

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
SIEGBERT ALBER

presentate il 10 aprile 2003¹

I — Introduzione

II — Contesto giuridico

A — Normativa comunitaria: direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori² (in prosieguo: la «direttiva 93/37»)

2. Art. 19

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Bundesvergabeanmt (Austria) riguarda il trattamento delle varianti nel procedimento di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. L'offerente in causa si è visto respingere una proposta che, per la costruzione di una strada, prevedeva, al posto del manto in calcestruzzo richiesto nel bando una (più economica, ma suo avviso equivalente) costruzione in asfalto. Da un lato, si tratta di stabilire a quali condizioni potevano essere presentate varianti ed in base a quali condizioni tali varianti andavano valutate (Questioni da 1 a 3). Dall'altro, si tratta di stabilire quali sono le possibili conseguenze che da un trattamento delle varianti eventualmente errato sul piano giuridico possono derivare al procedimento di aggiudicazione.

«Quando il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti presentate da offerenti quando tali varianti soddisfano i requisiti minimi da esse prescritti.

Le amministrazioni aggiudicatrici menzionano nel capitolato d'oneri le condizioni minime che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazio-

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 199, pag. 54.

ne. Esse indicano nel bando di gara se le varianti non sono autorizzate.

prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita.

(...)».

(...)».

3. Art. 30

B — *Normativa nazionale: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997)*³ (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti, in prosieguo: il «BVergG»)

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

4. Art. 42

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

«1. L'offerente, nell'elaborazione delle offerte, si deve attenere al bando, in quanto non si ricorra alla procedura negoziata. Il testo prestabilito del bando di gara non può essere né modificato né integrato.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), l'amministrazione aggiudicatrice menziona, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui

(...)

³ — BGBl. I Nr. 56/1997.

4. Un'offerta alternativa [nella terminologia della direttiva 93/37 si dovrebbe chiamare "variante"⁴] è ammissibile solo se viene contestualmente garantita una prestazione equivalente da un punto di vista qualitativo. L'onere di dimostrare l'equivalenza grava sull'offerente. Un'offerta alternativa può fare riferimento alla prestazione nel suo insieme, ad una parte di essa, o alle condizioni giuridiche della sua esecuzione. Le offerte alternative devono essere segnalate come tali e devono essere presentate separatamente.

(...).

5. Art. 117

«(1) Il Bundesvergabeamt deve dichiarare nulla con suo provvedimento la decisione dell'autorità aggiudicatrice emanata nel corso di un procedimento di aggiudicazione, dopo aver acquisito agli atti la raccomandazione della commissione di conciliazione intervenuta sulla medesima questione, qualora la detta decisione

1. sia in contrasto con le disposizioni della presente legge federale o dei regolamenti emanati in materia e

⁴ — Come spiega il giudice del rinvio, ai sensi dell'art. 15 Z 14 BVergG, un'«offerta alternativa» è un'offerta basata su una proposta alternativa da parte dell'offerente e va pertanto considerata quale «variante» ai sensi della direttiva 93/37.

2. sia di essenziale importanza per l'esito del procedimento di aggiudicazione.»

(2) (...)

(3) Dopo l'avvenuta aggiudicazione il Bundesvergabeamt si limita a constatare, in base ai presupposti stabiliti al n. 1, se sussista o no la pretesa illegittimità.

III — Fatti

6. La Niederösterreichische Landesregierung (governo del Land della Bassa Austria), in nome e per conto dell'Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs AG (in prosieguo: l'«ASFINAG»), ha bandito il 27 novembre 1997, con gara estesa a livello comunitario, un appalto pubblico di lavori di rifacimento del tratto stradale «Neumarkt carreggiata in direzione Vienna, dal km 100,2 al km 108,6». Costituiscono oggetto dell'appalto lavori di costruzione di ponti e strade.

7. Alla voce «Progetto d'ufficio» il bando stabiliva, senza che ciò venisse espressamente definito come requisito minimo, che

il manto stradale delle parti diverse dai ponti autostradali dovesse essere realizzato con la posa di due strati di calcestruzzo di qualità superiore. Il bando non conteneva alcuna disposizione espressa relativa ai requisiti tecnici minimi cui le varianti eventualmente presentate dovevano corrispondere. Erano comunque ammissibili varianti ai sensi del bando. Tuttavia, in tal caso, doveva essere interamente redatto, in aggiunta, anche un elenco delle prestazioni conformi al bando (offerta principale). Non venivano stabiliti i criteri di aggiudicazione per la valutazione della qualità tecnica ed economica delle offerte (né per quanto riguarda le offerte conformi al bando, né per le varianti). Il bando non disponeva neppure che le varianti dovessero garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente al progetto d'ufficio (non si faceva neppure riferimento alla disposizione dell'art. 42 BVergG che prescrive tale equivalenza) né si chiariva che cosa dovesse intendersi per «esecuzione equivalente».

8. La ricorrente nel procedimento principale, Traunfellner, ha presentato una variante ed un'offerta conforme al bando. La sua variante risultava essere la meno costosa tra tutte le offerte, mentre la sua offerta conforme al bando si collocava, tra le offerte conformi al bando, al secondo posto dopo l'offerta del raggruppamento temporaneo di imprese Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner, che ha poi ottenuto l'aggiudicazione.

9. La variante proposta dalla Traunfellner consisteva nell'impiego, al posto del manto

in calcestruzzo, di un manto di asfalto derivato da materiale a base di bitume. Come spiegazione tecnica è stata depositata una perizia di parte, secondo cui, considerate le circostanze prevedibili nel settore edile, la costruzione in asfalto avrebbe presentato una sufficiente resistenza alla deformazione su un periodo di venti anni.

10. La perizia commissionata dal governo del Land esprimeva che effettivamente, nel 1989, era stato pubblicato uno studio sulla sostituibilità delle opere in asfalto. Le esperienze fatte con i primi appalti, tuttavia, avrebbero mostrato che malgrado un'esecuzione accurata e conforme al contratto di tali costruzioni in asfalto, già dopo breve tempo comparivano impronte di profondità rilevante e si rendevano necessari lavori aggiuntivi di riparazione. Si rilevava inoltre che, per assicurare l'esecuzione della prestazione in modo conforme al capitolato d'ufficio, in caso di accettazione della variante presentata dalla Traunfellner, si sarebbero rese necessarie opere ulteriori per un importo di circa ATS 2,5 milioni, cosicché il vantaggio di prezzo si sarebbe ridotto ad ATS 6,9 milioni. Si osservava, ancora, che la costruzione in calcestruzzo della superficie avrebbe permesso di fare affidamento, date le nuove tecnologie, su di una resistenza alla deformazione del manto stradale per una durata di almeno trenta anni. Pertanto, se fosse stata realizzata una costruzione in calcestruzzo, come previsto dal progetto d'ufficio, ad una durata della costruzione maggiore del 50% avrebbero fatto riscontro costi superiori soltanto dell'8,5%. Inoltre, nella variante non si sarebbe tenuto conto dell'obiettivo consistente nell'impiego del

