

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JACOBS
presentate il 24 febbraio 2005 [\(1\)](#)

Causa C-394/02

Commissione delle Comunità europee

contro

Repubblica ellenica

1. Con il ricorso in esame, proposto a norma dell'art. 226 CE, la Commissione chiede che la Corte dichiari che, con l'aggiudicazione da parte dell'ente pubblico per l'energia elettrica Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy (in prosieguo: la «DEI») di un appalto per la costruzione di un convogliatore a nastro per l'impianto di generazione di energia termoelettrica di Megalopoli (in prosieguo: l'«impianto di Megalopoli») a mezzo di procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi ad essa imposti dalla 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 (in prosieguo: la «direttiva per il settore dei servizi») [\(2\)](#) e, in particolare, dall'art. 20 e segg. di essa.

Fatti e presupposti della controversia

2. Verso la fine del 1997 la DEI ha sottoposto all'autorità nazionale competente in materia di ambiente, il Ministero per l'ambiente, la programmazione ed i lavori pubblici, un progetto riguardante l'installazione di un sistema per la desulfurazione, la stabilizzazione ed il trasporto delle ceneri e dei rifiuti solidi dall'impianto di Megalopoli, allo scopo di farne valutare l'impatto ambientale ai sensi della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (in prosieguo: la «direttiva sulla valutazione dell'impatto ambientale») [\(3\)](#). Con le decisioni 29 ottobre 1998 e 30 dicembre 1999, l'autorità nazionale competente in materia di ambiente ha dato la sua approvazione, subordinata, da un lato, alla presentazione di una domanda della DEI intesa ad ottenere entro nove mesi l'autorizzazione definitiva per l'eliminazione dei residui che sarebbero derivati dall'impianto e, dall'altro, all'installazione entro dodici mesi di un convogliatore a nastro per il trasporto delle ceneri dall'impianto di Megalopoli alla miniera di Thoknia, dove le ceneri sarebbero state trattate.

3. La DEI, informata non ufficialmente della possibilità che venissero imposti simili termini, aveva deciso il 27 luglio 1999 di intraprendere una procedura negoziata di aggiudicazione senza pubblicazione del bando di gara ed aveva invitato le ditte Koch/Metka e Dosco a presentare offerte.

4. Il 18 gennaio 2000, la Dosco ha dichiarato che non era in grado di prendere parte alla gara e

si è ritirata dalla procedura di aggiudicazione.

5. Il 29 agosto 2000, dopo aver negoziato il prezzo durante diversi mesi, la DEI ha aggiudicato l'appalto per la costruzione del convogliatore a nastro alla ditta Koch/Metka.

6. Il 3 ottobre 2000 la Commissione ha scritto alla Repubblica ellenica per chiedere informazioni sull'aggiudicazione dell'appalto in questione. Ricevuta la risposta della Repubblica ellenica fornita con lettera del 9 novembre 2000, la Commissione ha inviato il 17 aprile 2001 una lettera di diffida, cui la Repubblica ellenica ha replicato con lettera del 30 luglio 2001. Dopo aver concesso alla Repubblica ellenica la possibilità di presentare le proprie osservazioni, il 21 dicembre 2001 la Commissione ha emesso un parere motivato in cui constatava che l'appalto per la costruzione del convogliatore a nastro per il trasporto delle ceneri tra l'impianto di Megalopoli e la miniera di Thoknia avrebbe dovuto costituire l'oggetto di un bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale in conformità alla direttiva per il settore dei servizi. Essa ingiungeva alla Repubblica ellenica di adottare tutte le misure necessarie per adeguarsi al parere motivato nel termine di due mesi. Non soddisfatta dalla risposta fornita dalla Repubblica ellenica nella lettera del 3 aprile 2002, la Commissione ha proposto il presente ricorso in data 8 novembre 2002.

La normativa comunitaria rilevante

7. L'art. 15 della direttiva per il settore dei servizi esige che «gli appalti di forniture e di lavori e gli appalti aventi ad oggetto servizi compresi nell'allegato XVI A [siano] aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli (...) III,(...) IV [e V]».

8. L'art. 20, n. 1, della direttiva per il settore dei servizi che compare al titolo IV che disciplina le procedure per l'aggiudicazione degli appalti, dispone che «gli enti aggiudicatori possono scegliere una delle procedure definite nell'articolo 1, paragrafo 7, purché, fatto salvo il paragrafo 2, siano state rispettate le condizioni di concorrenza conformemente all'articolo 21».

9. Ai sensi del n. 2 della stessa disposizione:

«Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza nei casi seguenti: (...)

