CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. POIARES MADURO
presentate il 17 dicembre 2008 [1]

1. Il presente ricorso promosso dalla Commissione europea contro la Repubblica ellenica verte su un appalto pubblico relativo ad una centrale elettrica nell'isola di Creta. La Commissione sostiene che, avendo omesso di pubblicare un nuovo bando di gara e non avendo motivato tempestivamente il rigetto di una delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le 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 [2].

Il contesto di fatto

2. Nel luglio 2003 la Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (impresa pubblica per l'energia elettrica; in prosieguo: la «DEI») aveva indetto una gara d'appalto per l'acquisto e l'installazione di due unità termoelettriche per la centrale di Atherinolakos, nell'isola di Creta. Poiché secondo la DEI le offerte presentate non rispondevano pienamente ai termini del bando di gara, il progetto era stato abbandonato. Nel maggio 2004 veniva pubblicato, per lo stesso progetto, un nuovo bando di gara che differiva leggermente dal precedente. Le cinque offerte presentate in risposta al secondo bando venivano dichiarate «non appropriate» in quanto non pienamente conformi ad alcune specifiche tecniche e la procedura veniva di nuovo abbandonata.

3. Il 14 dicembre 2004, senza pubblicare un nuovo bando di gara, la DEI scriveva ai cinque offerenti che avevano partecipato alla seconda gara, chiedendo loro di presentare entro 15 giorni le loro «offerte finanziarie definitive» correggendo le differenze, in particolare quelle tecniche, che esistevano tra le loro prime offerte e le specifiche del progetto. Nella stessa lettera la DEI spiegava che la decisione di non bandire una nuova gara era dovuta, tra l'altro, a «come si è evoluta complessivamente la vicenda», ai «tempi necessari per installare le due nuove unità, ossia, rispettivamente, 29 e 31 mesi», all'«esigenza di soddisfare tempestivamente le urgenti necessità di energia elettrica dell'isola di Creta, a partire dal 2007» e al «ritardo imprevedibile nell'assegnare l'appalto, dovuto all'esito insoddisfacente delle precedenti gare». I cinque partecipanti alla seconda gara presentavano nuove offerte.

1 — Lingua originale: l'inglese.
2 — GU 1993, L 199, pag. 84.

4. Il 7 febbraio 2005 la DEI scriveva ad uno degli offerenti, respingendo la sua offerta senza fornire spiegazioni. L'offerente respinto inviava alla DEI tre lettere, datate 10 febbraio, 11 febbraio e 10 marzo 2005, nonché due lettere al Ministro per lo sviluppo, datate 17 e 31 marzo 2005, chiedendo informazioni sui motivi del rigetto della sua offerta. La DEI rispondeva infine il 4 aprile 2004. L'offerente adiva quindi il Monomeles Protodikeio Athinon (tribunale di primo grado di Atene) per ottenere un'ingiunzione, ma il 7 luglio 2005 il suo ricorso veniva respinto. Il 15 settembre 2005, la DEI stipulava il contratto con un altro offerente.

5. L'offerente respinto sporgeva denuncia presso la Commissione europea la quale, ritenendo che il modo in cui la DEI aveva condotto la procedura fosse incompatibile con il diritto comunitario e tenendo conto del valore considerevolmente elevato dell'appalto, avviava un procedimento per inadempimento nei confronti della Repubblica ellenica. Non ritenendosi soddisfatta dalla risposta fornita dalle autorità elleniche alla sua lettera di diffida e al suo parere motivato, la Commissione proponeva un ricorso per chiedere alla Corte di dichiarare che la Repubblica ellenica era venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza dell'art. 20, n. 2, lett. a), relativo alle procedure di aggiudicazione senza indizione di una gara, e dell'art. 41, n. 4, relativo all'obbligo di dare spiegazioni agli offerenti respinti, della direttiva 93/38.

