CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JÁN MAZÁK
presentate il 22 settembre 2009 [1]

1. Con il presente ricorso, proposto in sensi dell'art. 226 CE, la Commissione chiede alla Corte di constatare che la Repubblica francese, adottando e mantenendo in vigore gli artt. 73 e 74-IV del *Code des marchés publics* (Codice degli appalti pubblici francese; in prosieguo: le «disposizioni contestate») [2], nei limiti di cui tali disposizioni stabiliscono un procedimento per l'aggiudicazione dei cosiddetti appalti di definizione [3], in base ai quali è possibile che un'amministrazione aggiudicatrice aggiudichi un ulteriore appalto di esecuzione (un appalto di lavori pubblici, forniture o servizi) ad uno degli aggiudicatari degli iniziali appalti di definizione senza avviare in rapporto ad esso una nuova gara d'appalto, o tutt'al più, avviando per esso una competizione limitata ai primi aggiudicatari, non ha adempiuto gli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 2, 28 e 31 della direttiva 2004/18/CE [4].

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Codice degli appalti pubblici francese, adottato con il decreto 1 agosto 2006 n. 2006-975 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica francese* 4 agosto 2006, n. 179, pag. 11627), entrato in vigore il 1 settembre 2006 (in prosieguo: il «CMP 2006»).

3 — Essi consistono in appalti pubblici intesi a stabilire i parametri, tra cui l'obiettivo, di un appalto di lavori pubblici, di forniture o di servizi, che vengono definiti anche «offerte di soluzioni progettuali», oppure «appalti di definizione del progetto». Osservo che nella presente controversia trattasi esclusivamente del procedimento che consta di diversi appalti di definizione — applicabile dove ricorrano le condizioni di cui all'art. 73, n. 3, del CMP 2006 — e non qualora venga aggiudicato un singolo appalto di definizione.

4 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114) (in prosieguo: la «direttiva» oppure la «direttiva 2004/18»).

I — Contesto giuridico

A — *Normativa comunitaria*

2. L'art. 2 della direttiva dispone, con il titolo «Principi di aggiudicazione degli appalti», che «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

3. L'art. 28 della direttiva, con il titolo «Ricorso a procedure aperte, ristrette e negoziate e al dialogo competitivo», stabilisce quanto segue:

«Per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva.

Esse aggiudicano tali appalti pubblici mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste all'articolo 29 le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare gli appalti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previsti agli articoli 30 e 31, esse possono ricorrere a una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara».

4. Gli Stati membri erano tenuti ad adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva non oltre il 31 gennaio 2006.

B — *Normativa nazionale*

5. Il CMP 2006, che è entrato in vigore il 1° settembre 2006, stabilisce tra l'altro quanto segue:

«Art. 73

Se l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di specificare gli obiettivi e le prestazioni che l'appalto deve soddisfare, le tecniche che devono essere utilizzate e le risorse umane e materiali necessarie, essa può fare ricorso agli appalti di definizione.

Lo scopo di tali appalti consiste nell'esplorare le possibilità e le condizioni per elaborare successivamente un contratto d'appalto, se necessario mediante la produzione di un plastico o di un modello dimostrativo. Essi permettono anche di stimare il livello del prezzo delle prestazioni e di prevedere le diverse fasi della loro esecuzione.

Nel contesto di una procedura unica, le prestazioni di esecuzione che fanno seguito a diversi appalti di definizione aventi lo stesso oggetto e eseguiti contemporaneamente, vengono aggiudicate previa nuova indizione di gara limitatamente agli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali, in conformità alle seguenti disposizioni:

1° il bando di gara d'appalto pubblico definisce l'oggetto degli appalti di definizione aggiudicati contemporaneamente e l'oggetto del successivo appalto di esecuzione;

2° il bando di gara d'appalto pubblico definisce i criteri per la selezione delle candidature. Tali criteri prendono in

considerazione le capacità e le competenze richieste ai candidati sia per gli appalti di definizione sia per il successivo appalto di esecuzione;

3° il bando di gara d'appalto pubblico definisce i criteri per la selezione delle offerte per gli appalti di definizione aggiudicati contemporaneamente e i criteri per la selezione delle offerte per il successivo appalto di esecuzione;

4° l'importo delle prestazioni che dev'essere confrontato con le soglie tiene conto dell'importo degli studi di definizione e dell'importo stimato dell'appalto di esecuzione;

5° il numero degli appalti di definizione aggiudicati contemporaneamente nel contesto di tale procedura non può essere inferiore a tre, a condizione che sussista un sufficiente numero di candidati.

