CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CLAUS GULMANN

presentate il 30 giugno 1993 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. A partire dal 1987, la Commissione ha effettuato, in collaborazione con le autorità spagnole, un esame della normativa spagnola in materia di pubblici appalti al fine di verificarne la conformità col diritto comunitario. All'esito di tale esame la Commissione ha dato inizio al presente procedimento tramite lettera di diffida del 19 dicembre 1990 nella quale affermava che circa trenta disposizioni spagnole risultavano essere contrarie al diritto comunitario e, più precisamente, agli artt. 30 e 59 del Trattato CEE, nonché alla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (in prosieguo: la «direttiva 71/305») [1] e alla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (in prosieguo: la «direttiva 77/62») [2]. La controversia concerne le direttive nella loro versione iniziale, vale a dire prescindendo dalle sostanziali modifiche decise dal Consiglio nel 1989, per quanto riguarda la direttiva 71/305 [3], e nel 1988, quanto alla direttiva 77/62 [4], alle quali doveva essere adattato il diritto spagnolo al più tardi entro il 1° marzo 1992.

2. Le disposizioni spagnole oggetto di controversia risultano, in primo luogo, dalla legge sugli appalti dello Stato (Ley de Contratos del Estado, in prosieguo: la «LCE») e dal regolamento generale sugli appalti dello Stato (Reglamento General de Contratos del Estado, in prosieguo: il «RGCE»). La LCE e il RGCE contengono le norme fondamentali applicabili ai pubblici appalti sia di opere e di forniture, sia di servizi, destinate alle amministrazioni aggiudicatrici pubbliche, centrali e locali. La controversia ha inoltre ad oggetto altre disposizioni nazionali che possono incidere sul regime dei pubblici appalti di opere e forniture [5].

3. Nelle sue conclusioni, la Commissione ha ripartito le disposizioni spagnole che considera contrarie al diritto comunitario, nei seguenti cinque gruppi principali:

— disposizioni che escludono determinate ipotesi dal campo di applicazione della normativa sugli appalti pubblici;

* Lingua originale: il danese.

1 — GU 1971, L 185, pag. 5.

2 — GU 1977, L 13, pag. 1.

3 — Direttiva 18 luglio 1989, 89/440/CEE (GU L 210, pag. 1). La direttiva 71/305 è stata da ultimo modificata dalla direttiva 8 febbraio 1993, 93/4/CEE (GU L 38, pag. 31).

4 — Direttiva 22 marzo 1988, 88/295/CEE (GU L 127, pag. 1).

5 — Trattasi in particolare del regio decreto legislativo 18 aprile 1986, n. 781/1986, sul regime locale, della legge 24 novembre 1939, relativa all'organizzazione e alla difesa dell'industria nazionale e del regio decreto 14 aprile 1978, n. 946/1978, relativo al procedimento di valutazione e controllo delle prestazioni farmaceutiche.

— disposizioni che consentono l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata;

— disposizioni concernenti le norme di partecipazione alle gare d'appalto e i criteri di selezione qualitativa;

— disposizioni di carattere tecnico;

— disposizioni sui criteri di aggiudicazione degli appalti.

4. La presente controversia non riguarda il mancato adattamento del diritto spagnolo alle due importanti direttive, nella loro versione iniziale, relative all'armonizzazione della normativa nazionale in tema di pubblici appalti di opere e di forniture. La LCE e il RGCE sono stati modificati nel 1986 al fine di adattarli alle direttive comunitarie [6]. Al contrario, trae origine dal minuzioso esame del diritto spagnolo portato a termine dalla Commissione, dal quale è emerso che, come sostenuto da quest'ultima, era stato effettuato un adattamento scorretto del diritto interno rispetto a tutta una serie di punti.

È mia impressione che, per quanto riguarda alcuni addebiti, la Commissione non avrebbe probabilmente dato inizio a un autonomo ricorso per inadempimento, mentre, rispetto ad una serie di addebiti il governo spagnolo non avrebbe probabilmente insistito per il rigetto del ricorso, se non vi fossero stati altri punti sui quali le parti erano realmente in disaccordo.

Come mi accingo a dimostrare, la presente controversia trae origine dal fatto che le parti non concordano, per taluni aspetti, sul modo di interpretare le norme comunitarie di cui trattasi e, per altri, sul contenuto e sugli effetti del diritto spagnolo.

Nelle mie conclusioni dovrò necessariamente esaminare tutti i motivi, uno per uno. Considerata la loro diversa natura, l'analisi risulterà molto tecnica e spesso piuttosto complessa.

5. Rispetto a quanto fatto notare a più riprese dalla Commissione, circa il fatto che le disposizioni spagnole controverse creano incertezza del diritto e, pertanto, non assolvono alle esigenze formulate dalla Corte relativamente al corretto adattamento del diritto interno alle direttive, può essere utile ricordare, in via preliminare, i principi fondamentali desumibili su tale questione dalla giurisprudenza della Corte.

La Corte ha dichiarato che:

— «(...) gli Stati membri sono tenuti ad assicurare pienamente, ed in modo preciso, l'applicazione delle disposizioni di qualsiasi direttiva» [7];

— «(...) i principi della certezza del diritto e della tutela dei privati esigono che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, si da

6 — V., rispettivamente, regio decreto legislativo 2 maggio 1986, n. 931/1986 e regio decreto 28 novembre 1986, n. 2528/1986.

7 — V., fra le altre, sentenza della Corte 18 marzo 1980, causa 91/79, Commissione/Italia (Racc. pag. 1099, punto 6 della motivazione).

consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici di garantirne l'osservanza» [8];

— «(...) la trasposizione di una direttiva nel diritto nazionale non richiede necessariamente la riproduzione formale e letterale delle sue disposizioni in una norma espressa e specifica e che può essere sufficiente il contesto giuridico generale, sempreché questo garantisca effettivamente la piena applicazione della direttiva in modo sufficientemente chiaro e preciso (...)» [9]

e che

— (...) le eccezioni previste dalle disposizioni nazionali che, basandosi sulla direttiva, derogano ai divieti ivi enunciati devono rispettare scrupolosamente i limiti e le condizioni che essa pone a tal proposito [10].

Disposizioni che escludono determinate ipotesi dal campo di applicazione della normativa sugli appalti pubblici

a. *L'art. 2, punto 3, della LCE e l'art. 2, punto 3, del RGCE*

6. Tali norme — quella del RGCE si limita a riprodurre la norma corrispondente della LCE — escludono determinati appalti dal campo di applicazione della normativa relativa agli appalti dello Stato e sono formulate nel seguente modo:

«Fermo restando quanto previsto dall'articolo precedente, sono esclusi dal campo di applicazione della presente legge i seguenti contratti e negozi giuridici dell'amministrazione

(...)

3. le operazioni che l'amministrazione pone in essere con i privati relativamente a beni o diritti il cui commercio risulta disciplinato ("mediatizado") da norme di legge, ovvero a prodotti assoggettati a controllo ("intervenidos"), monopolizzati ("estancados") o vietati ("prohibidos")».

7. La Commissione ha fatto presente che:

— tale disposizione è talmente generica e la sua formulazione talmente poco chiara da dar luogo a una situazione di incertezza del diritto il che sottointende, già di per sé, un'incompleta trasposizione della direttiva 77/62 e che

8 — V. sentenza della Corte 26 febbraio 1991, causa C-119/89, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-641, punto 10 della motivazione). V. anche, fra le altre, sentenze della Corte 21 giugno 1988, causa 257/86, Commissione/Italia (Racc. pag. 3249, punto 12 della motivazione), 23 maggio 1985, causa 29/84, Commissione/Germania (Racc. pag. 1661, punto 23 della motivazione), 30 gennaio 1985, causa 143/83, Commissione/Danimarca (Racc. pag. 427, punto 10 della motivazione), e 6 maggio 1980, causa 102/79, Commissione/Belgio (Racc. pag. 1473, punto 11 della motivazione).

9 — V. sentenza della Corte 15 marzo 1990, causa C-339/87, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-851, punto 6 della motivazione). V. anche, fra le altre, sentenze della Corte 8 luglio 1987, causa 247/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 3029, punto 9 della motivazione), e 2 dicembre 1986, causa 239/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 3645, punto 7 della motivazione).

10 — V., in particolare, sentenze della Corte 8 luglio 1987, causa 247/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 3029, punti 28 e 34 della motivazione), 27 aprile 1988, causa 252/85, Commissione/Francia (Racc. pag. 2243, punto 11 della motivazione) e 15 marzo 1990, causa C-339/87, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-851, punti 15 e 28 della motivazione).

— le citate eccezioni sono, quanto al resto, contrarie alla direttiva in quanto questa si applica, in linea di principio, a tutti gli appalti pubblici di forniture salvo quelli espressamente esclusi e poiché le norme spagnole autorizzano eccezioni all'applicazione della direttiva non comprese nel novero di quelle ivi contemplate.

8. Il governo spagnolo ha fatto presente che:

— la disposizione controversa è una norma di rinvio che non produce alcun effetto giuridico concreto fintantoché non vengano adottate altre norme di legge che disciplinino, ai sensi della disposizione medesima, il traffico delle merci ovvero stabiliscano che determinati prodotti vengano assoggettati a controllo, monopolizzati o vietati;

— le ipotesi concrete di esclusione dal campo di applicazione della normativa, in riferimento a tale disposizione, risultano in ultima analisi giustificate da altre disposizioni comunitarie e, in particolare, dagli artt. 36 e 90, n. 2, e 223 del Trattato e che

— la «ratio» delle norme, a cui obbedisce la disposizione controversa e con riferimento alla quale si sottopone a restrizioni lo smercio di taluni prodotti, consiste nell'attribuzione di «diritti speciali o esclusivi di carattere pubblico», il che porta all'esistenza di un solo fornitore al quale le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare l'appalto di forniture riguardante i prodotti in questione. A sostegno della sua tesi, per cui la disposizione è compatibile con la direttiva 77/62, il governo spagnolo fa riferimento all'art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva, in base al quale si può ricorrere alla trattativa privata «per le forniture la cui fabbricazione o consegna, a causa di particolarità tecniche artistiche o per ragioni attinenti alla protezione dei diritti di esclusiva, non possono essere affidate che ad un fornitore determinato».

9. Mi si consenta di affermare subito, che mi sembra evidente che la Corte deve dichiarare la disposizione controversa contraria al diritto comunitario.

A mio avviso non vi è alcun dubbio che la detta disposizione è ben lontana dal soddisfare alle esigenze di chiarezza e precisione alle quali devono rispondere, secondo la giurisprudenza della Corte, le disposizioni nazionali di adattamento alle direttive comunitarie.

In primo luogo, ritengo che il governo spagnolo non sia stato in grado di fornire, nel corso del procedimento, i chiarimenti necessari in merito all'ambito di applicazione della disposizione controversa ed, in secondo luogo, che non sia riuscito a dimostrare che tale disposizione, per quanto interpretata restrittivamente, possa essere ritenuta, in linea di massima, conforme al diritto comunitario.

10. La normativa spagnola è talmente poco chiara e la disposizione controversa talmente difficile da comprendere che, a mio avviso, la Corte non ha alcuna ragione di avventurarsi ad esaminare se la disposizione controversa abbia ad oggetto appalti che possano essere

legittimamente esclusi dall'ambito di applicazione della normativa, in conformità col diritto comunitario.

Il governo spagnolo è obbligato ad adottare una normativa sufficientemente chiara. Il testo della disposizione controversa non consente alla Corte di pronunciarsi sulla conformità della sua portata col diritto comunitario. La presente controversia non costituisce pertanto il contesto adatto per stabilire entro quali limiti la direttiva 77/62 consente di derogare alle proprie norme.

11. A mio parere, per quanto riguarda la tesi del governo spagnolo è sufficiente rispondere quanto segue.

12. Il governo spagnolo ha certamente ragione quando afferma che la disposizione controversa è in grado di produrre effetti solo attraverso una legge che stabilisca secondo una delle modalità previste da tale disposizione, le norme applicabili al commercio dei prodotti in questione. Così come affermato dalla Commissione, ciò non significa, tuttavia, che tale disposizione non abbia rilevanza propria. Infatti, qualora esista una legge che disciplini il traffico delle merci in uno dei modi indicati, la conseguenza giuridica immediata della norma controversa sarebbe che i pubblici appalti aventi ad oggetto tali prodotti, resterebbero esclusi dalla LCE e dal RGCE. La disposizione è pertanto più di una mera norma formale di rinvio, in quanto pone essa stessa i criteri atti a stabilire quali siano le eccezioni ammesse dal campo di applicazione della normativa.