I — L'omissione del bando di gara

6. La disposizione applicabile è l'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, ai sensi del quale: «[g]li enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza nei casi seguenti: (…) quando in risposta ad una procedura con indizione di una gara non siano pervenute offerte appropriate, sempreché le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente». Come messo correttamente in rilievo dal governo ellenico, la disposizione attribuisce agli enti aggiudicatori il potere di omettere il bando di gara qualora sussistano tre condizioni: i) che tale bando sia stato già pubblicato; ii) che non siano state presentate offerte, o nessuna offerta appropriata; iii) che le condizioni iniziali dell'appalto non siano state sostanzialmente modificate.

7. Nel presente caso, è evidente che la prima condizione è soddisfatta. Il governo ellenico e la Commissione divergono quanto al fatto che sussistano anche la seconda e la terza condizione.

La nozione di offerte non appropriate

8. La DEI ha dichiarato le offerte presentate in risposta al secondo bando di gara «non appropriate» perché non pienamente

conformi a talune specifiche tecniche. Aveva ragione di qualificare in tal modo queste offerte? In altri termini, come va interpretata la nozione di offerte «non appropriate»? Si tratta di un problema rilevante, la cui soluzione determina se l'ente aggiudicatore possa aggiudicare l'appalto senza pubblicare un bando di gara. Qualora le offerte presentate si possano correttamente qualificare come «non appropriate», non vi sarebbe bisogno di un ulteriore bando di gara; se invece le offerte respinte non possono essere considerate «non appropriate», l'ente aggiudicatore avrebbe l'obbligo di ripetere l'intera procedura.

9. La Commissione sostiene che soltanto un'offerta che manifestamente non risponde alle necessità dell'amministrazione aggiudicatrice rientra nella categoria delle offerte «non appropriate». Altre differenze, di natura meno grave, possono giustificare il rigetto dell'offerta, ma non possono renderla «non appropriata», dando così all'autorità aggiudicatrice la possibilità di assegnare l'appalto senza seguire la procedura di concorrenza abituale. Per contro, il governo ellenico sostiene una definizione più ampia dell'espressione «non appropriata». Ponendo in particolare rilievo il quarantacinquesimo 'considerando' della direttiva, ai sensi del quale «le disposizioni che gli enti interessati applicheranno devono stabilire un quadro per una sana prassi commerciale e preservare la massima flessibilità», esso afferma che agli enti aggiudicatori si dovrebbe lasciare un ampio margine di discrezionalità nel respingere come «non appropriate» tutte le offerte che non rispondono pienamente ai criteri stabiliti nel bando, permettendo quindi loro di procedere senza una nuova gara.

10. A mio parere, l'interpretazione proposta dal governo ellenico è eccessivamente ampia. Nel valutare l'ampiezza del potere discrezionale di cui godono gli enti aggiudicatori, bisogna partire dai requisiti stabiliti dal Trattato. Come dichiarato dalla Corte nella sentenza Teleaustria, nonostante i contratti di concessione di servizi pubblici siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva sulle procedure di appalto, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, il quale implica un obbligo di trasparenza [3]. La Corte ha poi proseguito spiegando il contenuto di questo obbligo di trasparenza: «[t]ale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione» [4]. Pertanto, nelle procedure di appalto la trasparenza è un requisito stabilito dal diritto comunitario primario e comporta quanto meno una certa pubblicità. L'importanza della pubblicità è duplice: in primo luogo, i potenziali offerenti vengono resi edotti del fatto che esiste un'opportunità commerciale, il che a sua volta può determinare un aumento della concorrenza per l'appalto, poiché è probabile che vengano presentate più offerte; in secondo luogo, la pubblicità previene parzialità e corruzione, agevolando il controllo sulle

3 — Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria (Racc. pag. I-10745, punti 60-61).

4 — Ibidem, punto 62.

procedure di aggiudicazione [5]. Secondo la giurisprudenza della Corte, la trasparenza è legata al principio di non discriminazione ed è considerata un mezzo per garantire il rispetto di questo principio fondamentale del diritto comunitario [6].