L'appalto o l'accordo quadro viene aggiudicato dalla commissione di gara per gli enti locali o, su parere della commissione di gara per lo Stato, gli enti pubblici sanitari e gli organismi pubblici sociali o socio-sanitari.»

«Art. 74

IV. Nel contesto di una procedura unica, l'appalto o accordo quadro di esecuzione dell'opera conseguente a diversi appalti di definizione aventi lo stesso oggetto ed eseguiti contemporaneamente può essere aggiudicato previa nuova indizione di una gara limitatamente agli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali, in base alle condizioni stabilite al terzo comma dell'art. 73.»

II — Procedura

6. Il 18 ottobre 2004, la Commissione ha inviato alla Repubblica francese una prima lettera di diffida e, il 12 dicembre 2006, essa le ha inviato un'ulteriore lettera di diffida. La Commissione, non soddisfatta della risposta inviata dalla Repubblica francese, le ha inviato, il 27 giugno 2007, un parere motivato. Considerando che detto inadempimento degli obblighi persisteva e che essa non poteva ritenersi soddisfatta delle risposte ricevute, la Commissione ha quindi deciso di proporre il presente ricorso. Le parti hanno entrambe svolto le proprie difese orali all'udienza che ha avuto luogo il 10 giugno 2009.

III — Valutazione

A — *Principali argomenti delle parti*

7. La Commissione sostiene che la Francia consente l'aggiudicazione di appalti sulla base di reciproci accordi, o in condizioni di concorrenza limitata, in situazioni nelle quali la direttiva non lo prevede. Ad avviso della Commissione, è impossibile per definizione che l'oggetto e i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici siano esattamente noti nel momento in cui il progetto non è stato ancora definito e in cui gli appalti di definizione non sono ancora stati eseguiti. L'appalto di definizione e l'appalto di esecuzione sono due tipi di contratto d'appalto pubblico completamente diversi e non possono essere aggiudicati con un solo procedimento. Secondo la Commissione, il procedimento di aggiudicazione degli appalti di definizione non ricade né nella nozione di dialogo competitivo né nella nozione di accordo quadro ai sensi degli artt. 29 e 32 della direttiva e non può essere valutato come derivazione del dialogo competitivo.

8. Il governo francese sostiene che le disposizioni contestate non sono incompatibili con la direttiva, che sarebbe una mera direttiva di coordinamento. A suo avviso, è possibile che l'oggetto e i criteri dell'ulteriore appalto di esecuzione siano fissati a partire dal lancio degli appalti di definizione. Inoltre, il governo francese asserisce che la direttiva ha previsto due procedure con caratteristiche analoghe a quella della procedura francese per l'aggiudicazione degli appalti di definizione, cioè l'accordo quadro e il dialogo competitivo. La stessa normativa comunitaria ha quindi istituito complesse precedure in cui gli appalti sono aperti alla concorrenza su due livelli, senza comunque essere esaustiva.

B — *Esame*

1. Osservazioni generali

9. La Commissione asserisce che, effettuando una distinzione tra appalti di definizione e appalti di esecuzione e consentendo, in determinate circostanze, l'aggiudicazione di questi ultimi ad uno degli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali senza porre l'attribuzione di questi contratti di nuovo in concorrenza oppure, per le condizioni minime, avviando una nuova gara limitata soltanto a detti aggiudicatari, la normativa francese viola i principi fondamentali di parità di trattamento e di trasparenza insiti nella direttiva. Occorre qui evidenziare che l'argomento secondo cui gli appalti di definizione non sarebbero aperti alla concorrenza sembra attenere alla formulazione delle disposizioni del CMP 2004.[5] Pertanto, valuterò l'argomento della Commissione nei limiti in cui attiene alle disposizioni contestate — contenute nel CMP 2006, inteso a trasporre la direttiva nel diritto nazionale — in merito al loro effetto di aprire gli appalti di esecuzione ad una concorrenza limitata soltanto agli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali in situazioni in cui la direttiva non lo prevede.

