

AVVISO IMPORTANTE: Le informazioni contenute in questo sito sono soggette ad una Clausola di esclusione della responsabilità e ad un avviso relativo al Copyright.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 9 luglio 2009 ¹(1)

Causa C-199/07

**Commissione delle Comunità europee
contro
Repubblica ellenica**

«Ricorso per inadempimento – Appalto pubblico – 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 – Criteri di esclusione dei candidati»

1. Nel caso di specie, che riguarda una particolare procedura di appalto per servizi progettuali e di consulenza, organizzata dall'amministrazione ferroviaria greca, la Commissione sostiene che la Repubblica ellenica abbia violato i propri obblighi ai sensi della direttiva del Consiglio 93/38/CEE (in prosieguo: «la direttiva») (2), il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 CE, l'art. 49 CE che garantisce la libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità, nonché il principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali.

Normativa comunitaria pertinente

2. L'art. 12 CE vieta la discriminazione in base alla nazionalità.

3. L'art. 49 CE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi nei confronti dei cittadini stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

La direttiva

4. La direttiva coordina le procedure di appalto degli enti che sono autorità pubbliche o imprese pubbliche (3) erogatrici di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

5. La direttiva prevede i seguenti tre tipi di procedure:

- «procedure aperte», in cui ogni fornitore o imprenditore o prestatore di servizi interessato può presentare un'offerta;
- «procedure ristrette», in cui soltanto i candidati invitati dall'ente aggiudicatore possono presentare un'offerta;
- «procedure negoziate», in cui l'ente aggiudicatore consulta i fornitori, gli imprenditori o i prestatori di servizi di propria scelta e negozia le condizioni dell'appalto con uno o più di essi (4).

6. I «concorsi di progettazione» sono definiti come le procedure nazionali che permettono all'ente aggiudicatore di acquisire un piano o un progetto selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara (5).

7. L'art. 4, n. 1, prevede che nell'organizzare, tra l'altro, concorsi di progettazione, gli enti aggiudicatori applichino procedure adeguate alle disposizioni della direttiva. L'art. 4, n. 2, stabilisce che: «[g]li enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi».

8. Gli appalti aggiudicati dagli enti che svolgono attività nel settore dei trasporti il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a EUR 400 000 per gli appalti di forniture e di servizi, o a EUR 5 000 000 per gli appalti di lavori, ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva (6).

9. Gli artt. 30-38 (Titolo V della direttiva) riguardano gli aspetti relativi alla qualificazione, alla selezione e all'aggiudicazione di una procedura di appalto. L'art. 31 così recita:

«1. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati a una procedura di appalto ristretta o negoziata devono seguire a tal fine i criteri e le norme obiettivi da essi definiti che sono a disposizione dei fornitori, imprenditori o prestatori di servizi interessati.

2. I criteri utilizzati possono comprendere quelli di esclusione elencati all'articolo 23 della direttiva 71/305/CEE e all'articolo 20 della direttiva 77/62/CEE (7).

3. I criteri possono essere basati sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello giustificato dalla necessità di equilibrio tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi richiesti dalla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti deve tener conto tuttavia dell'esigenza di garantire una concorrenza sufficiente».

10. I criteri sui quali gli enti aggiudicatori devono fondare l'assegnazione degli appalti sono definiti all'art. 34, i cui paragrafi pertinenti così recitano:

«1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, 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) unicamente il prezzo più basso.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera a), gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'onori 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».

Direttiva 92/13/CEE

11. La direttiva del Consiglio 92/13/CEE (8) impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace in quanto tali decisioni abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto (9). L'art. 2, n. 6, della direttiva 92/13/CEE prevede:

«[g]li 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, fatto salvo il 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».

Fatti del ricorso per inadempimento

La gara controversa

12. I seguenti fatti non sono contestati.

13. Con avviso pubblicato il 24 ottobre 2003 sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* veniva bandita una gara d'appalto per vari servizi tecnici e di progettazione ad essi connessi nell'ambito dello sviluppo del complesso del Thriasio Pedio nella periferia di Atene (in prosieguo: «la gara controversa»). Detta gara veniva definita come procedura aperta. L'amministrazione aggiudicatrice era la ERGA OSE AE.

14. La ERGA OSE AE è un'autorità pubblica che fornisce pubblici servizi nel settore del trasporto ferroviario. Il valore stimato dell'appalto di cui è stato pubblicato il bando della gara controversa ammontava a EUR 3 240 000, ben oltre le soglie indicate dall'art. 14, n. 1, lett. c), della direttiva.

15. Il bando della gara controversa veniva pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nel rispetto dei requisiti previsti dalla normativa nazionale in vigore all'epoca, ossia la legge 716/1977 (10).

16. La Sezione III del bando di gara contiene le informazioni legali, economiche, finanziarie e tecniche che il candidato era tenuto a fornire. Le condizioni pertinenti previste sono di seguito riportate:

«(...)

