SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

22 aprile 2010 *

Nella causa C-423/07,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 13 settembre 2007,

Commissione europea, rappresentata dai sigg. D. Kukovec e M. Konstantinidis, nonché dalla sig.ra S. Pardo Quintillán, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. M. Canal Fontcuberta, abogada, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Regno di Spagna, rappresentato dall'avv. F. Díez Moreno, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuto,

* Lingua processuale: lo spagnolo.

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), J. Malenovský e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig. P. Mengozzi
cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 9 settembre 2009,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 20 ottobre 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che il Regno di Spagna, non avendo incluso, tra i lavori oggetto di concessione indicati nel bando e nel capitolato delle clausole amministrative speciali per l'aggiudicazione della concessione amministrativa per la costruzione, la gestione e lo sfruttamento dei raccordi dell'autostrada A-6 con Segovia e Ávila, nonché per la gestione e lo sfruttamento del tratto Villalba-Adanero dell'autostrada stessa a decorrere dall'anno 2018, taluni lavori successivamente attribuiti al momento dell'aggiudicazione di detto

appalto, tra i quali i lavori sul tratto della A-6 senza pedaggio, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), e, pertanto, dell'art. 11, nn. 3, 6, 7, 11 e 12, della direttiva medesima, violando altresì i principi del Trattato CE, in particolare quelli di parità di trattamento e di non discriminazione.

La normativa comunitaria

2 La direttiva 93/37 enuncia, nel suo quinto «considerando», che «(…) è opportuno includere nella presente direttiva norme sulla pubblicità relative alle concessioni nel settore dei lavori pubblici data la crescente importanza e la natura specifica di tali concessioni».

3 Ai sensi dell'art. 1º, lett. c), di tale direttiva:

«s'intende per "opera" il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica».

4 Conformemente alla definizione contenuta nell'art. 1º, lett. d), della stessa direttiva:

«la "concessione di lavori pubblici" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a) [riguardante gli appalti pubblici di lavori], ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

5 L'art. 3 della direttiva 93/37 così prevede:

«1. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 3, 6, 7 e da 9 a 13, nonché all'articolo 15 sono applicabili a tale contratto se il suo valore è pari o superiore a 5 000 000 di ecu.

(…)

4. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché i concessionari di lavori pubblici, diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, applichino le regole di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 4, 6, 7 e da 9 a 13 ed all'articolo 16, per gli appalti che essi concludono con terzi, se il valore di tali appalti è pari o superiore a 5 000 000 di ecu. (…).

(…)».

6 L'art. 11 della direttiva 93/37, collocato nel titolo III di quest'ultima, intitolato «Norme comuni di pubblicità», dispone quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici rendono note, mediante un avviso indicativo, le caratteristiche essenziali degli appalti di lavori che intendono attribuire ed i cui importi eguagliano o superano la soglia indicata all'articolo 6, paragrafo 1.

(…)

3. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

(…)

6. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono redatti conformemente ai modelli che figurano negli allegati IV, V e VI e precisano le informazioni richieste nei suddetti allegati.

(…)

7. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono inviati dalle amministrazioni aggiudicatrici, nei termini più brevi e per le vie più appropriate, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. (…)

(…)

9. I bandi di gara di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 sono pubblicati per esteso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (…)

10. L'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee pubblica i bandi di gara al più tardi dodici giorni dopo la loro spedizione. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 14, tale termine è ridotto a cinque giorni.

11. La pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi nella Gazzetta ufficiale o nella stampa del paese dell'amministrazione aggiudicatrice non può avere luogo prima della data di spedizione all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee e deve recare menzione di tale data. Tale pubblicazione non deve contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

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

(…)».

7 Gli allegati cui si riferisce l'art. 11, n. 6, della direttiva 93/37 contengono modelli dei bandi che l'amministrazione aggiudicatrice deve pubblicare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. L'allegato IV di detta direttiva riguarda gli appalti pubblici di lavori, l'allegato V concerne le concessioni di lavori pubblici e l'allegato VI contiene il

modello di bando qualora il concessionario intenda attribuire a terzi appalti di esecuzione di lavori che gli sono stati concessi.

8 L'art. 15 di tale direttiva dispone quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono procedere alla concessione di lavori pubblici fissano un termine per la presentazione delle candidature alla concessione, il quale non può essere inferiore a cinquantadue giorni a decorrere dalla data di spedizione del bando».

9 L'art. 61 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), intitolato «Aggiudicazione di lavori complementari al concessionario», così recita:

«La presente direttiva non si applica ai lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta, che l'amministrazione aggiudicatrice affida al concessionario, purché l'aggiudicatario sia l'operatore economico che esegue tale opera:

— qualora i lavori complementari non possano essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici, oppure

— qualora i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione».

10 La Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2), al suo punto 3.1.1, intitolato «La parità di trattamento», enuncia quanto segue:

«(…)

Accade, talvolta, che il concedente, non avendo la possibilità di definire i propri bisogni in termini tecnici sufficientemente precisi, ricorra a offerte alternative idonee a fornire soluzioni diverse a un problema espresso in termini generali. In queste ipotesi, tuttavia, il capitolato d'oneri deve comunque, al fine di garantire una concorrenza sana ed efficace, presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto è richiesto ai candidati e, soprattutto, le modalità dell'approccio che essi devono seguire nel preparare le loro offerte. (…)».

