CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate il 16 febbraio 1995 *

A — Introduzione

1. L'11 luglio 1991 il ministero ellenico dell'Industria, dell'Energia e della Tecnica stipulava un accordo con sei produttori greci di garze. Questo «accordo-quadro» prevedeva che gli ospedali elencati nell'allegato A dovessero acquistare taluni tipi di garze esclusivamente presso detti produttori. Allo stesso tempo, i sei produttori si impegnavano a fabbricare tale merce e a consegnarla ai suddetti ospedali (art. 1 dell'accordo-quadro). Qualora in futuro fossero stati creati nuovi ospedali o nuovi enti soggetti alle disposizioni dell'accordo-quadro, era previsto che anche questi ospedali e questi enti avrebbero coperto il proprio fabbisogno della merce interessata esclusivamente presso i suddetti produttori (art. 8 dell'accordo-quadro).

2. L'accordo-quadro doveva avere una validità di tre anni dalla sua entrata in vigore. L'entrata in vigore dell'accordo era subordinata all'approvazione da parte del ministro ellenico dell'Industria, dell'Energia e della Tecnica, approvazione che veniva concessa con decreto ministeriale 19 luglio 1991. L'accordo-quadro prevedeva peraltro la possibilità che la sua durata di validità fosse prorogata per uno o due anni (art. 14 dell'accordo-quadro).

3. Con lettera 9 settembre 1991 la Commissione invitava il governo ellenico a pronunciarsi sulla compatibilità di questo modo di procedere con le disposizioni della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [1].

4. Dato che la lettera era rimasta senza risposta, la Commissione avviava il procedimento ex art. 169 del Trattato CE e con lettera 14 novembre 1991 offriva al governo ellenico l'opportunità di presentare osservazioni. In questa lettera la Commissione affermava che, a suo parere, la direttiva 77/62/CEE è applicabile all'accordo-quadro stipulato dal governo ellenico e che, quindi, ai sensi dell'art. 9 della direttiva, questo accordo avrebbe dovuto essere pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. È pacifico che tale pubblicazione non vi è stata.

* Lingua originale: il tedesco.

1 — GU 1977, L 13, pag. 1.

5. Il governo ellenico contestava questi addebiti. Per questo, il 21 settembre 1992 la Commissione emetteva un parere motivato nel quale confermava le censure formulate in precedenza ed esaminava gli argomenti del governo ellenico.

6. In seguito a ciò, con lettera 10 dicembre 1992 il governo ellenico ammetteva che il parere emesso dalla Commissione in merito all'applicabilità della direttiva 77/62/CEE era corretto. Tuttavia, esso faceva valere che l'accordo controverso non influiva negativamente sulla concorrenza nella Comunità e che, inoltre, la sua abrogazione unilaterale incontrava grosse difficoltà, in particolare poiché lo Stato ellenico avrebbe potuto essere citato per danni dai produttori interessati. Del resto, le autorità elleniche si sarebbero già attenute alle raccomandazioni della Commissione. Sarebbe stato così soppresso l'articolo dell'accordo-quadro, secondo il quale per la produzione delle citate garze dovevano essere utilizzate soltanto materie prime greche. Inoltre, si prevedeva che non ci si sarebbe avvalsi della possibilità di prorogare la validità dell'accordo-quadro oltre il termine di tre anni.

7. Dopo che la Commissione aveva comunicato che, a suo parere, la censurata violazione non era stata eliminata da questi provvedimenti, il 13 febbraio 1993 il governo ellenico le inviava una nuova lettera in cui descriveva nuovamente i provvedimenti, già illustrati nella sua lettera del 10 dicembre 1992, che aveva adottato o che si proponeva di adottare. Inoltre, veniva richiamata l'attenzione sul fatto che il governo ellenico aveva dichiarato alle parti contraenti che intendeva denunciare unilateralmente l'accordo-quadro prima della scadenza della sua durata di validità. Il governo ellenico comunicava anche la sua intenzione di bandire, prima della fine del 1993, una gara d'appalto per la fornitura di garze che rispettasse tutte le procedure previste dalle norme comunitarie.

8. Poiché il governo ellenico non ha dato alcun seguito concreto ai provvedimenti annunciati, la Commissione ha proposto alla Corte un ricorso ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE. La ricorrente conclude che la Corte voglia:

1) dichiarare che la Repubblica ellenica, avendo stipulato un accordo-quadro per la fornitura esclusiva di garze per gli ospedali e l'esercito da parte di sei industrie tessili greche e non avendo pubblicato il relativo bando nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 77/62/CEE;

2) condannare la Repubblica ellenica alle spese.