2.1) Le informazioni relative alla posizione individuale dei (...) fornitori di servizi e le formalità necessarie per valutare la loro capacità tecnica ed economica minima:

2.1.3) Capacità tecnica – Giustificazioni richieste: A. Le manifestazioni di interesse saranno accettate se presentate da

a) società di consulenza greche iscritte nel corrispondente registro nazionale e in possesso di un certificato:

(...)

b) società di consulenza straniera, costituite ai sensi delle leggi di uno Stato membro dell'Unione europea o del SEE e che hanno la propria amministrazione centrale, il proprio luogo principale di attività o la sede legale all'interno dell'Unione europea o del SEE (...). I consulenti stranieri devono essere in possesso delle qualifiche formali e sostanziali per ogni categoria di studio, corrispondenti a quelli imposti ai consulenti greci iscritti nell'apposito registro nazionale, e le società di consulenza devono disporre di personale per ogni categoria di studio, corrispondente al personale delle società di consulenza greche.

Si sottolinea che non saranno accettate le società di consulenza/i consulenti che abbiano manifestato il loro interesse alla gara della ERGA OSE AE nei sei mesi precedenti la data della loro manifestazione di interesse alla presente gara e che abbiano dichiarato di essere in possesso di qualifiche corrispondenti alle categorie di certificati diversi da quelli richiesti in questa sede» (11).

17. La Sezione IV del bando controverso riguarda gli aspetti procedurali della gara.

«1) Tipo di procedura: aperta

(...)

2) Criteri di aggiudicazione:

l'offerta economicamente più vantaggiosa, in conformità ai seguenti criteri (...):

In applicazione dell'art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38/CEE, l'appalto verrà assegnato sulla base dei seguenti criteri:

1. esperienza generica e specifica, in particolare lavoro di progettazione su progetti analoghi da

parte di società di consulenza o consulenti e rispettivo personale scientifico;

2. effettiva capacità di eseguire uno studio nei termini previsti congiuntamente agli obblighi assunti per l'esecuzione di altri studi e il personale scientifico e operativo specifico proposto per l'effettuazione dello studio in questione, nonché le attrezzature connesse all'oggetto dello studio (...).

18. È pacifico che il riferimento alle categorie di qualifiche di cui alla clausola III 2.1.3.b (in prosieguo: «la clausola controversa») rifletta il fatto che la Grecia applichi un sistema di classificazione dei tecnici secondo cui essi sono raggruppati in categorie a seconda della durata, del livello e della difficoltà dei rispettivi studi e che detto sistema classifichi, altresì, gli studi tecnici in categorie a seconda delle classificazioni a cui fanno capo i propri tecnici. Non esisteva un sistema di classificazione corrispondente per le società di consulenza e per i consulenti stranieri. Tali società, pertanto, non erano tenute a iscriversi in tal modo.

Procedimento precontenzioso

19. Nel corso del 2004 la Commissione riceveva due denunce da una società che affermava di non aver presentato domanda di partecipazione alla gara controversa in quanto si considerava necessariamente esclusa per il fatto di essere una società straniera e per aver partecipato a una gara con la stessa amministrazione aggiudicatrice meno di sei mesi prima della suddetta gara controversa, con una classificazione diversa da quella richiesta per la gara controversa.

20. In occasione dell'esame di tale denuncia, la Commissione ha sostenuto che il criterio presente nella clausola controversa del bando di gara (i) introduceva un motivo di esclusione ultroneo rispetto a quelli tassativamente elencati all'art. 31, n. 2, della direttiva 93/38 e (ii) discriminava le società di consulenza o i consulenti stranieri, violando, con ciò, gli obblighi delle autorità greche ai sensi del diritto comunitario.

21. Il 28 giugno 2005 la Commissione inviava una lettera alle autorità greche con la quale procedeva all'istruzione della denuncia. Le autorità greche rispondevano in data 22 luglio 2005.

22. La Commissione, non soddisfatta della risposta ottenuta, il 18 ottobre 2005 inviava alla Repubblica ellenica una lettera formale di diffida.

23. Le autorità greche replicavano il 14 dicembre 2005 sottolineando che la clausola controversa non richiedeva l'iscrizione di società straniere ma, al contrario, forniva semplicemente un mezzo per provarne l'esperienza. Le autorità greche sostenevano che la ERGA OSE AE non aveva di fatto escluso una società straniera sulla base di detta clausola.

24. La Commissione riteneva inadeguata la risposta fornita dalle autorità greche e, pertanto, il 4 luglio 2006 emetteva un parere motivato. Essa concludeva che la clausola controversa era in contrasto con la direttiva, con il principio del reciproco riconoscimento dei diplomi e con il principio della parità di trattamento e che tale disposizione non operava alcuna distinzione tra i criteri di selezione e i criteri di aggiudicazione, che costituisce un obbligo giuridico in questo settore.

25. Il 30 giugno 2006 le autorità greche rispondevano facendo valere che (i) la legge nazionale su cui si fondava il bando (legge 716/1977) era stata modificata, così che un'azione per inadempimento sarebbe stata irricevibile; (ii) gli appalti erano già stati assegnati a terzi in buona fede e, pertanto, non avrebbero potuto essere annullati e (iii) che la clausola controversa non incideva in alcun modo sulla libera concorrenza.

26. La Commissione, non soddisfatta della risposta delle autorità greche al proprio parere motivato, avviava il presente procedimento per inadempimento.

