e agli altri servizi necessari al funzionamento del detto sistema.
- 16 Il 22 febbraio 2000 lo Hauptverband decideva d'invitare cinque dei sei consorzi di candidati che avevano partecipato alla prima fase del procedimento a presentare un'offerta e di escludere il sesto. Il punto 1.8 dell'invito a presentare offerte 15 marzo 2000, che riprende i termini del punto 1.9 del bando di gara 21 settembre 1999, segnalava:

«Il subappalto di parti del contratto è consentito nella misura del 30 % dell'opera e solo in quanto le parti di prestazioni tipicamente inerenti al contratto — ovvero la direzione del progetto, la concezione del sistema, lo sviluppo, la realizzazione, la fornitura e il funzionamento delle componenti centrali del sistema complessivo specifiche del progetto, lo sviluppo, la fornitura, la gestione del ciclo di validità delle carte nonché lo sviluppo dei terminali — restino nelle mani dell'offerente o dell'associazione offerente».

- 17 Risulta dall'ordinanza di rinvio che tale clausola, che accentua la responsabilità personale del fornitore delle carte, è stata mantenuta al fine di assicurare la buona esecuzione dell'appalto sul piano tecnico.

- 18 Tre dei quattro consorzi che hanno presentato un'offerta, ossia la Siemens, l'ARGE Telekom e la Debis Systemhaus Österreich GmbH (in prosieguo: la «Debis»), comprendevano l'impresa fornitrice di schede Austria Card, Plastikkard und Ausweissysteme GmbH (in prosieguo: l'«Austria Card»), la quale doveva assicurare la fornitura delle schede. Il quarto consorzio, di cui non faceva parte l'Austria Card, era la Bietergemeinschaft EDS/ORGA (in prosieguo: l'«EDS/ORGA»), costituito dalle imprese Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH e ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 Con lettera 18 dicembre 2000 lo Hauptverband comunicava ai primi tre consorzi in gara la propria intenzione di aggiudicare l'appalto all'EDS/ORGA.
- 20 Dopo aver tentato, inutilmente, di avviare una procedura di conciliazione dinanzi alla Bundesvergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sulle aggiudicazioni degli appalti pubblici), i tre consorzi non aggiudicatari presentavano ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt per ottenere, in via principale, l'annullamento della decisione dello Hauptverband di assegnare l'appalto all'EDS/ORGA e, in subordine, la revoca del bando di gara.
- 21 Con decisione 19 marzo 2001 il Bundesvergabeamt dichiarava irricevibili tutti i ricorsi per i quali era stato adito per difetto di legittimazione ad agire, poiché le offerte dei ricorrenti avrebbero dovuto essere comunque scartate dallo Hauptverband a norma dell'art. 52, n. 1 del BVergG, in quanto l'Austria Card partecipava ai tre consorzi di offerenti in questione in modo tale da falsare la libera concorrenza giacché la triplice appartenenza rendeva possibile lo scambio d'informazioni nonché trattative sui termini delle offerte.