11. Un ulteriore punto importante per l'interpretazione del concetto di offerta «non appropriata» è dato dal fatto che uno degli scopi delle norme relative alle procedure di aggiudicazione è lo sviluppo di una concorrenza effettiva sul mercato. Nel recente caso Commissione/Italia, in cui la Commissione accusava l'Italia di essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di una serie di direttive, tra cui la direttiva 93/38, la Corte ha dichiarato che le direttive «mirano a eliminare pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano la partecipazione dei cittadini di altri Stati membri agli appalti pubblici per dare attuazione, in particolare, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi sancite, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE» [7]. Come spiegato sempre dalla Corte in un precedente caso relativo alla direttiva 93/37/CEE [8], «l'obiettivo fondamentale della direttiva (…) è quello di aprire alla concorrenza il settore degli appalti pubblici di lavori. Infatti, proprio tale apertura alla concorrenza comunitaria in conformità delle procedure previste dalla direttiva garantisce contro il rischio di favoritismi da parte dei pubblici poteri» [9]. Una concorrenza effettiva quindi rimuove ostacoli che impediscono l'accesso al mercato di nuovi operatori; giova agli enti aggiudicatori che possono scegliere tra più offerenti e, di conseguenza, aumenta le probabilità di ottenere un'offerta più vantaggiosa; infine, aiuta a preservare l'integrità delle procedure di aggiudicazione in quanto tali.

12. Come reso evidente dai casi appena citati, la necessità di un bando di gara affonda le sue radici nel diritto comunitario primario e di norma dev'essere soddisfatta. Affidare un appalto senza previo bando di gara può recare pregiudizio non solo ai potenziali offerenti, ma anche al pubblico, che paga per le procedure di aggiudicazione attraverso l'imposizione fiscale, e può distorcere la natura concorrenziale del mercato degli appalti pubblici, compromettendo l'efficacia delle norme del Trattato relative alle libertà fondamentali. Per tali ragioni, una disposizione che consenta all'amministrazione aggiudicatrice di omettere il bando di gara dev'essere interpretata restrittivamente. Tale è il caso dell'art. 20, n. 2, della direttiva 93/38, il

5 — Un obbligo di trasparenza viene espressamente imposto agli enti aggiudicatori dalle nuove direttive sugli appalti. L'art. 2 della nuova direttiva sul settore pubblico [direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114)], e l'art. 10 della nuova direttiva sui servizi pubblici [direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1)], stabiliscono che essi «agiscono con trasparenza».

6 — Vedi, tra l'altro, sentenze 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia (Racc. pag. I-8291, punto 31); 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC (Racc. pag. I-7725, punto 41), e 19 giugno 2008, causa C-454/06, pressetext (Racc. pag. I-4401, punto 32).

7 — Sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6119, punto 2).

8 — Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54).

9 — Sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti (Racc. pag. I-5409, punto 75). Nello stesso senso, v. sentenze 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Impresa Lombardini (Racc. pag. I-9233, punto 35), e 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I-1, punto 44).

quale, dopo aver stabilito che l'ente aggiudicatore può affidare un appalto senza previo bando di gara, indica in modo tassativo i casi in cui ciò è possibile. La Corte si è già pronunciata sul corretto approccio interpretativo a tale disposizione nella sentenza Commissione/Grecia, che riguardava le lett. c) e d), del medesimo articolo, relative rispettivamente agli appalti che, a causa di particolarità tecniche o artistiche, possono essere affidati solo ad un contraente determinato, e in caso di estrema urgenza, dichiarando che «occorre preliminarmente ricordare che le disposizioni di cui all'art. 20, n. 2, lett. c) e d), della direttiva 93/38, in quanto deroghe alle norme relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere interpretate restrittivamente» [10]. Il caso in esame dev'essere deciso in base alla lett. a) (mancanza di offerte appropriate), che andrebbe interpretata nello stesso senso delle lett. c) e d): infatti, né dallo spirito né dalla lettera dell'art. 20, n. 2, né dalla sentenza Commissione/Grecia emergono elementi idonei a giustificare un diverso approccio interpretativo.