La normativa nazionale

11 La legge 10 maggio 1972, n. 8, relativa alla costruzione, alla gestione e allo sfruttamento delle autostrade in regime di concessione, nel testo vigente dal 1996 (in prosieguo: la «legge sulle autostrade»), all'art. 8, n. 2, secondo comma, prevede quanto segue:

«(…) fanno parte dell'oggetto sociale della società concessionaria, (…), la costruzione delle infrastrutture viarie, distinte da quelle oggetto della concessione ma aventi un effetto su quest'ultima, realizzate nell'area di influenza dell'autostrada o necessarie per la gestione del traffico, il cui progetto ed esecuzione, o la cui sola esecuzione, siano imposti al concessionario come controprestazione (…)».

12 Il regio decreto 16 aprile 1999, n. 597, ha fissato in 20 km l'estensione dell'area di influenza delle autostrade.

L'operazione controversa

13 L'autostrada A-6 collega la città di Madrid alla città di La Coruña e costituisce l'asse principale che unisce il centro al nord e al nord-ovest della Spagna. È pacifico che si tratti di uno degli assi stradali più importanti e più frequentati di tale paese. Il tratto di detta autostrada situato tra Madrid e la città di Villalba è un tratto senza pedaggio, di lunghezza pari a circa 40 km, e attraversa una zona praticamente urbana. Il tratto situato tra le città di Villalba e di Adanero è a pedaggio, di lunghezza pari a circa 70 km (in prosieguo: il «tratto a pedaggio dell'autostrada A-6»). È pacifico che questi

due tratti autostradali siano caratterizzati da tempo da una circolazione molto intensa e presentino seri problemi di congestione.

14 Dal 1968, il tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 è gestito in concessione dalla società Ibérica de Autopistas SA (in prosieguo: la «Iberpistas»). Tale concessione è stata accordata fino al 29 gennaio 2018.

15 Con decreto 26 maggio 1997, il Ministero spagnolo dei Lavori pubblici ha annunciato il proprio intendimento d'includere nel «programma delle autostrade», approvato dal governo spagnolo nel mese di febbraio 1997, la costruzione di autostrade che collegassero le città di Segovia e di Ávila all'autostrada A-6, poiché, «tenuto conto degli importanti flussi di circolazione esistenti attualmente e che causano una congestione stradale (…), la costruzione di autostrade che consentono di collegare tali città all'attuale autostrada A-6 presenta un interesse pubblico eccezionale per il loro sviluppo».

16 Con bando di gara pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (GU 16 giugno 1999, S 115; in prosieguo: il «primo bando di gara») e mediante capitolato d'oneri approvato con decreto 4 giugno 1999 (BOE n. 136 dell'8 giugno 1999, n. 136; in prosieguo: il «primo capitolato d'oneri»), il Ministero dei Lavori pubblici, in qualità di autorità concedente, ha indetto una procedura per l'attribuzione di una concessione di lavori pubblici. Il n. 2 del primo bando di gara e l'art. 2, n. 4, del primo capitolato d'oneri, di identico contenuto, descrivevano l'oggetto della gara per la concessione.

17 Tale oggetto riguardava le seguenti opere:

— la costruzione, la gestione e lo sfruttamento dei raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con le città di Ávila e di Segovia,

— la gestione e lo sfruttamento, a decorrere dal 30 gennaio 2018, del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6, per un periodo di tempo da determinare sulla base della media del numero di veicoli in transito su tale tratto,

— la costruzione della variante della città di Guadarrama, comune situato sul tratto a pedaggio dell'autostrada A-6, e

— l'ampliamento di una parte del tratto senza pedaggio dell'autostrada A-6, vale a dire del tratto tra Madrid e Villalba. Si trattava della costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia al fine di potenziare la capacità dell'autostrada A-6 sul tratto medesimo.

18 Con decreto 7 luglio 1999 (BOE n. 163 del 9 luglio 1999), l'autorità concedente ha pubblicato un nuovo capitolato d'oneri (in prosieguo: il «secondo capitolato d'oneri»). Un bando di gara ulteriore è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (GU S 137 del 17 luglio 1999; in prosieguo: il «secondo bando di gara»). Il preambolo di questo secondo decreto enunciava che «per ragioni di ordine tecnico è necessario modificare [il primo] capitolato, al fine di ridefinire l'oggetto della gara e di introdurre alcune modifiche nella determinazione della durata della concessione».

19 Il n. 2 del secondo bando di gara e l'art. 2 del secondo capitolato d'oneri definivano nel seguente modo l'oggetto della concessione:

«1. La costruzione, la gestione e lo sfruttamento del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6, raccordo con Segovia, (…).

2. La costruzione, la gestione e lo sfruttamento del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6, raccordo con Ávila. (…).

3. La gestione e lo sfruttamento dell'autostrada a pedaggio A-6, tratto Villalba-Adanero. (…)».

20 Risulta pertanto che questo secondo bando e detto secondo capitolato non menzionavano nell'oggetto della concessione la costruzione della variante di Guadarrama né l'ampliamento di una parte del tratto senza pedaggio dell'autostrada A-6.

21 L'art. 3 del secondo capitolato rinviava alla «procedura amministrativa».

22 I nn. 13 e 16 dell'art. 5 del secondo capitolato, di tenore identico al primo, stabilivano quanto segue:

«13 Gli offerenti indicheranno esplicitamente nelle proprie offerte le misure che intendono adottare in relazione agli effetti derivanti dalla concessione sulla rete globale del traffico, l'interesse turistico della zona e la valorizzazione dei monumenti di interesse storico o artistico, nonché a quelli relativi alla conservazione e al mantenimento del paesaggio e alla difesa della natura, sempre nel rispetto della legislazione vigente in materia.