(c) quando, a causa di particolarità tecniche, artistiche o per ragioni attinenti alla tutela dei diritti di esclusiva, l'appalto non può essere affidato che ad un fornitore, imprenditore o prestatore di servizi determinato;

(d) nella misura strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati».

10. L'art. 1, n. 7, della direttiva per il settore dei servizi definisce tre tipi di procedure di aggiudicazione – aperte, ristrette o negoziate – che gli enti aggiudicatori devono seguire in ogni caso in cui si applichi la direttiva.

11. L'art. 21, n. 1, della direttiva per il settore dei servizi stabilisce come la concorrenza può essere garantita e cioè, essenzialmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di un bando di gara redatto conformemente ai modelli contenuti negli allegati alla direttiva.

Ricevibilità

12. La Repubblica ellenica contesta la ricevibilità del ricorso della Commissione in base a due motivi.

13. In primo luogo, la Commissione non avrebbe specificato le misure che la Repubblica ellenica avrebbe dovuto adottare per conformarsi al parere motivato. Poiché l'appalto in causa riguardava lavori pubblici che erano già stati completati in larga misura – circa l'85% – alla scadenza del termine stabilito per adeguarsi nel parere motivato, sarebbe stato impossibile dare effetto al parere stesso. In considerazione di questo, la Repubblica ellenica chiede quale interesse abbia la Commissione a portare avanti il procedimento d'infrazione.

14. In secondo luogo, l'uso del procedimento d'infrazione a norma dell'art. 226 CE costituirebbe uno sviamento di procedura. La Commissione avrebbe dovuto avvalersi della procedura di cui all'art. 3 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (in prosieguo: la «direttiva generale sulle procedure di ricorso») [\(4\)](#), che l'autorizza ad intervenire direttamente in una procedura nazionale d'appalto e ad esigere che lo Stato membro si attivi per correggere le chiare e manifeste violazioni delle direttive generali in materia di forniture, lavori e servizi pubblici che essa ritenga essere state commesse.

15. Per quanto riguarda la prima contestazione mossa dalla Repubblica ellenica, si deve innanzitutto osservare che, in conformità ad una giurisprudenza consolidata, la Commissione non è tenuta a dimostrare che sussista uno specifico interesse a proporre ricorso quando esercita i suoi poteri a norma dell'art. 226 CE. Dato il suo ruolo di guardiana dei Trattati, la Commissione è l'unica competente a decidere se sia opportuno proporre ricorso contro uno Stato membro per il mancato adempimento degli obblighi ad esso imposti e a determinare quale sia la condotta o l'omissione addebitabile allo Stato membro interessato in base alla quale il ricorso deve essere proposto [\(5\)](#).

16. La Corte ha inoltre considerato che, qualora gli effetti della violazione persistano oltre il termine fissato nel parere motivato, la Commissione può avere interesse a proporre ricorso. Nel contesto specifico dei casi di aggiudicazione di appalti pubblici, la Corte, senza fare distinzione tra contratti di appalto di lavori pubblici, di forniture o di servizi, ha giudicato che gli effetti illegittimi persistono durante l'intera esecuzione dei contratti conclusi in violazione delle direttive in materia [\(6\)](#).

17. In passato, la Corte ha anche respinto un'eccezione di irricevibilità relativa all'asserita cessazione dell'infrazione denunciata in una fattispecie in cui i procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici si erano interamente svolti prima della data di scadenza del termine impartito nel parere motivato, dato che i contratti non erano stati eseguiti interamente prima di tale data. Anche da questo punto di vista la Corte non distingue tra i diversi contratti d'appalto disciplinati dalle varie direttive in materia [\(7\)](#).

18. Risulta dal fascicolo che, nel caso specifico, allo scadere del termine assegnato per adeguarsi nel parere motivato, il contratto, come il convenuto stesso ha ammesso, non aveva ancora ricevuto piena esecuzione. Infatti, i lavori sono stati completati soltanto nel maggio 2002. Ne deriva che l'interesse della Commissione ad adire la Corte di giustizia non può essere contestato.

19. Anche gli argomenti della Repubblica ellenica sull'impossibilità concreta di conformarsi al parere motivato, che renderebbe priva di scopo l'azione della Commissione, devono, a mio avviso, essere respinti.

20. In primo luogo, come la Corte ha costantemente giudicato, «anche nel caso in cui l'inadempimento venga sanato successivamente alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, vi è interesse alla prosecuzione del giudizio onde stabilire la base di una responsabilità che potrebbe incombere a uno Stato membro, in conseguenza dell'inadempimento, nei confronti di altri Stati membri, della Comunità o di singoli» [\(8\)](#). Aggiungerei che questa valutazione si applica

anche quando l'inadempimento non può più essere sanato.