5 — Il Codice degli appalti pubblici, nella versione adottata con il decreto 7 gennaio 2004, n. 2004-15 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica francese* 8 gennaio 2004, n. 6, pag. 703; in prosieguo: il «CMP 2004») che è stato poi sostituito dal CMP 2006.

2. Sulla natura esaustiva dell'art. 28 della direttiva

10. Sotto questo profilo, nelle loro argomentazioni le parti hanno discusso a lungo se l'elencazione di procedimenti per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, di cui all'art. 28 della direttiva, fosse o no di natura esaustiva, in quanto in essa non si dispone chiaramente in alcun modo per gli appalti di definizione.

11. Al riguardo, il governo francese osserva che, alla luce del terzo 'considerando' della direttiva e dell'art. 28, la direttiva non intendeva abolire tutte le procedure nazionali specifiche. Riferendosi alla sentenza della Corte 9 luglio 1987, causa *CEI e Bellini*, [6] relativa alla direttiva 71/305/CEE, [7] il governo francese sostiene che «gli Stati membri restano liberi di mantenere o emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti pubblici (…) purché vengano rispettate tutte le disposizioni del diritto comunitario in materia e, in particolare, i divieti che discendono dai principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi» [8].

12. Risulta in effetti abbastanza chiaro dal titolo della direttiva e dal suo secondo e terzo 'considerando' che scopo della direttiva è coordinare le procedure nazionali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Essa, pertanto, non stabilisce un corpus esaustivo ed uniforme di norme comunitarie in materia. Gli Stati membri rimangono quindi liberi, nel contesto delle disposizioni comuni che essa contiene, di mantenere o emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti pubblici purché siano rispettate tutte le disposizioni rilevanti del diritto comuntario. Comunque, il fatto che la direttiva non abbia introdotto una completa armonizzazione delle disposizioni che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici non significa che non si debba ritenere che talune sue disposizioni non disciplinino esaustivamente determinate materie.

13. È sufficiente, in primo luogo, osservare che il governo francese non può fare riferimento alla giurisprudenza *CEI e Bellini* poiché l'art. 28 della direttiva 2004/18 differisce in modo sostanziale dall'art. 2 della direttiva 71/305, avendo il legislatore comunitario aggiunto all'art. 28 della direttiva un secondo comma completamente nuovo che svolge un ruolo decisivo ai fini della soluzione del caso in esame.

14. In secondo luogo, esistono taluni fattori che lasciano intendere in modo convincente che le procedure cui fa riferimento l'art. 28 della direttiva devono essere considerate esaustive. In generale, la formulazione del testo di tale comma non evidenzia nessuno dei caratteri di quella che potrebbe essere considerata un'elencazione aperta. Al contrario, il dettato di tale comma enumera non soltanto le due procedure standard ma anche due procedure eccezionali, non lasciando quindi alcuno spazio per nessun altro genere di

6 — Cause riunite da 27/86 a 29/86, Racc. pag. 3347.

7 — Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

8 — Sentenza CEI e Bellini, citata alla nota 6, punto 15. V. anche sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 20). Il governo francese sostiene che tale giurisprudenza può essere trasposta all'interpretazione della direttiva 2004/18 in particolare perché il secondo 'considerando' della direttiva 71/305 è divenuto il terzo 'considerando' della direttiva 2004/18 e l'art. 2 della direttiva 71/305 è divenuto l'art. 28 della direttiva 2004/18.

completamento interpretativo dell'elencazione delle procedure. Dal canto suo neppure la direttiva nel suo complesso contiene alcuna disposizione idonea a consentire tale completamento.

15. Come chiarirò nel prosieguo, la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione differisce chiaramente dalle procedure menzionate nella direttiva e non può essere assimilata ad alcuna disposizione della direttiva. Il governo francese ha, infatti, esplicitamente ammesso nel suo controricorso e nella sua controreplica che gli appalti di definizione non sono previsti dalla direttiva.