(…)

16 Gli offerenti indicheranno all'amministrazione le misure di cui propongono l'adozione al fine di un'adeguata gestione del traffico interurbano delle aree interessate dalla costruzione delle strade oggetto della concessione, indicando quali tra esse l'offerente intenda attuare a proprie spese. La creatività e la realizzabilità di tali proposte saranno valutate positivamente nell'aggiudicazione della gara, considerato l'elevato livello di congestione delle zone sul cui traffico incideranno le strade oggetto di concessione».

23 Nell'art. 10 del secondo capitolato, di tenore identico a quello contenuto nel primo, erano elencati i criteri che sarebbero stati presi in considerazione ai fini dell'aggiudicazione della gara. Tra questi criteri figuravano:

— la realizzabilità dell'offerta presentata ed il volume dei mezzi attuati (punto III),

— le misure proposte per la gestione del traffico e dell'ambiente (punto V).

24 Un sottocriterio V, lett. i), precisava quanto segue:

«[l]e misure proposte per la gestione del traffico interurbano, comprese quelle riguardanti l'inserimento di un pedaggio dinamico nelle aree interessate dalla costruzione delle strade oggetto della concessione, possono ricevere fino a 75 punti per la loro creatività, la loro realizzabilità e la loro efficacia».

25 L'art. 29 del secondo capitolato enunciava che, per quanto riguarda i raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con Ávila e Segovia, il concessionario è tenuto a far sì che in nessun punto dell'autostrada venga superato un determinato livello d'intensità della circolazione, espresso in termini tecnici, e deve effettuare a sue spese tutti gli ampliamenti necessari a tale scopo.

26 Infine, l'art. 33 del secondo capitolato prevedeva che la durata dell'appalto non sarebbe stata superiore a 37 anni né inferiore a 22 anni, e che la durata esatta dell'appalto, calcolata in anni, sarebbe stata determinata tenendo conto dell'evoluzione reale della circolazione su ciascuno dei diversi tratti, ove a tale stima si sarebbe proceduto decorsi 20 anni dall'inizio dell'appalto.

27 In forza del regio decreto 5 novembre 1999, n. 1724, l'autorità concedente ha attribuito l'appalto di concessione alla Iberpistas. L'art. 5 dello stesso regio decreto prevedeva, tuttavia, l'esecuzione di lavori supplementari rispetto a quelli menzionati nel secondo bando e nel secondo capitolato. Oltre alla costruzione dei raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con Ávila e Segovia, nonché alla gestione e allo sfruttamento del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 tra Villalba e Adanero, venivano quindi previsti i seguenti lavori:

— la costruzione di una terza corsia in ciascun senso di marcia sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra Villalba e il raccordo Valle de los Caídos (in prosieguo: l'«opera A»),

— la costruzione di una terza corsia reversibile sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra il raccordo Valle de los Caídos e la città di San Rafael, compresa la costruzione di un nuovo tunnel (in prosieguo: l'«opera B»), e

— la costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia sul tratto a pedaggio libero dell'autostrada A-6 tra Madrid e Villalba (in prosieguo: l'«opera C»).

28 Le opere A, B e C sono designate qui di seguito come «opere aggiuntive».

29 Da quanto precede risulta che l'opera C era menzionata nel primo bando e nel primo capitolato, ma non nei secondi. Le opere A e B non erano menzionate né nei primi né nei secondi. I lavori di costruzione di una variante di Guadarrama, riportati nel primo capitolato ma non nel secondo, non rientravano nell'oggetto della concessione aggiudicata alla Iberpistas e, alla fine, non sono stati realizzati.

30 Dagli atti emerge che il raccordo tra il tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 e Segovia è stato posto in funzione nel 2003, e la quarta corsia sul tratto a libero pedaggio dell'autostrada A-6 (opera C) è entrata in funzione il 1º gennaio 2006. Dal fascicolo si evince anche che le altre opere sono state nel frattempo realizzate.

31 Da una lettera delle autorità spagnole del 28 novembre 2001 risulta altresì che il costo dei lavori menzionati esplicitamente nel secondo bando e nel secondo capitolato, vale a dire dei raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con Segovia e Ávila, è stato di EUR 151,76 milioni. Tale costo non comprendeva quello relativo ai lavori di gestione e di sfruttamento del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6, concessi a decorrere dal 30 gennaio 2018. Il costo delle tre opere aggiuntive sarebbe stato di EUR 132,03 milioni.

Fase precontenziosa del procedimento

32 La Commissione, nutrendo dubbi sulla regolarità, riguardo alle norme della direttiva 93/37, della procedura in base alla quale è stata concessa la realizzazione delle opere aggiuntive, ha inviato al Regno di Spagna, il 30 aprile 2001, una lettera di diffida alla quale quest'ultimo ha risposto con lettera del 27 giugno 2001. Il 18 luglio 2002 la Commissione, non avendo ritenuto soddisfacenti le spiegazioni fornite nel frattempo da tale Stato membro, ha emesso un parere motivato cui lo Stato medesimo ha risposto con lettere del 20 settembre 2002 e 13 marzo 2003.