21. La fissazione di un fondamento per potenziali azioni di responsabilità può essere particolarmente rilevante in caso di violazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. È generalmente riconosciuto che l'annullamento di un contratto che ha avuto piena esecuzione a causa della violazione della normativa comunitaria applicabile in materia di appalti pubblici non è sempre la soluzione più ragionevole, giacché non comporta, in generale, alcun rimedio soddisfacente per gli interessi pubblici o privati coinvolti. Ciò avviene in particolar modo nel caso di appalti di lavori pubblici che siano stati in massima parte già eseguiti. In tali circostanze il miglior rimedio per le parti lese può essere il risarcimento dei danni. Questa è esattamente la logica implicita sia nella direttiva generale sulle procedure di ricorso sia nella direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE [\(9\)](#), 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 (in prosieguo: la «direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi»). I rispettivi articoli 2, n. 6, delle due direttive prevedono che uno Stato membro possa stabilire 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 chiunque sia stato leso da una violazione. La declaratoria da parte della Corte che vi è stata una violazione può costituire la base per un'azione di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali, anche qualora l'appalto sia già stato aggiudicato e integralmente eseguito.

22. Questo è quanto avviene, inoltre, per il caso di violazioni della direttiva per il settore dei servizi. Ammettendo che la Repubblica ellenica abbia correttamente adempiuto gli obblighi che le impone la direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi – che, come dimostrerò più avanti, si applica nel caso in esame – ogni parte lesa da una violazione dovrebbe beneficiare del regime relativamente generoso di risarcimento dei danni previsto da tale direttiva [\(10\)](#).

23. La Repubblica ellenica fa valere che non esiste comunque, nel presente caso, un terzo che possa avvalersi della sentenza della Corte per chiedere un risarcimento a livello nazionale. Anche questo argomento dovrebbe essere respinto.

24. In primo luogo, tale asserto non è confermato dalla realtà. La sfera dei possibili ricorrenti è definita in termini molto ampi da entrambe le direttive sulle procedure di ricorso come «chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata». Pertanto, il numero di persone che potrebbero chiedere ristoro ai sensi della normativa applicabile è, potenzialmente, significativo e l'esistenza di esse non può, a mio avviso, essere esclusa a priori. Nel caso in esame, una seconda società, la Dosco, ha partecipato alle fasi preliminari della procedura di aggiudicazione ma si è ritirata (per ragioni non specificate dinanzi alla Corte). Inoltre la Commissione, come risulta dalle sue allegazioni, avrebbe proposto l'azione a seguito di denuncia individuale. Pertanto, in contrasto con gli argomenti avanzati dalla difesa, non si può escludere l'esistenza di parti che potrebbero trarre vantaggio da una declaratoria della Corte attestante la violazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

25. In secondo luogo, accogliere gli argomenti proposti dalla Repubblica ellenica equivarrebbe a concedere alle autorità nazionali la possibilità di eludere gli obblighi loro imposti dalle norme sugli appalti pubblici della Comunità. Considerata la durata dei procedimenti precontenzioso e giudiziario ai sensi dell'art. 226 CE, è altamente probabile che la Corte decida nel merito quando il contratto inficiato dall'asserita violazione è già stato pienamente eseguito, salvo che non vengano concessi provvedimenti provvisori che sospendano il procedimento di aggiudicazione o l'esecuzione del contratto. Agli Stati membri basterebbe quindi, mentre danno esecuzione al contratto contestato, opporsi in modo sistematico alle allegazioni della Commissione in tutto il

procedimento precontenzioso, per poi far semplicemente valere che il ricorso della Commissione è irricevibile in quanto non risulta possibile conformarsi al parere motivato. Inoltre, sarebbe inaccettabile che uno Stato membro si trovasse in una posizione più vantaggiosa quando la violazione è un fatto compiuto che quando essa può ancora essere evitata.

26. Da ultimo, la Corte ha giudicato che, atteso che per accertare l'inadempimento di uno Stato membro non è necessario constatare l'esistenza di un danno da esso derivante, tale Stato membro non può eccepire che nessun terzo sia stato danneggiato dall'asserita violazione delle norme sugli appalti pubblici commessa dalle autorità giudicatrici nazionali [\(11\)](#).