9. La Repubblica ellenica sostiene che il ricorso della Commissione è irricevibile, ma solleva obiezioni anche nel merito. La convenuta chiede quindi di respingere il ricorso e di condannare la Commissione alle spese.

B — Parere

Sulla ricevibilità

10. Per la convenuta il ricorso è irricevibile sotto due aspetti. Da un lato, già nella risposta al parere motivato della Commissione essa ha ammesso l'inadempimento addebitatole degli obblighi che le incombono in forza del Trattato CE. In questa lettera ha anche dichiarato che l'accordo-quadro non sarebbe stato prorogato oltre la durata di tre anni prevista inizialmente e che in futuro le norme comunitarie sarebbero state rispettate. A giudizio della convenuta, la Commissione ha proposto il ricorso indebitamente e in contrasto con l'obbligo di parità di trattamento degli Stati membri. Per questo, la Repubblica ellenica si riferisce al modo di procedere della Commissione in un procedimento per inadempimento contro la Repubblica italiana [2] nel quale la Commissione aveva ritenuto sufficiente un impegno scritto dello Stato membro di rispettare in futuro le norme comunitarie.

D'altro canto, la convenuta ritiene il ricorso irricevibile in quanto la Commissione è intervenuta solo nella fase di attuazione dell'accordo controverso. Essa afferma che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [3], la Commissione deve agire anteriormente alla conclusione del contratto se ritiene che vi sia una violazione delle disposizioni comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

11. Quest'ultimo argomento del governo ellenico va senz'altro disatteso. Se la Commissione non contesta una violazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici con la diligenza che è lecito attendersi nel caso concreto, ciò può avere rilevanza nella decisione in merito a una domanda di provvedimenti urgenti proposta dalla Commissione nell'ambito di un procedimento per inadempimento [4]. Ciò tuttavia non incide affatto sulla ricevibilità del ricorso per inadempimento in quanto tale. Del resto, la Commissione ha sottolineato giustamente

2 — Sentenza 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia (Racc. pag. 1039).

3 — GU L 395, pag. 33.

4 — V., ad esempio, ordinanza della Corte 22 aprile 1994, causa C-87/94 R, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1395, in particolare punto 42).

che già il 9 settembre 1991 — vale a dire meno di due mesi dopo l'entrata in vigore dell'accordo-quadro — essa aveva espresso i suoi dubbi al governo ellenico.

12. L'art. 3, n. 1, della direttiva 89/665/CEE doveva consentire alla Commissione di intervenire presso gli Stati membri «anteriormente alla conclusione del contratto», qualora essa ritenesse che fosse stata commessa una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici. Si tratta quindi di un'autorizzazione ad adottare misure preventive. Come sostiene a buon diritto la Commissione, ciò non può modificare le sue competenze a norma dell'art. 169 del Trattato CE. La sentenza pronunciata dalla Corte il 24 gennaio 1995 nel procedimento per inadempimento promosso dalla Commissione contro il Regno dei Paesi Bassi [5] conferma quanto detto. In tale sentenza la Corte dichiara che: «Tale procedura particolare della direttiva 89/665 costituisce tuttavia una misura preventiva che non può derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell'art. 169 del Trattato [6]».

13. Nel caso di specie tale questione è comunque irrilevante. Se la Commissione agisce «anteriormente alla conclusione di un contratto», ciò presuppone che essa avesse conoscenza di questo contratto prima della sua stipulazione. Tuttavia, la convenuta non ha sostenuto (né, a fortiori, dimostrato) che la Commissione aveva già avuto conoscenza dell'accordo-quadro prima del 19 luglio 1991.

14. Il primo argomento addotto dalla convenuta per dimostrare l'irricevibilità del ricorso non è del pari convincente. La Repubblica ellenica afferma di aver ammesso e cessato la violazione addebitatale dalla Commissione. Questa affermazione è già sorprendente per il fatto che nella presente causa la convenuta contesta anche la fondatezza del ricorso proposto dalla Commissione — vale a dire nega proprio l'esistenza di una violazione del Trattato. Tuttavia, l'argomento del governo ellenico è infondato anche se si va oltre questa contraddizione. Infatti, questo argomento si basa principalmente sul fatto che la convenuta si è impegnata per iscritto nei confronti della Commissione a conformarsi in futuro (vale a dire, dopo la scadenza del periodo di validità dell'accordo-quadro) alle vigenti disposizioni del diritto comunitario. Ciò significa in altri termini che il governo ellenico ritiene che, promettendo di non commettere più altre violazioni, abbia cessato la violazione addebitatagli.