Ricevibilità

27. Le autorità greche deducono l'irricevibilità del ricorso per tre motivi. In primo luogo, esse sostengono di aver ottemperato al parere motivato prima della data di scadenza. In secondo luogo, esse asseriscono che l'oggetto del ricorso della Commissione travalichi il contenuto delle censure mosse nel procedimento precontenzioso. In terzo luogo, esse sostengono che, per determinati motivi di ordine pratico, non è più possibile porre rimedio all'asserita violazione mediante annullamento degli appalti già conclusi in forza della procedura contestata (v. paragrafi 39-41, infra)

e per gli effetti di cui all'art. 2, n. 6, della direttiva 92/13.

28. Ritengo che il ricorso della Commissione sia ricevibile.

Ottemperanza al parere motivato

Argomenti delle parti

29. Le autorità greche fanno valere di aver ottemperato al parere motivato prima della relativa data di scadenza in quanto la legge 716/1977 era stata abrogata e sostituita dalla legge 3316/2005, la quale ha proscritto il ricorso a disposizioni come la clausola controversa e ha chiarito la distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione.

30. La Commissione replica specificando che l'oggetto del ricorso non è il contesto normativo nazionale e che, pertanto, l'abrogazione della legge 716/1977 è irrilevante ai fini del presente procedimento.

Analisi

31. Concordo con la Commissione.

32. Poiché il ricorso della Commissione si basa unicamente sulla gara controversa, l'abrogazione della legge 716/1977 non ha alcuna incidenza sulla sostanza del ricorso della Commissione e pertanto non può implicarne l'irricevibilità.

Oggetto del ricorso

Argomenti delle parti

33. Le autorità greche sostengono che l'oggetto del ricorso abbia travalicato le questioni sollevate nel procedimento precontenzioso sotto un duplice profilo. In primo luogo, esse affermano che la Commissione ha sollevato per la prima volta nel parere motivato, e non nella lettera formale di diffida, la censura secondo cui la Repubblica ellenica non avrebbe annullato la procedura di aggiudicazione. In secondo luogo, esse sostengono che la censura secondo cui la violazione del diritto comunitario deriverebbe da una costante prassi amministrativa sia stata sollevata per la prima volta nel ricorso della Commissione. La Repubblica ellenica ritiene, altresì, che il petitum del parere motivato sia vago e impreciso.

34. La Commissione precisa che l'oggetto del proprio ricorso è limitato alla gara controversa. Nella sua replica, la Commissione conferma espressamente che essa non imputa la violazione del diritto comunitario da parte delle autorità greche a una costante prassi amministrativa.

Analisi

35. Costituisce un principio consolidato il fatto che l'oggetto del ricorso proposto a norma dell'art. 226 CE sia definito dal procedimento precontenzioso e che, di conseguenza, il parere motivato della Commissione e il ricorso debbano fondarsi sugli stessi motivi (12).

36. A mio avviso, il governo greco non ha dimostrato che la Commissione abbia esteso l'oggetto del proprio ricorso oltre il contenuto del parere motivato. La Commissione non mira a ottenere una dichiarazione di annullamento della procedura di aggiudicazione da parte delle autorità greche, né essa sostiene che sussista una violazione degli obblighi comunitari a causa di una costante prassi amministrativa (13).

37. L'oggetto del ricorso è pertanto coerente con il procedimento precontenzioso.

38. I requisiti da soddisfare per proporre un ricorso ai sensi dell'art. 226 CE sono altresì consolidati nella giurisprudenza della Corte. In sostanza, il ricorso deve indicare l'oggetto della controversia ed esporre in maniera sommaria i motivi, tale indicazione dev'essere sufficientemente chiara e precisa per consentire alla parte convenuta di preparare la sua difesa e alla Corte di esercitare il suo controllo (14).

39. A mio avviso, il *petitum* del parere motivato elenca i motivi della denuncia della Commissione in maniera da consentire alle autorità greche di essere al corrente dell'avvio di un procedimento nei loro confronti. Non concordo, pertanto, con l'affermazione secondo cui il ricorso della Commissione sarebbe vago e impreciso.

Impossibilità di rimediare all'asserita violazione

Argomenti delle parti

40. Le autorità greche sostengono l'impossibilità di rimediare all'asserita violazione per motivi di diritto e di ordine pratico.

41. Per quanto riguarda i motivi di diritto, esse affermano che la gara controversa non può essere annullata e che gli appalti che sono stati aggiudicati nel quadro della suddetta gara non possono essere annullati a livello nazionale. In particolare, secondo la normativa nazionale di attuazione dell'art. 2, n. 6, della direttiva 92/13, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitano alla concessione del risarcimento di danni.

42. La Commissione sostiene che la direttiva 92/13/CEE non trovi applicazione nel caso di specie e che la Repubblica ellenica non possa, pertanto, avvalersene.

43. Per quanto riguarda i motivi pratici, le autorità greche fanno valere che il progetto è in parte finanziato dalle Comunità e che, in quanto tale, esso è soggetto a un calendario che non può essere modificato.

44. Esse sostengono, altresì, che qualora la gara controversa dovesse essere annullata e ripetuta, ciò falserebbe la concorrenza.