calcestruzzo preesistente per ottenere un materiale inerte di qualità per il manto in calcestruzzo (principio del riciclaggio), in quanto la rimanenza di calcestruzzo preesistente sarebbe stata impiegata soltanto parzialmente per questo lotto, a scopi di riporto secondario. La gran parte del manto di calcestruzzo preesistente avrebbe dovuto essere adibita ad un impiego non meglio specificato, fuori dell'area dei lavori. Si sarebbe dovuta, pertanto, dare in ogni caso la preferenza all'esecuzione del rifacimento generale della strada in calcestruzzo, conformemente al bando ministeriale, in considerazione della durata e della resistenza alla deformazione di questa tecnica di costruzione. Ciò avrebbe infatti implicato interventi di manutenzione più modesti e più lontani nel tempo, i quali, a loro volta, avrebbero comportato minori intralci alla circolazione stradale e permesso di minimizzare gli effetti negativi sulla facilità, la sicurezza e la scorrevolezza del traffico. Pertanto, la proposta alternativa non avrebbe potuto essere valutata come equivalente rispetto ai requisiti del progetto d'ufficio e sarebbe stata da escludere. In base a tale perizia, la Vergabekommission il 17 marzo 1998 ha adottato la decisione di proporre l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento temporaneo di imprese Ilbau - LSH Fischer - Heillit & Woerner.

11. La Traunfellner ha chiesto davanti al Bundesvergabeamt, attuale giudice del rinvio, la dichiarazione di nullità dell'esclusione della sua variante. Il 21 aprile 1998 tale domanda è stata respinta con la motivazione che l'equivalenza tecnica della variante sarebbe stata irrilevante. Essa si sarebbe discostata dalle indicazioni del bando in misura tanto considerevole che non si sarebbe più trattato di una variante

ammissibile. In subordine, il giudice del rinvio ha dichiarato che la variante non sarebbe stata tecnicamente equivalente, in quanto il committente avrebbe il diritto di distinguere tra diversi sistemi tecnici.

12. A seguito di questa decisione, l'appalto è stato aggiudicato all'offerta meno costosa conforme al bando. I lavori sono stati nel frattempo eseguiti.

13. A seguito di ricorso proposto dalla Traunfellner, il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) ha annullato la decisione del Bundesvergabeamt 21 aprile 1998 per difetto di motivazione. Secondo il diritto austriaco, dopo l'annullamento di un atto amministrativo da parte del Verfassungsgerichtshof (in questo caso dopo l'annullamento della decisione del giudice del rinvio 21 aprile 1998) la causa ritorna nella situazione in cui si trovava prima dell'emanazione della decisione impugnata. Il Bundesvergabeamt, autore del presente rinvio, deve ora pronunciarsi nuovamente sulla domanda della Traunfellner del 17 aprile 1998, concernente la declaratoria di nullità dell'esclusione della variante. A causa dell'aggiudicazione ormai sopravvenuta, tuttavia, si deve ancora decidere, ai sensi dell'art. 117, n. 3, BVergG, soltanto se l'esclusione sia stata legittima.

IV — Questioni pregiudiziali

14. Il Bundesvergabeamt vorrebbe sapere quando si sia in presenza di una «variante»

ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37, se il criterio della «equivalenza», con riferimento al quale le varianti vengono valutate, debba essere indicato nel bando di gara e, infine, come si debba comportare l'autorità aggiudicatrice, qualora in seguito risulti che il bando da essa pubblicato è inficiato da un errore. Esso ha, pertanto, sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se rappresenti una “variante” ai sensi dell'art. 19, primo comma, della direttiva 93/37/CEE la proposta alternativa, da parte di un offerente, di impiegare per la costruzione del manto della carreggiata stradale uno strato di asfalto invece del calcestruzzo previsto nel bando di gara.

2) Se possa essere legittimamente considerato alla stregua del “requisito minimo” prescritto e menzionato dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 19, primo e secondo comma, della direttiva 93/37/CEE il criterio, previsto dal diritto nazionale per l'ammissibilità di una “variante” ai sensi dell'art. 19, primo comma, della direttiva 93/37/CEE, secondo cui la proposta alternativa “deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente dal punto di vista qualitativo”, laddove il bando di gara faccia rinvio solo alla normativa nazionale e non definisca in particolare sulla base di quali concreti parametri di paragone debba essere esaminata l'“equivalenza”.

3) Se l'art. 30, nn. 1 e 2, della direttiva 93/37/CEE, letto alla luce dei principi della trasparenza e della parità di trattamento, vieti all'amministrazione aggiudicatrice di subordinare l'accettazione di una proposta alternativa, che differisce da un'offerta conforme al bando di gara a causa di una diversa qualità tecnica, alla valutazione positiva sulla base di un criterio previsto dal diritto nazionale, secondo cui la proposta alternativa “deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente dal punto di vista qualitativo”, laddove il bando di gara faccia rinvio al riguardo solo alla normativa nazionale e non definisca in particolare sulla base di quali concreti parametri di paragone debba essere esaminata l'“equivalenza”.

4a) In caso di soluzione affermativa della questione sub 3): se un'amministrazione aggiudicatrice possa portare a termine con l'assegnazione dell'appalto un procedimento di aggiudicazione come quello descritto sub 3).

4b) In caso di soluzione affermativa delle questioni sub 3) e sub 4a): se un'amministrazione aggiudicatrice che svolge un procedimento di aggiudicazione come descritto sub 3) debba comunque respingere, senza un esame del contenuto, le varianti proposte dagli offerenti, laddove essa non abbia stabilito i criteri di aggiudicazione per la valutazione delle differenze tecniche della variante rispetto al bando di gara.

5) In caso di soluzione affermativa delle questioni sub 3), sub 4a) e di soluzione negativa della questione sub 4b): se un'amministrazione aggiudicatrice che svolge un procedimento di aggiudicazione come descritto sub 3) debba accettare una variante di cui non può giudicare le differenze tecniche rispetto al bando di gara a causa della mancanza di relative prescrizioni nel bando stesso, laddove tale variante sia l'offerta più conveniente e non siano stati previsti altri criteri di aggiudicazione».

15. In motivazione, il Bundesvergabeamt dichiara che la prima questione è volta a stabilire se l'offerta della costruzione di un manto stradale in asfalto al posto del manto stradale in calcestruzzo richiesto nel bando costituisca una variante ai sensi dell'art. 19, primo comma, della direttiva 93/37 e se, quindi, siano applicabili a tale offerta le disposizioni della direttiva valide per le varianti.

16. Per quanto riguarda la seconda questione, esso chiarisce che l'ammissibilità dell'accettazione di una variante dipende, ai sensi dell'art. 42, n. 4, BVergG, dall'eventualità che sia assicurata l'esecuzione di una prestazione qualitativamente equivalente. Nella prassi degli appalti l'esame dell'«equivalenza» svolge un ruolo importante. Anche nel presente caso l'autorità aggiudicatrice avrebbe esaminato e negato

l'equivalenza della variante. Tuttavia, i criteri applicati in tale contesto dal committente, conformemente ad una costante prassi delle autorità aggiudicatrici austriache, non erano stati esplicitamente fissati né nel bando di gara, né nell'avviso.