15. Non si può seriamente dubitare della necessità di respingere questa interpretazione. In caso contrario, agli Stati membri verrebbe offerta una possibilità, tanto semplice quanto comoda, di evitare il procedimento per inadempimento ex art. 169 del Trattato CE. La presente causa ne è del resto la perfetta dimostrazione. Come già menzionato, il controverso accordo-quadro era stato stipulato nel luglio 1991 per una durata di tre anni. Nella lettera 10 dicembre 1992 — vale a dire, in un momento in cui non era ancora decorsa nemmeno la metà della durata di validità dell'accordo-quadro — il governo ellenico ha informato la Commissione del fatto che esso si proponeva di non prorogare la durata di validità dell'accordo-quadro. Nella lettera 13 febbraio 1993 il governo

5 — Causa C-359/93 (Racc. 1995, pag. I-157).
6 — Loc. cit. (nota 5), punto 13.

ellenico ha reso noto che intendeva denunciare l'accordo-quadro prima della scadenza della sua durata di validità. Non ha tuttavia agito in tal senso, come conferma il controricorso. Il governo ellenico non ha neanche fornito elementi da cui potesse desumersi che gli era impossibile rescindere anticipatamente l'accordo-quadro. Il richiamo generico e non quantificato ad eventuali domande di risarcimento danni dei produttori interessati, alle quali si esporrebbe eventualmente il governo ellenico, non è sufficiente. La violazione non poteva essere eliminata con la semplice promessa di rispettare in futuro le disposizioni comunitarie.

16. Contrariamente al parere del governo ellenico, non si può dedurre altro dal procedimento per inadempimento della Commissione contro la Repubblica italiana, che è stato oggetto della sentenza della Corte 10 marzo 1987 [7]. In questa causa si trattava della costruzione di un impianto di riciclaggio dei rifiuti solidi urbani da parte del Comune di Milano, in occasione della quale erano state violate le disposizioni della direttiva 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Nel parere motivato emesso in questo procedimento la Commissione censurava detta violazione e invitava l'Italia ad adottare le «misure necessarie». In tale parere motivato essa aveva anche precisato che per misura necessaria andava inteso soprattutto un impegno scritto del Comune di Milano di rispettare in futuro tutte le disposizioni della direttiva 71/305/CEE.

17. Il richiamo della Repubblica ellenica al modo di procedere della Commissione nella causa dianzi citata è tuttavia errato quanto meno sotto un duplice aspetto. Da un lato, va notato che in quella causa la Commissione aveva proposto un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte, *benché* il sindaco di Milano avesse assunto un impegno scritto nel senso suddetto, e che la Corte ha accolto questo ricorso. Va osservato che la Corte, nell'ambito dell'esame di ricevibilità, ha rilevato che le autorità italiane non avevano adottato alcuna «misura pratica» per realizzare il suddetto impegno [8]. Dall'altro, va sottolineato che in quella causa la situazione era del tutto diversa da quella della presente fattispecie. La Commissione, quando emise il parere motivato, si basava sul fatto che i lavori di costruzione di cui trattasi erano praticamente ultimati e, quindi, gli appalti aggiudicati non potevano essere più fermati né annullati [9]. Ciò spiega perché la Commissione in quel caso fosse disposta ad accontentarsi di una dichiarazione d'impegno valida per il futuro. Nella presente fattispecie il governo ellenico aveva invece certamente la possibilità di porre fine alla violazione — almeno per quanto riguarda la durata di validità residua dell'accordo-quadro — quando ha ricevuto il parere motivato emesso dalla Commissione, dato che in quel momento l'accordo-quadro era ancora ben lungi dall'aver esaurito i suoi effetti.

18. Nel controricorso il governo ellenico deduce anche il fatto che, in seguito ai

7 — Loc. cit. (nota 2).

8 — Loc. cit. (nota 2), punto 8.

9 — V. al riguardo le mie conclusioni nella causa 199/85 (Racc. 1987, pag. 1047, in particolare pag. 1049, paragrafo 8).

rimproveri della Commissione, era stata abrogata una delle disposizioni dell'accordo-quadro. Come ho già detto, si tratta di un articolo ai sensi del quale per la produzione delle garze di cui trattasi potevano essere utilizzate soltanto materie prime greche. L'abrogazione di questo articolo rappresenta senza dubbio un passo nella direzione giusta. Per eliminare la violazione addebitata dalla Commissione non è tuttavia sufficiente questa modifica, dato che essa non incide sulla sostanza dell'accordo-quadro — vale a dire sull'obbligo degli ospedali e degli altri enti interessati di coprire il proprio fabbisogno esclusivamente presso i sei produttori greci menzionati nell'accordo.

