

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

2 ottobre 2008 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Appalti pubblici di forniture – Direttiva 93/36/CEE –
Aggiudicazione di un appalto pubblico senza pubblicazione di un avviso preliminare – Elicotteri
di tipologia leggera destinati alla Polizia e ai Vigili del Fuoco»

Nella causa C-157/06,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 23 marzo
2006,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. X. Lewis e dalla
sig.ra D. Recchia, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal
sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. L. Bay Larsen, presidente della Sesta Sezione, facente funzione di presidente
della Seconda Sezione, dai sigg. K Schiemann, J. Makarczyk (relatore), J.-C. Bonichot e dalla
sig.ra C. Toader, giudici,

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 15 maggio 2008,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza
conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con il presente ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo adottato il decreto del Ministro dell'Interno 11 luglio 2003, n. 558/A/04/03/RR (in prosieguo: il «decreto ministeriale»), con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni idonee a giustificare una tale deroga, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993,

93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), in particolare degli artt. 2, n. 1, lett. b), 6 e 9 della stessa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

2 L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36 così recita:

«1. La presente direttiva non si applica:

(...)

b) agli appalti di forniture che sono dichiarati segreti o la cui esecuzione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi né quando lo esiga la tutela d'essenziali interessi di sicurezza di tale Stato».

3 L'art. 3 della direttiva medesima prevede quanto segue:

«Fatti salvi gli articoli 2 e 4 e l'articolo 5, paragrafo 1, la presente direttiva si applica a tutti i prodotti ai sensi dell'articolo 1, lettera a), compresi i prodotti oggetto di appalti assegnati da amministrazioni aggiudicatrici nel settore della difesa, fatta eccezione per i prodotti cui si applica l'articolo [296], paragrafo 1, lettera b), [CE]».

4 L'art. 6 di detta direttiva così dispone:

«1. Nell'aggiudicare gli appalti pubblici di forniture, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure di cui all'articolo 1, lettere d), e) ed f) nei casi esposti in appresso.

2. Le amministrazioni possono aggiudicare gli appalti di forniture mediante procedura negoziata in caso di offerte irregolari in risposta all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, ovvero offerte che risultino inammissibili a norma delle disposizioni nazionali compatibili con quanto disposto dal titolo IV, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano in questi casi un bando di gara, a meno che includano nella procedura negoziata tutti i fornitori che soddisfano i criteri di cui agli articoli da 20 a 24 e che, in occasione della precedente procedura aperta o ristretta, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

3. Le amministrazioni possono aggiudicare appalti di forniture mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara nei casi seguenti:

- a) qualora non vi siano offerte o non vi siano offerte appropriate in risposta all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione;
- b) per i prodotti fabbricati puramente a scopo di ricerca, di prova, di studio o di messa a punto; in questa disposizione non rientra la produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e di messa a punto;
- c) qualora, a causa di motivi di natura tecnica o artistica ovvero per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, la fabbricazione o consegna dei prodotti possa essere affidata unicamente ad un particolare fornitore;
- d) nella misura strettamente necessaria, qualora per l'estrema urgenza, determinata da

avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione, non possano essere osservati i termini per la procedura aperta, ristretta o negoziata, di cui al paragrafo 2. Le circostanze addotte per giustificare tale estrema urgenza non devono in nessun caso essere imputabili alle amministrazioni;

e) per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiale di tecnica differente, l'impiego o la manutenzione del quale comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. La durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come norma generale, superare i tre anni.

4. In tutti gli altri casi le amministrazioni aggiudicano gli appalti pubblici di forniture con procedura aperta ovvero con procedura ristretta».

5 L'art. 9 di detta direttiva così recita:

«1. Mediante un avviso indicativo da pubblicarsi non appena possibile dopo l'inizio del loro esercizio finanziario, le amministrazioni rendono noto il totale degli appalti, per settore di prodotti, che esse intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore stimato complessivo, tenuto conto di quanto disposto dall'articolo 5, risulti pari o superiore a 750 000 [EUR].

I settori di prodotti sono definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante riferimento alle voci della nomenclatura "Classificazione dei prodotti associati alle attività (CPA)". La Commissione stabilisce secondo la procedura prevista all'articolo 32, paragrafo 2 le modalità del riferimento da fare nel bando di gara a particolari voci della nomenclatura.

2. Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di forniture mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti dall'articolo 6, paragrafo 2, negoziata rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

3. Le amministrazioni che hanno aggiudicato un appalto ne comunicano il risultato con apposito avviso. In determinati casi, possono tuttavia non essere pubblicate le informazioni relative all'aggiudicazione di appalti la cui divulgazione impedisca l'applicazione della legge, o sia altrimenti contraria all'interesse pubblico, o pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private oppure possa recar pregiudizio alla lealtà della concorrenza tra fornitori.