16. Le procedure che la direttiva prevede sono le seguenti. Come risulta chiaro dal secondo comma dell'art. 28 della direttiva, il legislatore comunitario ha previsto due procedure che dovrebbero, in via generale, essere seguite dalle autorità aggiudicatrici. Esse sono la procedura aperta e la procedura ristretta e possono essere considerate procedure normali o standard. Si può poi ritenere che il dialogo competitivo costituisca una procedura speciale o eccezionale la cui attuazione e i cui presupposti sono specificati dall'art. 29 della direttiva [9]. Del pari, la procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara, può essere considerata di natura speciale o eccezionale e la sua applicazione è basata sui presupposti specificati agli artt. 30 e 31 della direttiva [10].

17. Il governo francese sostiene che, di fatto, vi sono determinate specifiche procedure di aggiudicazione previste della direttiva nel capo V, al titolo «Procedure», che non sono menzionate all'art. 28. Il governo francese si riferisce a: accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e appalti pubblici di lavori: disposizioni specifiche sull'edilizia sociale. Esse sono rispettivamente previste agli artt. 32, 33 e 34 della direttiva.

18. Sotto questo profilo, in primo luogo, gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione costituiscono forme specifiche di appalti o varianti di procedure esistenti. Esse non costituiscono nuove forme distinte di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici che sono, come tali, previste dall'art. 28 della direttiva. Deriva, inoltre, dal testo degli artt. 32, n. 2, e 33, n. 2, della direttiva che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad osservare le disposizioni procedurali menzionate all'art. 28 della direttiva. In secondo luogo, per quanto riguarda le

9 — V. P. Trepte, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2ª Edizione, Oxford 2007, pag. 427, nota 187.

10 — Questa interpretazione è confermata dai lavori preparatori alla direttiva. La proposta di adozione della direttiva chiariva, per giustificare la formulazione dell'art. 28 della direttiva, quanto segue: «è stato aggiunto un nuovo secondo comma che espone espressamente il principio secondo cui la procedura aperta e la procedura ristretta sono le procedure standard. Un nuovo terzo comma [che sarebbe stato da ultimo fuso al secondo comma] descrive l'eccezione, consistente nel fatto che le autorità aggiudicatrici possono avvalersi della procedura negoziata esclusivamente nei casi specifici e al ricorrere degli specifici presupposti di cui agli artt. 29, 30 e 31».

norme relative all'edilizia sociale, il titolo dell'art. 34 espone chiaramente che esso riguarda «disposizioni specifiche» e non norme di procedura di per sé. Esso costituisce piuttosto una deroga alle disposizioni attinenti alla procedura generale. Infatti, la pura e semplice esistenza dell'art. 34 della direttiva e le disposizioni specifiche che esso sancisce militerebbero a favore dell'orientamento che l'elencazione delle procedure di aggiudicazione di cui al capo V debba essere considerato esaustivo.

19. In tale contesto si può osservare senza soffermarsi che il governo francese, nelle sue memorie, afferma anche che i vantaggi e la ragion d'essere della procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione emergono in particolare con riferimento ad appalti complessi in cui le amministrazioni aggiudicatrici [non] sono «in grado di specificare gli obiettivi e le prestazioni che l'appalto deve soddisfare, le tecniche che devono essere utilizzate e le risorse (…) necessarie» [11]. Risulta evidente dai lavori preparatori della direttiva che il legislatore comunitario era al corrente di tali esigenze [12]. In esito a tale considerazione, il legislatore comunitario ha incluso tra le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici una nuova procedura recante la forma del dialogo competitivo ma non ha deciso di includervi la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione [13].

20. Inoltre, il governo francese esperisce nella presente controversia il tentativo di difendersi affermando che gli appalti di definizione devono essere considerati analoghi a due procedure che sono previste dalla direttiva — l'accordo quadro e il dialogo competitivo. Per quanto riguarda il primo, l'immissione in regime di concorrenza può essere divisa in due fasi, in cui l'ultima fase è aperta alla concorrenza esclusivamente per quanto riguarda gli aggiudicatari del primo appalto. Essa consente di specificare in un secondo momento i termini del secondo contratto d'appalto. Per quanto riguarda la seconda, la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione consente all'amministrazione aggiudicatrice di definire le condizioni di un contratto i cui criteri di selezione erano già stati stabiliti. Pertanto, secondo il governo francese, il legislatore comunitario ha istituito complesse procedure in cui gli appalti sono aperti al regime concorrenziale in due fasi, senza tuttavia essere esaustivo.