17. Il Bundesvergabeamt considera un simile modo di procedere inconciliabile con l'art. 30 della direttiva 93/37 e con i principi di trasparenza e di parità di trattamento. Sarebbe possibile evitare tale incompatibilità soltanto se il requisito dell'equivalenza dell'esecuzione della prestazione, imposto alle varianti, venisse considerato quale «condizione minima» ai sensi dell'art. 19, secondo comma, della direttiva. In questo modo verrebbe meno l'obbligo di indicare i concreti parametri di paragone come criteri di aggiudicazione. Una simile interpretazione contrasterebbe, ad avviso del giudice del rinvio, con i principi della direttiva. L'art. 19, secondo comma, della direttiva richiederebbe, secondo il suo chiaro tenore letterale, che le amministrazioni aggiudicatrici menzionassero i requisiti minimi nel capitolato d'oneri. La semplice applicazione di una disposizione nazionale che stabilisce il criterio dell'equivalenza non potrebbe essere considerata come requisito posto dall'autorità aggiudicatrice nel capitolato d'oneri.

18. Inoltre, la semplice indicazione di una non meglio precisata equivalenza non soddisferebbe le esigenze legate al principio di

trasparenza e non sarebbe conciliabile con il senso letterale del concetto di «menzionano». Con «menzionano» si intenderebbero un chiarimento e una descrizione più precisi, che l'autorità aggiudicatrice non avrebbe tuttavia effettuato.

19. Riguardo alla terza questione, il Bundesvergabamt sostiene che la direttiva lascerebbe all'autorità aggiudicatrice una scelta solo tra il criterio del prezzo più basso ed il sistema dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 19, primo comma, della direttiva, non sarebbero a priori ammissibili varianti. Nel secondo caso le autorità aggiudicatrici dovrebbero indicare i criteri previsti per la valutazione delle offerte, ai sensi dell'art. 30, n. 2, della direttiva, nel bando di gara oppure nel capitolato d'oneri.

20. Questa contrapposizione mostrerebbe che qualità differenti, ove possano essere offerte, devono essere esaminate con riferimento ai criteri di aggiudicazione stabiliti dal committente. Qualora, tuttavia, il committente non abbia stabilito criteri di aggiudicazione, sembra al Bundesvergabamt che le varianti non possano essere valutate e che pertanto non possano neppure essere accolte. La prassi dei commit-

tenti pubblici in Austria sarebbe pertanto incompatibile con la sistematica della direttiva.

21. Inoltre, tale prassi contrasterebbe con il principio di trasparenza. Qualora l'autorità aggiudicatrice, nell'esaminare le varianti, si richiami a una «equivalenza della prestazione» non precisata attraverso la previa indicazione di concreti parametri di confronto, prenderebbe in considerazione criteri che non ha reso precedentemente noti. Ciò sarebbe inconciliabile con la costante giurisprudenza della Corte⁵ e toglierebbe agli offerenti la possibilità di avvalersi di criteri resi noti per valutare a priori se l'appalto previsto, ed eventualmente l'esecuzione di varianti, presentino per loro qualche interesse⁶. Nella prassi, l'uso del concetto indeterminato di «equivalenza», che verrebbe concretizzato dal committente soltanto a posteriori, all'atto dell'esame delle varianti, condurrebbe a grande insicurezza e ad un aumento del contenzioso. L'autorità aggiudicatrice sarebbe esposta a liti processuali o con quegli offerenti che abbiano effettuato proposte di variante che essa non considera equivalenti rispetto alle proprie priorità, o con quegli offerenti che non abbiano elaborato varianti e che dubitino dell'equivalenza delle varianti che il committente vorrebbe accettare. Gli offerenti potrebbero soltanto supporre in anticipo che cosa sarà considerato equivalente dall'autorità aggiudicatrice. Ciò indurrebbe una grande insicurezza negli offerenti

5 — Il Bundesvergabamt si riferisce alle sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punti 35 e segg.), e 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, «Autobus Regione Vallona» (Racc. pag. I-2043, punti 57 e segg.).

6 — Il Bundesvergabamt si riferisce alle sentenze Beentjes (cit. alla nota 5, punti 21 e segg.), e 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-7445, punti 34 e segg.).

intenzionati ad elaborare varianti per così dire speculative, ma anche in quegli offerenti che, non avendo elaborato varianti, dovrebbero tuttavia fare i conti col fatto che la loro offerta potrebbe essere esclusa a favore di una variante valutata come equivalente dall'autorità aggiudicatrice dopo l'apertura delle buste.

22. Tale modo di procedere condurrebbe, in ultima analisi, ad introdurre un terzo, inammissibile, «sistema misto» tra i criteri dell'aggiudicazione soltanto in base al prezzo ed il sistema dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò sarebbe inconciliabile con la giurisprudenza della Corte⁷. Sarebbe inoltre anche inammissibile l'applicazione di un criterio che viene in applicazione attraverso un mero rinvio alle disposizioni nazionali⁸.

23. Con le questioni 4) e 5) il Bundesvergabeamt vorrebbe infine chiarire come si debba comportare l'autorità aggiudicatrice quando si constati, nel corso di un procedimento di appalto, che la prassi di aggiudicazione austriaca è illegittima. Da un lato, si potrebbe rinunciare all'aggiudicazione dell'appalto e revocare il bando. Per questa soluzione deporrebbe il fatto che il procedimento di aggiudicazione è iniziato sotto presupposti che si sono rivelati illegittimi e che, per questo motivo, non dovrebbero più essere applicati. Dall'altro,

sarebbe possibile proseguire il procedimento. Occorrerebbe allora, però, tenere presente che il procedimento dovrebbe essere condotto a termine con limitazioni che non sono state comunicate agli offerenti fin dall'inizio. Supponendo che fosse ammissibile la presentazione di varianti valutate dall'autorità aggiudicatrice in base ad un non meglio precisato concetto di «equivalenza», gli offerenti avrebbero presentato delle varianti. Se a questo punto non si potesse più pervenire all'applicazione del criterio di equivalenza ammesso dall'ordinamento nazionale, risulterebbero modificati a posteriori presupposti essenziali per la predisposizione delle offerte. Una simile deroga ai presupposti che stavano a fondamento del bando potrebbe essere considerata quale violazione del principio della parità di trattamento⁹.

24. La rinuncia all'attribuzione dell'appalto ed un nuovo bando di gara costituirebbero pertanto, eventualmente, l'unico modo legittimo di procedere. In un caso del genere, la decisione effettivamente adottata dall'autorità aggiudicatrice, consistente nel respingere la variante proposta dai richiedenti per difetto di equivalenza e nell'attribuire l'appalto ad un altro offerente, sarebbe comunque illegittima. D'altra parte, la completa rinuncia all'attribuzione dell'appalto e rispettivamente la necessità di pubblicare un nuovo bando potrebbe essere considerata conseguenza troppo grave per la violazione di singole disposi-

7 — Il Bundesvergabeamt si riferisce alle sentenze 28 marzo 1985, causa 274/83, Commissione/Italia (Racc. pag. 1077, punti 24 e segg.), e 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1409).