Analisi

45. Gli argomenti sugli effetti giuridici dell'annullamento si riferiscono ai diritti e alle azioni spettanti a livello nazionale ad un soggetto che ha subito un danno. Sono dell'avviso che tali questioni siano irrilevanti rispetto a quelle che devono essere definite nel presente procedimento per inadempimento.

46. Più in dettaglio, la direttiva 92/13/CEE impone agli Stati membri di garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace a livello nazionale per violazioni del diritto comunitario in materia di appalti (15). Si tratta pertanto di azioni in procedimenti nazionali in cui un singolo cerca riparazione presso le autorità nazionali. I procedimenti per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE sono di natura completamente diversa. Tali cause hanno luogo a livello comunitario e la questione è se lo Stato membro abbia o meno violato i propri obblighi ai sensi del diritto comunitario. Conseguentemente, la direttiva 92/13 è irrilevante nel caso di specie.

47. Le autorità greche non avrebbero prodotto alcuna prova a sostegno delle loro asserzioni secondo cui per motivi pratici sarebbe impossibile rendere regolare la gara controversa. Non risulta pertanto necessario approfondire tale argomento.

48. Il ricorso è pertanto ricevibile.

La dichiarazione richiesta

49. La Commissione chiede che venga dichiarato che, introducendo di fatto un criterio aggiuntivo di esclusione automatica oltre a quelli esplicitamente previsti all'art. 31, n. 2, della direttiva a danno delle società di consulenza straniere e omettendo di distinguere nella gara controversa tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione, la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria per gli appalti pubblici e in particolare dagli artt. 4, n. 2, 31, nn. 1 e 2, e 34, n. 1, lett. a), della direttiva, come interpretati dalla Corte, nonché dal principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche formali che presiede al diritto comunitario per gli appalti pubblici, così come dagli artt. 12 e 49 CE.

50. Dai motivi per cui è richiesta la suddetta dichiarazione scaturiscono due osservazioni preliminari.

51. In primo luogo, gli elementi di diritto e di fatto su cui si basa la dichiarazione richiesta devono essere chiari. In secondo luogo, nei procedimenti ai sensi dell'art. 226 CE la Commissione ha l'onere della prova e deve fornire alla Corte gli elementi utili alla verifica dell'esistenza dell'inadempimento di cui trattasi (16).

Argomenti sostanziali delle parti

52. La Commissione solleva sei censure, che ho raggruppato come segue. Esaminerò, dapprima, l'asserita violazione dei criteri riguardanti le qualifiche, la selezione e le procedure di aggiudicazione. Mi occuperò, poi, dell'asserita violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Violazione dei criteri riguardanti le qualifiche, la selezione e le procedure di aggiudicazione

Art. 31, nn. 1 e 2, della direttiva

53. Il testo dell'art. 31 inizia con un esplicito riferimento a procedure ristrette e negoziate (17). La gara controversa era, tuttavia, una procedura aperta (18). Occorre pertanto verificare se, e in caso affermativo in quale misura, la Commissione possa affermare che la Repubblica ellenica abbia violato i propri obblighi ai sensi dell'art. 31 nel corso della gara controversa.

54. In risposta a domande poste in udienza, la Commissione ha riconosciuto che l'art. 31 non si riferiva espressamente alla procedura aperta, sostenendo, però, che le disposizioni in esso contenute avrebbero dovuto essere applicate per analogia. Non è del tutto chiaro cosa la Commissione abbia con ciò inteso dire ed essa non ha fornito ulteriori precisazioni nella fase orale.

55. Tuttavia, nel suo ricorso la Commissione richiama le sentenze Commissione/Spagna (19), Teckal (20), e Commissione/Spagna (21), a sostegno della propria posizione. Nelle suddette cause la Corte ha stabilito che le uniche deroghe consentite all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici sono quelle in esse tassativamente ed espressamente menzionate. È dunque accettabile che la tesi della Commissione verta sul fatto che gli unici motivi per cui un'amministrazione aggiudicatrice può escludere un candidato da una gara d'appalto – a prescindere dalla questione se la procedura applicata sia ristretta, negoziata o aperta – siano quelli espressamente indicati all'art. 31, n. 2.

56. Tale argomento impone di utilizzare il principio generale derivato dalla suddetta giurisprudenza riguardo ai casi in cui applicare le direttive per riformulare una disposizione specifica di una data direttiva al fine di estenderne il campo di applicazione da determinate procedure a tutte le procedure.

57. Non ritengo che ciò sia corretto.

58. Nel caso di specie, è pacifico che la gara controversa rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38. Il principio generale stabilito dalla Corte nella suddetta giurisprudenza è pertanto già soddisfatto. Sono dell'avviso che sia completamente diverso – nonché illecito – servirsi di tale principio generale per riformulare il testo di una disposizione la cui prima parte abbia il seguente tenore: «[g]li enti aggiudicatori che selezionano i candidati a una procedura di appalto ristretta o negoziata (...)» per fare in modo che la seconda parte della stessa disposizione sia applicabile a tutte le procedure e non solo alle procedure ristrette e negoziate. L'ovvia e naturale interpretazione è che la disposizione si applichi alle due procedure espressamente individuate e non a quella rimanente, ossia alla procedura aperta usata per l'aggiudicazione della gara controversa.