4. I bandi o [gli] avvisi sono redatti conformemente ai modelli contenuti nell'allegato IV e devono fornire le informazioni richieste in tali modelli. Nel richiedere informazioni sulle condizioni economiche e tecniche che esse esigono dai fornitori ai fini della selezione (punto 11 dell'allegato IV B, punto 9 dell'allegato IV C e punto 8 dell'allegato IV D), le amministrazioni non possono richiedere condizioni diverse da quelle specificate negli articoli 22 e 23.

5. I bandi e gli avvisi sono inviati dall'amministrazione aggiudicatrice, nei più brevi termini e per i canali più appropriati, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 12, detti bandi o avvisi sono inviati per telex, telegramma o telecopia.

L'avviso di cui al paragrafo 1 è inviato il più rapidamente possibile dopo l'inizio dell'esercizio finanziario.

L'avviso di cui al paragrafo 3 è inviato al più tardi quarantotto giorni dopo l'aggiudicazione dell'appalto in questione.

6. Gli avvisi di cui ai paragrafi 1 e 3 sono pubblicati per esteso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nella banca di dati TED [Tenders electronic daily], nelle lingue ufficiali delle Comunità; il testo nella lingua originale è l'unico facente fede.

7. I bandi di gara di cui al paragrafo 2 sono pubblicati per esteso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nella banca di dati TED, nelle rispettive lingue originali. Un riassunto degli elementi importanti di ciascun bando è pubblicato nelle altre lingue ufficiali delle Comunità; il testo della lingua originale è l'unico facente fede.

8. L'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee pubblica i bandi di gara entro dodici giorni dalla data di spedizione. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 12, tale termine è ridotto a cinque giorni.

9. La pubblicazione nelle gazzette ufficiali o nella stampa del paese dell'amministrazione non può effettuarsi prima della data della spedizione all'Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee e deve recare menzione di tale data. La pubblicazione non deve contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

10. Le amministrazioni aggiudicatrici devono essere in grado di provare la data di spedizione.

11. Le spese di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* sono a carico delle Comunità. La lunghezza del testo non può essere superiore ad una pagina della suddetta Gazzetta, ovvero deve risultare di 650 parole circa. Ciascun numero della Gazzetta in cui figurano uno o più bandi di gara o avvisi riproduce il modello o i modelli cui il bando o i bandi o l'avviso o gli avvisi pubblicati si riferiscono».

La normativa nazionale

6 Il decreto ministeriale così recita:

«1. Le forniture di elicotteri della tipologia leggera per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco devono essere accompagnate da speciali misure di sicurezza, da estendersi agli atti del gruppo Tecnico di Valutazione e della Commissione interministeriale di cui in narrativa.

2. Per l'espletamento delle forniture stesse si può derogare al disposto del Decreto Legislativo 24.7.1992, n. 358, novato con Decreto Legislativo 20.10.1998, n. 402 [in prosieguo: il «decreto legislativo n. 358/1992»], ricorrendo nella fattispecie le condizioni di cui all'art. 4, lett. c), del detto testo normativo».

7 Il decreto legislativo n. 358/1992, citato dal decreto ministeriale, costituisce la normativa di recepimento della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture.

8 L'art. 4, lett. c), del decreto legislativo n. 358/1992 ricalca la disposizione di cui all'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36.

La procedura precontenziosa

9 La Commissione, essendo venuta a conoscenza del decreto ministeriale e non ritenendolo conforme al combinato disposto degli artt. 2, n. 1, lett. b), 6 e 9 della direttiva 93/36, inviava in data 1° aprile 2004 una lettera di diffida alla quale la Repubblica italiana rispondeva in data 30 luglio 2004.

10 La Commissione, non ritenendo tale risposta soddisfacente, inviava alla Repubblica italiana in

data 14 dicembre 2004 un parere motivato mediante il quale la invitava ad adottare le disposizioni necessarie per conformarsi nel termine di due mesi dalla ricezione dello stesso.

