

Corte di giustizia europea, Sez. II, 24/11/2005 n. C-331/2004

Sull'interpretazione degli artt. 36 della dirett. 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e 34 della dirett. 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia.

L'art. 36 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e l'art. 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;
- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

24 novembre 2005 (*)

«Appalti pubblici di servizi – Direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE – Criteri di aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – Rispetto dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara – Determinazione di sottocriteri per uno dei criteri di aggiudicazione nel capitolato d'oneri o nel bando di gara – Decisione che prevede una ponderazione – Principi di parità di trattamento dei concorrenti e di trasparenza»

Nel procedimento C-331/04,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Consiglio di Stato con ordinanza 6 aprile 2004, pervenuta in cancelleria il 29 luglio 2004, nella causa

ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc,
EAC Srl,
Viaggi di Maio Snc

contro

ACTV Venezia SpA,
Provincia di Venezia,
Comune di Venezia,

con l'intervento di:

ATI La Linea SpA-CSSA,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dai sigg. C. Gulmann (relatore), R. Schintgen, G. Arestis e J. Klucka, giudici,
avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer
cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale
vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 7 luglio 2005,
considerate le osservazioni presentate:

- per l’ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, l’EAC Srl e la Viaggi di Maio Snc, dall’avv. L. Visone;
- per l’ACTV Venezia SpA, dagli avv.ti A. Bianchini ed E. Romanelli;
- per l’ATI La Linea SpA-CSSA, dagli avv.ti P. Zanardi e G. Fiore;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalle sig.re H. G. Sevenster e C.M. Wissels, nonché dal sig. D.J.M. de Grave, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dalla sig.ra D. Recchia e dal sig. X. Lewis, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza dell’8 settembre 2005,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l’interpretazione degli artt. 36 della 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), e 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

2 Tale domanda è stata sollevata nell’ambito di una controversia tra l’ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, l’EAC Srl e la Viaggi di Maio Snc, da un lato, e l’ACTV Venezia SpA (in prosieguo: l’«ACTV»), la Provincia di Venezia e il Comune di Venezia, dall’altro, in merito all’aggiudicazione di un appalto di servizi pubblici di trasporto di persone.

Contesto normativo

3 L’art. 36 della direttiva 92/50, intitolato «Criteri di aggiudicazione per gli appalti», così dispone:

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

a) qualora l’appalto sia aggiudicato all’offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all’appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo;

b) (...).

2. Qualora l’appalto sia aggiudicato all’offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d’oneri o nel bando di gara, i criteri d’aggiudicazione di cui esse prevedono l’applicazione, possibilmente nell’ordine decrescente dell’importanza che è loro attribuita».

4 L'art. 34 della direttiva 93/38 dispone quanto segue:

«1. (...) I criteri sui quali gli enti aggiudicatori si fondano per assegnare gli appalti sono:

- a) l'offerta economicamente più vantaggiosa, il che comprende diversi elementi di valutazione variabili secondo l'appalto di cui trattasi: per esempio, il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo; oppure
- b) (...).

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera a), gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

Controversia principale e questioni pregiudiziali

5 Il 6 aprile 2002 l'ACTV ha fatto pubblicare nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee un bando relativo ad un appalto pubblico di trasporto di persone, comprendente tre lotti. La controversia principale riguarda il lotto n. 1, relativo al servizio urbano della città di Mestre per il periodo compreso tra il 16 giugno 2002 e il 31 dicembre 2003.

6 In tale bando di gara, alla voce «Criteri di aggiudicazione», era indicato che l'ACTV aveva deciso di aggiudicare l'appalto al concorrente che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

7 Le ricorrenti nella causa principale hanno chiesto di partecipare al procedimento di aggiudicazione. Con lettera 7 maggio 2002 l'ACTV le ha invitate a presentare offerte per il lotto n. 1. Il disciplinare di gara, allegato a tale invito, prevedeva i quattro criteri di aggiudicazione seguenti, in base ai quali doveva essere determinata l'offerta economicamente più vantaggiosa:

«1) Prezzo al chilometro per i servizi indicati negli allegati A, B e C del capitolato:

– max 60 punti attribuiti mediante la relazione (...)

2) prezzo al chilometro per servizi aggiuntivi a quelli degli allegati A, B e C del capitolato:

– max 10 punti attribuiti mediante la relazione (...)

3) modalità organizzative e strutture di supporto utilizzate per l'esecuzione del servizio, desumibili dal documento di cui al punto 3.10 n. 6 del presente disciplinare:

– max 25 punti, attribuiti da ACTV a suo insindacabile giudizio;

4) possesso di certificazione di qualità (...): 5 punti».