8 — Il Bundesvergabeamt si riferisce alla sentenza Beentjes (cit. alla nota 5, punti 35 e segg.).

9 — Il Bundesvergabeamt si riferisce mutatis mutandis alla sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353).

zioni del diritto comunitario, tanto più che si potrebbero soddisfare i requisiti imposti in proposito dal diritto comunitario attraverso la semplice disapplicazione di un non meglio concretizzato criterio di «equivalenza», criterio contrastante con il diritto comunitario.

25. Se invece si dovesse portare a termine il procedimento, si porrebbe la questione riguardante i criteri secondo i quali l'appalto sarebbe da attribuire. Ad avviso del giudice del rinvio vengono in considerazione a questo scopo due possibilità: il committente respinge la variante ed attribuisce l'appalto in base o al sistema del prezzo più basso o al sistema dell'offerta più economica; in quest'ultimo caso potrebbero essere impiegati soltanto i criteri stabiliti dal committente. Tale possibilità corrisponderebbe agli scopi della direttiva in quanto, secondo il sistema dall'art. 30 della direttiva, le differenti qualità che possono tradursi in offerte dovrebbero essere esaminate per l'appunto attraverso i criteri di aggiudicazione. Eventuali differenze qualitative che non potessero essere valutate attraverso questi criteri provocherebbero l'impossibilità di confrontare l'offerta con le offerte dei concorrenti. Tuttavia, un'offerta non confrontabile dovrebbe essere esclusa in base al principio della parità di trattamento.

26. Sarebbe tuttavia anche possibile obbligare il committente ad ammettere la variante ed a trascurare le differenze qualitative che ad essa sono collegate. Tuttavia questo sarebbe un modo di procedere ben

poco opportuno, in quanto l'autorità aggiudicatrice dovrebbe allora accettare un'offerta non corrispondente ai requisiti qualitativi che essa stessa ha posto, senza avere, inoltre, la possibilità di giudicare le differenze qualitative sulla scorta di qualche criterio. Ciò contrasterebbe con lo scopo della direttiva, così come lo ha formulato la Corte, in quanto il committente non avrebbe, in questo caso, la possibilità di porre le offerte a confronto le une con le altre e di scegliere in base a criteri obiettivi l'offerta per esso più conveniente¹⁰.

V — Argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni e valutazione

A — Sulla ricevibilità

27. La Commissione contesta, nelle sue osservazioni scritte la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. Essa fa riferimento alle proprie argomentazioni relative al procedimento C-314/01, nelle quali aveva contestato la qualità di giurisdizione del Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 234 CE, sul presupposto che le decisioni di tale organo non sarebbero vincolanti. Nella trattazione orale, tuttavia,

10 — Il Bundesvergabeamt si riferisce alla sentenza 16 settembre 1999, causa C-27/98, Metalmeccanica (Racc. pag. I-5697, punto 31).

essa ha ritirato questa eccezione, in considerazione della sentenza nel frattempo pronunciata nella causa Swoboda¹¹. La domanda di decisione pregiudiziale è ricevibile.

B — *La prima questione*

1. Argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni

28. La Traunfellner, l'ASFINAG e i governi austriaco e francese ritengono che l'offerta di un manto in asfalto costituisca variante rispetto al manto in calcestruzzo previsto nel bando pubblicato, ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37.

29. La Traunfellner ritiene che sussista una variante qualora vengano proposti un nuovo processo di esecuzione, un'altra costruzione, un altro materiale od ulteriori alternative tali da garantire una più pratica o più economica esecuzione della prestazione. L'asfalto sarebbe un'alternativa tecnica al calcestruzzo. Oggetto della verifica sarebbero pertanto l'equivalenza tecnica dell'offerta, la portata, l'uniformità trasversale e l'aderenza.

11 — Sentenza 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda (Racc. pag. I-10567, punti 27 e segg.). Nello stesso senso anche le conclusioni dell'avvocato generale Mischo 25 febbraio 2003, causa C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner e a. (Racc. pag. I-6413, paragrafi 20-23). V. anche conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed 10 ottobre 2002, causa C-315/01, GAT, Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH, (Racc. pag. I-6351, paragrafi 22 e segg.).

30. L'ASFINAG rimane su posizioni più generiche nelle sue argomentazioni e sostiene il punto di vista secondo cui sussisterebbe una variante qualora nell'offerta venissero sostituite parti delle prescritte prestazioni.

31. Il governo austriaco fa riferimento all'iter legislativo della disciplina. Nella sua proposta di modifica della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, la Commissione avrebbe affermato che soltanto una modifica del progetto di costruzione o dei prescritti materiali di lavoro avrebbe potuto costituire oggetto di proposta¹².

32. Il governo francese è dell'opinione che il concetto di variante sia da interpretare in senso ampio. Nel bando che costituisce l'antecedente del giudizio a quo, il calcestruzzo non sarebbe stato previsto quale specifica tecnica ineludibile. Pertanto l'asfalto dovrebbe essere considerato quale variante.

33. La Commissione sottolinea che la questione sollevata sarebbe una questione di fatto, in via di principio irricevibile. Essa potrebbe essere risolta soltanto a seguito di una nuova formulazione. A suo parere, dunque, la questione sarebbe volta ad accertare quali siano i presupposti in base

12 — COM(86) 679 def. del 23.12.1986.

ai quali un'offerta alternativa può essere considerata quale variante. Essa risolve la questione così riformulata nel senso che si dovrebbe trattare di un procedimento in cui l'appalto sia attribuito secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non possano essere escluse varianti e la proposta debba soddisfare i requisiti minimi menzionati.

2. Valutazione

34. Con la prima questione il Bundesvergabeamt chiede se l'offerta di costruzione di un manto stradale in asfalto costituisca variante rispetto alla costruzione del manto stradale in calcestruzzo richiesta nel bando di gara.

35. Tale questione concerne la sussunzione di una concreta fattispecie nel concetto di diritto comunitario di «variante», ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37. Data la ripartizione delle competenze stabilita all'art. 234 CE è tuttavia compito del giudice nazionale applicare al caso concreto le disposizioni comunitarie. Infatti, una tale applicazione non può aver luogo senza una valutazione della fattispecie complessiva¹³. Conseguentemente la prima

questione, nella formulazione proposta, è irricevibile.

36. La Corte può tuttavia fornire al giudice a quo indicazioni relative all'interpretazione del diritto comunitario, tali da permettergli di risolvere la questione che gli si presenta¹⁴. In via subordinata, nell'eventualità che la Corte si risolva a riformulare la prima questione, è necessario pertanto esporre le seguenti argomentazioni.