33 Il 25 luglio 2003 la Commissione ha inviato al Regno di Spagna una lettera di diffida complementare relativa al mancato rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, alla quale quest'ultimo ha risposto con lettera del 28 ottobre 2003. Il 22 dicembre 2004 la Commissione ha trasmesso un parere motivato supplementare riguardante la violazione di detti principi, al quale tale Stato membro ha risposto con lettera del 3 marzo 2005. La Commissione, non ritenendosi soddisfatta della risposta, ha proposto il presente ricorso.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

34 Il Regno di Spagna solleva due eccezioni d'irricevibilità. In primo luogo, esso sostiene che il ricorso viola le prescrizioni del regolamento di procedura della Corte, in quanto non sarebbe stata fornita la prova del potere di rappresentanza dell'avvocato difensore

della Commissione. L'istituzione, inoltre, non giustificherebbe il mandato di cui sarebbe munito il detto difensore per intervenire nella presente causa, dal momento che quest'ultimo non agirebbe in qualità di agente della Commissione.

35 In secondo luogo, il Regno di Spagna solleva un'eccezione d'irricevibilità relativa al fatto che il ricorso della Commissione difetterebbe di chiarezza nella parte in cui si riferisce indistintamente alla violazione degli artt. 3 e 11, nn. 3, 6, 7, 11 e 12, della direttiva 93/37. Orbene, l'unica disposizione dell'art. 3 che potrebbe essere presa in considerazione nella fattispecie è quella del suo n. 1. Inoltre, l'autorità concedente, in questo caso, avrebbe pienamente adempiuto ai propri obblighi risultanti dall'art. 11, nn. 3, 7, 11 e 12, di tale direttiva. Peraltro, il n. 6 dello stesso articolo farebbe riferimento agli allegati IV, V e VI di detta direttiva, mentre solo l'allegato V sarebbe applicabile nel caso di specie. Pertanto, l'oggetto del ricorso risulterebbe indeterminato.

36 Riguardo alla prima eccezione d'irricevibilità, va rilevato che la Commissione è stata debitamente rappresentata da tre agenti, i quali sono stati assistiti da un avvocato. D'altronde, la Commissione ha allegato al proprio ricorso la copia di un documento attestante che l'avvocato di cui trattasi è abilitato al patrocinio, ai sensi dell'art. 38, n. 3, del regolamento di procedura della Corte, dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro, vale a dire del Regno di Spagna.

37 Parimenti, la seconda eccezione d'irricevibilità non può essere accolta. Infatti, risulta inequivocabilmente da tutti i documenti depositati dinanzi alla Corte che il ricorso e gli addebiti della Commissione riguardano la mancata osservanza, nell'ambito del procedimento di concessione dei lavori in esame, degli obblighi di pubblicità che incombono all'autorità concedente in forza delle pertinenti disposizioni della direttiva 93/37, in quanto tutti i lavori effettivamente attribuiti ed eseguiti non sarebbero menzionati nel bando previsto a tal fine da dette disposizioni.

38 Pertanto, nella specie, non si pone alcun problema di chiarezza dell'oggetto del ricorso che possa porre in dubbio la ricevibilità di quest'ultimo.

39 L'eventualità che alcune delle disposizioni della direttiva 93/37, citate dalla Commissione a sostegno dei suoi addebiti, non risultino pertinenti nella specie non rende il ricorso irricevibile.

Nel merito

Argomenti delle parti

40 La Commissione fa valere, in sostanza, che l'oggetto di una concessione, quale descritto nel bando e nel capitolato, e le opere effettivamente attribuite devono coincidere. Orbene, l'oggetto della concessione di cui trattasi sarebbe definito in termini precisi nell'art. 2 del secondo capitolato e riguarderebbe lavori determinati, vale a dire i raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con Segovia e Ávila, nonché la gestione e lo sfruttamento di detto tratto a decorrere dal 30 gennaio 2018. Per contro, le opere aggiuntive non sarebbero menzionate né nel secondo bando né nel secondo capitolato.

41 L'inadempimento contestato al Regno di Spagna consiste, pertanto, a parere della Commissione, nel fatto che le autorità spagnole avrebbero operato a posteriori un'estensione dell'oggetto della concessione, avendo attribuito alla Iberpistas lavori che non avevano costituito oggetto di una pubblicazione e che si situavano al di fuori

dell'area geografica coperta dall'oggetto della concessione come pubblicato. Ciò costituirebbe un inadempimento agli obblighi incombenti agli Stati membri in forza delle pertinenti disposizioni degli artt. 3 e 11 della direttiva 93/37.

42 La Commissione sostiene che né la modifica dell'oggetto della concessione intervenuta nel secondo bando e nel secondo capitolato né la formulazione degli artt. 5, nn. 13 e 16, e 29 del secondo capitolato potevano indurre un offerente, ragionevolmente accorto e diligente, a comprendere che era, di fatto, invitato dalle autorità competenti a formulare proposte che potevano condurre alla realizzazione di lavori quali le opere aggiuntive. In caso contrario, infatti, ciò equivarrebbe ad ammettere che gli offerenti potessero proporre lavori su tutte le strade delle province di Madrid, di Segovia e di Ávila, atteso che i lavori oggetto della concessione potevano incidere sul traffico sulle strade medesime.

43 A parere della Commissione, il fatto che le opere aggiuntive non fossero comprese nell'oggetto della concessione e che un offerente normalmente accorto non potesse dedurre dagli articoli del capitolato la possibilità di presentare proposte riguardanti la realizzazione di opere di una portata siffatta favoriva soltanto la Iberpistas, la quale era già la concessionaria del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 e conosceva le effettive esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Per contro, né gli altri candidati né gli offerenti potenziali avrebbero potuto conoscere tutti gli elementi che sarebbero stati presi in considerazione per l'aggiudicazione della concessione, il che costituirebbe una violazione del principio di parità di trattamento degli offerenti.