- 11 Con lettera 22 marzo 2005 la Repubblica italiana comunicava alla Commissione di non aver ancora risposto dettagliatamente al parere motivato «avendo avviato al riguardo un profondo ed articolato processo di riflessione» le cui prime risultanze «porta[vano] a ritenere che la lettura di tale Decreto [fosse] suscettibile di ingenerare delle perplessità circa la sua piena rispondenza al quadro normativo vigente a livello comunitario in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di pubbliche forniture». Tale lettera proseguiva auspicando l'instaurazione di un dialogo tecnico con i servizi della Commissione che potesse «accompagnare il processo di riflessione in questione e condurre ad una rivisitazione della legislazione succitata che tenga adeguatamente conto dei diversi imperativi esistenti in materia».
- 12 Sebbene la Commissione, mediante due lettere del 14 aprile 2005 e del 26 maggio 2005, avesse comunicato alla Repubblica italiana la propria disponibilità ad instaurare un dialogo con i servizi ministeriali italiani interessati, tale dialogo tecnico non è mai stato avviato. Ciò premesso, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

- 13 La Commissione contesta alla Repubblica italiana di aver indebitamente escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/36, mediante il decreto ministeriale, le forniture di elicotteri di tipologia leggera per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, non ricorrendo alcuna delle condizioni previste all'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva medesima.
- 14 A tal riguardo, l'Istituzione sottolinea che tali elicotteri sono destinati alla Polizia e ai Vigili del Fuoco, vale a dire a corpi civili che, di regola, non dovrebbero essere coinvolti in operazioni militari. D'altronde, il fatto che l'installazione di un'arma leggera sia prevista come una mera eventualità confermerebbe che gli elicotteri di cui trattasi sono destinati ad un uso essenzialmente civile. Infine, il fatto che gli elicotteri debbano possedere determinate caratteristiche simili a quelle degli elicotteri militari non sarebbe sufficiente ad equipararli a forniture militari. Per la Commissione, si tratterebbe al massimo di aeromobili destinati ad un eventuale doppio uso.
- 15 Inoltre, la Commissione reputa che, anche se si trattasse di forniture militari, ciò non escluderebbe l'applicazione della direttiva 93/36 e le circostanze che giustificano la deroga di cui all'art. 2, n. 1, lett. b), dovrebbero essere dimostrate dallo Stato membro che intenda avvalersene. Orbene, l'Istituzione ritiene che, nel caso di specie, la Repubblica italiana non abbia dimostrato la legittimità dell'utilizzo della deroga di cui alla disposizione summenzionata.
- 16 La Repubblica italiana afferma che, nel contesto internazionale attuale, i concetti di guerra e materiale bellico, al pari della nozione di tutela degli interessi essenziali della sicurezza nazionale, hanno subito una modifica sostanziale rispetto al loro significato originario. La natura militare degli elicotteri oggetto delle forniture previste dal decreto ministeriale non può essere messa in discussione, atteso che tali elicotteri possono essere adoperati per garantire missioni per la sicurezza nazionale. Infatti, conformemente a quanto previsto da una commissione interministeriale istituita a tal fine, tali elicotteri devono possedere alcune caratteristiche tecniche che permettono di essere eventualmente utilizzati come sistemi d'arma e di difesa, così da richiedere un'omologazione del Ministero della Difesa.
- 17 La Repubblica italiana afferma che le tre condizioni previste dall'art. 2, n. 1, lett. b), della

direttiva 93/36 sono soddisfatte. A sostegno di tale affermazione essa deduce, in particolare, che occorrerebbe assicurare la massima discrezione sulle forniture in oggetto dato il loro utilizzo come sistemi d'arma e la loro interoperabilità con altri materiali militari. Questa sarebbe la ragione per la quale il segreto non potrebbe essere garantito nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica.

- 18 La Repubblica italiana ritiene peraltro che, essendo gli aerei di cui è causa qualificabili a pieno titolo come prodotti militari, anche nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che i presupposti previsti dall'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36 non potessero trovare applicazione nella presente fattispecie, le forniture controverse ricadrebbero comunque nella deroga contemplata dall'art. 296 CE e sarebbero quindi sottratte alle norme comunitarie sugli appalti.
- 19 Infine, la Repubblica italiana sostiene che il presente ricorso sia irricevibile per violazione del principio «ne bis in idem». A suo avviso, infatti, la questione oggetto della controversia è già stata esaminata e decisa dalla Corte nella sua sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05, Commissione/Italia (non ancora pubblicata nella Raccolta).

Giudizio della Corte

Sulla ricevibilità

- 20 A tal riguardo, è sufficiente rilevare una differenza essenziale tra la presente controversia e quella sfociata nella sentenza Commissione/Italia, citata supra. Nella presente controversia, la Repubblica italiana ha agito in forza di un decreto del Ministro dell'Interno, mentre la causa da cui è scaturita detta sentenza verteva sulla legittimità di una prassi delle autorità italiane. Tale rilievo è sufficiente per dichiarare che, nel caso di specie, il principio «ne bis in idem» non può, in ogni caso, essere utilmente invocato.
- 21 Conseguentemente, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Repubblica italiana dev'essere respinta.