13. Come già detto, gli sforzi del governo spagnolo per far luce sulla portata della disposizione si sono rivelati vani. La Commissione ha spiegato che, in applicazione della disposizione controversa, gli appalti relativi ai medicinali, ai francobolli, alla carta bollata, al tabacco, all'energia elettrica e al gas restano esclusi dalla normativa sugli appalti dello Stato. Nella sua controreplica, il governo spagnolo ha tentato, in una certa misura, di spiegare quale tipi di normativa, fra quelli menzionati nella disposizione, si applicassero ai detti prodotti, ma ciò di cui si è principalmente preoccupato è stato di dimostrare che i vari tipi di normativa presuppongono, in sostanza, l'esistenza di un solo fornitore possibile.

Non è facile comprendere come si possa interpretare questa disposizione nel senso che essa abbia una portata estremamente ristretta, così come sostenuto dal governo spagnolo, né è facile far rientrare nella norma così interpretata tutti gli esempi concreti di appalti esclusi di cui si è fatta menzione.

14. Non è invece difficile affermare che la disposizione controversa, nella sua redazione attuale, non può, in generale, ritenersi conforme alla direttiva 77/62.

L'art. 2, n. 1, della direttiva dispone che «per aggiudicare gli appalti pubblici di forniture, i poteri aggiudicatori applicano le proprie procedure nazionali, adattate alla presente direttiva». Dal nono 'considerando' della direttiva risulta «che è necessario prevedere casi eccezionali per i quali le misure di coordinamento della procedura possono non essere

applicate; che tali casi debbono però essere espressamente limitati». La direttiva deve essere interpretata nel senso che essa prevede, in modo tassativo, le eccezioni generali all'obbligo degli Stati membri di procedere all'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture in conformità con le norme previste dalla stessa. Tali esclusioni generali dall'ambito di applicazione della direttiva sono previste agli artt. 2, n. 2 e 3 della direttiva [11]. È evidente che la disposizione spagnola di cui trattasi non è compresa in nessuna di queste eccezioni, cosa peraltro nemmeno sostenuta dal governo spagnolo.

15. La tesi del governo spagnolo a proposito degli artt. 36, 90, n. 2, e 223 del Trattato non convince. Come affermato dalla Commissione, le norme specifiche sul commercio dei prodotti, che siano compatibili col diritto comunitario in virtù delle citate norme del Trattato, devono chiaramente essere rispettate per l'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture. Ciò non significa tuttavia che le amministrazioni aggiudicatrici non debbano applicare le norme generali sui pubblici appalti. Per quanto riguarda in particolare i prodotti di cui è vietato il commercio, si potrebbe pensare a prima vista che, come affermato dal governo spagnolo, la disposizione non sia contraria alla direttiva. Se il commercio di un prodotto è vietato, non è possibile procedere all'aggiudicazione di appalti di forniture aventi ad oggetto tale prodotto e non è quindi necessario applicare la direttiva. Anche se, in pratica, la questione è probabilmente priva di importanza, non si può tuttavia trascurare il fatto che se le amministrazioni pubbliche, malgrado il divieto esistente, procedessero comunque all'aggiudicazione di appalti di forniture concernenti i prodotti in questione, ciò dovrebbe avvenire, in linea di principio, nel rispetto delle norme della direttiva. Un'eccezione generale di tal tipo non è pertanto compatibile con la direttiva.

16. Anche la tesi del governo spagnolo relativa all'art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva non appare convincente. In primo luogo, la Commissione ha ragione nell'affermare che dagli artt. 4, n. 3, e 6, n. 1, della direttiva deriva che gli appalti di cui alla citata disposizione della direttiva non sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva stessa, ma devono, al contrario, essere aggiudicati per trattativa privata, il che comporta l'applicabilità dell'art. 7 della direttiva relativa alle norme comuni nel settore tecnico. In secondo luogo si deve anche convenire con la Commissione che la disposizione controversa non è compatibile con l'art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva, posto che essa non enuncia espressamente nessun requisito analogo a quelli di cui la direttiva esige il rispetto.

17. Per i motivi suddetti, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 2, punto 3, della LCE e l'art. 2, punto 3, del RGCE, sono incompatibili con la direttiva 77/62.

11 — L'art. 2, n. 2, della direttiva dispone che essa non si applica agli appalti pubblici di forniture aggiudicati da enti che gestiscono servizi di trasporto ovvero da aziende che operano nel settore dell'acqua, dell'energia o delle telecomunicazioni. L'art. 3 riguarda gli appalti aggiudicati in virtù di accordi internazionali ecc.

b. *L'art. 2, punto 8, della LCE e l'art. 2, punto 8, del RGCE*

18. Tali norme — quella del RGCE si limita a riprodurre la norma corrispondente della LCE — escludono dalla normativa sugli appalti dello Stato: «gli appalti espressamente esclusi per legge».

19. La Commissione ha fatto presente che trattasi di un'esclusione di carattere generale, in quanto tale contraria alle due direttive in questione. La Commissione ha affermato che le autorità spagnole non hanno precisato né le leggi, né i tipi di appalti pubblici ricompresi in tale disposizione. Essa ha rilevato inoltre che tutte le esclusioni tassativamente contemplate dalla direttiva risultano anche espressamente previste dalla LCE e dal RGCE e che pertanto tale disposizione lascia la porta aperta ad altre esclusioni non previste dalle direttive. Per questi motivi, la Commissione ritiene che la disposizione crei una situazione di incertezza del diritto contrario al diritto comunitario. A tal proposito essa ha precisato che «visto che la Corte ha richiesto che la delimitazione dei criteri di esclusione venga effettuata in modo chiaro e compatibile con quanto stabilito dalla direttiva, è assolutamente impossibile ammettere una norma di esclusione che non preveda alcun criterio».

20. A mio parere, il governo spagnolo ha ragione nel ritenere che una norma di rinvio di tal genere non sia contraria al diritto comunitario. Agli Stati membri è concesso un certo potere discrezionale circa il modo di adattare il diritto interno alle direttive e la tecnica legislativa impiegata dalle autorità spagnole non può essere considerata, di per se stessa, contraria al diritto comunitario. Lo scopo della disposizione consiste nel richiamare l'attenzione sul fatto che possono esservi altre eccezioni al campo di applicazione della legge, diverse rispetto a quelle risultanti dalla legge stessa, e nel richiedere che queste possano venire adottate esclusivamente per legge. Tale disposizione si differenzia da quelle esaminate in precedenza in quanto possiede un contenuto neutro e meramente formale e in quanto esiste un rapporto chiaro ed evidente fra la norma di rinvio e le leggi alle quali fa riferimento, giacché queste ultime devono necessariamente contenere una disposizione espressa che stabilisca l'inapplicabilità della LCE e del RGCE. Inoltre, non è condivisibile la tesi della Commissione in base alla quale tutte le eccezioni che traggono fondamento dalla direttiva sono ricomprese in altre disposizioni della LCE e del RGCE e che, pertanto, il fatto che la disposizione permetta di dar vita ad altre eccezioni, genera incertezza del diritto. La norma di rinvio non è, infatti, superflua. Ciò è dovuto al fatto che, come rilevato dalla Commissione medesima, la LCE ricomprende anche determinati appalti pubblici non previsti dalle direttive, rispetto ai quali queste ultime non escludono quindi la possibilità che vengano stabilite altre eccezioni.

21. Alla luce di quanto suesposto, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 2, punto 8, della LCE e l'art. 2, punto 8, del RGCE, sono compatibili con le due direttive comunitarie.

c. *L'art. 29 bis, n. 1, punti 1 e 3, della LCE e l'art. 93 ter, punti 1 e 3, del RGCE*

22. Tali disposizioni — quella del RGCE si limita a riprodurre la norma corrispondente della LCE — dispensano dall'obbligo di pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, di cui all'art. 12 della direttiva 71/305, gli appalti:

«1° Riguardanti gli impianti industriali di natura meccanica, elettrica ed energetica, tranne quella parte di essi che rientra nella tecnica di costruzioni di immobili.

(...)

3° Concernenti lavori di sterro, di escavazione di pozzi, di drenaggio e di asportazione del materiale rimosso effettuati per l'estrazione di sostanze minerali (industrie estrattive)».

23. La Commissione ha fatto presente *che* tali appalti rientrano nel campo di applicazione della direttiva 71/305, *che* la direttiva indica tassativamente i casi esclusi dal suo campo di applicazione e *che* è contrario alla direttiva escludere gli appalti di cui sopra.

24. Il governo spagnolo nega che i detti appalti siano ricompresi nell'ambito di applicazione della direttiva. Questa si applica agli appalti di lavori pubblici, definiti dall'art. 1, lett. a), della direttiva come quegli appalti «aventi per oggetto una delle attività di cui all'art. 2 della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali» (in prosieguo: la «direttiva 71/304»). La direttiva 71/304 è stata emanata contemporaneamente alla direttiva 71/305 ed ha rappresentato una delle direttive dirette alla liberalizzazione che vennero adottate all'epoca; essa imponeva cioè agli Stati membri l'obbligo di sopprimere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi nel settore di cui trattasi.

L'art. 2 della direttiva recita:

«1. Le disposizioni della presente direttiva si applicano alle attività non salariate di cui all'allegato I del programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, classe 40. Tali attività corrispondono a quelle elencate nella classe 40 della "Nomenclatura delle industrie stabilite nelle Comunità europee (NICE)"; esse sono riprodotte nell'allegato della presente direttiva.

2. La direttiva non si applica:

a) agli impianti industriali di natura meccanica, elettrica ed energetica, tranne quella parte di essi che rientra nella tecnica della costruzione di immobili;

b) (...)

c) ai lavori di sterro, di escavazione di pozzi e di dragaggio e di asportazione del materiale rimosso, effettuati per l'estrazione di sostanze minerali (industrie estrattive)».

25. Come si può constatare le disposizioni spagnole di cui trattasi riproducono fedelmente l'art. 2, n. 2, lett. a) e c), della direttiva.

Considerato che la direttiva 71/305 stabilisce che gli appalti ai quali essa si applica sono quelli aventi per oggetto una delle attività di cui all'art. 2, della direttiva 71/304 e che l'art. 2 esclude espressamente entrambe le attività parimenti escluse dalle disposizioni spagnole controverse, a prima vista, sembra che la tesi del governo spagnolo sia fondata.

26. La Commissione ha tuttavia fatto presente, a tal proposito, che il rinvio di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 71/305 deve intendersi riferito esclusivamente all'art. 2, n. 1, della direttiva 71/304 che definisce, a parere della Commissione, il campo di applicazione della direttiva, e non al n. 2, di tale articolo, che contempla le relative eccezioni. La Commissione ha esposto tutta una serie di argomenti a sostegno di tale affermazione, ed ha sostenuto, in particolare, *che* la direttiva 71/304 si riferisce al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi enunciato all'art. 59 del Trattato, *che* il fatto che l'art. 59 del Trattato sia direttamente applicabile scaduto il periodo di trascrizione, priva d'efficacia l'art. 2, n. 2, della direttiva 71/304, *che* è incompatibile che una direttiva che riconferma il principio della soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi limiti poi il campo di applicazione di una direttiva di armonizzazione legislativa che definisce in modo tassativo gli appalti pubblici assoggettati al suo regime e *che* le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, cui la disposizione ha eventualmente potuto dar luogo, devono in ogni caso risultare conformi agli artt. 59 e seguenti del Trattato.

27. Mi risulta difficile seguire la tesi della Commissione. L'art. 1, lett. a), della direttiva 71/305 si riferisce espressamente a «una delle attività di cui all'articolo 2» della direttiva 71/304 e, a mio parere, non vi sono dubbi, che lo scopo iniziale fosse che anche le attività menzionate all'art. 2, n. 2, restassero escluse dagli obblighi, imposti dalla direttiva 71/305 agli Stati membri, di coordinare i procedimenti nazionali vigenti di aggiudicazione degli appalti pubblici di opere.