8 Per quanto riguarda il terzo di questi quattro criteri di aggiudicazione dell'appalto, il disciplinare di gara prevedeva, al punto 3.10 n. 6, che l'offerta dovesse contenere una relazione descrittiva dell'organizzazione e delle strutture logistiche e di supporto che sarebbero state utilizzate nella gestione dei servizi oggetto del contratto in caso di aggiudicazione; la detta relazione avrebbe dovuto contenere obbligatoriamente almeno le seguenti indicazioni:

– «depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della Provincia di Venezia (...);

– modalità di controllo del servizio erogato e n° di addetti al controllo del servizio stesso;

– n° conducenti di linea e tipo patente posseduta;

– n° sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della Provincia di Venezia (...);

– n° addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida».

9 In seguito, il 29 maggio 2002, ossia dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e prima dell'apertura delle buste, al momento in cui essa disponeva già di una lista che indicava i nomi delle tre imprese che avevano presentato offerte per il lotto oggetto della causa principale, la

commissione aggiudicatrice, nel verbale n. 1, ha ponderato i 25 punti che potevano essere attribuiti per il detto terzo criterio, suddividendoli tra cinque sottocriteri corrispondenti a ciascuna delle indicazioni che dovevano essere menzionate nella relazione allegata all'offerta presentata dai concorrenti. I punti che potevano essere attribuiti per ciascuno di tali sottocriteri sono stati ripartiti nel modo seguente: 8, 7 e 6 punti, rispettivamente, per il primo, il secondo e il terzo sottocriterio e 2 punti ciascuno per il quarto e il quinto sottocriterio.

10 Il 30 maggio 2002, dopo aver escluso una delle tre offerte presentate, la commissione aggiudicatrice ha effettuato la valutazione di quelle provenienti dalle ricorrenti nella causa principale e dall'ATI La Linea SpA-CSSA (in prosieguo: l'«ATI La Linea»). Quest'ultima si è aggiudicata l'appalto con 86,53 punti, mentre le ricorrenti nella causa principale hanno ottenuto 83,50 punti.

11 Ritenendo che l'ATI La Linea fosse riuscita ad aggiudicarsi l'appalto soltanto grazie alla ripartizione a posteriori del numero di punti che potevano essere attribuiti per il terzo criterio, le ricorrenti nella causa principale hanno impugnato le misure e le decisioni adottate dalla commissione aggiudicatrice dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale sulla base, tra l'altro, di censure vertenti su una violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50.

12 Il Tribunale Amministrativo Regionale ha respinto il ricorso così proposto affermando, in particolare, che i criteri di aggiudicazione e gli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto oggetto della causa principale erano indicati nel disciplinare di gara.

13 Le ricorrenti nella causa principale si sono appellate contro tale decisione dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia legittimo interpretare tali disposizioni [l'art. 36 della direttiva 92/50 e l'art. 34 della direttiva 93/38] come contenenti norme elastiche che permettono alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'onori, consentendo poi, alla Commissione di gara, l'eventuale specificazione e/o integrazione di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale specificazione e/o integrazione avvenga prima della apertura dei plichi contenenti le offerte e non risulti innovativa dei criteri predeterminati dal bando o se, invece, detta norma debba essere interpretata come norma rigida, che impone alla stazione appaltante di determinare analiticamente i criteri di aggiudicazione nel bando o nel capitolato d'onori, e comunque prima della prequalificazione o dell'invito, ed esclude che la Commissione di gara possa in qualsiasi modo intervenire specificando e/o integrando i predetti criteri, o costruendo sotto-voci o sub-punteggi, in quanto ogni indicazione dei criteri di aggiudicazione, per ragioni di trasparenza, deve essere contenuta nel bando o nel capitolato d'onori. Se sia legittimo, in definitiva, alla luce del diritto comunitario, l'orientamento interpretativo tradizionale maturato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato volto ad ammettere l'intervento integrativo dei criteri, da parte della Commissione di gara prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte.

2) Se sia legittimo, alla luce di tale norma interpretata elasticamente alla luce dell'avverbio "possibilmente", per la stazione appaltante emanare un disciplinare di gara che in relazione ad un criterio di aggiudicazione (nella specie modalità organizzative e di supporto) preveda l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, con riferimento [ad] una serie complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione risultando in tal senso, in parte, indeterminato o se comunque la norma imponga una tassatività di massima nella formulazione dei criteri non compatibile con la mancata graduazione degli stessi nel bando e se, in caso di legittimità della previsione, per effetto della ritenuta elasticità della norma e della non obbligatorietà della

graduazione di tutti gli elementi, a fronte di essa, in mancanza di un espresso conferimento di poteri alla Commissione da parte del bando, possa ammettersi l'intervento integrativo-specificativo della Commissione (risoltosi semplicemente nell'attribuire rilevanza autonoma e peso relativo ad ogni singolo elemento che il bando voleva valutare attribuendo complessivamente massimo 25 punti) o se, invece, debba farsi applicazione letterale del disciplinare di gara, attribuendo il punteggio con valutazione unitaria dei vari e complessi elementi considerati dalla *lex specialis*.