44 Il Regno di Spagna sostiene, in primo luogo, che, come risulta dal secondo capitolato, la gara d'appalto non fosse disciplinata soltanto da tale capitolato, ma anche da tutta la normativa applicabile ai procedimenti di gara d'appalto, vale a dire dalla legge sulle autostrade, nonché dal capitolato generale approvato dal decreto 25 gennaio 1973, n. 215. Orbene, lo scopo di detta normativa sarebbe stato quella di lasciare un'ampia libertà, conformemente all'attuazione del summenzionato programma delle

autostrade, alle iniziative delle imprese private sia al momento della presentazione delle loro offerte sia durante la realizzazione delle loro attività dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

45 D'altronde, tale approccio sarebbe stato condiviso, senza sollevare difficoltà, nell'aggiudicazione della concessione di costruzione di altre autostrade in Spagna e risulterebbe, inoltre, confermato dall'art. 8 della legge sulle autostrade che prevede la possibilità per gli offerenti di proporre lavori supplementari sia nell'area di influenza delle autostrade, conformemente alla definizione data a questo termine nella normativa nazionale, sia al di fuori di essa.

46 Nella specie, il secondo capitolato non menzionerebbe più espressamente i progetti di costruzione di talune opere. Tale modifica sarebbe stata finalizzata a lasciare all'iniziativa e alla creatività degli imprenditori privati la proposta alle autorità concedenti della realizzazione di opere idonee a risolvere i problemi di traffico sull'autostrada A-6, in particolare dopo la costruzione dei nuovi raccordi con Ávila e Segovia. Infatti, la costruzione di queste due nuove autostrade avrebbe peggiorato la situazione del traffico sull'asse interessato. La proposta di soluzione di tale problema sarebbe stata lasciata all'iniziativa degli offerenti, come risulterebbe altresì dalla formulazione dell'art. 5, nn. 13 e 16, nonché degli artt. 29 e 33 del secondo capitolato.

47 In secondo luogo, il Regno di Spagna fa valere che, in ogni caso, non si può parlare, nella specie, di inadempimento agli obblighi di pubblicità riguardo all'aggiudicazione delle opere aggiuntive. Infatti, la Iberpistas non avrebbe eseguito essa stessa tali lavori supplementari, ma li avrebbe assoggettati ad una gara d'appalto aggiudicandoli ad imprese terze, conformemente agli obblighi in materia di pubblicità e di concorrenza

prescritti dalla direttiva 93/37 e dalla normativa spagnola. Questi lavori aggiuntivi, pertanto, sarebbero stati realizzati da imprese terze indipendenti dalla concessionaria Iberpistas.

48 In terzo luogo, il Regno di Spagna sottolinea che le denunce non sono state depositate presso la Commissione né da offerenti non selezionati né da terzi realmente o potenzialmente interessati all'aggiudicazione della concessione controversa, bensì da soggetti e da enti privi di qualsiasi rapporto professionale con detta concessione. Questi denuncianti non avrebbero alcun interesse alla corretta applicazione delle norme in materia di concorrenza, ma sarebbero indotti da altri motivi. Tutti i soggetti che intendevano partecipare al procedimento avrebbero disposto delle stesse informazioni e nessun offerente né alcun interessato reale o potenziale avrebbe contestato, tramite denuncia, reclamo o azione giudiziale, l'esito del procedimento. Pertanto, la parità di trattamento sarebbe stata rispettata.

49 Il Regno di Spagna rileva, in quarto luogo, che gli stessi denuncianti, prima di rivolgersi alla Commissione, avevano depositato due ricorsi avverso il procedimento controverso dinanzi al Tribunal Supremo (Corte di cassazione spagnola), la massima autorità giurisdizionale spagnola, il quale era il più idoneo a pronunciarsi sulla questione di fatto sollevata nella fattispecie, consistente nell'accertare le ragioni della modifica intervenuta nel secondo bando di gara. Orbene, il Tribunal Supremo ha respinto tali ricorsi con due sentenze 11 febbraio e 4 ottobre 2003, nelle quali avrebbe esaminato l'aggiudicazione della concessione controversa anche alla luce del diritto comunitario dichiarando che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione risultavano rispettati.

Giudizio della Corte

50 In via preliminare va rilevato che, anche se la Commissione contesta al Regno di Spagna la violazione degli artt. 3 e 11, nn. 3, 6, 7, 11 e 12, della direttiva 93/37, essa non contesta né il fatto che un bando di gara sia stato pubblicato né il momento e le

modalità di tale pubblicazione, quali previsti all'art. 11, nn. 7, 11 e 12, di tale direttiva. Inoltre, dalla domanda risulta che il ricorso della Commissione, riguardo all'art. 3 della stessa direttiva, concerne soltanto il n. 1 di detto articolo.

51 Ciò considerato, si deve esaminare il ricorso della Commissione solo alla luce degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3 e 6, della direttiva 93/37.

52 Al riguardo è pacifico che l'operazione di cui trattasi nella presente causa costituisce una «concessione di lavori pubblici» ai sensi dell'art. 1º, lett. d), della direttiva 93/37. In base a tale disposizione, la «concessione di lavori pubblici» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle relative agli «appalti pubblici di lavori», ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera ovvero in tale diritto di gestione accompagnato da un prezzo.