Peraltro, il fulcro della tesi della Commissione sembra essere che il fatto che la Corte abbia affermato, all'indomani dell'emanazione delle due direttive che *l'obbligo di liberalizzazione* deriva direttamente, una volta scaduto il periodo di transizione, dall'art. 59 del Trattato e che la direttiva 71/304 ha per questo motivo perso la propria rilevanza, implica che l'applicazione degli *obblighi di coordinamento* derivanti dalla direttiva 71/305 si sia estesa agli appalti citati all'art. 2, n. 2, lett. a) e c), della direttiva 71/304.

La Commissione non ha avanzato argomenti tali da convincermi della correttezza di tale conclusione. Inizialmente, esistevano motivi

per escludere gli appalti di cui trattasi tanto dall'obbligo di liberalizzazione quanto da quello di coordinamento. Tali motivi tuttavia non sono mai stati indicati espressamente e non è quindi possibile stabilire, con certezza, in che modo l'entrata in vigore dell'obbligo di liberalizzazione abbia fatto sì che anche i motivi che avevano indotto il Consiglio a decidere che gli obblighi di coordinamento non si applicassero agli appalti in questione, siano venuti meno. A mio parere, tutto induce a ritenere che la conclusione alla quale perviene la Commissione non sia né necessaria, né tanto meno scontata. Il divieto previsto dal Trattato, di discriminazioni basate sulla nazionalità e di qualsiasi altra restrizione, ingiustificata e sproporzionata, alla libera prestazione dei servizi è, in linea di principio, generalizzato. Per contro, spetta al Consiglio decidere in che modo occorre completare l'obbligo di liberalizzazione, derivante direttamente dal Trattato, con norme che impongano agli Stati membri di coordinare le proprie norme nazionali che non contrastino col divieto posto dal Trattato. Pertanto, spetta al Consiglio anche stabilire l'ambito di applicazione delle dette disposizioni di armonizzazione.

Il Consiglio ha definito nel 1971 l'ambito di applicazione della direttiva 71/305, rinviando all'art. 2 della direttiva 71/304. Tale delimitazione non ha subito modifiche ad opera della successiva dichiarazione di applicabilità diretta del divieto contenuto nell'art. 59 del Trattato.

28. Al contrario, si può osservare che il Consiglio, quando apportò, nel 1989, i citati emendamenti alla direttiva 71/305, modificò l'art. 1, lett. a) in modo tale che gli appalti pubblici di opere vengono ormai definiti dall'articolo stesso come quegli appalti che hanno per oggetto opere relative a una delle attività di cui all'allegato II della direttiva. Quest'ultimo corrisponde alla classe 50 della «Nomenclatura generale delle attività economiche delle Comunità europee» (NACE), che a sua volta corrisponde sostanzialmente alla classe 40 della NICE citata all'art. 2, n. 1, della direttiva 71/304.

29. A mio avviso, sarebbe errato che la Corte condividesse le affermazioni della Commissione sul fatto che le norme spagnole, aventi ad oggetto la trasposizione della direttiva nella sua versione iniziale, non possono legittimamente escludere dal proprio ambito di applicazione gli appalti di cui all'art. 2, n. 2, lett. a) e c), della direttiva 71/304.

30. La Commissione ha inoltre riferito che le disposizioni spagnole controverse avrebbero il solo scopo di escludere l'obbligo di pubblicazione del bando di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* mentre la direttiva non consentirebbe tale possibilità. Mi risulta difficile comprendere per quale motivo dovrebbe essere, di per sé, contrario alla direttiva, applicare talune sue disposizioni ad appalti da essa non previsti. Se gli appalti in questione non sono contemplati dalla direttiva, gli Stati membri possono, in linea di principio, disciplinare essi stessi i procedimenti concernenti le relative gare d'appalto senza che si possa rimproverare loro di aver scelto di applicare alcune norme della direttiva, pur non essendovi obbligati dal diritto comunitario.

31. Alla luce di quanto suesposto, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 29 bis, n. 1, punti 1 e 3, della LCE e l'art. 93 ter, punti 1

e 3 del RGCE, sono compatibili con la direttiva 71/305.

Disposizioni che consentono l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata

32. La Commissione ha affermato che una serie di disposizioni spagnole, che consentono l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata, sono contrarie alle due direttive. La Commissione ritiene che le direttive contengano un'elencazione tassativa dei casi in cui è consentito il ricorso alla trattativa privata e che dalla sentenza della Corte 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia [12], derivi che le disposizioni di cui trattasi devono essere interpretate restrittivamente.

Il governo spagnolo ha fatto sapere che talune disposizioni controverse, concernenti l'aggiudicazione per trattativa privata, verranno modificate da un progetto di riforma della LCE. La Commissione ha affermato che, a suo parere, le nuove disposizioni risponderanno ai requisiti di un corretto adattamento del diritto interno alle due direttive, tuttavia considerato che queste disposizioni non sono state ancora adottate e non sono ancora entrate in vigore, ha riconfermato le sue conclusioni.

33. Il governo spagnolo, il quale non ha negato che in alcuni casi le disposizioni spagnole controverse si discostano, su alcuni punti, dalle norme della direttiva, ha fatto presente in linea di massima che, quando si esamina una disposizione legislativa, è anzitutto necessario esaurire tutte le possibilità ragionevoli di interpretarla in modo conforme alle norme del diritto comunitario cui si riferisce e dichiararla incompatibile con la disposizione comunitaria solo quando la detta interpretazione conforme è impossibile o estremamente complessa.

34. Questa tesi non appare sostenibile. È vero che, in forza del diritto comunitario, è fatto obbligo alle autorità e ai giudici nazionali, di interpretare il proprio diritto nazionale in modo da assicurare il massimo rispetto del diritto comunitario [13].

Ciò non significa però che la Corte, in un ricorso per inadempimento, possa solo dichiarare l'incompatibilità delle disposizioni nazionali col diritto comunitario, qualora risulti impossibile interpretare tali disposizioni in modo che appaiano compatibili col medesimo. Come risulta dal citato esame della giurisprudenza della Corte [14], il principio di certezza del diritto esige che le norme giuridiche degli Stati membri siano formulate in modo non equivoco, sì da consentire ai singoli e alle imprese di conoscere i propri diritti e obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici di garantirne l'osservanza. Ne consegue che, in virtù del principio di certezza del diritto, la Corte deve dichiarare incompatibili col diritto comunitario le disposizioni nazionali che non garantiscano, in modo sufficientemente chiaro e preciso, la piena applicazione delle norme della direttiva. Tali requisiti per una corretta trasposizione delle

12 — Racc. pag. 1039.

13 — V. sentenze della Corte 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (Racc. pag. 1891, punto 26 della motivazione) e 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8 della motivazione).

14 — V. punto 5 della motivazione.

direttive non possono ritenersi soddisfatti dal semplice fatto che esiste la possibilità di interpretare le disposizioni nazionali in questione in modo che esse possano essere applicate in conformità col diritto comunitario.

35. Il governo spagnolo ha fatto inoltre presente che dalla sentenza di cui alla causa 199/85, invocata dalla Commissione, che si riferisce a un caso di applicazione concreta delle norme sugli appalti per trattativa privata, non possono dedursi canoni ermeneutici utili per l'ipotesi di specie che verte sulla legittimità di norme astratte.

36. Anche tale tesi non è sostenibile. Nella citata sentenza la Corte ha dichiarato, in riferimento all'art. 9, lett. b) e d), della direttiva 71/305, che «dette disposizioni, che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti di lavori pubblici, devono essere interpretati restrittivamente. Inoltre l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga incombe su colui che intenda avvalersene» [15]. A mio avviso, da ciò consegue, da un lato, che l'enumerazione contenuta nelle direttive dei casi in cui è ammissibile il ricorso alla trattativa privata, deve considerarsi tassativa e, dall'altro, che la trasposizione di tali norme derogatorie nel diritto nazionale va effettuata nello scrupoloso rispetto dei limiti e delle condizioni stabiliti nelle relative norme delle direttive.

15 — V. punto 14 della motivazione.

a. *L'art. 37, n. 1, punto 1, e art. 87, n. 4, punto 1, della LCE; l'art. 117, n. 1, punto 1, e l'art. 247, n. 4, punto 1, del RGCE*

37. L'art. 37, n. 1, punto 1, della LCE, riprodotto all'art. 117, n. 1, punto 1, del RGCE, dispone che, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, la trattativa privata è consentita «per le opere per le quali non è possibile promuovere la concorrenza ovvero per le quali, per motivi di carattere tecnico o eccezionale, non convenga promuoverla». Quanto agli appalti di forniture, analoga disposizione figura all'art. 87, n. 4, punto 1, della LCE ove si aggiunge tuttavia «come quando l'appalto ha ad oggetto prodotti protetti da brevetti o diritti d'autore o che costituiscono modelli d'utilità o opere artistiche ovvero oggetti aventi un solo produttore o possessore». Tale disposizione è riprodotta all'art. 247, n. 4, punto 1, del RGCE.

38. La Commissione ha sostenuto che né la direttiva 71/305 né la direttiva 77/62 consentono il ricorso alla trattativa privata nei casi contemplati dalle disposizioni controverse. A tal proposito, la Commissione rileva, in particolare, che tali disposizioni concedono alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di stabilire discrezionalmente i casi in cui non è possibile promuovere la concorrenza ovvero non convenga promuoverla per motivi eccezionali.

39. Il governo spagnolo ha fatto presente che le disposizioni controverse non conferiscono affatto alle autorità un potere discrezionale di valutazione e che esse rientrano nell'art. 9, lett. b) della direttiva 71/305 e nell'art. 6, lett. b), della direttiva 77/62.

40. L'art. 9, lett. b), della direttiva 71/305 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono far ricorso alla trattativa privata «quando si tratta di lavori la cui esecuzione, per ragioni tecniche, artistiche o attinenti alla protezione dei diritti di esclusiva, non può essere affidata che ad un imprenditore determinato». Mi sembra evidente che l'art. 37, n. 1, punto 1, della LCE non è conforme a questa norma. Come sostiene il governo spagnolo, la formula «ipotesi di impossibilità di promuovere la concorrenza ovvero (in cui) non convenga promuoverla» potrebbe anche essere ritenuta sostanzialmente corrispondente alla condizione prevista dalla direttiva per cui l'esecuzione di lavori «non può essere affidata che ad un imprenditore determinato». Tuttavia, in primo luogo, il riferimento alle «ragioni tecniche o eccezionali» riguarda solo la seconda parte della disposizione e cioè quella relativa ai casi in cui non conviene promuovere la concorrenza, il che comporta che la sua prima parte sembra consentire in modo generale alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alla trattativa privata, semplicemente asserendo che «non è possibile promuovere la concorrenza». In secondo luogo, il riferimento a motivi «eccezionali» deve ritenersi troppo ampio e indeterminato rispetto alle «ragioni tecniche, artistiche o attinenti alla protezione dei diritti di esclusiva» contemplate dalla direttiva.

41. Il testo dell'art. 6, lett. b), della direttiva 77/62 è essenzialmente identico a quello dell'art. 9, lett. b) della direttiva 71/305. È vero che, come affermato dal governo spagnolo, la seconda parte dell'art. 87, n. 4, punto 1, della LCE fa riferimento a criteri che sembrano rispondere ampiamente a quelli utilizzati dall'art. 6, lett. b), della direttiva 77/62. Tuttavia, la prima parte della disposizione, che concerne i casi in cui «non è possibile promuovere la concorrenza nell'offerta ovvero non convenga promuoverla», è legata alla seconda parte soltanto da un «come quando», e che significa, a mio parere, che la seconda parte costituisce solo un esempio e che la disposizione consente, pertanto, il ricorso alla trattativa privata per altri motivi diversi da quelli ivi citati. Ciò non è compatibile con la direttiva, che è tassativa su questo punto.