27. Per quanto riguarda la necessità di specificare le misure che devono essere adottate da parte dello Stato membro responsabile della violazione, è giurisprudenza consolidata che la Commissione non può essere tenuta ad indicare nel parere motivato i provvedimenti o gli interventi che consentirebbero di far cessare l'inadempimento addebitato [\(12\)](#). Tale giurisprudenza, che sancisce la prassi abituale della Commissione a norma dell'art. 226 CE, costituisce un'espressione, formulata nel contesto di tale disposizione, di quanto a mio avviso può essere ricondotto al principio di «autonomia istituzionale», che governa le relazioni tra la Comunità e gli Stati membri [\(13\)](#). In coerenza con il sistema della divisione dei poteri stabilito dal Trattato CE, in assenza di una normativa comunitaria applicabile, la responsabilità per l'esecuzione, l'applicazione e l'attuazione delle norme comunitarie ricade sugli Stati membri in conformità ai loro sistemi giuridici interni [\(14\)](#), subordinatamente, è chiaro, ai vincoli del principio di effettività come elaborato dalla Corte.

28. La Repubblica ellenica si riporta comunque, a sostegno dei propri motivi, alla sentenza in causa *Commissione/Austria*. In tale controversia la Corte aveva considerato, formulando un'eccezione alla propria giurisprudenza pregressa, che «la Commissione deve specificamente segnalare allo Stato membro interessato che esso deve procedere all'adozione di un dato provvedimento se essa intende considerare la mancata adozione di tale provvedimento quale oggetto del suo ricorso per inadempimento» [\(15\)](#). La Corte vi aveva interpretato parte della richiesta della Commissione come mirante alla declaratoria che lo Stato convenuto avrebbe dovuto annullare i contratti conclusi dalle autorità nazionali in violazione del diritto comunitario. Poiché tale omissione non era stata specificata nel corso del procedimento precontenzioso, la Corte aveva dichiarato irricevibile la relativa parte della domanda, considerando che la Commissione aveva alterato l'oggetto del procedimento e contestualmente violato il diritto alla difesa della Repubblica austriaca.

29. A mio avviso, le circostanze della controversia in esame non sono paragonabili a quelle della causa *Commissione/Austria*. Nell'attuale ricorso la Commissione ha mantenuto, durante tutta la fase precontenziosa e giudiziaria, il medesimo oggetto, e cioè l'inadempimento da parte della Repubblica ellenica degli obblighi ad essa imposti dalla direttiva per il settore dei servizi, a causa dell'aggiudicazione da parte della DEI di un appalto a seguito di procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando di gara. Con il ricorso, la Commissione non ha inteso far imporre alla Grecia l'adozione di misure diverse da quelle che essa aveva già indicato nel parere motivato. Essa, pertanto, non mutando l'oggetto del ricorso, non ha pregiudicato il diritto alla difesa della convenuta.

30. Nella sua seconda eccezione di irricevibilità, relativa ad un asserito sviamento di procedura, la Repubblica ellenica fa valere che la Commissione avrebbe dovuto avvalersi della procedura di intervento diretto prevista all'art. 3 della direttiva generale sulle procedure di ricorso.

31. Il riferimento a tale disposizione costituisce certamente una svista da parte della Repubblica ellenica, in quanto tale direttiva non si applica nel caso in esame [\(16\)](#). Le violazioni della direttiva per il settore dei servizi sono coperte dalla direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi, che è specificamente destinata a soddisfare le peculiarità dei procedimenti di

aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori interessati ed a colmare il vuoto lasciato dalla direttiva generale sulle procedure di ricorso con riferimento alle violazioni delle disposizioni della direttiva per il settore dei servizi [\(17\)](#).

32. Detto questo, la direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi, all'art. 8, prevede anche una procedura speciale che autorizza la Commissione ad intervenire direttamente presso lo Stato membro interessato qualora sia scoperta una chiara e manifesta violazione della direttiva per il settore dei servizi. Salvo i differenti termini che essa fissa per la risposta dello Stato membro alla notifica della Commissione, il procedimento è identico a quello stabilito dall'art. 3 della direttiva generale sulle procedure di ricorso. Sebbene la Commissione non abbia fatto riferimento a questo punto nella sua replica, all'udienza essa ha osservato che, malgrado le sue osservazioni scritte, la procedura applicabile è quella a norma dell'art. 8 della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi. Si può, pertanto, ritenere che l'eccezione della Repubblica ellenica si riferisca alla procedura a norma dell'art. 8 della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi e non all'art. 3 della direttiva generale sulle procedure di ricorso.

33. La Corte ha giudicato, a mio avviso con leggera riluttanza [\(18\)](#), che la «procedura particolare [di cui all'art. 3 della direttiva generale sulle procedure di ricorso] costituisce tuttavia una misura preventiva che non può derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell'art. [226] del Trattato. Quest'ultima norma attribuisce infatti alla Commissione il potere discrezionale di adire la Corte qualora ritenga che uno Stato membro sia venuto meno ad uno degli obblighi che ad esso incombono in forza del Trattato e che lo Stato membro di cui trattasi non si conformi al parere motivato della Commissione» [\(19\)](#). Considerate le caratteristiche praticamente identiche delle due disposizioni, tali considerazioni dovrebbero essere applicate anche con riferimento alla procedura prevista dall'art. 8 della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi.