19. Soltanto per ragioni di completezza va osservato che il fatto che nel parere motivato della Commissione (come pure nel ricorso) si parli dell'obbligo di approvvigionamento esclusivo per «gli ospedali e l'esercito», mentre nella lettera di diffida 14 novembre 1991 si parlava soltanto di «ospedali», non incide affatto sulla ricevibilità. Come ha precisato il rappresentante del governo ellenico nella fase orale del procedimento dinanzi alla Corte, l'obbligo di approvvigionamento esclusivo valeva fin dal principio anche per gli ospedali dell'esercito. La formulazione adottata dalla Commissione nella sua lettera di diffida corrisponde quindi, per quanto riguarda il contenuto, al ricorso. Ciò è a mio parere sufficiente [10]. Del resto, il governo ellenico non ha sollevato alcuna eccezione al riguardo.

10 — V. anche sentenza 28 marzo 1985, causa 274/83, Commissione/Italia (Racc. pag. 1077), secondo la quale non possono essere imposti «requisiti di precisione così rigidi» per quel che riguarda tale diffida, come quelli validi per il parere motivato (loc. cit., punto 21).

Nel merito

20. La direttiva 77/62/CEE col tempo è stata ripetutamente modificata [11], per essere poi alla fine rielaborata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [12]. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, la sussistenza o meno di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato [13]. Nella presente fattispecie ci si deve pertanto riferire alla situazione di fatto e di diritto che sussisteva alla fine del 1992. Il dettato delle disposizioni vigenti in questo periodo che va esaminato nel caso di specie risulta dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE [14]. Nel ricorso la Commissione si è basata sulle disposizioni di cui alla prima versione della direttiva. Poiché le modifiche nel frattempo intervenute non hanno introdotto, nel merito, alcuna modifica significativa per la presente causa, ciò non influisce negativamente. Mi baserò in seguito sulle disposizioni in vigore alla fine del 1992.

11 — Da ultimo, dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

12 — GU L 199, pag. 1.

13 — Sentenza 27 novembre 1990, causa C-200/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4299, punto 13).

14 — Direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE, che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE (GU L 127, pag. 1). Le successive modifiche della direttiva 77/62 da parte della direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), non hanno alcuna rilevanza nel caso di specie.

21. Ai sensi dell'art. 9, n. 2, della direttiva 77/62/CEE, le amministrazioni aggiudicatrici che intendano aggiudicare un appalto pubblico di forniture devono comunicare la loro intenzione mediante un bando di gara. Questo obbligo vale tuttavia, ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. a), primo trattino — fatta eccezione per gli appalti pubblici di forniture elencati nell'art. 5, n. 1, lett. a), secondo trattino, che nel caso di specie non hanno alcuna rilevanza —, soltanto per gli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva e il cui valore di stima sia uguale o superiore a 200 000 ECU. A norma dell'art. 1, lett. a), della direttiva, gli «appalti pubblici di forniture» sono contratti «a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto», conclusi «per iscritto» tra un fornitore e una delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 1, lett. b).

22. La Commissione ha fatto valere che, tanto il ministero ellenico dell'Industria, dell'Energia e della Tecnica, quanto gli ospedali e gli altri enti ricompresi nell'accordo controverso, vanno considerati «amministrazioni aggiudicatrici» ai sensi della direttiva. Questa interpretazione mi sembra pertinente e non è stata del resto contestata dal governo ellenico. Quest'ultimo ha tuttavia eccepito che l'accordo-quadro non rientra nelle disposizioni della direttiva, in quanto rappresenta soltanto una «struttura» all'interno della quale vengono aggiudicati numerosi appalti di forniture il cui rispettivo valore di stima non superi la soglia dei 200 000 ECU.

23. Il governo ellenico sostiene quindi che gli appalti di forniture assegnati dagli ospedali e dagli altri enti interessati vanno considerati singolarmente. Poiché nessuno di questi appalti ha raggiunto il valore di 200 000 ECU, la direttiva non andrebbe applicata. È possibile che questa analisi nasconda un altro argomento, vale a dire la questione se, per quanto riguarda il controverso accordo-quadro, si tratti proprio di un «appalto di forniture» ai sensi della direttiva. Le osservazioni presentate dal rappresentante del governo ellenico nella fase orale del procedimento dinanzi alla Corte non hanno consentito di stabilire con certezza se il governo ellenico si opponga al ricorso della Commissione anche su questo punto. Per questo mi occuperò brevemente anche di tale questione.