Sul merito

- 22 In limine, occorre rilevare che è pacifico tra le parti che gli importi degli appalti di cui al decreto ministeriale superano il limite, fissato dall'art. 5, n. 1, lett. a), della direttiva 93/36, che consente di farli ricomprendere nella relativa sfera di applicazione.
- 23 Occorre parimenti ricordare che, secondo costante giurisprudenza, ogni deroga alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici deve essere interpretata restrittivamente (v., in tal senso, sentenza 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5923, punto 36) e che l'onere di dimostrare che sussistano effettivamente le circostanze eccezionali che giustifichino una deroga grava su colui che intenda avvalersene (v., in tal senso, sentenze 3 maggio 1994, causa C-328/92, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-1569, punti 15 e 16, nonché Commissione/Italia, citata supra, punti 57 e 58).
- 24 Nel caso di specie, la Repubblica italiana fa valere che il decreto ministeriale soddisfa i requisiti previsti dagli artt. 296 CE e 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36 sostenendo, segnatamente, che gli elicotteri indicati in tale decreto costituirebbero beni a doppio uso, vale a dire utilizzabili a fini sia civili che militari.
- 25 A tal riguardo occorre ricordare che, in forza dell'art. 296, n. 1, lett. b), CE, ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale

bellico, a condizione, tuttavia, che tali misure non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari (v. sentenza Commissione/Italia, citata supra, punto 46).

- 26 Dal tenore di tale disposizione emerge che i prodotti in questione devono essere destinati a fini specificamente militari. Ne consegue che l'acquisto di attrezzature la cui destinazione a fini militari sia dubbia deve necessariamente rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. sentenza Commissione/Italia, citata supra, punto 47).
- 27 Orbene, è pacifico che il decreto ministeriale riguardi, come la Repubblica italiana riconosce, elicotteri la cui destinazione civile è certa, mentre la loro finalità militare è meramente eventuale.
- 28 Di conseguenza, l'art. 296, n. 1, lett. b), CE, al quale rinvia l'art. 3 della direttiva 93/36, non può essere utilmente invocato dalla Repubblica italiana per giustificare una normativa nazionale che autorizzi la procedura negoziata per l'acquisto di detti elicotteri.
- 29 Peraltro, lo Stato membro medesimo invoca l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36.
- 30 Occorre anzitutto ricordare che la necessità di prevedere un obbligo di riservatezza non impedisce affatto il ricorso alla procedura di gara per l'attribuzione di un appalto (v. sentenza Commissione/Italia, citata supra, punto 52).
- 31 Pertanto, il ricorso all'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36 per giustificare una normativa nazionale che autorizzi l'acquisto degli elicotteri di cui è causa con la procedura negoziata sembra sproporzionato rispetto all'obiettivo di impedire la divulgazione di informazioni sensibili relative alla loro produzione. Infatti, la Repubblica italiana non ha dimostrato che tale obiettivo non sarebbe stato conseguibile nel contesto di una gara come quella prevista dalla direttiva medesima (v. sentenza Commissione/Italia, citata supra, punto 53).
- 32 Ne consegue che, nel caso di specie, il semplice fatto di affermare che le forniture di cui è causa siano dichiarate segrete, che esse siano accompagnate da misure speciali di sicurezza o che sia necessaria una deroga alle norme comunitarie per tutelare gli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non può essere sufficiente per dimostrare che sussistono effettivamente circostanze eccezionali tali da giustificare le deroghe previste dall'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36.
- 33 Di conseguenza, l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36 non può essere utilmente invocato dalla Repubblica italiana per giustificare una normativa nazionale che autorizzi il ricorso alla procedura negoziata per l'acquisto di detti elicotteri.
- 34 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve dichiarare che la Repubblica italiana, avendo adottato il decreto ministeriale con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni idonee a giustificare una tale deroga, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva 93/36, in particolare degli artt. 2, n. 1, lett. b), 6 e 9 della stessa.

Sulle spese

- 35 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha chiesto la condanna della Repubblica italiana, che è risultata soccombente, quest'ultima dev'essere condannata alle spese.

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

- 1) **La Repubblica italiana, avendo adottato il decreto del Ministro dell'Interno 11 luglio 2003, n. 558/A/04/03/RR, con il quale viene autorizzata la deroga alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le esigenze delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, senza che ricorra alcuna delle condizioni idonee a giustificare una tale deroga, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in particolare degli artt. 2, n. 1, lett. b), 6 e 9 della stessa.**
- 2) **La Repubblica italiana è condannata alle spese.**

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.