13. Alla luce della precedente analisi, l'interpretazione ampia del concetto di offerte «non appropriate», invocata dal governo ellenico, non può essere accolta. Consentire agli enti aggiudicatori di basarsi anche su differenze minime riscontrabili nelle offerte presentate al fine di dichiararle «non appropriate» equivale, in pratica, ad attribuire loro ampia discrezionalità nel decidere se pubblicare o meno un bando di gara. Sarebbe facile per un ente aggiudicatore che intendesse indulgere nel «favoritismo», per usare i termini impiegati dalla Corte nella sentenza Ordine degli Architetti, individuare un particolare per cui un'offerta presentata non risulta pienamente conforme alle specifiche dell'appalto, respingerla come «non appropriata» e aggiudicare l'appalto senza previo bando per la presentazione di nuove offerte. Ciò è particolarmente vero per i grandi progetti che esigono una perizia tecnica avanzata, nei quali i capitolati d'oneri sono comprensibilmente assai complessi. Ma questo è proprio il rischio che mirano a prevenire le norme comunitarie sulle procedure di aggiudicazione, siano esse sancite dal Trattato o dal diritto secondario. Per contro, l'interpretazione proposta dalla Commissione, secondo la quale un'offerta può essere dichiarata «non appropriata» e pertanto l'ente aggiudicatore può procedere senza bando di gara preliminare solo nel caso in cui l'offerta non soddisfi le necessità dell'ente, lascia all'autorità aggiudicatrice un margine di discrezionalità sufficiente nel valutare le offerte presentate e allo stesso tempo garantisce che le norme comunitarie sugli appalti pubblici non vengano aggirate.

14. A sostegno dell'interpretazione ampia dell'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38, il governo ellenico insiste in particolare sul quarantacinquesimo 'considerando' della direttiva stessa, che si riferisce alla necessità della «massima flessibilità» riguardo alle regole per gli appalti di servizi pubblici. Da ciò il governo deduce che in questo settore le autorità aggiudicatrici sono state dotate di un'ampia discrezionalità nell'applicare le disposizioni della direttiva, compresa quella sulle offerte «non appropriate», e nell'affidare gli appalti senza bando di gara preliminare. Si possono opporre due obiezioni a questo argomento.

10 — Sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4713, punto 33).

15. In primo luogo, il quarantacinquesimo 'considerando' non è una disposizione autonoma che può attribuire diritti o imporre obblighi. Come tutti i preamboli delle direttive, esso svolge piuttosto una funzione esplicativa, nel senso che è stato inserito per aiutare chi interpreta la direttiva a comprenderne gli obiettivi e lo spirito con cui essa è stata adottata. Nel caso in esame, il quarantacinquesimo 'considerando' spiega perché il legislatore comunitario ha adottato, per il settore dei servizi pubblici, una serie di regole sulle procedure di aggiudicazione meno rigide rispetto a quelle adottate per altri settori come i servizi e le forniture. Cosa ancor più importante, lo stesso art. 20, n. 2, è espressione dell'approccio più flessibile seguito nel settore dei servizi pubblici, in quanto consente agli enti aggiudicatori di procedere senza bando di gara in un numero di casi maggiore rispetto a quanto previsto dalle direttive che disciplinano altri settori [11]. In altri termini, è stato lo stesso legislatore comunitario a decidere in che modo le norme sui servizi pubblici avrebbero dovuto essere più flessibili, dettando disposizioni specifiche nella direttiva 93/38, e sarebbe erroneo sostenere che il quarantacinquesimo 'considerando' attribuisce agli enti aggiudicatori una flessibilità autonoma che va ad aggiungersi alle disposizioni già di per sé flessibili della direttiva.

16. In secondo luogo, ho già sottolineato come la Corte abbia dichiarato che la pubblicità costituisce un obbligo positivo imposto dal Trattato agli enti aggiudicatori. Le deroghe a tale obbligo debbono essere espressamente previste per legge e vanno interpretate restrittivamente. Anche qualora esistesse un simile principio generale di flessibilità per l'interpretazione della direttiva 93/38, esso non potrebbe prevalere sugli obblighi sanciti dal diritto comunitario primario.