34. Dato che, per le loro particolari caratteristiche, le violazioni delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici richiedono un rapido intervento per evitare una situazione di fatto compiuto e che i poteri della Commissione nell'ambito delle procedure speciali previste da entrambe le direttive sulle procedure di ricorso sono stati specificamente concepiti per evitare simili situazioni quando viene scoperta una chiara e manifesta violazione, si potrebbe propendere per il punto di vista della Repubblica ellenica circa l'opportunità delle scelte operate dalla Commissione. Tuttavia, l'uso che la Commissione fa della procedura speciale prevista in entrambe le direttive sulle procedure di ricorso ricade nella sfera della discrezionalità dell'Istituzione nel momento in cui decide come far rispettare il diritto in questo settore e non lo si può condannare dal punto di vista strettamente legale, anche qualora se ne dissenta dal punto di vista pratico.

35. Deriva dalle considerazioni che precedono che le eccezioni di irricevibilità sollevate dalla Repubblica ellenica devono essere respinte.

Nel merito

36. La Commissione fa valere che l'appalto in questione ricade nell'ambito di applicazione della direttiva per il settore dei servizi ed avrebbe pertanto dovuto essere aggiudicato in conformità ad una delle procedure che comportano la pubblicazione di un bando di gara, come previsto dall'art. 20, n. 1, della detta direttiva.

37. La Repubblica ellenica non nega che l'appalto rientri, in linea di principio, nell'ambito di applicazione della direttiva per il settore dei servizi, ma asserisce che valgono per esso le deroghe previste dall'art. 20, n. 2, lett. c) e d) della stessa. Per quanto riguarda la lett. c), la specificità tecnica dei lavori in questione avrebbe fatto sì che la ditta prescelta Koch/Metka fosse l'unica appaltatrice in grado di eseguire i lavori. Con riferimento alla lett. d), sarebbe subentrata una situazione di estrema urgenza a causa delle impreviste decisioni delle autorità nazionali

competenti, che, imponendo stretti termini perentori per il completamento delle procedure ambientali, avrebbero reso impossibile il rispetto di qualsiasi procedura che comportasse la pubblicazione di un bando di gara.

38. Si deve in primo luogo osservare che, in quanto deroghe alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dalla normativa comunitaria con riferimento all'aggiudicazione degli appalti pubblici, entrambe le disposizioni menzionate dalla Repubblica ellenica devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente circostanze eccezionali tali da giustificare una deroga grava su colui che intenda avvalersene [\(20\)](#).

39. Per quanto riguarda l'art. 20, n. 2, lett. c) della direttiva per il settore dei servizi, la Repubblica ellenica fa valere che tre tipi di ragioni tecniche giustificavano l'aggiudicazione dell'appalto alla ditta Koch/Metka. In primo luogo le caratteristiche specifiche delle ceneri da trasportare, derivanti dal fatto che il combustibile utilizzato nell'impianto è la lignite e non il carbone, richiedevano speciali soluzioni tecniche. La lignite è utilizzata come combustibile, secondo gli studi tecnici presentati dalla Repubblica ellenica, in un solo altro impianto al mondo e le soluzioni tecniche necessarie per la lignite sono impiegate molto raramente negli impianti che utilizzano il carbone. In secondo luogo, la natura instabile del sottosuolo rendeva difficile la costruzione delle fondamenta del convogliatore a nastro. Da ultimo, era necessario collegare il nuovo convogliatore a nastro a quello esistente e quindi assicurare la loro compatibilità. Considerate queste particolarità tecniche, ad avviso delle autorità aggiudicatrici, soltanto la ditta Koch/Metka disponeva delle necessarie competenze per la realizzazione dei lavori.

40. Non sono persuaso che gli argomenti esposti dalla Repubblica ellenica dimostrino adeguatamente che la ditta Koch/Metka fosse l'unica appaltatrice in grado di eseguire i lavori. Il fatto che i lavori da effettuare fossero soggetti ad eccezionali vincoli tecnici non significa necessariamente, come la Repubblica ellenica sembra ritenere, che soltanto una ditta possedesse il necessario know-how per rispettare tali vincoli. Come la Corte ha giudicato, uno Stato membro può avvalersi di una deroga come quella prevista dall'art. 20, n. 2, lett. c) della direttiva per il settore dei servizi soltanto se può non solo dimostrare l'esistenza di «ragioni tecniche» ai sensi di questa disposizione, ma altresì provare che tali «ragioni tecniche» rendevano assolutamente necessaria l'assegnazione dell'appalto in questione all'impresa prescelta [\(21\)](#).