53 Secondo l'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37, qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite, in particolare, all'art. 11, nn. 3 e 6, di tale direttiva sono applicabili a detto contratto se il suo valore è pari o superiore a ECU 5 000 000.

54 L'art. 11, n. 3, della stessa direttiva impone alle amministrazioni aggiudicatrici che intendano ricorrere alla concessione di lavori pubblici di rendere nota la loro intenzione con un bando di gara. Quest'ultimo, come risulta dal n. 6 di detto articolo, deve

essere redatto conformemente al modello che figura nell'allegato V di tale direttiva e deve fornire le informazioni ivi richieste.

55 Tra le informazioni che detto bando deve contenere figurano, conformemente alla sezione II, intitolata «Oggetto del contratto», del medesimo allegato V, l'oggetto principale e gli oggetti supplementari del contratto, la descrizione e la localizzazione dei lavori cui si riferisce la concessione, nonché il quantitativo e l'entità globale di questi ultimi.

56 Tale obbligo di pubblicità, per la possibilità di paragonare le offerte che esso comporta, garantisce un livello di concorrenza ritenuto soddisfacente dal legislatore dell'Unione europea nell'ambito delle concessioni di lavori pubblici.

57 In tale settore, esso costituisce espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza imposti in qualsiasi situazione alle amministrazioni aggiudicatrici.

58 Tramite la chiara formulazione dei termini del bando, deve essere obiettivamente offerta a qualunque offerente potenziale, normalmente accorto ed esperto e ragionevolmente diligente, la possibilità di farsi un'idea concreta dei lavori da effettuare, nonché della loro localizzazione, e di formulare, di conseguenza, la propria offerta.

59 Il carattere fondamentale del bando, relativamente sia agli appalti pubblici sia alle concessioni di lavori, riguardo all'informazione, nel rispetto del principio di parità di trattamento, degli offerenti dei diversi Stati membri, è sottolineato nell'art. 11,

n. 11, della direttiva 93/37, in base al quale le eventuali pubblicazioni d'informazioni a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

60 Tuttavia, essendo limitato lo spazio disponibile nel modello di bando di una concessione figurante nell'allegato V della direttiva 93/37, le informazioni relative ad una concessione possono essere rese note nel capitolato che l'autorità concedente deve redigere e che costituisce il complemento naturale del bando.

61 Nella specie, si deve rilevare che le opere aggiuntive cui si riferiscono gli addebiti sollevati dalla Commissione, il cui valore supera enormemente la soglia prevista all'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37, non erano previste nell'oggetto della concessione di cui trattasi, quale definito nel secondo bando e nel secondo capitolato.

62 Il Regno di Spagna, tuttavia, sostiene che il secondo capitolato avrebbe dovuto essere inteso nel senso che esso rinviava alla normativa di base generalmente applicabile ai procedimenti di gara d'appalto, in particolare alla legge sulle autostrade, ed essere interpretato alla luce di tale normativa, il cui scopo consiste nel concedere un'ampia libertà all'iniziativa degli offerenti. Questi ultimi, pertanto, avrebbero dovuto comprendere, sulla scorta dell'art. 8 di detta legge, che l'autorità concedente faceva appello, in realtà, alla loro iniziativa e alla loro creatività per risolvere il problema primario che si poneva, vale a dire l'intensità del traffico sull'autostrada A-6. Questo problema avrebbe avuto carattere notorio ed emergerebbe inequivocabilmente dalle statistiche delle autorità nazionali competenti. Pertanto, sarebbe stato logico intendere che l'autorità concedente si attendesse siffatte proposte. Questa aspettativa,

d'altronde, sarebbe confermata dal fatto che talune opere non erano più menzionate nel secondo capitolato al fine di lasciare maggior spazio all'iniziativa degli offerenti, e dalla formulazione degli artt. 5, nn. 13 e 16, e 29 del secondo capitolato.

63 Tale argomento deve essere respinto.

64 Infatti, occorre rilevare che, allo scopo di chiarire i requisiti di una concessione, è talvolta inevitabile che il bando od il capitolato rinvii alla normativa nazionale riguardante specifiche tecniche in materia di sicurezza, di salute, di tutela dell'ambiente o di requisiti di altro tipo. Questa possibilità di rinvio, tuttavia, non può esimere l'autorità concedente dagli obblighi di pubblicità imposti dalla direttiva 93/37, in base ai quali l'oggetto della concessione di cui trattasi deve essere definito nel bando e nel capitolato che devono contenere gli elementi di informazione di cui al punto 55 della presente sentenza. Non può nemmeno ritenersi ammissibile, al fine di rilevare il vero oggetto di una concessione, la necessità d'interpretare il bando od il capitolato alla luce di una siffatta normativa.

65 Tale requisito dev'essere interpretato restrittivamente. Di conseguenza, la Corte, nell'ambito di un appalto pubblico di lavori, ha escluso la legittimità di un rinvio, contenuto nel capitolato d'oneri, alla normativa nazionale riguardante la possibilità per gli offerenti di presentare varianti nelle loro offerte, conformemente all'art. 19, primo e secondo comma, della direttiva 93/37, non essendo precisate nel capitolato le condizioni minime che tali varianti dovevano rispettare (v. sentenza 16 ottobre 2003, causa C-421/01, Traunfellner, Racc. pag. I-11941, punti 27-29). Per quanto attiene all'obbligo di trasparenza volto a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti, al quale deve ispirarsi l'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto

disciplinata dalla direttiva 93/37, tale conclusione della Corte si applica parimenti in materia di concessioni di lavori.