42. Visto quanto precede, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 37, n. 1, punto 1, della LCE e l'art. 117, n. 1, punto 1, del RGCE, sono incompatibili con la direttiva 71/305 e che l'art. 87, n. 4, punto 1, della LCE e l'art. 247, n. 4, punto 1, del RGCE sono incompatibili con la direttiva 77/62.

b. *L'art. 37, n. 1, punto 2, e l'art. 87, n. 4, punto 2, della LCE; l'art. 117, n. 1, punto 2, e l'art. 247, n. 4, punto 2, del RGCE*

43. L'art. 37, n. 1, punto 2, della LCE, riprodotto all'art. 117, n. 1, punto 2, del RGCE, dispone, rispetto agli appalti di opere, che è

ammesso il ricorso alla trattativa privata in «caso di urgenza riconosciuta, risultante da necessità impellenti che richiedono una pronta esecuzione, impossibile a realizzarsi attraverso la procedura d'urgenza disciplinata dall'art. 26 dalla presente legge e previo accordo con l'amministrazione aggiudicatrice» [16]. Per quanto riguarda gli appalti di forniture, analoga disposizione è riportata all'art. 87, n. 4, punto 2, della LCE, riprodotta all'art. 247, n. 4, punto 2, del RGCE.

44. Il problema che si pone sta nello stabilire se tali disposizioni sono conformi all'art. 9, lett. d), della direttiva 71/305 e all'art. 6, lett. d), della direttiva 77/62. Le due disposizioni, che sono di identico tenore, stabiliscono che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare gli appalti pubblici in questione senza applicare le direttive — salvo le norme comuni nel settore tecnico — «nella misura dello stretto necessario, quando l'eccezionale urgenza risultante da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice» non sia compatibile con i termini imposti da altri procedimenti [17].

45. Il governo spagnolo ha contestato l'affermazione della Commissione secondo la quale il tenore delle disposizioni controverse sarebbe più ampio di quello previsto dalle direttive. Esso ha fatto presente che le norme spagnole contengono i tre presupposti contemplati dalle direttive. Per quanto riguarda quello relativo all'*eccezionale urgenza* il governo sostiene che le nozioni di «necesidades apremiantes» e di «urgencia imperiosa» abbiano, in linea di massima, lo stesso significato giacché si riferiscono entrambe a necessità alle quali si deve far fronte senza il minimo ritardo. Quanto al presupposto delle direttive concernente gli *avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice* il governo spagnolo ha fatto presente che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola risulta che il carattere imprevedibile degli avvenimenti è un elemento inseparabile dal concetto di urgenza, per cui non è necessario che si faccia espresso riferimento a tale requisito. Infine, il presupposto stabilito dalle direttive relativo al fatto che gli avvenimenti in questione *non siano compatibili con i termini imposti da altri procedimenti* è espressamente previsto dalle disposizioni spagnole.

46. A prima vista, a me pare che la normativa spagnola stabilisca condizioni più o meno corrispondenti all'*eccezionale urgenza* richiesta dalla direttiva. Le disposizioni spagnole si riferiscono in effetti, come rilevato dalla Commissione, all'urgenza che deriva da «necessità impellenti», e che non corrisponde esattamente all'«eccezionale urgenza», ma non bisogna dimenticare che le dette «necessità impellenti» vengono qualificate dalle disposizioni spagnole come necessità «che richiedono una pronta esecuzione». Una condizione secondo la quale l'urgenza debba risultare da necessità impellenti che richiedono un intervento immediato mi sembra che abbia lo stesso significato restrittivo

16 — Il testo spagnolo della norma è il seguente: «Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación» (il corsivo è mio).

17 — Il testo spagnolo dell'art. 9, lett. d), della direttiva 71/305 è il seguente: «En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos» (il corsivo è mio). L'art. 6, lett. d), della direttiva 77/62 è identico.

dall'esigenza delle direttive per cui l'urgenza deve avere un carattere eccezionale.

Non ritengo tuttavia necessario approfondire la questione. A mio parere, emerge infatti chiaramente dalle disposizioni spagnole che esse non corrispondono alle pertinenti disposizioni delle direttive, nella misura in cui queste ultime richiedono la presenza di *avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice*. È indubbio che le norme spagnole non contengono una condizione espressa equivalente ed è incontestabile che trattasi di una condizione distinta e importante per l'applicazione della disposizione [18]. A mio parere, il fatto che, come riferito dal governo spagnolo, la Corte costituzionale spagnola abbia dichiarato in due sentenze che «il concetto di urgenza è connesso alla necessità di risolvere una situazione che, *per motivi difficilmente prevedibili*, richiede un intervento immediato», non assicura con sufficiente certezza il rispetto del presupposto della direttiva per cui gli avvenimenti devono essere *imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice*.

47. Alla luce di quanto su riferito, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 37, n. 1, punto 2, della LCE e l'art. 117, n. 1, punto 2, del RGCE sono incompatibili con la direttiva 71/305 e che l'art. 87, n. 4, punto 2, della LCE e l'art. 247, n. 4, punto 2, del RGCE sono incompatibili con la direttiva 77/62.

18 — V., a tal proposito, sentenza della Corte 18 marzo 1992, causa C-24/91, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-1989), al cui punto 13 della motivazione la Corte ha dichiarato che i presupposti di applicazione dell'art. 9, lett. d), della direttiva 71/305 sono cumulativi.

c. *L'art. 37, n. 1, punto 7, e l'art. 87, n. 4, punto 5, della LCE, l'art. 117, n. 1, punto 7, e l'art. 247, n. 4, punto 5, del RGCE*

48. L'art. 37, n. 1, punto 7, della LCE, riprodotto all'art. 117, n. 1, punto 7, del RGCE dispone in riferimento agli appalti di opere, che è ammesso il ricorso alla trattativa privata «qualora l'aggiudicatario non soddisfi le condizioni necessarie per il perfezionamento del contratto ("formalización"), sempre che l'aggiudicazione diretta risulti conforme ai presupposti fondamentali e il prezzo non sia superiore a quelli che hanno formato oggetto del bando di gara». Per quanto riguarda gli appalti di forniture, analoga disposizione figura all'art. 87, n. 4, punto 5, della LCE che aggiunge però «(...) salvo che l'amministrazione decida di bandire una nuova gara a condizioni da definirsi caso per caso». Questa disposizione è riprodotta all'art. 247, n. 4, punto 5, del RGCE.

49. Il governo spagnolo ha spiegato che il diritto spagnolo opera una distinzione fra «aggiudicazione», e cioè attribuzione dell'appalto, e «formalizzazione» che ne rende possibile l'esecuzione, e che le disposizioni controverse «traggono origine dalla particolare situazione nella quale può venirsi a trovare l'amministrazione allorquando, essendo stata effettuata l'aggiudicazione, si trovi in presenza di un contratto perfetto e pienamente produttivo di effetti, che non sia però eseguibile in quanto l'aggiudicatario, per cause a lui imputabili, impedisce la formalizzazione dell'appalto».

50. La Commissione ha fatto presente che le direttive 71/305 e 77/62 non contengono nessuna disposizione di questo tenore e che, pertanto, le disposizioni spagnole sono ad esse contrarie. La Commissione ha affermato che, in linea generale, spetta alle amministrazioni aggiudicatrici dare soluzione alla situazione contemplata dalle norme di cui sopra, in cui non è possibile procedere all'aggiudicazione per cause imputabili all'aggiudicatario, dando inizio ad un nuovo procedimento. In tal caso, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi della trattativa privata per motivi di urgenza, ma occorrerà verificare, caso per caso, la sussistenza dei presupposti necessari per il ricorso a tale eccezione.

51. Il governo spagnolo ha fatto notare che la situazione prevista dalle disposizioni spagnole è caratterizzata dall'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili cui si riferiscono l'art. 9, lett. d), della direttiva 71/305 e l'art. 6, lett. d), della direttiva 77/62 e che può giustificare l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata [19].

Il governo spagnolo ha affermato inoltre che le disposizioni spagnole stabiliscono limiti molto rigorosi non previsti dalle direttive, in particolare la necessità di rispettare le condizioni fondamentali del bando di gara iniziale e di non effettuare l'aggiudicazione finale a un prezzo superiore a quello dell'offerta inizialmente presa in considerazione. A ciò deve aggiungersi che il procedimento di aggiudicazione per trattativa privata di cui all'art. 37, n. 2, della LCE presuppone una contrattazione con almeno tre imprese. Per questi motivi, il governo spagnolo ha affermato che le disposizioni controverse apportano una soluzione ancor «più vantaggiosa» rispetto a quelle proposte dalla Commissione.

Infine il governo spagnolo ha fatto presente che le disposizioni controverse contemplano una situazione estremamente simile a quella di cui all'art. 9, lett. a), della direttiva 71/305, descritta dal governo spagnolo come il caso «in cui il procedimento sia risultato infruttuoso e non abbia portato a nessuna aggiudicazione» e che nel caso di specie esistono motivi ancor più validi per ammettere la trattativa privata, trattandosi di una situazione ancor più grave che «va ad innestarsi in una fase più avanzata del procedimento».

52. A mio parere per quanto riguarda questo aspetto la Commissione ha pienamente ragione. Non può affermarsi, in via generale, che il caso di specie rientri in quelli previsti dalle direttive in tema di urgenza. La questione se in situazioni del tipo considerato sussista o meno urgenza, deve essere affrontato, come sostenuto dalla Commissione, concretamente caso per caso.

A tal proposito, non rileva il fatto che il diritto spagnolo prevede limiti ancor più stringenti per l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata. Tanto meno può ritenersi rilevante il fatto che l'art. 9, lett. a), della direttiva 71/305 consente il ricorso alla trattativa privata quanto in una gara d'appalto sono state presentate offerte inaccettabili. Tale situazione differisce da quella di specie nella quale, come sostiene la Commissione,

19 — Il governo spagnolo ha aggiunto che se non è normalmente possibile rimediare ai termini di esecuzione già scaduti mediante ricorso ai procedimenti ordinari, tale possibilità è tuttavia espressamente prevista all'art. 87, n. 4, punto 5, della LCE.

sembra appunto possibile, per esempio, aggiudicare l'appalto all'offerente secondo classificato, ovvero non esistono comunque motivi concreti per temere che un nuovo procedimento di aggiudicazione non dia luogo ad offerte accettabili [20].

53. Alla luce di quanto suesposto, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 37, n. 1, punto 7, della LCE e l'art. 117, n. 1, punto 7, del RGCE sono incompatibili con la direttiva 71/305 e che l'art. 87, n. 4, punto 5, della LCE e l'art. 247, n. 4, punto 5, sono incompatibili con la direttiva 77/62.

d. *L'art. 37, n. 1, punto 8, della LCE e l'art. 117, n. 1, punto 8, del RGCE*

54. L'art. 37, n. 1, punto 8, della LCE, riprodotto all'art. 117, n. 1, punto 8, del RGCE, consente, in tema di appalti di opere, il ricorso alla trattativa privata «per le opere che servono di completamento all'esecuzione di altre opere i cui contratti sono stati risolti a causa del verificarsi delle condizioni previste al n. precedente, ferma restando l'applicazione, se del caso, del punto 2 del presente articolo (urgenza)».

55. La Commissione ritiene che tale norma sia incompatibile con la direttiva 71/305 rinviando, a tal proposito, a quanto già osservato in relazione al punto precedente.

56. Il governo spagnolo si è limitato ad affermare che tale norma non trae fondamento da un presupposto così evidente come quello di cui all'ipotesi precedente e che verrà pertanto soppressa dalla prevista riforma della LCE.

57. Alla luce di quanto precede propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 37, n. 1, punto 8, della LCE e l'art. 117, n. 1, punto 8, del RGCE, sono incompatibili con la direttiva 71/305.

e. *L'art. 120, n. 1, punti 1, 2 e 6 del decreto legislativo sul regime locale*

58. La Commissione osserva che l'art. 120, n. 1, punti 1, 2 e 6 del decreto legislativo n. 781/1986 sul regime locale contempla casi analoghi a quelli in precedenza esaminati in riferimento alla LCE e al RGCE, in presenza dei quali è ammesso il ricorso alla trattativa privata ed ha fatto pertanto presente che anche tali norme sono contrarie alle direttive.