17. Infine, qualche osservazione va ancora fatta riguardo al rapporto tra le diverse direttive sugli appalti. Il governo greco ha argomentato con forza contro l'affermazione fatta dalla Commissione secondo cui una lettura parallela delle direttive sul settore pubblico potrebbe essere d'aiuto nell'interpretazione della direttiva 93/38. A suo parere, quest'ultima direttiva introduce un sistema di regole specifiche per il settore dei servizi pubblici e sarebbe errato paragonare queste regole a quelle che disciplinano gli appalti di lavori o di forniture. Non condivido tale argomento. Soltanto molto di rado si incontrano disposizioni giuridiche isolate. Le norme vanno contestualizzate; esse acquistano significato quando vengono lette nel più ampio contesto giuridico in cui operano. Nel settore degli appalti pubblici la Corte si è spesso riferita alle direttive sugli appalti come ad un complesso di regole finalizzate a scopi pubblici e basate su principi comuni. Ho già citato la sentenza Commissione/Italia, nella quale la Corte ha dichiarato che le direttive 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 e 93/38 hanno il comune scopo di eliminare pratiche che

11 — Come sottolineato dalla Commissione, questo approccio alla «flessibilità» come spiegazione della natura delle norme in tema di appalti contenute nella direttiva 93/38 è confortata, per analogia, dal ventottesimo 'considerando' della nuova direttiva sui servizi pubblici, che ha sostituito la direttiva 93/38. Riguardo ai servizi postali, tale 'considerando' sancisce che «gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori che forniscono servizi postali siano sottoposti alle norme della presente direttiva, comprese quelle dell'articolo 30 che, pur salvaguardando l'applicazione dei principi enunciati nel nono 'considerando', istituiscano un quadro favorevole a pratiche commerciali leali e consentano maggiore flessibilità rispetto a quella offerta dalle disposizioni della direttiva 2004/18/CE (...)». Qui la nuova direttiva sui servizi pubblici viene messa a confronto con la nuova direttiva sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi al fine di spiegare in che senso le disposizioni della prima sono più flessibili rispetto a quelle della seconda.

12 — 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).

13 — Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

restringono la concorrenza negli appalti pubblici [14], ed esistono altri esempi recenti in cui la Corte si è espressa con termini che sottolineano che le direttive in materia di appalti vanno interpretate in modo sistematico e coerente [15]. È possibile che la Corte fosse ignara del fatto che ogni direttiva regola una diversa area di appalti pubblici e che esistono differenze tra le norme da esse stabilite? No, chiaramente. Quel che la Corte voleva dire è che le direttive, malgrado le rispettive differenze, costituiscono una rete di regole con l'obiettivo comune di garantire che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici siano leali, aperte ed efficienti.

18. In conclusione, ritengo che, qualificando le offerte respinte come «non appropriate» e omettendo di pubblicare un bando di gara, la DEI abbia violato l'art. 20, n. 2, della direttiva 93/38.

14 — Causa C-412/04, Commissione/Italia, punto 2.

15 — V., tra l'altro, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Truley, Racc. pag. I-1931, punto 42 («risulta del pari da una giurisprudenza costante che l'obiettivo delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche»); sentenza pressetext, cit., punto 31 («Dalla giurisprudenza si desume che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è quello di assicurare la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri»). Inoltre, nella sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland (Racc. pag. I-7213, punto 91), la Corte ha dichiarato che «non vi è alcuna ragione per interpretare in modo diverso due disposizioni rientranti nella stessa materia del diritto comunitario e redatte in modo sostanzialmente identico». Il criterio, secondo quanto la Corte qui afferma, è la sostanza delle disposizioni da interpretare; se la sostanza è identica, l'interpretazione dev'essere identica.