59. Altri tre fattori rafforzano la suddetta interpretazione dell'art. 31.

60. In primo luogo, se l'autore della direttiva avesse voluto applicare la seconda parte dell'art. 31 a tutte le procedure, non ci sarebbe stato nulla di più semplice. Egli avrebbe unicamente dovuto omettere l'espressione «che selezionano i candidati a una procedura di appalto ristretta o negoziata».

61. In secondo luogo, il linguaggio usato nel paragrafo successivo (art. 31, n. 2) suggerisce fortemente che i criteri di esclusione in esso contenuti – anche per procedure ristrette e negoziate – non siano tassativi. Tale punto può essere illustrato nel seguente modo: il testo in lingua inglese, così recita: «[t]he criteria used *may include* the criteria specified in Article 23 of Directive 71/305/EEC and in Article 20 of Directive 77/62/EEC», il testo in lingua francese, così formulato:

«[I]es critères utilisés *peuvent inclure* ceux d'exclusion énumérés à l'article 23 de la directive 71/305/CEE et à l'article 20 de la directive 77/62/CEE», e infine quello in lingua tedesca: «[d]ie angewandten Kriterien können die in Artikel 23 der Richtlinie 71/305/EWG und Artikel 20 der Richtlinie 77/62/EWG angegebenen Ausschließungsgründe einschließen» (22). L'espressione «possono comprendere» presente nei vari testi (in maniera coerente, per quanto mi è dato di osservare) indica che i criteri di selezione a cui si fa riferimento sono indicativi e non tassativi.

62. In terzo luogo, tale interpretazione è rafforzata dal terzo paragrafo. L'art. 31, n. 3, contiene altre norme permissive (gli enti aggiudicatori «possono», e non «devono», basare i criteri di esclusione su un particolare motivo) e richiama direttamente il motivo ivi individuato («la necessità oggettiva di ridurre il numero dei candidati a un livello giustificato dalla necessità di equilibrio tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi richiesti dalla sua realizzazione») riguardo alle procedure ristrette e negoziate. Nelle procedure aperte non esiste (per definizione) nessuna riduzione iniziale del numero dei candidati: al contrario «ogni fornitore o imprenditore o prestatore di servizi interessato può presentare un'offerta» (23). La clausola di salvaguardia contenuta nell'ultima frase dell'art. 31, n. 3 («[i]l numero dei candidati prescelti deve tener conto tuttavia dell'esigenza di garantire una concorrenza sufficiente») è altresì perfettamente comprensibile nel contesto delle procedure ristrette e negoziate, ma è priva di senso se applicata alle procedure aperte. Non esiste mezzo più efficace dell'apertura della gara d'appalto a tutti gli offerenti per «garantire una concorrenza sufficiente».

63. Infine, la Commissione cerca di attribuire una qualche rilevanza alla sentenza La Cascina e a. (24) Non concordo, tuttavia, sul fatto che tale fattispecie sia d'aiuto alla Corte nell'interpretazione dell'art. 31 della direttiva. Nella sentenza La Cascina e a., il giudice comunitario ha dichiarato che l'art. 29 della direttiva 18 giugno 1992, 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (25) prevede (in via tassativa) sette cause di esclusione dei candidati dalla partecipazione ad un appalto. Tuttavia, l'art. 31 della direttiva è strutturato in maniera diversa rispetto all'art. 29 della direttiva 92/50. L'art. 31, n. 1, contiene gli elementi obbligatori, ossia che i candidati sono selezionati in base «[a]i criteri e [a]le norme obiettivi da essi definiti» e prevede che le amministrazioni aggiudicatrici «[li] mettano a disposizione dei fornitori, imprenditori o prestatori di servizi interessati». Diversamente dall'art. 29, l'art. 31, nn. 2 e 3, della direttiva consente poi agli Stati membri una certa discrezionalità riguardo ai criteri di esclusione che essi possono applicare.

64. Ritengo, pertanto, che sia erroneo l'addebito della Commissione secondo cui la gara controversa avrebbe violato l'art. 31, nn. 1 e 2, della direttiva.

Art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva

65. La Commissione sostiene che, violando gli obblighi ai sensi dell'art. 34, n. 1, lett. a), le autorità greche non abbiano distinto, in questo particolare ambito, tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione.

66. La gara all'interno di una procedura ristretta o negoziata si svolge in due fasi: la prima, in cui (applicando i criteri di selezione) l'ente aggiudicatore seleziona i candidati che vengono in seguito invitati a presentare offerte o avviare trattative, e la seconda, in cui (applicando i criteri di aggiudicazione) l'ente aggiudicatore decide l'aggiudicatario dell'appalto.

67. In una procedura aperta, l'ente aggiudicatore deve meramente decidere (scegliendo tra i fornitori di servizi interessati che hanno presentato l'offerta) gli aggiudicatari degli appalti.