21. Tale argomento non può essere accolto. È sufficiente al riguardo osservare che non viene contestato dal governo francese che la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione non ricade né nella fattispecie del dialogo competitivo né nella fattispecie dell'accordo quadro ai sensi degli artt. 29 e 32 della direttiva. Il dialogo competitivo e gli accordi quadro sono forme di appalto soggette a disposizioni specifiche. Riconoscendo la loro specificità, il legislatore comunitario ha sancito norme idonee a garantire che i principi esposti all'art. 2 della direttiva vengano rispettati.

22. Per il caso in cui si dovesse ritenere che l'elencazione di cui all'art. 28 della direttiva fosse esaustiva, il governo francese sostiene, in subordine, che la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione dovrebbe essere valutata quale derivazione della procedura di dialogo competitivo. Risulta evidente

11 — V. art. 73 del CMP 2006.

12 — La proposta di direttiva, a pag. 6, osservava che «nel caso di appalti particolarmente complessi (…) gli aggiudicatari sono al corrente delle loro esigenze ma non sanno anticipatamente quale sia (…) la migliore soluzione tecnica per soddisfarle. La discussione in merito all'appalto e il dialogo tra aggiudicatori e fornitori sono pertanto necessari in tali casi. Per contro le procedure standard stabilite dalle direttive relative al settore pubblico (…) lasciano un margine molto modesto alla discussione durante l'aggiudicazione degli appalti e sono pertanto considerate carenti in flessibilità in situazioni di questo genere».

13 — Una delle ragioni di ciò potrebbe risiedere nel fatto che l'inclusione degli appalti di definizione non era considerata necessaria, in quanto tale procedura è per natura simile alla nuova procedura di dialogo competitivo — recepita nel diritto francese all'art. 67 del CMP 2006 come procedura completamente autonoma — che sembra rispondere alle stesse esigenze.

che il governo francese ha sollevato questo argomento in subordine per la prima volta nella sua difesa dinanzi alla Corte. Precedentemente tale governo aveva fatto valere la tesi opposta, asserendo che gli appalti di definizione non ricadevano nella procedura di dialogo competitivo e non erano previsti dalla direttiva. In effetti, tali asserti hanno sollevato numerose differenze tra le due procedure. Comunque, io ritengo che detto argomento non sia utile alla soluzione del caso del governo francese. È sufficiente osservare che le due procedure differiscono per importanti aspetti, e non da ultimo in quanto il dialogo competitivo è una procedura per l'aggiudicazione di un singolo appalto, mentre la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione è finalizzata all'aggiudicazione di due appalti in cui il secondo viene aggiudicato dopo essere stato posto in concorrenza esclusivamente per gli aggiudicatari dell'appalto iniziale.

3. Trattamento equo, non discriminatorio e trasparente degli operatori economici.

23. In ogni caso, anche qualora si dovesse accettare la considerazione che è possibile, a certe condizioni, adeguare le procedure di cui all'art. 28 della direttiva alla natura e al funzionamento della procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione, va osservato che tale procedura non soltanto non può essere classificata nell'art. 28 della direttiva, ma è in contrasto con i principi esposti al suo secondo 'considerando' e al suo art. 2 [14].

24. In contrasto con quanto asserito dal governo francese, a mio avviso la Commissione ha ragione a sostenere che è virtualmente impossibile per definizione che l'oggetto e i criteri per l'aggiudicazione di un appalto pubblico (appalto di esecuzione) siano esattamente noti in un momento in cui il progetto non è stato ancora definito e in cui gli appalti di definizione non sono ancora stati eseguiti. Gli appalti di definizione e gli appalti di esecuzione sono due tipi di appalti pubblici del tutto diversi, il che, come sembrerebbe, non è stato mai contestato dal governo francese. Ciascuno di essi ha il suo oggetto e i suoi criteri di aggiudicazione e, su tali basi, entrambi i tipi di contratto devono risultare conformi ai requisiti imposti dalla direttiva e non possono essere aggiudicati mediante un singolo procedimento. In altri termini, l'appalto di esecuzione, avendo il proprio oggetto e i propri criteri di aggiudicazione, dovrebbe essere posto in regime di concorrenza e non riservato soltanto agli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali.