59. Quanto sopra non ha formato oggetto di contestazione da parte del governo spagnolo e di conseguenza la Corte può accogliere le conclusioni della Commissione sul punto.

60. Per contro, le parti divergono sulle conseguenze di tale incompatibilità. Il governo spagnolo sostiene che il decreto legislativo

20 — Infine, non può ritenersi decisivo il fatto che l'art. 87, n. 4, punto 5, della LCE consente il ricorso ai procedimenti di aggiudicazione ordinari, in quanto si tratta di una facoltà discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici e non di un obbligo che sorge allorquando nel caso concreto non ricorrano i presupposti dell'urgenza.

sul regime locale non richieda alcuna modifica giacché l'aggiudicazione di appalti per trattativa privata da parte degli enti locali è disciplinata direttamente dalle norme relative della LCE e del RGCE. Il governo spagnolo si riferisce, a tal proposito, al fatto che la prima disposizione finale dei regi decreti di adattamento della LCE e del RGCE alle direttive dispone che le norme di questi ultimi rivestono il carattere di disposizioni fondamentali.

61. In base a un principio consolidato, la Corte può unicamente dichiarare, con la presente sentenza, che le disposizioni in questione sono contrarie agli obblighi che incombono alla Spagna in forza del diritto comunitario dopodiché spetta alla Spagna trarre le necessarie conseguenze da tale dichiarazione.

Può essere tuttavia utile far presente che l'abrogazione delle norme di cui trattasi risulterebbe maggiormente conforme alle esigenze del diritto comunitario. Se le dette norme non vengono abrogate, permarrà, nell'ambito del diritto nazionale, la possibilità di una loro erronea applicazione e l'incertezza del diritto che ne deriva sarà essa stessa contraria al diritto comunitario.

62. Per i motivi suesposti, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 120, n. 1, punti 1, 2 e 6, del decreto legislativo sul regime locale è incompatibile con la direttiva 77/62 e con la direttiva 71/305.

Disposizioni relative alle norme di partecipazione e ai criteri di selezione qualitativa

63. La Commissione ha concluso nel senso che la Corte dichiari che una serie di norme spagnole relative agli appalti e ai criteri di selezione qualitativa sono contrarie al diritto comunitario. Mi sembra opportuno, in via preliminare, esporre brevemente le norme rilevanti delle due direttive nonché la giurisprudenza della Corte in materia.

Dall'art. 20 della direttiva 71/305 e dall'art. 17 della direttiva 77/62 risulta che la conclusione degli appalti pubblici avviene in due fasi. In primo luogo, si procede alla selezione degli imprenditori o fornitori in possesso dei requisiti necessari per prendere parte all'aggiudicazione. Questo accertamento di idoneità degli offerenti presuppone, da un lato, che si stabilisca se essi debbano essere esclusi dalla partecipazione all'appalto in conseguenza di circostanze particolari proprie di ogni concorrente, come per esempio l'insolvibilità o la buona reputazione. Dall'altro, costituisce un esame della capacità economica, finanziaria e tecnica degli offerenti. Una volta effettuata la selezione degli offerenti ammessi a partecipare alla gara, l'appalto viene aggiudicato in base ai criteri stabiliti all'art. 29 della direttiva 71/305 e all'art. 25 della direttiva 77/62, vale a dire, in linea di principio, in base al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa.

64. Le norme relative alla selezione qualitativa degli offerenti figurano agli artt. 23-28 della direttiva 71/305 e agli artt. 20-24 della

direttiva 77/62, che sono sostanzialmente simili.

L'art. 23 della direttiva 71/305 e l'art. 20 della direttiva 77/62 contengono una serie di presupposti, relativi alla *buona reputazione* e alla *solvibilità* degli offerenti, tali da giustificare l'esclusione dalla gara. Fra tali disposizioni figura inoltre un elenco di documenti e certificati che possono essere richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici a comprova del fatto che gli operatori non si trovano in una delle situazioni contemplate. L'art. 24 della direttiva 71/305 e l'art. 21 della direttiva 77/62 dispongono che ogni imprenditore o fornitore che voglia concorrere all'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici o di un appalto pubblico di forniture può essere invitato a provare la sua iscrizione nel *registro professionale* del paese in cui risiede. L'art. 25 della direttiva 71/305 e l'art. 22 della direttiva 77/62 prevedono il modo in cui gli offerenti possono dar prova della propria *capacità finanziaria ed economica*. L'art. 26 della direttiva 71/305 e l'art. 23 della direttiva 77/62 prevedono il modo in cui gli offerenti possono dar prova delle proprie *capacità tecniche*. L'art. 27 della direttiva 71/305 e l'art. 24 della direttiva 77/62 dispongono che le amministrazioni aggiudicatrici possono invitare gli offerenti a *completare o a chiarire* i documenti giustificativi presentati, ma che ciò deve avvenire entro i limiti degli artt. 23-26 della direttiva 71/305 e artt. 20-23 della direttiva 77/62. Infine, l'art. 28 della direttiva 71/305 contiene le norme relative all'iscrizione nelle *liste ufficiali di imprenditori autorizzati* esistenti in alcuni Stati membri, e prevede in particolare i limiti entro i quali l'iscrizione su una tale lista può essere utilizzato dall'imprenditore come mezzo di prova alternativo per dimostrare di essere in possesso dei criteri qualitativi di cui agli artt. 23-26 della direttiva.

65. La Corte ha pronunciato due sentenze contenenti i criteri fondamentali d'interpretazione per l'applicazione di tali disposizioni. Trattasi delle sentenze della Corte 10 febbraio 1982, causa 76/81, Transporoute [21] e 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes [22]. L'interpretazione della Corte ha ad oggetto le disposizioni pertinenti della direttiva 71/305, ma può parimenti applicarsi in via analogica alle corrispondenti disposizioni della direttiva 77/62. Da tali sentenze si può dedurre che:

— le amministrazioni aggiudicatrici possono accertare l'idoneità professionale degli offerenti, che non siano stati esclusi a causa di uno dei motivi relativi alla propria situazione personale, solamente in base a criteri fondati sulla capacità economica, finanziaria e tecnica [23], e che

— l'elencazione effettuata dalle direttive dei mezzi con cui si può provare il soddisfacimento, da parte degli offerenti, dei

21 — Racc. pag. 417.

22 — Racc. pag. 4635.

23 — V. il punto 17 della motivazione della sentenza Beentjes, ove la Corte ha dichiarato quanto segue: «Il suddetto art. 20 dispone che l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori viene effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 25 a 28. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesto per la partecipazione alle varie gare d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica degli imprenditori (...). Tuttavia, da queste disposizioni risulta che le amministrazioni aggiudicatrici *possono effettuare l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori soltanto in base a criteri fondati sulla capacità economica, finanziaria e tecnica degli stessi*» (il corsivo è mio).

requisiti relativi alla buona reputazione ecc. e alla capacità tecnica, è tassativa, mentre nulla osta a che le amministrazioni aggiudicatrici esigano la produzione di altre prove distinte da quelle menzionate nelle direttive, sempre che si tratti di dimostrare che gli offerenti possiedano la capacità economica e finanziaria richiesta [24].

66. Le amministrazioni aggiudicatrici mantengono la facoltà di subordinare la conclusione di appalti pubblici a presupposti diversi da quelli relativi all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori sulla base della capacità economica, finanziaria e tecnica degli stessi, ovvero da quelli relativi ai criteri di aggiudicazione dell'appalto stesso. Nella sentenza Beentjes, la Corte ha dichiarato che clausole contrattuali accessorie non sono, di per sé, incompatibili con la direttiva 71/305 [25]. Tuttavia, la Corte ha anche affermato che, per essere compatibili con la direttiva, tali clausole contrattuali devono, da un lato, rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario, e in particolare i divieti derivanti dai principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e devono, dall'altro, essere applicate nel rispetto delle norme procedurali della direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità [26].

67. Alla luce di quanto suesposto, vanno esaminate le conclusioni della Commissione relative all'inosservanza delle norme di partecipazione e dei criteri di selezione qualitativa posti dalle direttive.

24 — La Corte ha affermato al punto 9 della motivazione della sentenza Transporoute quanto segue: «(...) l'art. 27 precisa che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità d'invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati solo entro i limiti di cui agli artt. 23 e 26 della direttiva, i quali *legittimano* gli Stati membri *a chiedere referenze diverse da quelle espressamente enunciate nella direttiva solo per quanto riguarda la valutazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese*, di cui all'art. 25 della direttiva» (il corsivo è mio).
Questa causa verteva sulla compatibilità con le norme delle direttive dell'esigenza che l'impresa fosse in possesso di un'autorizzazione di stabilimento rilasciata dal governo dello Stato membro all'interno del quale era stata effettuata l'aggiudicazione. La Corte ha dichiarato al punto 10 della motivazione: «L'autorizzazione di stabilimento di cui trattasi, poiché (...) non è diretta ad accertare la capacità finanziaria ed economica delle imprese, ma la qualificazione professionale e la buona reputazione dei titolari delle stesse, costituisce (...) *un mezzo di prova diverso da quelli limitativamente autorizzati dalla direttiva*» (il corsivo è mio).
A seguito di tali considerazioni la Corte ha concluso dichiarando che: «La direttiva del Consiglio 71/305 va interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro possa pretendere da un offerente con sede in un altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni di cui agli artt. 23-26 di detta direttiva e relative alla sua buona reputazione ed alla sua qualificazione professionale con mezzi, quale l'autorizzazione di stabilimento, diversi da quelli enunciati da tali disposizioni».
La tesi secondo cui le direttive non contengono un'elencazione tassativa dei documenti che possono essere richiesti a comprova della capacità economica e finanziaria degli offerenti è confermata nella sentenza della Corte 9 luglio 1987, cause riunite 27/86, 28/86 e 29/86, Bellini (Racc. pag. 3347, punti 10, 11 e 17 della motivazione).

25 — La Corte è pervenuta a tale conclusione, fra l'altro, in considerazione del fatto che «la direttiva non stabilisce una normativa comunitaria uniforme e tassativa, e che invece, nell'ambito delle norme comuni in essa contenute, gli Stati membri restano liberi di mantenere in vigore o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti di lavori pubblici, a condizione di rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario (...)» (punto 20 della motivazione).

26 — V. punti 28-31 della motivazione della sentenza Beentjes. V. inoltre, a tal proposito, la comunicazione della Commissione del 22 settembre 1989, «Pubblici appalti, aspetti regionali e sociali» (GU C 311, pag. 7), punti 43-64.
V. anche sentenza della Corte 3 giugno 1992, causa C-360/89, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3401) concernente una disposizione legislativa italiana in base alla quale, all'atto della scelta dei candidati invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici a presentare un'offerta in applicazione delle norme relative alle procedure ristrette, ai sensi dell'art. 22 della direttiva 71/305, occorreva «dare la preferenza alle associazioni temporanee e ai consorzi in cui siano presenti imprese che svolgono la loro prevalente attività nell'ambito della regione in cui si eseguono i lavori». La Corte si è limitata ad affermare che trattavasi di un criterio di selezione non rientrante tra quelli menzionati agli artt. 23-26 della direttiva e di conseguenza contrario all'art. 22 della stessa. Anche se la Corte non ha spinto la sua analisi oltre l'esame della compatibilità del criterio in questione con la direttiva, alla luce dei principi sanciti nella sentenza Beentjes, non appare probabile che questa sentenza possa costituire un mutamento giurisprudenziale.

a. *Gli artt. 24, n. 1, punto 1 e 25, n. 1, punti 1 e 3, del RGCE*

68. L'art. 24, n. 1, punto 1, del RGCE recita:

«Per l'aggiudicazione di appalti con l'amministrazione, le imprese straniere devono essere in possesso oltre a quanto previsto all'art. 23 del presente regolamento, dei seguenti requisiti:

1° Essere pienamente capaci di concorrere all'aggiudicazione di un appalto e di contrarre obbligazioni in base alle norme in vigore nel loro paese di appartenenza».