68. La gara controversa era una procedura aperta.

69. Non mi è chiaro, pertanto, su quali basi la Commissione asserisca che l'amministrazione aggiudicatrice abbia condotto un procedimento in due fasi, il quale avrebbe comportato l'applicazione sia dei criteri di selezione, sia di quelli di aggiudicazione.

70. Il denunciante non aveva presentato alcuna domanda di partecipazione alla gara controversa in quanto si era considerato automaticamente escluso a tenore della clausola 2.1.3 della sezione III del bando. La Commissione non ha prodotto alcun elemento di prova dinanzi alla Corte, riguardo alla procedura controversa ovvero riguardo ad altre procedure di gara, per dimostrare la propria affermazione secondo cui le autorità greche non avrebbero operato alcuna distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione.

71. Ritengo, pertanto, che questo addebito sia infondato.

Violazione del principio di reciproco riconoscimento ai sensi della direttiva

72. La Commissione sostiene che le autorità greche siano venute meno all'obbligo di applicare il principio di reciproco riconoscimento. La Commissione non individua nessuna disposizione sostanziale, nella direttiva, a sostegno di questa affermazione, dichiarando, invece, di basarsi sul trentaquattresimo e sul trentaseiesimo 'considerando' nel preambolo della direttiva medesima (26). Tuttavia, secondo giurisprudenza consolidata, il preambolo di un atto comunitario non ha forza vincolante (27).

73. Non sussiste dunque alcun motivo per approfondire tale argomento.

74. Alla Corte resterebbero, pertanto, due questioni da analizzare: se le autorità greche abbiano contravenuto agli obblighi previsti dal Trattato sul reciproco riconoscimento di qualifiche formali e se il modo in cui è stata applicata la procedura controversa abbia violato i principi di non discriminazione e trasparenza (ossia gli argomenti ai sensi dell'art. 4, n. 2, della direttiva e degli artt. 12 CE e 49 CE).

Reciproco riconoscimento delle qualifiche formali ai sensi del Trattato

75. Il principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche formali risulta dalla giurisprudenza della Corte sulla libertà di stabilimento (28). Esso è comunque ugualmente applicabile alla prestazione di servizi (29).

76. La Commissione fa valere che l'effetto della clausola controversa sia quello di impedire ai candidati di dimostrare le rispettive qualifiche ed esperienze in base alle norme applicabili all'interno degli Stati membri di origine.

77. Le autorità greche contestano l'interpretazione della clausola controversa da parte della Commissione, sostenendo che l'accertamento dell'esperienza tecnica e delle qualifiche sia meno oneroso per le società straniere che per le società nazionali. Esse asseriscono che nessun candidato è stato escluso dalla gara in base alla clausola controversa.

78. Lo stesso denunciante non ha presentato alcuna domanda di partecipazione alla gara controversa considerandosi necessariamente escluso da essa. Il fatto che le autorità greche abbiano o meno riconosciuto le qualifiche formali non è, quindi, mai stato verificato. Nemmeno la Commissione ha dedotto dinanzi alla Corte alcun elemento di prova per dimostrare che l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe riconosciuto le qualifiche formali di un candidato di un altro Stato membro che aveva presentato una domanda di partecipazione alla gara controversa.

79. Ne consegue che siffatto addebito dev'essere respinto in quanto infondato.

Violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza

Articolo 4, n. 2, della direttiva

80. È pacifico che la gara controversa rientri nell'ambito di applicazione della direttiva (30) e che, pertanto, la ERGA OSE AE sia soggetta alle norme di quest'ultima.

81. L'art. 4, n. 2, della direttiva stabilisce che gli enti aggiudicatori «provvedono» affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi.

82. Nella giurisprudenza in materia di appalti pubblici, la Corte si riferisce indistintamente al «principio di non discriminazione» e al «principio di parità di trattamento». Essa ha dichiarato che il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza delle direttive sugli appalti pubblici (31). La Corte ha altresì chiarito che il principio di non discriminazione negli appalti pubblici è un'espressione specifica dell'eponimo principio generale del diritto comunitario (32).

83. Il principio di parità di trattamento comporta, a sua volta, un obbligo di trasparenza, che disciplina tutti i procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (33), affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle rispettive domande di partecipazione (34).

84. L'obbligo di trasparenza prevede che l'ente aggiudicatore assicuri che tutti i potenziali candidati abbiano pronto accesso alle condizioni valide per la presentazione delle domande. Ciò comprende le informazioni sulle qualifiche formali richieste ai candidati per poter partecipare alla gara. Come stabilito dalla Corte nella sentenza Commissione/Francia (35): «(...) l'art. 4, n. 2, della direttiva, vietando qualsiasi discriminazione tra gli offerenti, tutela anche coloro che sono stati dissuasi dal presentare offerte, poiché sono stati svantaggiati dalle modalità della procedura che ha seguito un ente aggiudicatore».

85. In suddetta causa, la Corte ha stabilito che la pubblicazione di *informazioni incomplete* nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* configurasse una discriminazione in quanto i candidati che avevano accesso alle ulteriori informazioni pubblicate nella gazzetta nazionale sarebbero stati avvantaggiati per il fatto di avere a disposizione tutti gli elementi riguardanti la portata esatta delle opere progettate (36).