41. I passi della perizia tecnica indipendente citati nelle osservazioni scritte della Repubblica ellenica confermano le rare caratteristiche e le proprietà particolari del combustibile utilizzato nell'impianto di Megalopoli e le conseguenze per il trasporto delle ceneri che ne derivano. Tuttavia, in nessun punto della perizia tecnica si afferma che soltanto la ditta Koch/Metka fosse in grado di fornire il servizio richiesto. Infatti, il brano citato riconosce che le soluzioni tecniche impiegate per gli impianti alimentati a lignite possono essere utilizzate anche per gli impianti alimentati a carbone, sebbene ciò avvenga molto raramente.

42. Lo stesso ragionamento trova a mio avviso applicazione con riferimento ai vincoli relativi alla conformazione del sottosuolo ed alla necessità di collegare il nuovo convogliatore a nastro a quello esistente. L'instabilità geologica del sottosuolo e l'esigenza di compatibilità tra il nuovo convogliatore a nastro e quello esistente sono per la verità ragioni tecniche che possono essere prese in considerazione dall'autorità aggiudicatrice all'atto di scegliere il miglior offerente, ma non dimostrano per sé sole che la Koch/Metka fosse l'unica ditta in grado di adempiere il contratto.

43. La posizione della Repubblica ellenica è inoltre compromessa da due ulteriori elementi. In primo luogo, la medesima autorità aggiudicatrice ha pubblicato bandi di gara con riferimento a lavori analoghi effettuati a Megalopoli nel passato e, in secondo luogo, anche la ditta Dosco era stata invitata a negoziare. Come la Commissione pone in evidenza, la risposta della Repubblica ellenica del 9 novembre 2000 indica che la Dosco era considerata inizialmente capace di eseguire il contratto dal punto di vista tecnico. La mancanza di altri possibili appaltatori non era così evidente

come la Repubblica ellenica asserisce.

44. In breve, nei limiti in cui mira a trasferire l'onere della prova sulla Commissione con riferimento a quest'aspetto della controversia, il ragionamento esposto dalla Repubblica ellenica appare fuorviante per le ragioni esposte più in alto, al paragrafo 40. Va ricordato che uno degli obiettivi principali della normativa sugli appalti pubblici è quello di consentire alle autorità aggiudicatrici ed alle imprese di tutta la Comunità di beneficiare delle possibilità offerte dal mercato europeo. Non saggiando il mercato attraverso la pubblicazione del bando di gara, la Repubblica ellenica ha frustrato quest'obiettivo.

45. Sulla base delle considerazioni che precedono, concludo che la Repubblica ellenica non è riuscita a dimostrare che le difficoltà nascenti dai vincoli tecnici dei lavori da eseguire rendessero assolutamente necessario affidare il contratto alla ditta Koch/Metka, a norma dell'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva per il settore dei servizi.

46. Per quanto riguarda la deroga basata sulle ragioni di estrema urgenza, al fine di poter invocare con successo la deroga prevista dall'art. 20, n. 2, lett. d) della direttiva per il settore dei servizi, devono ricorrere cumulativamente tre condizioni e cioè l'esistenza di un evento imprevedibile, un'estrema urgenza tale da rendere impossibile il rispetto dei termini stabiliti da altre procedure e la correlazione tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza che ne deriva.

47. L'evento imprevedibile cui la Repubblica ellenica fa riferimento nel caso in esame consiste nei termini perentori imposti con la decisione 30 dicembre 1999 da parte dell'autorità nazionale competente per la definizione delle condizioni ambientali per l'utilizzazione del progetto. A norma di tale decisione, l'autorizzazione a disporre dei residui doveva essere ottenuta dall'autorità locale entro il settembre 2000 e il nuovo convogliatore a nastro doveva essere reso operativo nel dicembre 2000. Si è sostenuto che i detti brevi termini perentori erano il risultato delle pressioni esercitate sulle competenti autorità nazionali per l'ambiente dalle autorità locali e dalle popolazioni locali, che esprimevano la loro preoccupazione per quanto riguarda i problemi di inquinamento derivanti dagli impianti esistenti. Secondo la Repubblica ellenica, l'inosservanza di tali termini perentori avrebbe anche comportato serie conseguenze legali, principalmente sotto forma di sanzioni.