- 22 Risulta dal fascicolo che questa decisione del Bundesvergabeamt è stata annullata con sentenza del Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale austriaca) 12 giugno 2001, in quanto sarebbe stato violato il diritto costituzionale dei tre consorzi in questione a un procedimento dinanzi al giudice naturale precostituito per legge. Il Bundesvergabeamt avrebbe ommesso, prima di prendere la sua decisione, di proporre alla Corte la questione pregiudiziale.
- 23 Il 28 e il 29 marzo 2001 la Debis e l'ARGE Telekom presentavano una seconda serie di ricorsi dinanzi al Bundesvergabeamt. Esse chiedevano, in particolare, che fosse dichiarata nulla la decisione dello Hauptverband di non revocare il bando di gara e che, mediante un provvedimento urgente, fosse vietato di procedere all'aggiudicazione dell'appalto per un periodo di due mesi dalla presentazione della domanda, per quanto riguardava il ricorso della Debis, o sino alla pronuncia del Bundesvergabeamt, per quanto concerneva il ricorso dell'ARGE Telekom.
- 24 Con decisione 5 aprile 2001 il Bundesvergabeamt, pronunciandosi sulle domande di provvedimenti urgenti, vietava allo Hauptverband di assegnare l'appalto fino al 20 aprile 2001.
- 25 Con decisione 20 aprile 2001 il Bundesvergabeamt accoglieva le domande principali della Debis e dell'ARGE Telekom e, ai sensi dell'art. 113, n. 2, punto 2, del BVergG, dichiarava nulla la decisione dello Hauptverband di non revocare il bando di gara. A motivazione di ciò veniva in sostanza dedotto che il bando di gara conteneva un criterio di selezione illegittimo, in quanto il divieto di subappalto di cui al punto 1.8 del medesimo non teneva conto del diritto dell'offerente, derivante dalla normativa comunitaria quale interpretata dalla Corte (v. in particolare, sentenza 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia, Racc. pag. I-8607), di poter far riferimento, a dimostrazione delle proprie capacità di esecuzione dell'appalto interessato, anche a subappaltatori. Nel caso di specie, sebbene il bando di gara non prevedesse tale condizione, i consorzi non aggiudicatari avrebbero potuto ricorrere a subappaltatori per la fornitura delle carte.

- 26 Nonostante questa pronuncia lo Hauptverband decideva, in data 23 aprile 2001, di aggiudicare l'appalto all'EDS/ORGА. Considerando che i provvedimenti provvisori adottati dal Bundesvergabeamt il 5 aprile 2001 scadevano il 20 aprile 2001 e non venivano prorogati e che la decisione 20 aprile 2001 consisteva in un unico enunciato, di difficile interpretazione, di «dichiarazione di nullità di un atto di mancata revoca», lo Hauptverband deduceva che non fosse stato deciso in modo giuridicamente vincolante che la sua decisione di aggiudicare l'appalto al migliore offerente non fosse valida o fosse stata annullata.
- 27 Inoltre lo Hauptverband decideva di presentare dinanzi al Verfassungsgerichtshof un ricorso diretto all'annullamento della decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001. Dal fascicolo trasmesso dal giudice del rinvio e dalle osservazioni depositate dinanzi alla Corte risulta che il Verfassungsgerichtshof ha in un primo tempo respinto, con decreto 22 maggio 2001, la richiesta dello Hauptverband di riconoscere al suo ricorso effetti sospensivi dell'esecutività della pronuncia del Bundesvergabeamt perché, comunque, l'appalto controverso era già stato aggiudicato e che, in un secondo tempo, con sentenza 2 marzo 2002, esso ha annullato la detta pronuncia perché era logicamente impossibile dichiarare la nullità di una decisione di non compiere un atto e i ricorsi presentati a tal fine dalla Debis e dall'ARGE Telekom avrebbero dovuto essere dichiarati irricevibili.
- 28 Il 30 aprile 2001 la Siemens presentava un nuovo ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt, chiedendo la dichiarazione di nullità di varie decisioni dello Hauptverband, successive al provvedimento volto ad aggiudicare l'appalto all'EDS/ORGА. La Siemens sosteneva in sostanza che la declaratoria di nullità, da parte di tale giudice, della decisione dell'autorità aggiudicatrice di non revocare la procedura di assegnazione dell'appalto rendeva illegittima la decisione dello Hauptverband di aggiudicare l'appalto, in quanto essa sarebbe intervenuta nell'ambito di una seconda gara d'appalto, indetta senza la necessaria pubblicità.
- 29 Il 17 maggio 2001 anche l'ARGE Telekom presentava ricorsi diretti a far dichiarare la nullità di undici decisioni adottate dallo Hauptverband dopo che quest'ultimo aveva deciso di non revocare la gara d'appalto contestata nonostante la pronuncia del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001.