86. Occorre domandarsi se le autorità greche abbiano soddisfatto i requisiti di cui all'art. 4, n. 2, con riferimento alla gara controversa.

87. Le autorità greche sostengono che la clausola controversa non escluda potenziali partecipanti. A loro avviso, essa indicava semplicemente che i diplomi e le attestazioni ufficiali, nonché la dimostrazione dell'esperienza tecnica in generale, venivano richiesti per dimostrare il possesso della minima competenza tecnica specifica da parte dell'offerente. La Repubblica ellenica fa valere che le società di consulenza o i consulenti stranieri godessero, in realtà, di alcuni vantaggi rispetto agli offerenti nazionali, in quanto ad essi era consentito dimostrare il soddisfacimento delle condizioni con qualsiasi mezzo idoneo, tra cui il fatto di tener conto di preve dichiarazioni riguardanti la loro esperienza. Inoltre, la Repubblica ellenica ribadisce che il candidato che avesse nutrito dubbi in merito alla propria posizione avrebbe semplicemente dovuto rivolgersi all'amministrazione aggiudicatrice per chiedere spiegazioni.

88. La Commissione sostiene che la clausola controversa possa essere intesa soltanto nel senso che le società di progettazione o di consulenza straniere sarebbero raggruppate in base alla classificazione di precedenti qualifiche presentate all'amministrazione aggiudicatrice (nei sei mesi anteriori). La Commissione indica che tale condizione ha dissuaso il denunciante dal partecipare alla gara controversa. La Commissione osserva altresì che la clausola controversa ha introdotto una condizione supplementare particolarmente difficile da soddisfare da parte delle società di consulenza o di progettazione straniere.

89. Concordo con la Commissione.

90. Ritengo, in primo luogo, che la clausola controversa fosse intrinsecamente idonea a creare un effetto dissuasivo sulle società di consulenza o sui consulenti stranieri, in quanto essa indica (espressamente) che questi non sarebbero stati accettati come candidati in talune specifiche circostanze.

91. In secondo luogo, le autorità greche non hanno dimostrato che le informazioni sulle modalità di gestione della candidatura di società di consulenza o di consulenti fossero facilmente accessibili ai potenziali candidati all'epoca della pubblicazione del bando.

92. Infine, non posso accettare l'argomento delle autorità greche secondo cui non vi sarebbe stato alcun effetto dissuasivo in quanto i potenziali candidati stranieri che avessero nutrito dubbi sulla loro ammissione avrebbero potuto rivolgersi all'amministrazione aggiudicatrice per chiarire la loro posizione. L'obbligo di trasparenza impone che il potenziale offerente sia in grado di decidere se presentare o meno un'offerta sulla base delle informazioni pubblicate che egli deve poter consultare prontamente. Non basta che, qualora l'offerente assuma l'iniziativa e si accoli l'onere di rivolgere ulteriori dettagliate richieste di chiarimenti, egli possa chiarire la sua posizione (37). Questo vale a maggior ragione nel caso in cui (come nella fattispecie) il testo pubblicato del bando di gara indichi espressamente che sarà esclusa una particolare categoria di potenziali candidati di altri Stati membri, alla quale l'offerente appartiene.

93. È inoltre certo che almeno un candidato potenziale (il denunciante) sia stato in realtà dissuaso dal presentare una domanda.

94. Concludo, pertanto, che la gara controversa non ha rispettato i requisiti di cui all'art. 4, n. 2, della direttiva.

Artt. 12 e 49 CE

95. La discriminazione fondata sulla nazionalità che impedisce od ostacola la libera prestazione dei servizi è ovviamente vietata ai sensi dell'art. 49 CE – che è espressione specifica, per quanto riguarda i servizi, del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità, di cui all'art. 12 CE.

96. Tuttavia, poiché la gara controversa rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, non è necessario esaminare l'applicazione di tali disposizioni di diritto comunitario derivanti dal Trattato (38).

Sulle spese

97. Sia la Commissione, sia il governo greco hanno presentato domanda di condanna alle spese della controparte. A mio avviso, la Commissione è legittimata a vedere accolto solo un motivo del proprio ricorso. Il modo in cui le parti hanno condotto il procedimento non è stato di particolare aiuto alla Corte nella definizione dei parametri del caso di specie, né nel chiarimento degli argomenti su cui ciascuna delle parti si è fondata.

98. Ai sensi dell'art. 69, n. 3, primo comma, del regolamento di procedura, ogni parte sopporterà quindi le proprie spese.

Conclusione

99. Suggerisco pertanto alla Corte di dichiarare che:

- introducendo la clausola controversa nel bando di gara (2003/S 205-185214) senza fornire ulteriori informazioni sulla ammissibilità di candidatura di società di consulenza o di consulenti stranieri, le autorità greche sono venute meno ai propri obblighi ai sensi dell'art. 4, n. 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38CEE, 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;
- il ricorso è respinto per il resto;
- ciascuna parte sopporterà le proprie spese.

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – Direttiva 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), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (GU L 101, pag. 1) e dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1).

3 – Art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva.

4 – Art. 1, n. 7.

5 – Art. 1, n. 16.

6 – Art. 14, n. 1, lett. c).