L'art. 25, n. 1, punti 1 e 3, del RGCE recita:

«La personalità delle imprese può essere provata all'amministrazione nel seguente modo:

1° Se l'impresa è persona giuridica mediante presentazione dell'atto costitutivo o modificativo, debitamente iscritto nel registro di commercio. Per gli imprenditori individuali è richiesta la presentazione del documento nazionale d'identità o eventualmente di un documento equipollente.

(...)

3° Le imprese straniere dovranno presentare una traduzione ufficiale dei propri documenti costitutivi in castigliano ovvero, se del caso, nella lingua della comunità autonoma nel cui territorio ha sede l'amministrazione aggiudicatrice, nonché un certificato rilasciato dall'Ambasciata di Spagna nel paese di cui trattasi da cui risulti che, in base alla legge del paese di appartenenza, l'impresa è capace di concorrere all'aggiudicazione di un appalto e di contrarre obbligazioni».

69. La Commissione ha fatto presente che le citate prove non sono previste né dalla direttiva 71/305, né dalla direttiva 77/62 e che, considerato il carattere tassativo delle direttive stesse, non possono essere poste a fondamento dell'esclusione degli offerenti che non vi ottemperino dalla partecipazione a una gara d'appalto. Secondo la Commissione, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di mezzi sufficienti per accertare se le imprese straniere sono in possesso della capacità e della personalità giuridica, richiedendo dagli offerenti la documentazione attestante, da un lato, l'iscrizione nel registro professionale del loro paese di origine e, dall'altro, che essi non si trovano in una delle situazioni di cui all'art. 23 della direttiva 71/305 e all'art. 20 della direttiva 77/62. La Commissione ha precisato, in particolare, nella fase orale del procedimento, che la necessità che gli offerenti siano in possesso della capacità giuridica è, di per sé, conforme al diritto comunitario.

70. Il governo spagnolo ha affermato *che* il requisito della capacità giuridica è ovviamente preordinato a quelli richiesti dalla direttiva in materia di capacità economica, finanziaria e tecnica nonché di buona reputazione, *che* tale requisito è necessario per garantire la piena responsabilità degli imprenditori e *che* esso non dà luogo ad alcuna discriminazione fra offerenti stranieri e spagnoli. A completamento di quanto precede, il governo spagnolo ha fatto notare che

l'art. 24, n. 1, punto 1, del RGCE non richiede la presentazione di documenti prestabiliti, ma fissa solamente un requisito astratto relativo alla capacità giuridica. Quanto al resto, il governo spagnolo è dell'avviso che le direttive non contengono una normativa sufficiente in tema di prova della capacità giuridica delle imprese e della condizione di persona giuridica, il che giustifica le norme di cui all'art. 25, n. 1, punti 1 e 3 del RGCE [27].

71. Come già detto in via preliminare, dalla giurisprudenza della Corte risulta che per valutare la legittimità dei criteri di esclusione degli offerenti dalla partecipazione ad una gara d'appalto pubblica, è di fondamentale importanza stabilire in primo luogo di che tipo di requisiti si tratta.

Si può certamente discutere se un requisito concernente la capacità giuridica sia o meno ricompreso nelle norme delle direttive relative alla selezione qualitativa dei concorrenti. Al contrario, è difficile pensare che tale requisito abbia un'altra finalità che non sia quella di accertare che l'offerente sia in buona fede, in grado di portare a compimento l'appalto e capace, in ipotesi, di assumersi la responsabilità in caso di inadempimento. A mio parere si tratta pertanto di un requisito che può essere, tutto sommato, ritenuto ricompreso nell'ambito entro il quale le direttive hanno inteso effettuare un'elencazione tassativa dei mezzi di prova che potevano essere richiesti [28].

A queste considerazioni occorre apporre un'importante riserva. Il diritto comunitario non può certamente vietare che le amministrazioni aggiudicatrici si rifiutino di concludere un appalto con imprese sprovviste di capacità giuridica. In tal senso, l'esigenza di cui all'art. 24, n. 1, punto 1, non è illegittima. Per contro, le direttive ostano a che le imprese siano tenute a dimostrare, in modo generale, la propria capacità giuridica. A fini pratici è infatti inutile porre l'esigenza specifica della prova della capacità giuridica degli offerenti quando è possibile richiedere che l'impresa dimostri di essere iscritta nel registro professionale del proprio paese di origine e di non trovarsi in una situazione di insolvibilità. Tale esigenza di prova che, in base alle informazioni in mio possesso, non

27 — Le parti hanno dibattuto sull'importanza del fatto che l'art. 24 della direttiva 71/305 enumera unicamente i registri professionali di sei Stati membri e l'art. 21 della direttiva 77/62 cita solamente i registri professionali di nove Stati membri. La Commissione ha affermato che l'art. 24 della direttiva 71/305 è stato completato dagli Atti di adesione del 1972, 1979 e 1985, e che l'art. 21 della direttiva 77/62 può essere facilmente applicato in via analogica per quanto riguarda gli altri tre Stati membri. Su questo punto mi associo totalmente alla tesi della Commissione astenendomi da un esame più approfondito del medesimo.

28 — A mio parere, elementi a sostegno di tale interpretazione possono essere rinvenuti nella sentenza della Corte *Transporoute*. In tale sentenza, la Corte ha deciso che l'esigenza di un'autorizzazione di stabilimento aveva lo scopo di dimostrare «la qualificazione professionale e la buona reputazione [dei] titolari» e che, tale esigenza era di conseguenza, contraria alla direttiva 71/305, che contiene un'enumerazione tassativa dei mezzi di prova che possono essere richiesti a comprova di tali qualità. La Corte non ha però precisato per quali motivi si possa presumere che un'autorizzazione di stabilimento, quale quella di cui trattasi, possa riguardare la buona reputazione degli offerenti. Da ciò ne deduco che tutti i documenti riguardanti non solo la buona reputazione e la solvibilità degli offerenti in senso stretto, ma anche la capacità generale degli stessi a concludere un appalto pubblico, devono essere compatibili con l'enumerazione tassativa dei mezzi di prova di cui all'art. 23, nonché con l'art. 24 che si riferisce alla dimostrazione dell'iscrizione nel registro professionale del paese di origine dell'impresa.

viene richiesta agli offerenti spagnoli, comporta un onere per gli offerenti stranieri che non può trovare giustificazione nella finalità sottostante la detta esigenza.

72. La Commissione ha inoltre fatto presente che l'art. 25, n. 1, punti 1 e 3 del RGCE, nella misura in cui si applica agli appalti di lavori pubblici, è contrario all'art. 59 del Trattato concernente la libera prestazione dei servizi.

73. Orbene la contrarietà delle norme spagnole controverse all'art. 59, riveste tuttavia scarso interesse, dal momento che è già stata rilevata la loro contrarietà alle direttive. Dovrebbe essere sufficiente affermare la superfluità dei documenti richiesti, che vanno ad aggiungersi a quelli che, in forza delle direttive, possono essere richiesti dagli offerenti, considerato che essi rappresentano un onere non necessario per gli interessati. Detto questo, se la Corte ritiene di condannare la Spagna anche per violazione all'art. 59 del Trattato, non vi sono dubbi che anche tale motivo è fondato.

74. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'art. 59 del Trattato implica, anzitutto, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore dei servizi a causa della sua nazionalità o del fatto che egli risieda in uno Stato membro diverso da quello in cui deve essere eseguita la prestazione. Le normative nazionali non applicabili indistintamente alle prestazioni di servizi di qualsiasi origine, sono compatibili col diritto comunitario solo se rientranti in una disposizione derogatoria espressa, quale l'art. 56 del Trattato, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica [29]. Ostacoli alla libera prestazione dei servizi possono tuttavia anche derivare dall'applicazione di normative nazionali, concernenti chiunque risieda sul territorio nazionale, ai prestatori di servizi residenti in altri Stati membri che già debbono soddisfare i requisiti della normativa di tale Stato. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, siffatti ostacoli sono compatibili con l'art. 59 del Trattato solo se giustificati da esigenze imperative di interesse generale che non siano già soddisfatte dalle norme imposte dallo Stato membro in cui il prestatore risiede e se risultino appropriati e necessari per il raggiungimento dello scopo perseguito, il che implica che lo stesso risultato non può essere ottenuto mediante norme meno incisive [30].

75. L'art. 25, n. 1, punti 1 e 3, concernente l'obbligo di produrre documenti specifici, quale condizione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. A mio parere, occorre dare atto alla Commissione che, qualunque sia l'obiettivo di interesse generale perseguito, esso viene sufficientemente assicurato dalla possibilità di esigere la presentazione dei documenti contemplati dalla direttiva 71/305. Pertanto, posto che non può dirsi che le disposizioni controverse siano obiettivamente necessarie per tutelare l'interesse o gli interessi che essi mirano a

29 — V., da ultimo, sentenza della Corte 4 maggio 1993, causa C-17/92, Federación de Distribuidores Cinematográficos (Racc. pag. I-2266, punti 13 e 16 della motivazione).

30 — V. sentenza della Corte 25 luglio 1991, causa C-288/89, Collectieve Antenne voorziening Gouda (Racc. pag. I-4035, punti 12-15 della motivazione).

salvaguardare esse sono incompatibili con l'art. 59 del Trattato.

76. Per i motivi suesposti, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 25, n. 1, punti 1 e 3 del RGCE, è incompatibile sia con le direttive 71/305 e 77/62, che con l'art. 59 del Trattato.

b. *L'art. 284, n. 5, del RGCE*

77. L'art. 28 della direttiva 71/305 ha ad oggetto gli elenchi ufficiali di imprenditori autorizzati esistenti in taluni Stati membri (sistema cosiddetto di classificazione) e determina l'uso che gli imprenditori possono fare dei certificati di classificazione al fine di provare la ricorrenza di taluni criteri previsti dalla direttiva per la loro selezione.

78. L'art. 284, n. 5, recita:

«Gli imprenditori non spagnoli appartenenti agli Stati membri della Comunità economica europea possono avvalersi delle disposizioni previste al n. 3 del presente articolo (e cioè, del diritto di provare la propria capacità attraverso mezzi diversi dalla classificazione) a condizione che dimostrino, mediante certificato rilasciato dal Comitato consultivo dei pubblici appalti, di non essere classificati ovvero che la loro classificazione non è stata sospesa o annullata».

Se ho correttamente inteso le informazioni in mio possesso, tale disposizione va intesa nel senso che secondo il diritto spagnolo gli imprenditori devono, in linea di massima, utilizzare i certificati di classificazione e che essi possono dimostrare la propria qualificazione in altro modo solo dopo aver prodotto un certificato, rilasciato da un organismo spagnolo, da cui risulti che essi non sono iscritti nell'elenco spagnolo [31] ovvero che la loro classificazione non è stata sospesa o annullata.

79. La Commissione ha fatto notare che la direttiva 71/305 [32] sottintende il diritto dell'offerente di scegliere se dar prova della propria qualificazione mediante un certificato di classificazione o in altro modo. La necessità di un certificato specifico come condizione per essere ammessi a provare la propria idoneità con un mezzo di prova diverso dalla presentazione di un certificato di classificazione è, quindi, ad avviso della Commissione, contraria al sistema della direttiva. La Commissione ha fatto inoltre presente che ciò dà luogo a una restrizione ingiustificata e sproporzionata alla libera prestazione dei servizi, contraria all'art. 59 del Trattato.

80. Il governo spagnolo ha sostenuto che lo scopo di questa norma è di evitare frodi al sistema di classificazione, consistenti nella possibilità da parte di imprese di altri Stati membri, di eludere gli effetti della sospensione o dell'annullamento di una classificazione precedente, facendo ricorso alla possibilità di dimostrare la propria capacità

31 — La Commissione dà per scontato che tale disposizione esige un certificato «negativo» attestante il fatto che l'imprenditore non è stato classificato nell'elenco degli imprenditori autorizzati *in Spagna*. Tale interpretazione della norma non è stata contestata dal governo spagnolo.