37. Preso atto dell'annullamento da parte del Verfassungsgerichtshof della prima decisione del giudice del rinvio — nella stessa causa — datata 21 aprile 1998, la prima questione va interpretata nel senso che con essa ci si interroga sui limiti entro i quali è possibile accogliere una «variante» ai sensi dell'art. 19 della direttiva. Quando si può ancora parlare di una «variante» ed a partire da quale momento la prestazione proposta si discosta a tal punto da quella richiesta nel bando da rendere la variante inammissibile?

38. Così riformulata la questione n. 1 diviene una questione giuridica che la Corte può, in linea di principio, risolvere. Si deve tuttavia fare attenzione al fatto che il procedimento davanti al Bundesvergabe-

¹³ — Sentenze 8 febbraio 1990, causa 320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (Racc. pag. I-285, punto 11) e 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* (Racc. pag. I-8121, punto 31).

¹⁴ — Sentenze 4 maggio 1993, causa C-17/92, *Distribuidores Cinematográficos* (Racc. pag. I-2239, punto 8) e sentenza *Teckal* (cit. alla nota 13, punto 33).

amt fa riferimento allo stadio dell'aggiudicazione e non allo stadio dell'esame dell'ammissibilità delle varianti. Stando alla situazione prospettata dall'ordinanza di rinvio, l'autorità aggiudicatrice ha escluso la variante non perché inammissibile, ma perché non equivalente. Strettamente intesa, la soluzione della questione 1, pertanto, non è necessaria ai fini della controversia principale e potrebbe pertanto essere considerata quale questione ipotetica che, secondo costante giurisprudenza¹⁵, sarebbe irricevibile. Altrettanto vale per la questione 2.

39. Le prime due questioni hanno senso soltanto se si accede al punto di vista del Bundesvergabeamt secondo cui un ricorso contro le decisioni dell'autorità aggiudicatrice sarebbe inammissibile, qualora il procedimento di aggiudicazione già ad uno stadio precoce sia inficiato da un errore (qui, l'indicazione di requisiti minimi nel bando e la valutazione dell'ammissibilità delle varianti), e tuttavia questo errore non sia stato contestato (qui, il ricorso è stato proposto soltanto allo stadio dell'aggiudicazione). La questione relativa alla misura in cui questa concezione giuridica sia conciliabile con il diritto comunitario, ed in particolare con 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 lavori¹⁶, costituisce oggetto della causa C-315/01, GAT Gesellschaft für

Abfallentsorgungs- Technik GmbH. L'avvocato generale Geelhoed ha ritenuto questa prassi incompatibile con la direttiva relativa alle procedure di ricorso nelle sue conclusioni 10 ottobre 2002¹⁷. La sentenza relativa a questa causa non è stata ancora pronunciata. La questione deve essere qui lasciata in sospeso, in quanto non è stata trattata nel procedimento.

40. In subordine si deve pertanto dichiarare che, secondo l'art. 19, primo comma, della direttiva 93/37, sono inammissibili varianti che non corrispondano ai requisiti minimi stabiliti dall'autorità aggiudicatrice. La circostanza che esista una variante dipende dunque dai requisiti minimi stabiliti nel caso singolo dall'autorità aggiudicatrice, requisiti minimi che devono essere indicati nel bando.

41. Gli argomenti dei partecipanti con riferimento alla prima questione confermano il punto di vista secondo cui si occorre valutare il caso specifico. La Commissione solleva soprattutto osservazioni procedurali, come l'attribuzione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la mancata esclusione di varianti. Per il resto, anch'essa prende in considerazione l'osservanza dei requisiti minimi indicati. Gli altri partecipanti citano aspetti singoli della prestazione richiesta nel bando, come nuovi processi

15 — Sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra (Racc. pag. I-2099, punto 39) e 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satellite Digital (Racc. pag. I-607, punto 19).

16 — GU L 395, pag. 33.

17 — Conclusioni nella causa C-315/01, GAT (cit. alla nota 11, paragrafi 45 e segg.).

di esecuzione dei lavori edili oppure nuovi materiali.

e che genere di variante prendere in considerazione²². L'unico requisito che l'art. 19 stabilisce è il limite di ammissibilità dell'equivalenza della prestazione offerta nella variante rispetto alla prestazione richiesta nel bando. L'equivalenza dev'essere valutata sulla scorta dei requisiti minimi che il committente deve fissare.

42. L'art. 19 della direttiva risale ad una iniziativa della Commissione. La proposta di modifica della direttiva 71/305 da essa presentata prevedeva che le varianti potessero avere ad oggetto una modifica essenziale del piano di costruzione o dei materiali di costruzione prescritti o anche una modifica del metodo di lavoro o delle tecniche previste¹⁸. Alle imprese si voleva dare la possibilità di proporre soluzioni tecniche più avanzate¹⁹. Nel corso dell'iter legislativo la Commissione ha in seguito ampliato questa proposta nel senso che una «variante» debba soltanto corrispondere ai requisiti minimi stabiliti dall'autorità aggiudicatrice²⁰. Tale proposta si è poi tradotta nell'art. 20bis della direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici²¹. Tale articolo è rispecchiato pedissequamente dall'art. 19 della direttiva 93/37. Da tale genesi legislativa deriva che può costituire oggetto di variante sostanzialmente qualsiasi parte del bando di gara. La disposizione ha, anche nella sua formulazione attuale, di mira lo scopo della promozione del progresso tecnologico nel settore delle costruzioni. Essa è volutamente configurata in senso aperto e lascia al committente la possibilità di scegliere se ammettere o no delle varianti

43. Risulta chiaro da queste osservazioni che la valutazione se si sia ancora in presenza di una variante oppure di un'offerta da escludere come inammissibile può essere effettuata in ultima analisi soltanto dall'autorità aggiudicatrice. La verifica giudiziale si dovrà limitare a controllare se siano stati rispettati i presupposti procedurali stabiliti nella direttiva 93/37 ed i requisiti minimi fissati dall'autorità aggiudicatrice, e se l'autorità aggiudicatrice non abbia palesemente superato i limiti dell'ambito discrezionale del quale può disporre in occasione della valutazione delle offerte, cioè se ad esempio non abbia introdotto considerazioni non oggettive nel contesto della valutazione dell'equivalenza. La valutazione concreta del fatto che la prestazione offerta corrisponda o meno al bando spetta all'autorità aggiudicatrice, che, a causa della sua competenza in materia, è l'unica ad essere in condizione di valutare l'equivalenza della prestazione offerta con quella richiesta nel bando.

18 — COM (86) 679 def. (cit. alla nota 12), pag. 23, nuovo art. 20 bis, n. 2.

19 — COM (86) 679 def. (cit. alla nota 12), pag. 12.

20 — COM (88) 354 def. del 21 giugno 1988, pagg. 13 e 22, art. 20 bis.

21 — GU L 210, pag. 1.

22 — V. la Guida alle disposizioni comunitarie per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici della Commissione, pag. 53, punto 6.4.1, disponibile sul sito Internet della Direzione Generale per il Mercato interno della Commissione, www.europa/comm/internal_market.