30 Considerando che la soluzione di questa terza serie di controversie necessita l'interpretazione di varie disposizioni della direttiva 89/665, il Bundesvergabeamt decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se le disposizioni della direttiva 89/665 (...), in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretate nel senso che da una decisione di un organo nazionale competente per i ricorsi, ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665 (...), avente ad oggetto l'annullamento della decisione con la quale l'ente pubblico aggiudicatore rifiuta di revocare la procedura di aggiudicazione, consegue che, qualora l'ordinamento giuridico nazionale non offra alcuna possibilità di effettiva esecuzione coattiva della decisione del detto organo nazionale avverso l'ente pubblico aggiudicatore, alla procedura di aggiudicazione controversa venga senz'altro posto termine mediante la decisione dell'organo nazionale competente per i ricorsi, senza che la stessa amministrazione aggiudicatrice debba compiere ulteriori atti.

- 2) Se dalle disposizioni di cui alla direttiva 89/665 (...), in particolare dall'art. 2, n. 7, eventualmente in combinato disposto con le prescrizioni della direttiva 92/50 (...), in particolare con gli artt. 25 e 32, n. 2, lett. c), ovvero da altra norma di diritto comunitario, interpretate, in particolare, alla luce del principio dell'efficacia pratica, consegua che una disposizione del bando di gara che, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, segnatamente con la [citata] sentenza *Holst Italia*, impedisce all'offerente, mediante il divieto di subappalto di parti sostanziali della prestazione, di dimostrare, producendo un contratto con il subappaltatore, che egli effettivamente dispone dei mezzi del terzo, privandolo in tal modo del diritto di far riferimento, a dimostrazione della sua capacità, ai mezzi del terzo, *rectius* di fornire la prova che egli ha effettivamente a disposizione i mezzi del terzo, è a tal punto manifestamente in contrasto con il diritto comunitario che debba considerarsi nullo un contratto stipulato sulla base di un siffatto bando di gara, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale contiene comunque disposizioni che prevedono la nullità di contratti stipulati in violazione di legge.

- 3) Se dalle disposizioni della direttiva 89/665 (...), in particolare dall'art. 2, n. 7, ovvero da altre disposizioni del diritto comunitario, interpretate, in particolare, alla luce del principio dell'efficacia pratica, consegue che un contratto stipulato in contrasto con quanto stabilito in una decisione di un organo nazionale competente per i ricorsi ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665 (...), che annulla la decisione con la quale l'amministrazione aggiudicatrice rifiuta di revocare un bando di gara, sia nullo, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale, pur contenendo disposizioni che prevedono la nullità di contratti contrari al buon costume e alla legge, non offre però alcun fondamento normativo per dare efficace esecuzione coattiva alla decisione del detto organo nazionale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 4) a) Se le disposizioni della direttiva 89/665 (...), in particolare l'art. 2, n. 1, lett. b), eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretate nel senso che, qualora un ordinamento giuridico nazionale non offra alcun fondamento normativo per dare efficace esecuzione coattiva ad una decisione dell'organo nazionale competente per i ricorsi nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, tale organo nazionale, in applicazione diretta del combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lett. b), e dell'art. 2, n. 7, abbia il potere di ottenere, con ingiunzione eseguibile coattivamente, la revoca della decisione illegittima da parte dell'ente aggiudicatore, anche se l'ordinamento giuridico nazionale attribuisce all'organo competente per i ricorsi, in procedimenti promossi dagli offerenti, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (...), solo il potere di disporre una revoca, non coattivamente eseguibile, delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.
- b) In caso di soluzione affermativa della quarta questione lett. a): se, in un caso siffatto, l'organo nazionale competente per i ricorsi abbia esso stesso il potere, in forza dell'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665 (...), eventualmente in combinato disposto con altre norme del diritto comunitario, di ammonire l'ente pubblico aggiudicatore in merito alla possibile applicazione di ammende, necessarie ai fini dell'esecuzione dell'ingiunzione e la cui adeguata determinazione viene rimessa alla discrezionalità del giudice, o, per meglio dire, di ammonire i membri della direzione dell'ente pubblico stesso in merito all'applicabilità di ammende e arresti, oppure ancora di imporre siffatte pene, qualora l'ente aggiudicatore o, rectius, i membri della sua direzione non si adeguino all'ingiunzione dell'organo competente per i ricorsi».

Sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale

- 31 Dall'insieme delle questioni sollevate dal giudice del rinvio emerge che quest'ultimo dubita della conformità alla direttiva 89/665 delle norme procedurali contenute nella normativa austriaca in materia di appalti pubblici, in quanto esse non basterebbero a garantire, efficacemente, l'esecuzione delle decisioni adottate dall'organo responsabile delle procedure di ricorso, poiché, nella causa principale, nonostante la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001 di annullamento della decisione dello Hauptverband di non revocare il bando di gara, l'appalto controverso è stato comunque assegnato all'EDS/ORG.
- 32 Orbene, è pacifico che, con sentenza 2 marzo 2002, il Verfassungsgerichtshof ha annullato la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001.
- 33 A tale proposito, secondo una giurisprudenza costante, il procedimento previsto dall'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali (v., in particolare, sentenze 16 luglio 1992, causa C-343/90, Lourenço Dias, Racc. pag. I-4673, punto 14, e 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 30, e la giurisprudenza ivi citata).
- 34 Nell'ambito di tale cooperazione il giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia, che è il solo ad avere una conoscenza diretta dei fatti della causa principale e che dovrà assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, è certamente nella posizione migliore per valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni che propone alla Corte (v., in particolare, sentenze Lourenço Dias, cit., punto 15; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 18, e Schmidberger, cit., punto 31).

- 35 Tuttavia, spetta comunque alla Corte, in caso di necessità, esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza e, in particolare, di stabilire se la richiesta interpretazione del diritto comunitario presenti una relazione con l'effettività e l'oggetto della controversia nella causa principale, di modo che la Corte non debba esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche. Laddove risulti che la questione posta non è manifestamente pertinente per la soluzione di tale controversia, la Corte deve dichiarare il non luogo a provvedere (sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21; Lourenço Dias, cit., punto 20; Canal Satélite Digital, cit., punto 19, e 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punti 44 e 45).
- 36 Alla luce di quanto precede, occorre esaminare se le questioni sottoposte dal giudice del rinvio siano ancora pertinenti per la soluzione delle controversie principali, malgrado il fatto che il Verfassungsgerichtshof abbia annullato la decisione del Bundesvergabeamt 20 aprile 2001.
- 37 A tale proposito emerge dall'ordinanza di rinvio che il fatto che tale decisione 20 aprile 2001 non potesse essere soggetta ad esecuzione forzata in diritto austriaco ha dato origine, essenzialmente, alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, cosicché, dopo l'annullamento della detta decisione, tali questioni sono divenute puramente ipotetiche, come d'altronde sottolineato dal Verfassungsgerichtshof nella sua sentenza 2 marzo 2002.
- 38 Occorre tuttavia riconoscere che non è escluso che la risposta alla seconda questione, che concerne in via incidentale la portata della citata sentenza Holst Italia, mantenga un interesse per la soluzione delle controversie nella causa

principale, in particolare ove queste, dopo che il Bundesvergabeamt ha accertato l'illegittimità della procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG, dovessero proseguire dinanzi al giudice civile, il quale, secondo la legge austriaca, è l'organo competente a pronunciarsi su una richiesta di risarcimento danni dopo l'assegnazione di un appalto..

- 39 Tenuto conto di quanto precede, non occorre risolvere la prima, la terza e la quarta questione, ma limitare la risposta della Corte alla seconda questione.