3) Se comunque sia legittimo alla luce di tale disposizione riconoscere in via generale alla Commissione di gara che deve valutare le offerte, indipendentemente dalle modalità di formulazione del bando, nel procedimento di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, ma solo a fronte della complessità degli elementi da valutare, un potere di autolimitare, in via generale, la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando, e se tale potere della Commissione possa essere esercitato costruendo sotto-voci, sub-punteggi, o semplicemente dettando criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando o dal capitolato d'oneri naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste».

Sulla domanda di riapertura della fase orale

14 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 19 settembre 2005, l'ACTV ha chiesto alla Corte di ordinare la riapertura della fase orale, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura.

15 A sostegno della sua domanda, l'ACTV ha fatto valere essenzialmente che, nelle sue conclusioni, l'avvocato generale non aveva risolto le questioni principali sollevate dal giudice del rinvio. Per tale ragione e al fine di una buona comprensione delle questioni pregiudiziali alla luce della specificità della controversia principale, essa chiedeva di poter presentare nuove osservazioni.

16 A questo proposito si deve ricordare che la Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale, ovvero su domanda delle parti, ordinare la riapertura della fase orale, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura, qualora ritenga di non avere sufficienti chiarimenti o che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti (v. ordinanza 4 febbraio 2000, causa C-17/98, Emesa Sugar, Racc. pag. I-665, punto 18, e sentenza 30 marzo 2004, causa C-147/02, Alabaster, Racc. pag. I-3101, punto 35).

17 Nella fattispecie, la Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene di disporre di tutti gli elementi necessari per risolvere le questioni sollevate e che tali elementi siano stati dibattuti dinanzi ad essa. Di conseguenza, la domanda di riapertura della fase orale dev'essere respinta.

Sulle questioni pregiudiziali

18 In via preliminare occorre rilevare, come ha fatto il giudice del rinvio, che con la decisione oggetto della causa principale la commissione aggiudicatrice ha semplicemente determinato il modo in cui i 25 punti previsti per il terzo criterio di aggiudicazione dovessero essere ripartiti tra i cinque sottocriteri già definiti nel disciplinare di gara.

19 Alla luce di ciò, le questioni pregiudiziali devono essere intese come vertenti, sostanzialmente, sulla questione se gli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 debbano essere interpretati nel senso che il diritto comunitario osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara.

20 Occorre anzitutto rilevare, come ha osservato giustamente il governo austriaco, che le disposizioni degli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 non possono essere applicate contemporaneamente alla stessa fattispecie. Tuttavia, le disposizioni oggetto delle questioni pregiudiziali sono formulate in maniera sostanzialmente identica e devono essere interpretate allo stesso modo (v. sentenza 17 settembre 2002, causa C-13/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punto 91). Di conseguenza, la Corte può fornire una risposta utile alla questione quale riformulata, senza dover necessariamente pronunciarsi su quale di queste due direttive sia applicabile nella causa principale.

21 Occorre poi ricordare che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara e devono rispettare, in particolare, i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in tal senso, sentenza Concordia Bus Finland, citata, punto 64).

22 Nel contesto della causa in esame si deve rilevare, in particolare, che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (v. sentenza Concordia Bus Finland, citata, punto 81) e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate (v. sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punto 34).

23 Occorre inoltre ricordare che, conformemente agli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38, tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata (v. sentenza Concordia Bus Finland, citata, punto 62).

24 Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte (v., in tal senso, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punto 88, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 98).

25 Infine, spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di tali norme e principi, se nella causa principale la commissione aggiudicatrice abbia violato il diritto comunitario prevedendo una ponderazione dei vari subelementi del terzo criterio di aggiudicazione dell'appalto.

26 A tale proposito occorre in primo luogo verificare se, tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti della causa principale, la decisione che prevede tale ponderazione modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onere o nel bando di gara.

27 Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

28 In secondo luogo, occorre valutare se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

29 Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

30 In terzo luogo, occorre verificare se la commissione aggiudicatrice abbia adottato la decisione che prevede una ponderazione tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

31 Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

32 Pertanto, occorre risolvere le questioni pregiudiziali dichiarando che gli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;
- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

Sulle spese

33 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

L'art. 36 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e l'art. 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;
- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.