44. Conseguentemente si propone, in subordine, di risolvere la prima questione nel senso che sussiste una variante ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37 qualora, in una procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto, sul quale si decide in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non sia esclusa la presentazione di varianti e la proposta, sostituendo una parte della prestazione richiesta nel bando, sia conforme in questo ai requisiti minimi previsti.

equivalenza prescritta all'art. 42, n. 4, del BVergG a dover essere considerata quale requisito minimo ai sensi dell'art. 19 della direttiva. Lo scopo della prestazione, indicato nel bando e quindi noto a tutti gli offerenti, rappresenterebbe il punto fondamentale di raccordo per l'esame dell'equivalenza.

C — *La seconda e la terza questione*

47. Anche qualora non fossero indicati criteri nel bando, le proposte di variante dovrebbero essere valutate. Si può dedurre, in questi casi, che l'autorità aggiudicatrice voglia assicurare soltanto l'esecuzione di una prestazione qualitativamente equivalente.

45. L'ASFINAG, il governo austriaco ed il governo francese discutono le questioni 2 e 3 congiuntamente. In entrambe le questioni si tratta essenzialmente del dovere di pubblicazione dei criteri di valutazione adottati dal committente. Tale impostazione va pertanto condivisa.

1. Argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni

46. La Traunfellner è dell'opinione che — in quanto nel bando non vengano indicati requisiti minimi — sia la condizione di

48. L'ASFINAG ed il governo austriaco sottolineano che sarebbe in pratica difficile fissare requisiti minimi. L'ASFINAG sostiene che in particolare gli appalti di costruzioni consterebbero di un gran numero di voci diverse. L'autorità aggiudicatrice non potrebbe sapere in anticipo per quali di esse potrebbero essere presentate varianti. Tuttavia non sarebbe necessario indicare concreti criteri per tutte le voci, in quanto il generale criterio di equivalenza della prestazione sarebbe sufficiente. Non vi sarebbe violazione del criterio di trasparenza fintantoché fosse garantito che tutte le offerte venissero valutate in base ai medesimi criteri di aggiudicazione. L'art. 30 della direttiva non vieterebbe di subordinare l'accettazione di una variante al fatto che sia garantita l'esecuzione di una prestazione qualitativamente equivalente.

49. Il governo austriaco pone in primo luogo in evidenza che, a suo parere, il giudice a quo confonde i due aspetti dei requisiti minimi ai sensi dell'art. 19 della direttiva e dei criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 30 della stessa. Il primo concernerebbe l'ammissibilità di una variante, il secondo la valutazione delle offerte ammissibili. La Commissione aderisce a questa tesi.

50. L'obbligo di stabilire requisiti minimi sussisterebbe indipendentemente dalla questione se siano ammesse varianti. I requisiti minimi dovrebbero essere indicati, e ciò significa che il committente dovrebbe chiarire quali esigenze sono per lui irrinunciabili e quali egli intende utilizzare come metro di valutazione per l'esame dell'equivalenza delle offerte.

51. Il governo austriaco è del resto dell'opinione che, per il caso in cui siano stabiliti requisiti minimi, sia ammissibile un rinvio, nel bando di gara, a norme generali ed accessibili a tutti. L'art. 35, n. 2, del BVergG disporrebbe espressamente di indicare nel bando che il BVergG è ad esso applicabile. Gli offerenti interessati potrebbero informarsi su queste norme. Il richiamo alle disposizioni applicabili ridurrebbe l'estensione dei documenti da pubblicarsi nell'ambito del bando di gara. Si potrebbe, inoltre, secondo l'art. 23 della direttiva, anche indicare un'autorità presso la quale potrebbero venir depositate infor-

mazioni sulle condizioni di diritto del lavoro da ripetersi. Il rinvio ad una norma generale e pubblicata sarebbe paragonabile a questa ipotesi.

52. Il governo francese e la Commissione sono al contrario dell'opinione che un rinvio alle disposizioni applicabili non sia, secondo la giurisprudenza, sufficiente a soddisfare le esigenze della trasparenza ²³.

53. Il governo francese sostiene che il modo di procedere seguito nel giudizio a quo ha condotto al risultato che gli offerenti non residenti in Austria sono stati discriminati. Inoltre sarebbero stati danneggiati quegli offerenti che volevano presentare varianti, in quanto non conoscevano i criteri in ragione dei quali le loro proposte sarebbero state valutate.

54. La Commissione aggiunge che il riferimento all'equivalenza della prestazione non basta se viene richiesto l'uso di specifici materiali. Dovrebbero piuttosto essere indicati criteri come la durata del materiale o la resistenza alle deformazioni.

²³ — Essi fanno riferimento alle sentenze Beentjes (cit. alla nota 5) e Commissione/Francia (cit. alla nota 6).

55. A suo avviso le varianti non possono essere accettate se non sono stati indicati requisiti minimi. In questi casi il bando violerebbe il diritto comunitario, in quanto né sarebbe stata vietata la presentazione di varianti, né sarebbero stati espressamente indicati requisiti minimi cui conformarsi. In questi casi il procedimento di aggiudicazione non dovrebbe, pertanto, essere proseguito.

2. Valutazione

56. La seconda questione mira stabilire se la disciplina dell'art. 42 BVergG possa essere considerata, in forza di un rinvio contenuto nel bando, come fissazione dei requisiti minimi ai sensi dell'art. 19 della direttiva, qualora non venga indicato in base a quali parametri di confronto sarà esaminata l'equivalenza della prestazione. Tale questione presenta due aspetti parziali: il primo, se il rinvio ad una disposizione nazionale sia sufficiente a soddisfare l'obbligo di trasparenza, il secondo, se la disciplina contenuta nell'art. 42, n. 4, del BVergG possa essere considerata quale requisito minimo ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37.

57. La terza questione è volta a stabilire se l'art. 30 della direttiva osti ad una norma nazionale che subordina l'accettazione di una variante al criterio dell'offerta di una prestazione equivalente, qualora questo criterio non venga nominato nel bando, ma derivi soltanto da una disposizione cui il bando rinvia. Anche qui si pone il

problema della compatibilità di tale modo di procedere con il principio di trasparenza. In tal modo essa si interseca con la seconda questione. In primo luogo si devono pertanto discutere gli aspetti che toccano il principio di trasparenza.

58. Nelle sentenze Beentjes e Commissione/Francia la Corte ha dichiarato che le autorità aggiudicatrici che si basano per il conferimento degli appalti su diversi criteri, allo scopo di attribuire l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute ad indicare questi criteri o nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Un generico rinvio ad una norma nazionale non potrebbe soddisfare questa esigenza di pubblicità²⁴.

59. Queste pronunce, intervenute in relazione all'art. 30 della direttiva 93/37, si basano sui principi della trasparenza e della parità di trattamento. Entrambi sono principi portanti in materia di appalti pubblici e sono sottesi anche alla direttiva 93/37, come si deduce dal suo decimo ed undicesimo 'considerando'. Entrambi i principi devono pertanto essere tenuti presenti allo stesso modo nel contesto dell'interpretazione dell'art. 19 della direttiva. Conseguentemente, anche per l'indicazione delle condizioni minime, non è sufficiente un generico rinvio ad una disposizione nazionale.