Sulla seconda questione

- 40 Con tale questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665, in combinato disposto con gli artt. 25 e 32, n. 2, lett. c), della direttiva 92/50, debba essere interpretato nel senso che un contratto concluso a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture e di servizi, la cui regolarità sarebbe viziata dall'incompatibilità di una disposizione del bando di gara con il diritto comunitario, debba essere ritenuto nullo quando il diritto nazionale applicabile prevede la nullità dei contratti contrari alla legge.

- 41 Tale questione si fonda sulla premessa secondo la quale una disposizione del bando di gara che vieta il ricorso al subappalto per parti importanti del contratto è contraria alla direttiva 92/50, come interpretata dalla Corte nella citata sentenza *Holst Italia*.

- 42 A tale proposito occorre ricordare che la direttiva 92/50, la quale mira a rimuovere gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, prevede espressamente, all'art. 25, la possibilità per gli offerenti di subappaltare a terzi parti dell'appalto. Infatti, secondo la detta disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti del detto appalto che egli intende subappaltare. Inoltre, quanto ai criteri di selezione qualitativa, l'art. 32, n. 2, lett. c) e h), della detta direttiva prevede espressamente la possibilità di fornire la prova della capacità tecnica del prestatore di servizi mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo a tale prestatore di servizi, dei quali si avvarrà per l'esecuzione del servizio, oppure mediante l'indicazione della quota del contratto che intende eventualmente subappaltare.
- 43 Come statuito dalla Corte ai punti 26 e 27 della citata sentenza *Holst Italia*, risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto.
- 44 Tuttavia, secondo la Corte, spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (sentenza *Holst Italia*, cit., punto 29).

- 45 Come giustamente rilevato dalla Commissione delle Comunità europee, un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente.
- 46 Discende da quanto precede che la premessa sulla quale si fonda la seconda questione sarebbe esatta solo qualora fosse accertato che il punto 1.8 del bando di gara vieta, nella fase della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario dell'appalto, che quest'ultimo subappalti prestazioni essenziali del contratto. Infatti, un soggetto che fa valere le capacità tecniche ed economiche di terzi cui intende fare riferimento se l'appalto gli viene attribuito può essere escluso solo qualora non sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente di tali capacità.
- 47 Orbene, risulta che il punto 1.8 del bando di gara non riguarda la fase della valutazione e della selezione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, bensì la fase della sua esecuzione, e mira proprio ad evitare che l'esecuzione delle parti essenziali dell'appalto sia affidata a soggetti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice non ha potuto accertare le capacità tecniche ed economiche al momento della selezione dell'aggiudicatario. Spetta al giudice nazionale verificare se si sia verificata tale circostanza.
- 48 Se dovesse risultare che una clausola del bando di gara è effettivamente contraria alla direttiva 92/50, in particolare in quanto essa vieta illegittimamente il subappalto, allora basterebbe rammentare che, in forza degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 7,

della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a prendere i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile, qualora violassero il diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

- 49 Ne consegue quindi che, ove una clausola del bando di gara sia incompatibile con il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, l'ordinamento giuridico nazionale dello Stato membro in questione deve prevedere la possibilità di far valere tale incompatibilità nell'ambito delle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665.
- 50 Di conseguenza, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che la direttiva 89/665 e, in particolare, i relativi artt. 1, n. 1, e 2, n. 7, devono essere interpretati nel senso che, ove una clausola del bando di gara sia incompatibile con il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, l'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri deve prevedere la possibilità di far valere tale incompatibilità nell'ambito delle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665.

Sulle spese

- 51 Le spese sostenute dal governo austriaco e dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Bundesvergabeamt con ordinanza 11 luglio 2001, dichiara:

La 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, e, in particolare, i relativi artt. 1, n. 1, e 2, n. 7, devono essere interpretati nel senso che, ove una clausola del bando di gara sia incompatibile con il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, l'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri deve prevedere la possibilità di far valere tale incompatibilità nell'ambito delle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665.

Skouris

Gulman

Puissochet

Schintgen

Colneric

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 18 marzo 2004.

Il cancelliere

Il presidente

R. Grass

V. Skouris