7 – In breve, l'art. 23 della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185,

pag. 5), prevede che possa essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni *imprenditore*, e l'art. 20 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 13, pag. 1), prevede che possa essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni *fornitore* che sia in stato di indigenza, nei confronti del quale sia stata pronunciata una condanna per qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale, che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi di sicurezza sociale, che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste in applicazione di una delle due direttive che concernono uno qualsiasi di questi elementi.

8 – Direttiva 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992 L 76, pag. 14).

9 – Art. 1 della direttiva 92/13.

10 – La legge 716/1977 è stata in seguito abrogata e sostituita dalla legge 3316/2005.

11 Tradotto dal bando di gara (2003/S 205-185214) che compare nell'avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale. L'ultimo paragrafo (il corsivo è mio) costituisce l'elemento contestato dalla Commissione ed è l'unica parte del bando controverso a cui essa fa riferimento nel suo atto introduttivo.

12 – Sentenza 26 aprile 2007, causa C-195/04, Commissione/Finlandia (Racc. pag. I-3351, punto 18, e giurisprudenza ivi citata).

13 – V., per esempio, sentenza 19 marzo 2009, causa C-489/06, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-0000, punto 48), riguardo agli elementi che devono essere provati per dimostrare l'inadempimento degli obblighi di uno Stato membro in base alla prassi amministrativa.

14 – Commissione/Finlandia (cit. alla nota 12), punto 22 e giurisprudenza ivi citata.

15 – Art. 1 della direttiva 92/13.

16 – Sentenza 18 dicembre 2007, causa C-532/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-11353, punto 29, e giurisprudenza ivi citata).

17 – Art. 31, n. 1.

18 – V. paragrafo 17.

19 – Causa C-71/92 (Racc. pag. I-5923).

20 – Causa C-107/98 (Racc. pag. I-8121).

21 – Causa C-84/03 (Racc. pag. I-139).

22 – V., analogamente, le versioni in lingua spagnola, italiana, olandese e portoghese: «[l]os criterios empleados podrán incluir (...)», «[i] criteri utilizzati possono comprendere (...)», «[d]e gehanteerde criteria kunnen (...) omvatten», e «[o]s critérios utilizados podem incluir (...)».

23 – V. art. 1, n. 7, indicato al paragrafo 5 supra, e confronta le definizioni di procedura aperta, ristretta e negoziata.

24 – Sentenza 9 febbraio 2006, cause riunite C-226/04 e C-228/04, La Cascina e a. (Racc. pag. I-1347, punto 22).

25 GU 1992 L 209, pag. 1.

26 – Il trentaquattresimo 'considerando' afferma che le norme comunitarie sul reciproco riconoscimento di qualifiche formali si applicano ai casi in cui si esiga la prova di una particolare qualifica per poter partecipare ad un concorso di progettazione. Il trentaseiesimo 'considerando' afferma che il principio di reciproco riconoscimento trova applicazione nel quadro della direttiva. È noto che i 'considerando' fungono da motivazione delle disposizioni sostanziali, come previsto dall'art. 253 CE.

27 – V. sentenza 24 novembre 2005, causa C-136/04, Deutsches Milch-Kontor GmbH (Racc. pag. I-10095, punto 32, e giurisprudenza ivi citata).

28 – V., per esempio, sentenze 7 maggio 1991, causa C-340/89, Vlassopoulou (Racc. pag. I-2357, punti 15-17), e 7 ottobre 2004, causa C-255/01, Markopoulos e a. (Racc. pag. I-9077, punto 63, e giurisprudenza ivi citata).

29 – Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 49 CE impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza nei confronti di prestatori di servizi, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi. V., ad esempio, sentenza 17 giugno 2008, causa C-389/05, Commissione/Francia (Racc. pag. I-0000, punto 57).

30 – V. paragrafo 14.

31 – Sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki (Racc. pag. I-0000, punti 44 e 45, e giurisprudenza ivi citata).

32 – Sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen GmbH (Racc. pag. I-8585, punto 48), e 8 ottobre 1980, causa 810/79, Uberschar (Racc. pag. 2747, punto 16).

33 – V. per esempio, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punti 51-54); 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria (Racc. pag. I-10745, punto 61), e cause riunite C-226/04 e C-228/04, La Cascina e a., cit. alla nota 24, punto 32.

34 – V. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau AG (Racc. pag. I-11617, punto 93).

35 – V. sentenza 5 ottobre 2000, causa C-16/98 (Racc. pag. I-8315, punto 109), in cui la Corte ha analizzato l'art. 4, n. 2, della direttiva.

36 – V. causa C-16/98, Commissione/Francia, cit. alla nota 35, punto 111.

37 – Non sto insinuando che vi sia violazione dell'obbligo di trasparenza nel caso in cui il potenziale offerente riesca a ottenere un pacchetto di informazioni più precise su semplice richiesta all'ente aggiudicatore: v. mie conclusioni 7 giugno 2007 nella causa C-241/06, Lamerzahl GmbH (Racc. pag. I-8415 paragrafi 70-73).

38 – V., per analogia, causa C-341/05, Laval (Racc. pag. I-11767, punti 54 e 55).