48. È mia opinione che qualsiasi autorità aggiudicatrice che eserciti un normale standard di diligenza debba essere al corrente delle procedure obbligatorie di autorizzazione, in materia ambientale o altro, che essa deve rispettare ai sensi della disciplina applicabile a livello nazionale quando pianifica l'aggiudicazione di appalti che ricadono nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. Le autorità aggiudicatrici devono pertanto tenere conto di tali fasi procedurali e del loro possibile risultato nelle loro pianificazioni per evitare di incorrere in violazioni del diritto comunitario. Nella causa *Commissione/Germania* dove, in considerazione del ritardo nell'approvazione dei piani dei lavori pubblici da parte della competente autorità nazionale per l'ambiente, l'autorità aggiudicatrice aveva deciso di abbandonare la procedura aperta e di attribuire il contratto con procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando di gara, la Corte aveva giudicato che «il fatto che un ente che deve approvare un progetto sollevi, prima del termine ultimo previsto a tale scopo, obiezioni per motivi che esso ha diritto di formulare costituisce [...] un elemento prevedibile nello svolgimento del procedimento di approvazione dei piani» (22). Sono d'accordo con la Commissione sul fatto che il medesimo ragionamento trovi applicazione nel caso in esame.

49. Come la Commissione osserva, la DEI aveva già sottoposto il progetto cui si riferisce la contestata aggiudicazione dell'appalto all'autorità nazionale competente in materia di ambiente nell'ultimo quadrimestre del 1997, cioè oltre dodici mesi prima che la decisione della detta autorità fissasse i termini perentori. Risulta anche dal fascicolo che l'inquinamento provocato dagli impianti esistenti per il trasporto dei rifiuti solidi nel sito costituiva un argomento d'attualità a

livello sia nazionale sia locale. Inoltre, la DEI aveva nel passato eseguito lavori che avevano sostanzialmente rispettato la normativa sugli appalti pubblici applicabile. Si deve pertanto ammettere che la DEI avesse piena familiarità con la normativa applicabile sia per quanto riguarda la valutazione ambientale sia per quanto riguarda i procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici e che fosse al corrente della natura politicamente sensibile del problema dell'inquinamento nel sito.

50. Considerate dunque le circostanze, la fissazione di brevi termini perentori da parte dell'autorità nazionale competente in materia di ambiente non può a mio avviso essere qualificata come evento imprevedibile ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. d) della direttiva per il settore dei servizi. In effetti non vi sono stati manifestamente cambiamenti inattesi, né nella cornice normativa nazionale né nei livelli di inquinamento nel sito, tali da richiedere un'immediato intervento.

51. Inoltre, ciò che si asserisce aver causato la violazione degli obblighi imposti dalla direttiva per il settore dei servizi è la decisione del Ministero per l'ambiente, la programmazione ed i lavori pubblici. È, però, giurisprudenza consolidata che la nozione di Stato ai fini del diritto comunitario e, in particolare, ai fini di un ricorso a norma dell'art. 226 CE, deve essere intesa come comprendente tutte le pubbliche autorità. Costituisce anche giurisprudenza consolidata che «uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi [...] imposti da una direttiva» (23). La Corte ha poi dichiarato che «le direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici verrebbero private del loro effetto utile qualora il comportamento di un'amministrazione aggiudicatrice [...] non fosse imputabile allo Stato membro interessato» (24).

52. Sarebbe non solo assurdo ma anche pericoloso permettere ad uno Stato membro di giustificare l'inosservanza degli obblighi ad esso derivanti dal diritto comunitario richiamandosi all'attività (o all'inerzia) di uno dei suoi elementi costitutivi, in questo caso parte integrante del governo ellenico. Gli obblighi che derivano dalle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici ricadono sugli Stati membri ed è, pertanto, dovere di questi ultimi garantire che l'attività o l'inerzia di uno dei loro elementi costitutivi non ponga in condizione o non costringa un altro ente o organismo dello Stato a disattendere i suoi obblighi ai sensi del diritto comunitario. Va osservato che la responsabilità in ultima istanza della Repubblica ellenica ai sensi del diritto comunitario per le azioni della DEI non è posta in discussione dalle parti.

53. Anche la cronologia degli eventi smentisce l'argomento secondo cui ricorreva una situazione di «estrema urgenza». Sotto questo profilo è sufficiente notare, in primo luogo, che la DEI ha presentato il suo progetto per ottenere l'approvazione ambientale nel 1997 e che l'approvazione definitiva, subordinata a determinate condizioni, è intervenuta soltanto alla fine del 1999. In secondo luogo, i negoziati con la Koch/Metka circa il prezzo dei lavori in oggetto sono durati oltre sei mesi. Da ultimo, i lavori erano di fatto ancora incompiuti due anni dopo lo spirare dei «rigorosi» termini perentori imposti dalle decisioni dell'autorità nazionale competente in materia di ambiente sulla base di rischi ambientali. Sebbene io accolga pienamente il punto di vista che i rischi ambientali o per la salute possano in alcune circostanze giustificare una deroga alla disciplina delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, non vi è nulla che suggerisca che tale estrema urgenza abbia costituito un elemento del caso in esame. Infatti, come si è esposto sopra al paragrafo 5, i negoziati sul prezzo sono durati diversi mesi, il che può suggerire che sia stata data la priorità alla riduzione del prezzo dell'appalto.