66 Si deve altresì aggiungere che l'autorità concedente, considerate le eventuali specificità dei lavori che costituiscono l'oggetto di una concessione, ha la facoltà di lasciare un certo margine all'iniziativa degli offerenti riguardo alla formulazione delle loro offerte.

67 Tuttavia, non si può ritenere che gli artt. 5, nn. 13 e 16, e 29 del secondo capitolato, il quale ha sostituito il primo, abbiano fatto riferimento all'iniziativa degli offerenti ai fini della proposta di alternative riguardanti lavori diversi da quelli individuati chiaramente nel secondo bando. Infatti, il n. 13 dell'art. 5 non precisa, in particolare, la localizzazione delle misure da adottare per ridurre l'eventuale intensificazione del traffico prodotta dalla realizzazione dei lavori previsti nel secondo bando. Inoltre, il n. 16 di detto art. 5 si è limitato ad invitare gli offerenti a proporre misure per l'adeguata «gestione» del traffico interurbano delle «aree interessate dalla costruzione delle strade oggetto della concessione», tanto più che tali aree non sono precisate. Inoltre, l'art. 29 fa riferimento, in modo non sufficientemente preciso, a misure da adottare per i raccordi del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 con Ávila e Segovia.

68 Si deve rilevare che l'iniziativa e le offerte alternative degli offerenti, che il governo spagnolo si sarebbe atteso avendo il secondo capitolato sostituito il primo «per ragioni tecniche» e «al fine di ridefinire l'oggetto della gara», oltre al fatto che esse non possono essere percepite da un offerente normalmente accorto e diligente nel senso fatto valere dal Regno di Spagna, non si riferiscono all'oggetto della concessione controversa, ma riflettono, piuttosto, un interesse di politica generale dei trasporti nello Stato membro interessato. Di conseguenza, in base a tale concezione, come sottolinea giustamente la Commissione, gli offerenti sarebbero stati liberi di proporre

senza alcun limite la realizzazione di opere nell'intera Comunità autonoma di Madrid e nelle province di Ávila e di Segovia.

69 Parimenti, l'eventuale notorietà di un problema esistente a livello nazionale, di cui non si può presumere che venga necessariamente percepito come tale da potenziali offerenti stabiliti in altri Stati membri, non può essere presa in considerazione dagli offerenti quale criterio implicito di definizione dell'oggetto di una concessione ed influire, in tal modo, sull'importanza attribuita dalla normativa dell'Unione al bando e al capitolato.

70 In ogni caso, anche ammettendo che tutti gli offerenti abbiano la stessa percezione della loro libertà d'iniziativa, non sarebbe conforme alla direttiva 93/37 attribuire al di fuori di qualunque trasparenza un appalto di concessione di lavori pubblici comprendenti lavori cosiddetti «supplementari» che costituiscano di per sé «appalti pubblici di lavori» ai sensi di tale direttiva ed il cui valore superi la soglia ivi stabilita.

71 Ciò comporterebbe, diversamente ragionando, che tali lavori cosiddetti «supplementari» fossero esentati dall'obbligo di pubblicità e, di conseguenza, da qualunque forma di concorrenza. Dato che gli offerenti che si avvalgono della loro facoltà d'iniziativa sarebbero completamente liberi di sottoporre proposte nelle quali essi determinerebbero la natura, l'ampiezza e la localizzazione geografica dei lavori considerati, in modo indipendente e senza la necessità di prevedere un oggetto predeterminato, non sarebbe possibile alcuna comparabilità delle loro offerte.

72 Va rilevato, inoltre, che il Regno di Spagna non può utilmente invocare l'art. 61 della direttiva 2004/18. Infatti, a parte la considerazione secondo cui tale direttiva non è applicabile ratione temporis al caso di specie, è giocoforza constatare che le opere

aggiuntive controverse non costituiscono, ai sensi della summenzionata disposizione, «lavori complementari che non figuravano nel progetto inizialmente previsto» della concessione e divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta.

73 Il modus procedendi del Regno di Spagna nella specie non può neanche essere giustificato in base al punto 3.1.1 della summenzionata Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario. Infatti, tale testo riguarda soltanto i casi in cui l'autorità concedente, qualora le risulti impossibile definire le proprie esigenze in termini tecnici sufficientemente precisi, intenda raccogliere offerte alternative volte a risolvere un problema espresso in termini generali, circostanza che non si è verificata nella specie.

74 Pertanto, si deve concludere che le opere aggiuntive sono state attribuite alla Iberpistas nonostante il fatto che esse non fossero comprese nell'oggetto della concessione di cui trattasi, quale descritto nel secondo bando e nel secondo capitolato, il che costituisce violazione degli artt. 3, n. 1, nonché 11, nn. 3 e 6, della direttiva 93/37, letti in combinato disposto con l'allegato V della medesima.

75 Come risulta dal punto 57 della presente sentenza, le disposizioni che richiedono una pubblicità adeguata della direttiva 93/37 costituiscono l'espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Di conseguenza, non occorre esaminare separatamente la questione dell'eventuale violazione di tali principi.