14 — La mia posizione sembrerebbe corroborata dalla dottrina giuridica francese. V., tra i più recenti, P.-Y. Monjal, «Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude», *Revue du Droit de l'Union européenne*, n. 4, 2008, pagg. 729-738. Per un caso attinente agli appalti di definizione, v. anche, ad esempio, sentenza del Conseil d'Etat francese 3 marzo 2004, n. 258 272, «Société Mak System».

25. La Corte ha giudicato nella sentenza 14 ottobre 2004, *Commissione/Francia (Le Mans)* [15] che «il governo francese sostiene (…) che la possibilità, prevista nel bando (…) di aggiudicare l'appalto che rientra nella seconda fase al vincitore del concorso esonererebbe l'amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di pubblicare un nuovo bando prima dell'aggiudicazione di tale appalto». La Corte ha poi constatato che «questo argomento non può essere accolto. Infatti, il principio della parità di trattamento (…) e il principio di trasparenza che ne deriva (…) *richiedono che l'oggetto di ciascun appalto nonché i criteri della sua aggiudicazione siano chiaramente definiti*» [16].

26. Nella stessa sentenza, la Corte continuava come segue: «un tale requisito si impone qualora l'oggetto di un appalto nonché i criteri adottati per la sua aggiudicazione debbano essere considerati elementi decisivi al fine di determinare quale delle procedure previste dalla direttiva debba essere avviata e al fine di valutare l'osservanza degli imperativi propri della procedura così adottata». La Corte concludeva poi come segue: «nella fattispecie la semplice possibilità di aggiudicare l'appalto relativo alla seconda fase secondo i criteri previsti per un altro appalto, quello relativo alla prima fase, non equivale alla sua aggiudicazione secondo una delle procedure previste dalla direttiva».

27. Nel caso che ci riguarda, il governo francese, nello svolgere le sue difese dinanzi alla Corte, ha ammesso che nel giudizio summenzionato «la Corte ha emesso un verdetto negativo su un procedimento che è analogo [agli appalti di definizione]». A mio avviso, appare chiaro che gli appalti di definizione, come regola generale, non consentono che l'oggetto del secondo contratto (cioè l'appalto di esecuzione), nonché i criteri per la selezione e per l'aggiudicazione siano inizialmente stabiliti con sufficiente precisione tanto da soddisfare i requisiti specificati nella sentenza suddetta. La ragione di ciò consiste nel fatto che l'obiettivo degli appalti di definizione iniziali risiede precisamente nel definire l'oggetto e le condizioni ai fini dell'offerta per l'ulteriore appalto di esecuzione.

28. Perciò, la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione, ai sensi delle disposizioni contestate, osta al principio di trasparenza di cui all'art. 2 della direttiva. Tale procedura determina una situazione di incertezza giuridica sia per le autorità aggiudicatrici sia per gli operatori economici a causa del rischio di contenzioso ad essa inerente.

29. Il governo francese contesta l'argomento di cui al precedente punto 27 e sostiene che l'obiettivo degli appalti di definizione consiste soltanto nel definire tutte le specifiche tecniche del successivo contratto d'appalto e non il suo oggetto. È comunque sufficiente constatare che la formulazione dell'art. 73 del CMP 2006, in sé e per sé, non sorregge questo orientamento: il suo secondo comma dispone

15 — Causa C-340/02, Racc. pag. I-9845, detta anche causa «*La Chauvinière*», punti 33-36 e giurisprudenza ivi citata.

16 — Il corsivo è mio.

che «lo scopo di tali appalti consiste nell'esplorare le possibilità e le condizioni per elaborare successivamente un appalto, se necessario mediante la produzione di un modello o di uno schema». Inoltre, anche se talvolta può accadere che in certe situazioni gli appalti di definizione definiscano soltanto le specifiche tecniche, la procedura in questione consente certamente di fatto che il capitolato d'oneri nell'appalto di esecuzione sia completato o anche fissato nella sua interezza.

30. Inoltre, il governo francese insiste che è possibile che l'oggetto e i criteri del successivo appalto di esecuzione siano fissati a partire dal lancio degli appalti di definizione. A suo avviso esistono molti casi in cui i criteri per la selezione delle candidature per l'appalto di esecuzione sono sufficientemente indipendenti dagli appalti di definizione perché il primo sia definito già nella fase degli appalti di definizione. Nelle sue argomentazioni svolte dinanzi alla Corte, il governo francese ha fornito tre esempi di tali casi.