²⁴ — Sentenze Beentjes (cit. alla nota 5, punto 35) e Commissione/Francia (cit. alla nota 6, punto 73).

60. Si propone pertanto di risolvere la seconda e la terza questione nel modo seguente: il rinvio ad una norma nazionale non è sufficiente né alla fissazione dei requisiti minimi ai sensi dell'art. 19, né a stabilire i criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 30 della direttiva 93/37.

aggiudicatrice è in via di principio libera di scegliere se ammettere varianti o no. Il fatto che essa non ne ammetta deve essere indicato espressamente nel bando di gara, conformemente a quanto disposto nell'art. 19, secondo comma, seconda frase, della direttiva 93/37. Se sono ammesse varianti, è superflua la corrispondente indicazione nel bando²⁵.

61. Con questo risulta superflua, a ben vedere, la soluzione della seconda parte della seconda questione, cioè in che misura la disciplina contenuta nell'art. 42, n. 4 del BVergG possa essere considerata requisito minimo. Soltanto in subordine, per il caso in cui la Corte adotti un'altra concezione per quanto riguarda l'obbligo della pubblicità, si deve prendere posizione su tale questione.

64. Come deriva dall'art. 19, secondo comma, prima frase, della direttiva, l'autorità aggiudicatrice deve, per il caso che vengano ammesse varianti, menzionare nel bando di gara le condizioni minime che esse devono soddisfare²⁶. Tale obbligo deriva dall'uso dell'indicativo [«menzionano (...) le condizioni minime»]. Se fosse stato nella discrezionalità del committente stabilire o no in questo caso condizioni minime, sarebbe stato ovvio utilizzare la formulazione «possono (...) menzionare condizioni minime».

62. Il concetto di requisito minimo ai sensi dell'art. 19 non viene definito nella direttiva. Come già esposto nell'ambito dell'analisi della prima questione, il committente, in occasione della fissazione dei requisiti minimi, dispone di un potere discrezionale. Tali requisiti concernono caratteristiche o risultati, che contraddistinguono la prestazione richiesta nel bando ed ai quali deve corrispondere la prestazione offerta.

65. Questa interpretazione letterale corrisponde anche alla ratio della disciplina. Se sono ammesse varianti, gli offerenti devono sapere secondo quali criteri le loro proposte vengono valutate dall'autorità aggiudicatrice. La valutazione avviene sulla scorta di

63. Come già discusso in occasione dell'analisi della prima questione, l'autorità

25 — V. quanto esposto nella Guida per gli appalti di lavori pubblici (cit. alla nota 22, pag. 53, punto 6.4.1).

26 — V. quanto esposto nella Guida per gli appalti di lavori pubblici (cit. alla nota 22, pag. 53, punto 6.4.1).

requisiti minimi, con cui si concretizzano le aspettative del committente in relazione alla prestazione da esso richiesta nel bando. Soltanto se le proposte di variante corrispondono a questi requisiti stabiliti ex ante — principio della parità di trattamento — e resi noti nel bando — principio di trasparenza — le offerte presentate come varianti sono ammissibili²⁷. Un bando che, in assenza di esclusione espressa, ammette varianti, ma non stabilisce requisiti minimi, non corrisponde pertanto a quanto prescritto dalla direttiva 93/37.

66. L'obiezione secondo cui sarebbe in pratica impossibile indicare ex ante tutti i criteri, in quanto non si saprebbe per quali punti potrebbero essere presentate alternative, dev'essere pertanto respinta. Il committente sarà in grado di formulare le sue aspettative in ordine alla prestazione richiesta nel bando e di effettuare descrizioni della prestazione contenute nei singoli punti, come ad esempio la portata di un ponte o la capacità di carico e la durata di un fondo stradale. In un bando di lavori di costruzione potrebbe soprattutto essere necessario descrivere il risultato atteso dal committente. Se l'offerta garantisca questo risultato va accertato, sia nel caso di proposte conformi al bando che nel caso di varianti, sulla scorta di criteri obiettivi, che vanno resi noti agli offerenti nel bando. È privo di rilievo che qui si tratti di criteri

di ammissibilità, come nell'ambito dell'art. 19 della direttiva 93/37, o di criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 30 della stessa. I principi della par condicio degli offerenti e della trasparenza sono validi per entrambe le disposizioni.

67. La disciplina stabilita dall'art. 42, n. 4, BVergG esige che la prestazione offerta con la variante sia equivalente alla prestazione richiesta nel bando. Questo criterio non si riferisce alle proprietà od al risultato che caratterizzano la prestazione oggetto del bando. Si tratta piuttosto della valutazione della prestazione offerta rispetto alla prestazione oggetto del bando.

68. Il criterio di equivalenza si ritrova all'art. 19, primo comma, in fine, dove si dice che le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti «(...) quando tali varianti soddisfano i requisiti minimi da esse prescritti». La proposta della Commissione del 1986 recitava: «Esse [le varianti] devono essere prese in considerazione quando sono almeno equivalenti per qualità a quanto prescritto»²⁸. Questa formulazione, che già aveva subito modifiche a vantaggio della stesura attuale nel procedimento di approvazione della direttiva 89/440, corrisponde ampiamente alla formulazione dell'art. 42, n. 4, BVergG. In esso si dichiara che una variante è ammissibile soltanto se «(...) viene contestualmente garantita una prestazione equivalente da un punto di vista qualitativo».

27 — Sentenze in causa Commissione/Danimarca (cit. alla nota 9, punti 37-40) e 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC (Racc. pag. I-7725, punti 40 e segg.).

28 — COM (86) 679, def. (cit. alla nota 12), pag. 23, art. 20 bis, n. 3.

69. Da queste differenti formulazioni deriva che il criterio di equivalenza non può costituire «requisito minimo» ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37. Esso è piuttosto il risultato che la variante deve raggiungere. Se il risultato sia stato raggiunto deve essere verificato sulla scorta dei requisiti minimi con cui il committente ha caratterizzato le sue aspettative relative alla prestazione oggetto del bando. L'equivalenza non rappresenta per sé sola un metro di giudizio, ma descrive soltanto il livello che deve essere raggiunto con la variante.

70. Pertanto, qualora la Corte lo ritenga ancora necessario, si propone di fornire a questo aspetto parziale della seconda questione la seguente risposta: Il criterio dell'equivalenza richiesto per la valutazione dell'ammissibilità di una variante non costituisce requisito minimo stabilito dal committente ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37.

D — *La quarta e la quinta questione*

1. Argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni

71. L'ASFINAG ed il governo austriaco sono del parere che le questioni 4 e 5 siano

inammissibili in quanto ipotetiche. L'appalto che costituisce oggetto del procedimento principale sarebbe stato nel frattempo aggiudicato ed i lavori eseguiti. Il giudice del rinvio dovrebbe ancora decidere soltanto se l'esclusione della variante sia stata legittima.