Le condizioni dell'appalto

19. Poiché la seconda delle tre condizioni prescritte dall'art. 20, n. 2, lett. a), non è soddisfatta, la DEI non avrebbe potuto avvalersi di tale disposizione, a prescindere dal fatto che le condizioni contrattuali originarie fossero rimaste immutate. Tuttavia, per amor di completezza, spiegherò brevemente perché ritengo che la Commissione abbia diritto di affermare che vi era stata una modifica sostanziale delle condizioni iniziali.

20. Nel secondo bando di gara era specificato che non sarebbero state ammesse differenze tra le specifiche tecniche richieste dalle amministrazioni aggiudicatici e quelle proposte dagli offerenti. Tuttavia, le offerte non pienamente conformi a tali specifiche avrebbero potuto essere accettate a condizione che le differenze riguardassero le caratteristiche tecniche dei macchinari proposte dagli offerenti, che fossero indicate separatamente nei documenti dell'offerta e che non influissero sulla prestazione complessiva della centrale. In tal caso, l'offerente non sarebbe stato tenuto a rimediare alle differenze e a sostenere i costi finanziari aggiuntivi. Nella terza fase della procedura, però, era stato chiesto agli offerenti di correggere le differenze contenute nelle loro precedenti offerte, sopportandone i costi e di presentare una dichiarazione vincolante a tal fine.

21. Secondo il governo ellenico, l'art. 20, n. 2 non vieta ogni modifica alle condizioni iniziali dell'appalto, ma solo quelle «sostanziali». Quando in udienza il giudice relatore ha domandato in che modo il governo potesse conciliare il fatto che, a suo parere, le cinque offerte presentate nella seconda gara fossero tutte inappropriate e che non fossero ammesse modifiche sostanziali nella terza fase con il fatto che l'appalto alla fine è stato affidato ad uno dei cinque offerenti inizialmente respinti, il rappresentante del governo ha replicato che le uniche modifiche richieste dalla DEI nella terza fase riguardavano le differenze tra le specifiche tecniche che erano state individuate nella seconda fase e che avevano determinato il rigetto dell'offerta, mentre le altre condizioni dell'appalto non erano mutate.

22. Concordo con il governo sul fatto che il criterio rilevante è la natura *sostanziale* delle modifiche alle condizioni di appalto, ma non sono persuaso del fatto che le modifiche di cui trattasi non fossero sostanziali o che non lo fossero sufficientemente ai fini dell'art. 20, n. 2, lett. a). Nella terza fase è stata introdotta una nuova, importante condizione: gli offerenti avrebbero dovuto correggere tutte le differenze, sopportandone i costi, mentre ai sensi del bando di gara nella seconda fase tali differenze avrebbero potuto essere ammesse. Evidentemente, la stessa autorità aggiudicatrice riteneva rilevante questo nuovo obbligo, altrimenti non avrebbe chiesto agli offerenti che partecipavano di presentare dichiarazioni vincolanti a tal fine. Del pari, dal punto di vista degli offerenti, questa modifica delle condizioni di appalto è effettivamente sostanziale, poiché esclude sin dall'inizio chi non sia in grado o non intenda correggere le differenze esistenti tra le offerte originali e sopportare i relativi costi. Simili modifiche alle condizioni originarie dell'appalto dovrebbero sempre essere considerate «sostanziali». Inoltre, come ho già sottolineato, una disposizione che consente ad un ente aggiudicatore di affidare un appalto senza bando di gara, come è il caso dell'art. 20, n. 2, lett. a), va interpretata restrittivamente, poiché introduce una deroga al fondamentale principio di trasparenza sancito dal Trattato. Pertanto, enti aggiudicatori possono omettere il bando di gara solo se le modifiche di cui trattasi non sono evidentemente in grado di influire, in atto o in potenza, sulla procedura di aggiudicazione. Nel presente caso, non si può asserire che le modifiche alle condizioni dell'appalto non fossero sostanziali o che non lo fossero sufficientemente ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a).