76 La conclusione formulata al punto 74 della presente sentenza non risulta inficiata dall'argomento del Regno di Spagna relativo al fatto che la Iberpistas non avrebbe eseguito essa stessa i lavori supplementari, ma li avrebbe attribuiti ad imprese terze,

conformemente ai requisiti di pubblicità stabiliti dall'art. 3, n. 4, della direttiva 93/37. Infatti, come osserva giustamente la Commissione, l'art. 3 di tale direttiva impone chiaramente sia all'autorità concedente sia al concessionario obblighi di pubblicità cumulativi e non alternativi, i quali devono essere osservati da entrambi in tutte le fasi del procedimento affinché l'effetto utile di detta disposizione sia preservato.

77 Parimenti, è inconferente l'argomento del Regno di Spagna relativo al fatto che la Commissione avrebbe deciso di avviare il presente procedimento per inadempimento a seguito di denunce depositate da soggetti non aventi alcun rapporto con il procedimento controverso, e non da altri offerenti realmente o potenzialmente interessati all'aggiudicazione della concessione di cui trattasi.

78 Da giurisprudenza costante, infatti, risulta che spetta alla Commissione valutare l'opportunità di agire contro uno Stato membro, determinare le disposizioni che esso avrebbe violato e scegliere il momento in cui inizierà il procedimento per inadempimento nei suoi confronti, mentre le considerazioni che determinano tale scelta non possono avere alcuna incidenza sulla ricevibilità del ricorso. In tal senso, quando la Commissione procede da sola a valutare se sia opportuno proporre e mantenere un ricorso per inadempimento, la Corte è tenuta ad accertare se l'inadempimento contestato sussista o meno, senza che le spetti pronunciarsi sull'esercizio del potere discrezionale della Commissione (v., in tal senso, sentenza 8 dicembre 2005, causa C-33/04, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-10629, punti 65-67 e giurisprudenza ivi citata). Peraltro, il fatto che altri offerenti concorrenti non abbiano contestato il procedimento di aggiudicazione della concessione controversa è ininfluente sulla valutazione della legittimità di tale procedimento e della fondatezza del presente ricorso.

79 Si deve altresì rilevare che, al fine di statuire nella presente causa, non è pertinente nemmeno l'argomento riguardante il fatto che il Tribunal Supremo, cui sono stati

presentati ricorsi contro la decisione dell'autorità concedente, avrebbe accertato con due sentenze l'insussistenza di qualsiasi violazione delle disposizioni della direttiva 93/37 o del principio di parità di trattamento e, a tal fine, avrebbe proceduto ad una valutazione dei fatti concernenti gli articoli del secondo capitolato che rientrerebbero nella competenza del giudice nazionale.

80 Infatti, va ricordato che la proposizione di un ricorso dinanzi ad un giudice nazionale contro il provvedimento di un'autorità competente oggetto di un ricorso per inadempimento e la decisione di tale giudice non possono avere rilevanza sulla ricevibilità o sul merito del ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione. Infatti, l'esistenza di azioni esperibili dinanzi ai giudici nazionali non può impedire la proposizione del ricorso previsto dall'art. 226 CE, poiché le due azioni perseguono scopi ed hanno effetti diversi (v., in tal senso, sentenze 17 febbraio 1970, causa 31/69, Commissione/Italia, Racc. pag. 25, punto 9; 18 marzo 1986, causa 85/85, Commissione/Belgio, Racc. pag. 1149, punto 24; 10 giugno 2004, causa C-87/02, Commissione/Italia, Racc. pag. I-5975, punto 39, e 4 maggio 2006, causa C-508/03, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-3969, punto 71).

81 Alla luce di tutte le constatazioni che precedono, si deve dichiarare che, per effetto dell'aggiudicazione alla Iberpistas, il 5 novembre 1999, della:

— costruzione di una terza corsia in ciascun senso di marcia sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra la città di Villalba e il raccordo Valle de los Caídos,

— costruzione di una terza corsia reversibile sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra il raccordo Valle de los Caídos e la città di San Rafael, compresa la costruzione di un nuovo tunnel, e

— costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia sul tratto a pedaggio libero dell'autostrada A-6 tra le città di Madrid e di Villalba,

senza che tali opere siano state menzionate nell'oggetto del contratto di concessione di lavori pubblici, quale descritto nel bando pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nel capitolato d'oneri, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 3, n. 1, nonché 11, nn. 3 e 6, della direttiva 93/37, letti in combinato disposto con l'allegato V di quest'ultima.

82 Il ricorso è respinto quanto al resto.

Sulle spese

83 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 ne ha fatto domanda, il Regno di Spagna, rimasto sostanzialmente soccombente, dev'essere condannato alle spese.

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

1) Per effetto dell'aggiudicazione alla Ibérica de Autopistas SA, il 5 novembre 1999, della:

— costruzione di una terza corsia in ciascun senso di marcia sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra la città di Villalba e il raccordo Valle de los Caídos,

— costruzione di una terza corsia reversibile sulla parte del tratto a pedaggio dell'autostrada A-6 situata tra il raccordo Valle de los Caídos e la città di San Rafael, compresa la costruzione di un nuovo tunnel, e

— costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia sul tratto a pedaggio libero dell'autostrada A-6 tra le città di Madrid e di Villalba,

senza che tali opere siano state menzionate nell'oggetto del contratto di concessione di lavori pubblici, quale descritto nel bando pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nel capitolato d'oneri, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 3, n. 1, nonché 11, nn. 3 e 6, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, letti in combinato disposto con l'allegato V di quest'ultima.

2) Il ricorso è respinto quanto al resto.

3) Il Regno di Spagna è condannato alle spese.

Firme