Conclusioni

54. Sulla base delle considerazioni che precedono, propongo che la Corte voglia:

- 1) dichiarare che, con l'aggiudicazione da parte della DEI di un appalto per la costruzione di un convogliatore a nastro per l'impianto generatore di energia termoelettrica

di Megalopoli a mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi ad essa incombenti in forza 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 e, in particolare, in forza dell'art. 20 e segg. di essa;

2) condannare la Repubblica ellenica alle spese.

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – GU L 199, pag. 84.

3 – GU L 175, pag. 40.

4 – GU L 395, pag. 33.

5 – Sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione/Germania*, Racc.pag. I-3609, punti 29 e 30, e giurisprudenza richiamata.

6 – *.Commissione/Germania*, citata alla nota 5, punti 33-39.

7 – Sentenza 28 ottobre 1999, causa C-328/96, *Commissione/Austria*, Racc. pag. I-7479, punti 43-45. V. anche sentenza 9 settembre 2004, causa C-125/03, *Commissione/Germania* (non pubblicata nella Raccolta), punti 12 e 13.

8 – V., ad esempio, sentenza 6 dicembre 2001, causa C-166/00, *Commissione/Repubblica ellenica*, Racc. pag. I-9835, punto 9 e giurisprudenza in esso richiamata.

9 – GU L 76, pag. 14.

10 – Tale regime permette, tra l'altro, alle parti lese di chiedere, a titolo di risarcimento

danni, il rimborso dei costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione, senza dover dimostrare che l'appalto andava aggiudicato a loro. V. l'art. 2, n. 7, della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi.

[11](#) – V., ad esempio, sentenza in cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione/Germania*, citata alla nota 5, punto 42.

[12](#) – Sentenza 11 luglio 1991, causa C-247/89, *Commissione/Portogallo*, Racc. pag. I-3659, punto 22.

[13](#) – V., inoltre, Rideau, «Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire» (1972), *Annuaire Français de Droit International*, 864, pag. 865.

[14](#) – V. osservazioni dell'avvocato generale Alber nelle conclusioni 19 gennaio 1999, causa *Commissione/Austria*, citata alla nota 7, punti 47 e segg.

[15](#) – Sentenza *Commissione/Austria*, citata alla nota 7, punto 39.

[16](#) – V. artt. 1, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva generale sulle procedure di ricorso e artt 1, n. 1, lett. a) e 8, n. 1, lett. a), della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi. L'ambito di applicazione della Direttiva generale sulle procedure di ricorso è stato poi esteso a ricomprendere le violazioni della direttiva sui servizi pubblici 92/50 dall'art. 41 di quest'ultima.

[17](#) – V. il preambolo della direttiva sulle procedure di ricorso per il settore dei servizi e, in particolare, il quarto 'considerando'.

[18](#) – La Corte ha considerato che risulta chiaramente dalla lettera e dallo spirito della direttiva generale sulle procedure di ricorso che è pienamente auspicabile, nell'interesse di tutte le parti interessate, che la Commissione si avvalga della procedura di intervento diretto, prevista all'art. 3, n. 3, della Direttiva generale sulle procedure di ricorso: v. sentenza 24 gennaio 1995, causa C-359/93, *Commissione/Paesi Bassi*, Racc. pag. I-157, punto 12..

[19](#) – *Ibidem*, punto 13. V. anche sentenza 4 maggio 1995, causa C-79/94,

Commissione/Repubblica ellenica, Racc. pag. I-1071, punto 11.

[20](#) – V., tra l'altro, sentenza 10 marzo 1987, causa 199/85, *Commissione/Italia*, Racc. pag. 1039, punto 14.

[21](#) – V., nel contesto dell'identica formulazione della deroga prevista dall'art. 9, lett b), della direttiva 71/305/CEE, la sentenza 18 maggio 1995, causa C-57/94, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-1249, punto 24.

[22](#) – Sentenza 28 marzo 1996, causa C-318/94, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I-1949, punto 18.

[23](#) – Sentenza 17 settembre 1998, causa C-323/96, *Commissione/Belgio*, Racc. pag. I-5063, punto 42 e giurisprudenza richiamata.

[24](#) – Sentenza *Commissione/Austria*, citata alla nota 7, punto 75.