23. Dato che la DEI ha respinto le cinque offerte presentate nella seconda gara perché non erano pienamente conformi alle specifiche tecniche richieste, sarebbe stato praticamente impossibile aggiudicare l'appalto nella terza fase ad uno dei cinque offerenti senza che la sua offerta fosse stata preventivamente modificata. Di conseguenza, la DEI ha modificato le condizioni dell'appalto nella terza fase per assicurarsi che gli offerenti assolvessero l'obbligo di correggere tutte le differenze e ha chiesto loro di preparare una nuova offerta finanziaria comprensiva dei relativi

costi. Se la DEI avesse pubblicato un nuovo bando, si sarebbe trattato di una procedura del tutto nuova. Invece, essa ha invitato solo alcuni determinati offerenti a presentare offerte, malgrado il fatto che le condizioni originarie dell'appalto fossero state sostanzialmente modificate. Nel far ciò, essa ha agito in contrasto con l'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.

Sull'urgenza

24. Ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva 93/38, si può ricorrere ad una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza «nella misura strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati». Secondo la Commissione, il modo in cui la lettera inviata dalla DEI ai cinque offerenti della seconda fase giustificava la sua decisione di procedere senza previo bando di gara (ad esempio, il riferimento a «necessità urgenti» di energia elettrica di Creta, ai «tempi necessari per installare le due nuove unità», ai «ritardi imprevedibili»), implica che essa intendeva basarsi non solo sulla lett. a) dell'art. 20, n. 2, ma anche sulla lett. d) della medesima disposizione. Il governo ellenico dissente. Esso sostiene che sin dall'inizio la DEI si è basata unicamente sull'art. 20, n. 2, lett. a), e ha chiarito che il motivo per cui è stata seguita una procedura senza bando di gara era che le due prime fasi non avevano prodotto un esito soddisfacente. In questo senso va inteso il richiamo a «come si è evoluta complessivamente la vicenda». Il riferimento all'urgenza della situazione è stato fatto in subordine, per spiegare che una delle circostanze prese in considerazione dalla DEI era la necessità di agire velocemente.

25. È vero che il modo in cui la lettera del 14 dicembre 2004 era stata redatta dà l'impressione che la DEI invocasse l'urgenza come una delle ragioni che giustificavano l'uso di una procedura senza bando di gara. Tuttavia, non è chiaro se si tratti di una giustificazione autonoma basata sull'art. 20, n. 2, lett. d). In ogni caso, dato che il governo ellenico non fa leva sulla lett. d) di tale articolo, non è necessario per la Corte procedere oltre nell'esame della questione.

II — Il ritardo nella motivazione

26. L'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38 recita nel modo seguente: «L'ente aggiudicatore che esercita una delle attività indicate negli allegati I, II, VII, VIII e IX comunica, nel più breve tempo possibile dalla data in cui è stata ricevuta la richiesta, a qualsiasi candidato od offerente eliminato che ne faccia richiesta per iscritto, le ragioni del rifiuto della sua domanda od offerta e comunica a qualsiasi offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta vincente nonché il nome dell'offerente prescelto». Secondo la Commissione, il termine di due mesi per fornire all'offerente respinto le motivazioni del rigetto della sua offerta non può essere considerato «nel più breve tempo possibile» ai sensi di tale disposizione. Il governo ellenico

ammette che un ritardo vi è stato, ma asserisce che il criterio per valutare se si sia agito in contrasto con l'art. 41, n. 4 è se l'offerente abbia subito un danno nell'esercizio dei suoi diritti comunitari. In udienza, inoltre, il rappresentante del governo ellenico ha sostenuto che la vicenda normativa dell'art. 41, n. 4 — la Commissione inizialmente aveva proposto un termine di 15 giorni per fornire motivazioni, come nelle direttive sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, e quando la proposta è stata respinta dal Parlamento europeo si è adottata la locuzione «nel più breve tempo possibile» — indica che alle autorità aggiudicatici si dovrebbe lasciare un certo margine nel rispondere alle richieste di motivazioni per il rigetto di un'offerta. Secondo il governo ellenico, poiché, nel caso di specie, l'offerente respinto poteva avvalersi di un mezzo di ricorso per ottenere il controllo sulla legittimità della decisione emessa dall'ente aggiudicatore, non si può asserire che la DEI ha violato la direttiva perché ha impiegato due mesi per rispondere alla sua richiesta.