32 — Nel suo ricorso, la Commissione aveva sostenuto che la disposizione controversa si applicava, in virtù dell'art. 109 della LCE, anche agli appalti pubblici di forniture. Il governo spagnolo ha tuttavia fatto notare che le norme di classificazione non sono state in realtà estese anche agli appalti pubblici di forniture. A seguito di questa obiezione ed in risposta a un quesito posto al riguardo dalla Corte, la Commissione ha precisato di non aver formulato alcuna censura in merito all'incompatibilità dell'art. 284, n. 5, del RGCE con la direttiva 77/62.

attraverso altri mezzi di prova. Secondo il detto governo, si tratta di una semplice formalità non difficile da assolvere, che non può essere ritenuta sproporzionata o non obiettivamente giustificata rispetto allo scopo chiaro e semplice di evitare che un appalto pubblico possa essere aggiudicato a un'impresa sprovvista dei requisiti economici, finanziari e tecnici di classificazione professionale.

81. A mio avviso occorre dare atto alla Commissione che gli Stati membri non possono porre restrizioni al diritto degli imprenditori di scegliere i mezzi di prova di cui intendono servirsi per dimostrare la propria qualificazione. La direttiva postula la libertà di scelta [33], e le norme della direttiva relative ai mezzi di prova (artt. 23-26) non lasciano alcun margine a giustificazione di un obbligo come quello contestato nel presente caso. Occorre inoltre dar atto alla Commissione che ciò costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, che non può essere ritenuto giustificato alla luce delle considerazioni del governo spagnolo. Considerato che esigere che gli imprenditori figurino nell'elenco ufficiale degli imprenditori dello Stato membro in cui ha luogo l'aggiudicazione [34], è incompatibile con la direttiva 71/305, non può nemmeno darsi rilevanza al fatto che una tale classificazione sia stata, ad un certo punto, annullata o sospesa. Ciò che importa è solo che gli offerenti siano messi in condizione di dimostrare, all'atto della presentazione dell'offerta, di essere in possesso della qualificazione richiesta. Questa circostanza può ritenersi sufficientemente assicurata dalla possibilità di esigere dagli offerenti i certificati e i documenti contemplati dalla direttiva 71/305.

82. Per i motivi suesposti, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 284, n. 5, del RGCE è incompatibile con la direttiva 71/305 e con l'art. 59 del Trattato.

c. *L'art. 287, n. 2, del RGCE*

83. L'art. 287, n. 2, del RGCE, relativo alla classificazione degli imprenditori in Spagna, recita:

«A tal fine, saranno valutati principalmente i mezzi personali, reali e finanziari di cui le imprese dispongono in via permanente sul territorio spagnolo».

84. La Commissione ritiene che questa disposizione sia contraria alla direttiva 71/305 [35] e all'art. 59 del Trattato.

85. Il governo spagnolo sostiene che tale disposizione è priva di efficacia giuridica concreta in quanto non precisa a che cosa si debba principalmente attribuire rilevanza e

33 — V. sentenza della Corte 9 luglio 1987, cause riunite 27/86, 28/86 e 29/86, Bellini (Racc. pag. 3347, punti 24 e 25 della motivazione).

34 — V. sentenza della Corte, causa Transporoute, punti 12 e 13 della motivazione.

35 — Nel suo ricorso la Commissione aveva sostenuto che la disposizione controversa era parimenti applicabile agli appalti pubblici di forniture, in virtù degli artt. 320 e 330 del RGCE. Come suddetto, il governo spagnolo ha spiegato che le norme relative alla classificazione non sono state estese agli appalti pubblici di forniture. A seguito di questa obiezione e in risposta a una questione della Corte, la Commissione ha precisato di non aver formulato alcuna censura in merito all'incompatibilità dell'art. 287, n. 2, del RGCE con la direttiva 77/62.

ha comunque affermato che è sua intenzione sopprimerla. Il governo spagnolo ha fatto inoltre presente che qualora si attribuisse efficacia giuridica a tale disposizione essa risulterebbe giustificata alla luce dell'art. 26, lett. c) e d), della direttiva 71/305.

86. L'art. 28, n. 4, della direttiva 71/305 stabilisce che «per l'iscrizione degli imprenditori degli altri Stati membri nel[la] lista [ufficiale degli imprenditori autorizzati], non possono essere richieste altre prove o dichiarazioni oltre quelle richieste agli imprenditori nazionali, né, in ogni caso, prove o dichiarazioni diverse da quelle previste dagli articoli da 23 a 26». Come ha fatto giustamente notare la Commissione tali disposizioni non consentono di esigere dagli imprenditori degli altri Stati membri informazioni concernenti le circostanze menzionate all'art. 287, n. 2, del RGCE. L'art. 26, lett. c) e d), della direttiva, dispone che si può esigere da un imprenditore una dichiarazione da cui risulti fra l'altro, l'attrezzatura di cui egli disporrà per l'esecuzione dell'opera, nonché l'organico medio annuo dell'impresa con riferimento agli ultimi tre anni. Ciononostante, per valutare la disposizione di cui trattasi, è decisivo il fatto che nella direttiva non vi è nessun appiglio su cui possa fondarsi la richiesta di informazioni specifiche circa l'organico, l'attrezzatura e i mezzi economici esistenti *sul territorio spagnolo*. L'art. 287, n. 2, del RGCE è quindi incompatibile con la direttiva 71/305.

87. La Commissione ha inoltre ragione nell'affermare che la disposizione controversa rappresenta un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Tale norma va interpretata nel senso che il fatto che un'impresa non disponga (ovvero disponga soltanto in misura ridotta) di attrezzature ecc., sul territorio spagnolo potrebbe rivestire una certa importanza rispetto alla classificazione in Spagna, il che a sua volta si potrebbe ripercuotere sulla possibilità da parte dell'imprenditore interessato di effettuare prestazioni di servizi in Spagna. Benché tale disposizione si applichi formalmente tanto agli imprenditori stranieri quanto a quelli nazionali, a mio parere, si tratta di una norma che favorisce in realtà gli imprenditori spagnoli, in quanto questi ultimi hanno molte più possibilità di disporre di personale e attrezzature sul territorio spagnolo [36]. Si tratta quindi, in altri termini, di una discriminazione dissimulata basata sulla nazionalità che non trova fondamento in nessuna delle cause che, in base al Trattato, possono giustificare norme di tal tipo.

88. Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 287, n. 2, del RGCE è incompatibile con la direttiva 71/305 e con l'art. 59 del Trattato.

d. *L'art. 312, n. 2, del RGCE*

89. Questa disposizione, che determina il valore probatorio dei certificati e documenti equipollenti rilasciati dalle autorità di altri Stati membri, in rapporto ad una serie di esigenze probatorie spagnole, è, ad avviso della Commissione, contraria in taluni punti, all'art. 28, n. 3, della direttiva 71/305, che prevede i criteri relativi al valore probatorio dei certificati di classificazione rilasciati dagli

36 — V. sentenza della Corte 3 giugno 1992, causa C-360/89, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3401, punti 10-12 della motivazione).

altri Stati membri. Il governo spagnolo, che ha precisato che la disposizione verrà modificata nell'ambito della prevista riforma della LCE, non ha contestato questo punto. Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di pronunciarsi conformemente alle conclusioni della Commissione su questo punto.

e. *L'art. 320, n. 3, punto 5, del RGCE*

90. Questa disposizione prevede le modalità secondo le quali un fornitore può dimostrare la propria capacità tecnica e stabilisce, fra l'altro, che detta capacità può essere provata attraverso certificati relativi alle merci di cui trattasi, rilasciati dagli istituti o servizi ufficiali spagnoli preposti al controllo della qualità. A parere della Commissione, questa disposizione è contraria all'art. 23, n. 1, lett. e), della direttiva 77/62, secondo la quale è certamente possibile richiedere la presentazione di certificati di qualità, ma non si può esigere che essi siano rilasciati da un organismo dello Stato sede dell'amministrazione aggiudicatrice. La Commissione ha inoltre affermato che questa esigenza costituisce una restrizione alla libera circolazione delle merci, contraria all'art. 30 del Trattato. Il governo spagnolo, che ha fatto presente che questa disposizione verrà soppressa nell'ambito della prevista riforma della LCE, non ha contestato questo punto. Esso ha solamente sostenuto che si tratta di una formulazione errata alla quale si può porre rimedio con un'interpretazione non letterale della norma. Questo argomento non può essere accolto. Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di pronunciarsi conformemente alle conclusioni della Commissione sul punto.

f. *L'art. 341 del RGCE*

91. L'art. 341 del RGCE recita:

«In forza della quarta disposizione finale della LCE, il governo è autorizzato, qualora lo ritenga opportuno, a dispensare gli imprenditori che hanno ottenuto una determinata classificazione da parte del ministero delle Finanze, dalla prestazione di una cauzione provvisoria in caso di offerte relative ad appalti di opere».

92. La Commissione ha osservato che tale facoltà è stata attuata col regio decreto 1° giugno 1979, n. 1883/79, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad includere nei capitolati d'oneri una clausola di dispensa, e col decreto 23 ottobre 1979, in virtù del quale è consentito includere la dispensa nel capitolato d'oneri del ministero dei Lavori pubblici e dell'Urbanizzazione e degli enti autonomi ad esso collegati.

93. La Commissione ritiene che l'art. 341 del RGCE sia incompatibile con la direttiva 71/305 e con l'art. 59 del Trattato. Essa afferma che la possibilità di concorrere a una gara, anche senza essere classificato, è un diritto spettante a ciascun imprenditore e che l'esercizio di tale diritto non può essere ostacolato dalle giustificazioni addotte dalle autorità spagnole. La dispensa dal prestare una cauzione provvisoria, accordata agli imprenditori che hanno ottenuto una classificazione, costituisce uno stimolo di natura finanziaria a classificarsi e limita in pratica il diritto dell'imprenditore di concorrere a una gara d'appalto senza essere classificato.

La Commissione aggiunge che a parere suo non esiste alcuna difficoltà ad estendere il beneficio della dispensa dalla cauzione provvisoria, ai concorrenti che danno prova della propria capacità con mezzi diversi dalla classificazione. Secondo la Commissione le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di strumenti sufficienti per infliggere sanzioni ai «concorrenti irresponsabili», per esempio applicando il sotto indicato art. 23, n. 1, lett. d) e g).

94. Il governo spagnolo sostiene che le disposizioni spagnole consentono agli imprenditori stranieri, a parità di condizioni con gli imprenditori spagnoli, di prestare due tipi di garanzie al fine di una corretta esecuzione dell'appalto. In tal senso, le imprese possono optare per la costituzione di una cauzione provvisoria oppure per la classificazione presso il ministero delle Finanze spagnolo. Da ciò consegue che gli imprenditori non spagnoli possono essere dispensati, alla stessa stregua delle imprese spagnole, dall'obbligo di costituire una cauzione provvisoria. Nel caso in cui l'appalto non venga portato a termine, le amministrazioni aggiudicatrici avrebbero la possibilità di sanzionare l'inadempimento sia incamerando la cauzione sia sospendendo la classificazione. Il governo spagnolo afferma che tali due forme di garanzia si integrano perfettamente con l'art. 16, lett. i), della direttiva 71/305, il quale impone alle amministrazioni aggiudicatrici di specificare nel bando di gara relativo alle procedure aperte «le indicazioni relative alle cauzioni e ad ogni altra garanzia eventualmente richiesta, sotto qualsiasi forma (...)».

Il governo spagnolo ritiene che le amministrazioni aggiudicatrici verrebbero completamente private della possibilità di infliggere sanzioni efficaci, in caso di mancata esecuzione dell'appalto, qualora anche gli imprenditori non spagnoli che hanno provato la loro capacità economica, finanziaria e tecnica con mezzi diversi dalla classificazione venissero dispensati dall'obbligo di costituire una cauzione provvisoria.