24. Il primo argomento non mi sembra convincente. Con la stipulazione dell'accordo-quadro il governo ellenico (vale a dire il ministero competente) ha unificato esso stesso i vari appalti di fornitura. In questo caso è logico basarsi, per stabilire il valore dell'appalto, su tutte le forniture — e non sulle varie forniture prese singolarmente. Questa interpretazione è confermata dall'argomento della Commissione secondo cui, in caso contrario, verrebbe offerta la possibilità di eludere le disposizioni della direttiva 77/62/CEE. È indubbio che il valore stabilito in base a tutti gli appalti di forniture di cui all'accordo-quadro supera la soglia di 200 000 ECU.

25. Tuttavia, potrebbe essere più importante accertare se l'accordo-quadro rappresenti un

«appalto di forniture» ai sensi della direttiva. Infatti, per perfezionare la struttura creata dall'accordo-quadro occorre anche che appalti di forniture siano effettivamente assegnati da parte degli ospedali e degli altri enti interessati. Peraltro, il «pagamento» diventa esigibile soltanto per questi singoli appalti di forniture. Queste considerazioni sono tuttavia piuttosto teoriche. Tutti gli elementi essenziali del contratto — come, in particolare, l'obbligo di approvvigionamento esclusivo e la determinazione del prezzo da pagare — sono già stabiliti in questo accordo-quadro, per cui i singoli appalti di fornitura non possono fissare più della quantità da consegnare. Stando così le cose, difficilmente si può dubitare del fatto che, in base all'interpretazione imposta nel caso di specie dagli scopi della direttiva, anche tale accordo-quadro va inteso come un appalto di forniture ai sensi della direttiva [15]. È vero che, se non si condividesse tale interpretazione, il presente ricorso (in mancanza di violazione della direttiva 77/62) andrebbe respinto. In questo caso, tuttavia, l'accordo-quadro andrebbe definito senza dubbio una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'importazione ai sensi dell'art. 30, in quanto esso impedisce agli offerenti originari degli altri Stati membri di rifornire taluni clienti in Grecia.

26. Inoltre, il governo ellenico ha fatto valere di aver omesso di procedere alla pubblicazione del bando di cui all'art. 9 della direttiva in quanto finora nessun offerente di un altro Stato membro ha mostrato interesse all'assegnazione di questo tipo di appalti di forniture. Una pubblicazione sarebbe stata quindi una formalità inutile. Ci si deve opporre a questa interpretazione in modo categorico. È evidente che il fatto addotto dal governo ellenico può basarsi proprio sulla mancata informazione degli offerenti originari degli altri Stati membri.

27. Infine, il governo ellenico ha precisato che nella fattispecie, a causa di una deroga prevista dall'art. 6 della direttiva [16], non era necessaria alcuna pubblicazione. Questa disposizione riguarda il caso in cui 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 a un fornitore determinato». Nella fase orale del procedimento dinanzi alla Corte il rappresentante del governo ellenico non è stato in grado di spiegare come questa disposizione potesse trovare applicazione nel caso di specie — che riguarda la fornitura di garze. Come ha confermato recentemente la Corte (e proprio in relazione a questa disposizione della direttiva 77/62/CEE), l'onere della prova grava su colui che intenda avvalersi di questa deroga [17]. Invano, nella fase orale del procedimento il governo ellenico ha affermato che le garze di cui trattasi avreb-

15 — V. al riguardo il parere emesso in tal senso dalla Commissione nel suo vademecum sugli appalti pubblici nella Comunità (GU 1987, C 358, pag. 1, in particolare pag. 16).

16 — Il governo ellenico si riferisce all'art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva. Nella versione della direttiva applicabile nel caso di specie, questa disposizione è presente nell'art. 6, n. 4, lett. c).

17 — Sentenza 3 maggio 1994, causa C-328/92, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-1569, punto 16).

bero comunque potuto essere fornite soltanto dai sei produttori greci — senza tener conto del fatto che il rappresentante del governo ellenico, su domanda in tal senso della Corte, non è stato in grado di addurre prove a sostegno di tali affermazioni —, dato che la direttiva non prevede alcuna deroga al riguardo.

C — Conclusione

28. Vi suggerisco quindi di accogliere il ricorso della Commissione e di condannare la Repubblica ellenica alle spese.