72. In subordine, in merito alla questione 4a, essi sono del parere che il procedimento possa essere condotto a termine. L'ASFINAG richiama a questo scopo l'art. 2 della direttiva 89/665²⁹. Il governo austriaco si riferisce al fatto che non esiste un obbligo di aggiudicare l'appalto³⁰ e ne desume, a contrario, che l'autorità aggiudicatrice possa tuttavia portare a termine il procedimento.

73. La Traunfellner e la Commissione sostengono invece, in merito alla questione 4a, che l'autorità aggiudicatrice non può condurre a termine il procedimento di aggiudicazione, ma deve pubblicare un nuovo bando di gara, ove la gara non si sia svolta in modo conforme al diritto comunitario. L'ammissione di varianti dovrebbe essere preclusa soltanto in presenza di presupposti determinati restrittivamente.

²⁹ — Cit. alla nota 16.

³⁰ — Esso si riferisce alla sentenza Metalmeccanica (cit. alla nota 10).

74. Per quanto riguarda la questione 4b la Traunfellner afferma che, se il committente ha ammesso varianti, egli deve allora anche ammettere una valutazione dell'equivalenza. Considerata l'ampia possibilità di presentare proposte di variante risulterebbe inopportuno che l'autorità aggiudicatrice le respingesse senza averle esaminate. Anche l'ASFINAG sostiene, in subordine, questo risultato.

75. Con riferimento alle questioni 4b e 5 la Commissione è al contrario dell'avviso che le varianti siano da respingere qualora non siano stati stabiliti criteri di aggiudicazione per la valutazione delle differenze tecniche.

76. La Traunfellner sostiene, con riguardo alla questione 5, che l'obbligo di accettare l'offerta con il prezzo più basso sarebbe inconciliabile con la ratio della direttiva. Nel giudizio a quo, data l'equivalenza della proposta di variante presentata, si potrebbero anche valutare le differenze tecniche. Del resto la costruzione di strade sarebbe un settore ben elaborato a livello empirico, per cui non sarebbe necessaria l'indicazione di criteri di aggiudicazione per la valutazione dell'equivalenza tecnica da punto di vista funzionale.

2. Valutazione

77. Secondo costante giurisprudenza, in via di principio spetta esclusivamente al giu-

dice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire³¹.

78. Tuttavia la Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza. Essa può pertanto rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale, qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica o quando essa non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte³².

79. Come l'ASFINAG ed il governo austriaco giustamente rilevano, le questioni

31 — Sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman* (Racc. pag. I-4921, punto 59) e sentenze *Preussen Elektra* (cit. alla nota 15, punto 38), nonché *Canal Satélite Digital* (cit. alla nota 15, punto 18).

32 — Confronta la giurisprudenza cit. alla nota 15.

4a) e b) nonché 5) non hanno più ragion d'essere nel procedimento principale. Secondo quanto esposto dallo stesso giudice del rinvio, l'appalto per i lavori di costruzione dei ponti e della strada è già stato attribuito ed i lavori sono già stati eseguiti. Il Bundesvergabeamt deve pertanto ora soltanto decidere se fosse legittima o no l'esclusione della variante della Traunfellner disposta nel corso del procedimento di aggiudicazione. Nel giudizio a quo non vi è più bisogno di decidere se, ed eventualmente come, il procedimento di aggiudicazione sia da proseguire. È chiaro che, di conseguenza, le questioni 4) e 5) non hanno più alcuna relazione con l'oggetto del procedimento principale e risultano essere di natura ipotetica. Per costante giurisprudenza, tali questioni non vanno risolte³³.

80. In subordine, nell'eventualità che la Corte ritenga ricevibili tali questioni, si propone di risolverle nel modo seguente.

81. Questione 4a): il procedimento di aggiudicazione che non specifichi nel bando di gara in base a quali concreti parametri debba essere esaminata l'equivalenza, non può essere condotto a termine con l'aggiudicazione dell'appalto. Ai sensi dell'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, nel bando di gara devono essere indicati tutti i criteri di aggiudicazione di cui il committente prevede l'impiego. Come già indicato a proposito delle questioni 2 e 3, costitui-

scono fondamento di questa norma i principi di trasparenza e di parità di trattamento. L'utilizzo di criteri di aggiudicazione non resi noti col bando di gara, nel proseguimento del procedimento di aggiudicazione, violerebbe questi principi. A questo risultato perviene anche l'avvocato generale Mischo nelle sue conclusioni 27 febbraio 2003 nella causa EVN AG e Wienstrom GmbH³⁴.

82. Questione 4b): tale questione si pone soltanto nel caso in cui il procedimento di aggiudicazione possa essere ultimato. La sua risoluzione risulta superflua alla luce delle considerazioni che precedono. Soltanto per completezza si rileva che le varianti non possono essere valutate se nel bando non sono stati resi noti i criteri per la valutazione. Qualora venissero valutate, tuttavia, sussisterebbe una violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

83. Questione 5): se il committente ha deciso di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, non può poi nel corso del procedimento modificare questa decisione a vantaggio di un'aggiudicazione in base al criterio del prezzo più basso. Il cambiamento dei criteri di aggiudicazione nel corso di un procedimento di aggiudicazione viola il principio di trasparenza³⁵. Di conseguenza non può essere accettata una proposta di variante, le cui

33 — Sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia (Racc. pag. 3045, punti 18-21), 16 luglio 1992, causa C-83/91, Meilicke (Racc. pag. I-4871, punto 25), nonché 21 gennaio 2003, causa C-318/00, Bacardi (Racc. pag. I-905, punto 43).

34 — Causa C-448/01, (sentenza 4 dicembre 2003, non ancora pubblicata nella Raccolta, paragrafi 122 e segg.).

35 — Sentenze SIAC (cit. alla nota 27, punto 43) e Commissione/Belgio (cit. alla nota 5, punti 88 e segg.).

differenze tecniche rispetto al bando, a causa della mancanza di corrispondenti disposizioni nel bando stesso, non possono essere valutate attraverso criteri di aggiudicazione, qualora essa sia l'offerta meno cara e non siano stati posti altri criteri di aggiudicazione. Qualora si effettui l'aggiu-

dicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, devono essere indicati i criteri di aggiudicazione di cui si prevede l'impiego, ai sensi dell'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37. È illegittimo il bando che non soddisfa questo presupposto.

VI — Conclusione

84. Sulla base delle considerazioni che precedono si propone,

1) di dichiarare irricevibili le questioni 1, 4 e 5 e

2) di risolvere le questioni 2 e 3 nel modo seguente:

Il rinvio ad una norma nazionale non è sufficiente né a stabilire i requisiti minimi ai sensi dell'art. 19, né a stabilire i criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 30 della direttiva 93/37.

Il criterio di equivalenza prescritto per la valutazione dell'ammissibilità di una variante non è requisito minimo stabilito dall'autorità aggiudicatrice ai sensi dell'art. 19 della direttiva 93/37.