31. In ogni caso, si dovrebbe osservare in primo luogo che il governo francese ha ammesso all'udienza che di fatto sorgono problemi e che chiaramente esistono casi in cui gli appalti di definizione non servono soltanto a definire le specifiche tecniche ma sono invece usati per completare o per fissare le condizioni ai fini dell'offerta nell'appalto di esecuzione. Tre esempi di tali casi sono stati presentati dalla Commissione dinanzi alla Corte. Ritengo che il governo francese non sia pervenuto alla dimostrazione che le disposizioni contestate consentono in tutti casi e in ogni momento che siano garantite la trasparenza e una chiarezza sufficiente affinché «l'oggetto di ciascun [appalto di esecuzione] nonché i criteri della sua aggiudicazione siano chiaramente definiti» [17]. Comunque, una semplice definizione generale come «sviluppo urbanistico del distretto cittadino X» — che è, come sembrerebbe, l'unica possibile definizione che può essere data nella fase dell'invito ai sottoscrittori ai fini degli appalti di definizione — sicuramente non soddisfa i requisiti standard fissati dalla Corte nella sentenza *Commissione/Francia (Le Mans)* [18].

32. Come osservazione formulata da ultimo ma che non è priva di rilievo, ritengo importante evidenziare che la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione è basata su un pregiudizio. Mentre il motivo ispiratore di tutta la direttiva risiede nel fatto che la concorrenza tra gli operatori economici deve essere protetta, gli appalti di definizione si rivolgono soltanto ad un certo tipo di operatori economici — cioè a quelli e soltanto a quelli che hanno capacità sia di progettazione sia di costruzione. Per sua natura la procedura per l'aggiudicazione degli appalti di definizione effettua tale preselezione tra tutti i potenziali operatori economici. Personalmente ritengo ciò contrario allo spirito della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. È chiaro infatti che, a prescindere da

17 — Citata alla nota 15, punto 34.

18 — Citata alla nota 15. V. S. Arrowsmith, «*The Law of Public and Utilities Procurement*», Thomson, Sweet & Maxwell, Londra, 2005, pag. 448: «le attuali direttive non contengono requisiti espressi ai fini di precise specificazioni nelle procedure aperte o ristrette. Comunque, il principio di trasparenza può implicare tali requisiti. Per esempio, è probabilmente inaccettabile fissare un requisito per i sottoscrittori per "una scuola", senza dare una chiara indicazione, ad esempio, del numero degli studenti e del tipo principale di servizi richiesti. Ragionevoli specificazioni devono essere fissate al più tardi al momento dell'invito ai sottoscrittori».

come gli appalti di definizione si sviluppano in un caso determinato, la soluzione fornita da tale procedimento risulterà sempre in un'offerta che è per sua natura limitata.

33. Dalle considerazioni suesposte deriva che le disposizioni contestate consentono l'aggiudicazione di appalti in condizioni di concorrenza limitata in situazioni in cui la direttiva non lo prevede e non possono essere legittimate da alcuna delle deroghe fissate dalla direttiva.

IV — Sulle spese

34. L'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura stabilisce che la parte soccombente deve essere condannata alle spese se la parte vittoriosa ne ha fatto domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica francese, rimasta soccombente, dovrà essere condannata alle spese.

V — Conclusione

35. Alla luce delle considerazioni che precedono propongo alla Corte di statuire quanto segue:

— La Repubblica francese, adottando e mantenendo in vigore gli artt. 73 e 74-IV del Code des marchés publics (Codice degli appalti pubblici), emanato con il decreto 1º agosto 2006, n. 2006-975, nei limiti in cui tali disposizioni istituiscono una procedura per l'aggiudicazione di appalti di definizione (appalti pubblici intesi a definire i parametri, includenti l'obiettivo, di un appalto pubblico di lavori, forniture o servizi) in base ai quali è possibile che l'amministrazione aggiudicatrice aggiudichi un appalto pubblico di lavori, forniture o servizi ad uno degli aggiudicatari degli appalti di definizione iniziali avviando una gara in regime concorrenziale limitatamente a detti aggiudicatari, non ha adempiuto gli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 2, 28 e 31 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;

— Condannare la Repubblica francese alle spese.