95. Come può notarsi da quanto suesposto, il governo spagnolo ha insistito sulla necessità di assicurare il buon fine degli appalti. Questo obiettivo potrebbe essere perfettamente raggiunto riguardo la costituzione di una cauzione provvisoria, che può essere ritenuta consentita dall'art. 16, lett. i), della direttiva 71/305. Per contro, a mio parere, l'esigenza di classificazione da parte del ministero delle Finanze non garantisce in modo specifico la corretta esecuzione degli appalti conclusi. Secondo il governo spagnolo, tale garanzia consisterebbe nella «minaccia» di vedersi sospendere la classificazione in caso di mancata esecuzione dell'appalto, con conseguenti difficoltà ad ottenere successive aggiudicazioni di appalti. Tale «minaccia» di essere esclusi da future gare d'appalto esiste tuttavia indipendentemente dalla questione della classificazione in Spagna. Come affermato dalla Commissione, l'art. 23, lett. d) e g), della direttiva dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dalla partecipazione alla gara qualsiasi imprenditore «che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice» ovvero «che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste in applicazione del (...) capitolo» della direttiva relativo ai criteri di selezione qualitativa. Queste disposizioni attribuiscono in ogni caso alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di sanzionare una deliberata omissione di portare a termine l'appalto concluso — e ciò vale anche per gli imprenditori non spagnoli

che abbiano dimostrato la propria capacità economica, finanziaria e tecnica attraverso mezzi diversi della classificazione — e l'esistenza di tale possibilità dà luogo, a mio parere, ad un tipo di garanzia di esecuzione degli appalti conclusi, e cioè ad una «minaccia» di essere esclusi dalle gare future, analoga a quella che il governo spagnolo intende ottenere attraverso l'esigenza di classificazione.

Sulla base di quanto precede, risulta evidente che l'esigenza spagnola di classificazione presso il ministero delle Finanze spagnolo, quale condizione per essere dispensati dall'obbligo di prestare una cauzione provvisoria, si traduce in un onere aggiuntivo per gli imprenditori non spagnoli che non sono classificati in Spagna [37]. Tuttavia, così come ha fatto notare la Commissione, la direttiva 71/305 attribuisce agli imprenditori il diritto di provare la propria capacità con i mezzi di prova menzionati agli artt. 23-26 della direttiva 71/305, ovvero mediante un certificato di classificazione in un altro Stato membro. Non si può pretendere che gli imprenditori siano classificati nello Stato membro in cui ha luogo l'aggiudicazione [38]. Di conseguenza, non può essere compatibile con la direttiva correlare oneri economici alla mancanza di classificazione in Spagna.

96. Un onere economico imposto a imprenditori non spagnoli, non classificati in Spagna, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato. La tesi del governo spagnolo relativa alla necessità di assicurare l'esecuzione degli appalti non può pertanto essere accolta e non sembra nemmeno possibile invocare altri motivi di interesse generale per giustificare una norma di tal genere.

97. Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 341 del RGCE è incompatibile con la direttiva 71/305 e con l'art. 59 del Trattato.

Disposizioni di carattere tecnico

98. La Commissione sostiene che l'art. 244 del RGCE, contenente norme relative ad esigenze di carattere tecnico, sia contraria all'art. 7 della direttiva 77/62.

99. L'art. 7, n. 1, della direttiva dispone, fra l'altro, che le prescrizioni tecniche relative agli appalti pubblici di forniture devono essere definite, in particolare, mediante norme appropriate e che, in tal caso, è opportuno riferirsi, in ordine di preferenza, alle norme comunitarie, alle norme europee, alle norme internazionali, alle norme nazionali e, infine, a qualsiasi altra norma. La Commissione sostiene che le norme relative all'ordine di preferenza non sono state trasposte dalla disposizione controversa del RGCE.

100. Il governo spagnolo ha ammesso che l'ordine di preferenza di cui all'art. 7, n. 1,

37 — Per quanto concerne gli imprenditori spagnoli, sembra che l'esigenza di classificazione sia obbligatoria. In tal senso, il governo spagnolo ha fatto presente che la condizione della classificazione è obbligatoria per gli appalti pubblici il cui valore ecceda i 20 milioni di PTA e che gli imprenditori spagnoli non hanno la possibilità di dimostrare la propria capacità tecnica e finanziaria avvalendosi di mezzi diversi dalla classificazione. Da ciò deduco che per quanto riguarda gli appalti di ammontare pari o superiore a quello citato, sono solamente gli imprenditori non spagnoli che hanno facoltà di scegliere fra la classificazione o la costituzione di una cauzione provvisoria.

38 — V. sentenza della Corte, causa Transporoute, punti 12 e 13 della motivazione.

della direttiva 77/62 non è stato trasposto nella normativa spagnola, la quale prevede semplicemente che le prescrizioni tecniche possono essere definite con riferimento a norme nazionali o internazionali. Esso ha tuttavia fatto osservare che l'art. 7 è stato modificato in modo sostanziale dall'art. 8 della direttiva 88/295 e che, in conseguenza di ciò, è inadeguato e irragionevole pretendere l'adattamento della normativa spagnola alla direttiva 77/62, ovvero la trasposizione della direttiva 88/295 prima della scadenza del termine previsto. A tal proposito, il governo spagnolo fa presente che alla Spagna era stato accordato un termine supplementare per la trasposizione della direttiva 88/295. Il governo spagnolo sostiene che le conclusioni della Commissione, nel caso di specie, non sono compatibili con l'obbligo di facilitare per quanto possibile l'adempimento da parte degli Stati membri degli obblighi che incombono loro in forza del Trattato e fa riferimento, a tal proposito, all'art. 5 del Trattato e alla giurisprudenza della Corte, in particolare, alla sentenza 21 marzo 1991, causa C-303/88, Italia/Commissione [39].

101. La tesi del governo spagnolo non può essere accolta. L'obbligo di trasporre le direttive entro il termine prescritto non viene meno per il fatto che queste direttive sono state successivamente modificate e né dall'art. 5 del Trattato, sull'obbligo reciproco di cooperazione leale fra Stati membri e istituzioni comunitarie, né dalla giurisprudenza della Corte può desumersi che la Commissione sia autorizzata ad accordare dispense dal rispetto dei termini di trasposizione prestabiliti. Si deve quindi riconoscere che la Spagna non adottando il diritto interno all'ordine di preferenza imposto dall'art. 7, n. 1, della direttiva 77/62, nel termine prestabilito, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza di tale disposizione.

102. La Commissione sostiene inoltre che l'art. 244, n. 2, del RGCE è contrario all'art. 7, n. 2, della direttiva 77/62.

L'art. 244, n. 2, dispone, fra l'altro, quanto segue:

«Salvo che l'oggetto dell'appalto lo richieda, sono vietate le prescrizioni tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese. Tuttavia, quando l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di descrivere l'oggetto dell'appalto mediante altre specificazioni sufficientemente precise e intellegibili per tutti gli interessati, potrà far riferimento a marchi, brevetti o tipi, purché tali indicazioni siano accompagnate dalla menzione "o equivalente"».

L'art. 7, n. 2, della direttiva 77/62 è formulato nel modo seguente:

«Salvo che tali prescrizioni siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, gli Stati membri vietano l'introduzione, nelle clausole contrattuali di un determinato appalto, di prescrizioni tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari (...). È in particolare vietata l'indicazione di marche, brevetti o tipi nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata; tuttavia tale indicazione accompagnata dalla

39 — Racc. pag. I-1433.

menzione "o equivalente" è autorizzata quando l'oggetto dell'appalto non può essere descritto diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intellegibili per tutti gli interessati».

103. La Commissione sostiene a tal proposito che l'art. 244, n. 2, del RGCE, consente l'indicazione di «un'origine o di una produzione determinata» senza che sia accompagnata dalla menzione «o equivalente».

104. Il governo spagnolo sostiene che tale disposizione rappresenta da un lato, un divieto generale, il cui testo è quasi identico alla prima frase dell'art. 7, n. 2, della direttiva 77/62 e, dall'altro, un'eccezione che si differenzia dalla disposizione corrispondente dell'art. 7, n. 2, per essere più restrittiva in quanto, nelle specifiche tecniche, non consente l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata ancorché accompagnate dalla menzione «o equivalente».

105. È evidente che l'art. 7, n. 2, della direttiva vieta sia l'indicazione di un'*origine determinata* o di una *produzione determinata*, sia l'indicazione di *marchi, brevetti* o *tipi*. Risulta del pari evidente che tutte queste indicazioni possono essere impiegate, se necessario, in talune circostanze precise sempre che siano accompagnate dall'espressione «o equivalente». L'art. 244, n. 2, del RGCE, al contrario, menziona le due prime indicazioni nella prima parte, e le tre ultime indicazioni nell'ultima parte. A causa di ciò, la disposizione risulta poco chiara. Ad una prima lettura, basata nel dato testuale, si ha infatti l'impressione che sia possibile indicare un'origine o una produzione determinate, a condizione che l'oggetto dell'appalto lo esiga, senza che sia richiesta la menzione «o equivalente», e che sia possibile indicare marchi, brevetti o tipi, a condizione che le amministrazioni aggiudicatrici non siano in grado di descrivere l'oggetto dell'appalto mediante altre specificazioni e che tali indicazioni siano accompagnate dalla menzione «o equivalente». Come suesposto, il governo spagnolo afferma che tale interpretazione è erronea giacché la disposizione non consente in alcun modo che venga indicata l'origine di una merce o la sua produzione. L'interpretazione del governo spagnolo, che ha probabilmente l'effetto di rendere tale disposizione conforme alla direttiva, non risulta tuttavia sufficientemente chiara alla luce del tenore letterale della norma, con la conseguenza che lo stato del diritto in questa materia deve considerarsi confuso e tale fatto è, di per sé, contrario alle esigenze del diritto comunitario di una corretta trasposizione della direttiva.

106. Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di dichiarare che l'art. 244, n. 2, del RGCE è incompatibile con la direttiva 77/62.

Disposizioni relative ai criteri di aggiudicazione degli appalti

107. Nel suo ricorso, la Commissione ha affermato che la legge 24 novembre 1939, relativa all'organizzazione e alla difesa dell'industria nazionale e l'art. 11 del regio decreto 14 aprile 1978, n. 946/1978, relativo

alle prestazioni farmaceutiche, sono incompatibili col diritto comunitario. Nella fase orale del procedimento, il governo spagnolo ha dichiarato che tali disposizioni erano state soppresse. In conseguenza di ciò, la Commissione ha ritirato le sue conclusioni in merito.

Sulle spese

108. Alla luce di quanto suesposto, ritengo che il ricorso debba essere respinto per quanto riguarda l'art. 2, n. 8, e l'art. 29 bis, n. 1, punti 1 e 3 della LCE, nonché l'art. 2, n. 8, l'art. 24, n. 1, punto 1 e l'art. 93 ter, punti 1 e 3 del RGCE.

Tuttavia, considerato che, a mio parere, le conclusioni della Commissione meritano sostanzialmente accoglimento propongo alla Corte di condannare il Regno di Spagna alle spese.

Conclusioni

Per i motivi che precedono, propongo alla Corte di

dichiarare che il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi che gli incombono in virtù degli artt. 30 e 59 del Trattato CEE nonché delle direttive del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici e 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture,

— mantenendo in vigore talune disposizioni che escludono alcune ipotesi dal campo di applicazione della normativa nazionale sui pubblici appalti, e cioè l'art. 2, n. 3, della legge sugli appalti dello Stato, nonché l'art. 2, n. 3, del regolamento generale sugli appalti dello Stato;

— mantenendo in vigore talune disposizioni che consentono l'aggiudicazione degli appalti per trattativa privata, e cioè l'art. 37, n. 1, punti 1, 2, 7 e 8, e l'art. 87, n. 4, punti 1, 2 e 5, della legge sugli appalti dello Stato, l'art. 117, n. 1, punti 1, 2, 7 e 8 e l'art. 247, n. 4, punti 1, 2 e 5, del regolamento generale sugli appalti dello Stato, nonché l'art. 120 del decreto legislativo sul regime locale;

— mantenendo in vigore talune disposizioni relative alle norme di partecipazione e ai criteri di selezione qualitativa, e cioè l'art. 25, n. 1, punti 1 e 3, l'art. 284, n. 5, l'art. 287, n. 2, l'art. 312, n. 2, l'art. 320, n. 3, punto 5, e l'art. 341 del regolamento generale sugli appalti dello Stato; e

— mantenendo in vigore talune disposizioni relative a norme di carattere tecnico, e cioè, l'art. 244 del regolamento generale sugli appalti dello Stato;

respingere il ricorso quanto al resto, e

condannare il Regno di Spagna alle spese.