27. Concordo con il governo sul fatto che l'uso della locuzione «nel più breve tempo possibile» senza riferimento ad uno specifico limite temporale significa che l'approccio all'art. 41, n. 4 non dovrebbe essere eccessivamente rigido. Il fatto che le direttive sugli appalti pubblici stabiliscano esplicitamente un limite di 15 giorni [16], al contrario della direttiva 93/38 sui servizi pubblici, implica che il legislatore comunitario ha deliberatamente voluto che il problema della velocità con cui l'ente aggiudicatore dovrebbe rispondere fosse deciso caso per caso.

28. Nel valutare se in ciascun singolo caso la risposta sia stata fornita «nel più breve tempo possibile», uno dei fattori che vanno presi in considerazione è la possibilità per l'offerente di avvalersi dei rimedi messi a sua disposizione dal diritto comunitario e da quello nazionale per ottenere un controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione. Difatti, a meno che l'ente aggiudicatore non spieghi le ragioni del rigetto di una determinata offerta, l'offerente respinto non è in grado di valutare se abbia senso impugnare la decisione e su quali basi si può procedere.

29. Tuttavia, tutelare gli interessi degli offerenti che partecipano ad una procedura di appalto pubblico è soltanto uno degli obiettivi dell'art. 41, n. 4. Tale disposizione mira anche a salvaguardare l'integrità e l'efficienza dell'appalto in quanto tale, ad uso degli stessi enti aggiudicatori e, in ultima analisi, dei contribuenti. Pertanto, nell'interpretare la locuzione «nel più breve tempo possibile», occorre ricordare che l'obbligo di motivazione tempestiva imposto agli enti aggiudicatori scoraggia i favoritismi e promuove il rispetto dei requisiti prescritti dal diritto comunitario. L'art. 41, n. 4 rappresenta una garanzia procedurale che aiuta ad assicurare che le motivazioni fornite per il rigetto di un'offerta non siano un pretesto per aggiudicare gli

16 — Art. 8, n. 1, della direttiva 93/37; art. 7, n. 1, della direttiva 93/36; art. 12, n. 1, della direttiva 92/50.

appalti in modo arbitrario. In altri termini, questa norma svolge una funzione deterrente: è molto meno probabile che un'autorità aggiudicatrice si discosti dalle norme comunitarie in tema di appalto, sapendo che subito dopo aver scelto un'offerta sarà tenuta a motivare la propria scelta e spiegare perché le altre sono state respinte.

30. Inoltre, un ritardo eccessivo nel rispondere ad una richiesta di motivazioni può implicare notevoli costi in termini di efficienza. Ad esempio, nel caso in oggetto la stessa DEI ha sottolineato che l'isola di Creta aveva necessità *urgente* di ulteriori rifornimenti di elettricità. Essa però ha ritardato il progetto di due mesi non spiegando il motivo che l'aveva portata a scegliere un particolare offerente e a respingere gli altri. Il governo ellenico non ha fornito alcuna motivazione per il ritardo della DEI, cosa che difficilmente si può conciliare con la natura urgente dell'appalto in questione. Considerato che molti grandi progetti in diversi Stati membri vengono finanziati in certa misura dal bilancio comunitario, è ragionevole attendersi che le autorità aggiudicatrici applichino le norme comunitarie sugli appalti in modo da tener conto delle esigenze in termini di efficienza.

31. Andrebbe poi sottolineato che la nuova direttiva sui servizi pubblici, che ha sostituito la direttiva 93/38, stabilisce, all'art. 49, n. 2, che gli enti aggiudicatori debbono comunicare «quanto prima possibile» agli offerenti respinti le ragioni del rigetto delle loro offerte e che «[i]l termine per tali comunicazioni non può in alcun caso essere superiore a quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta». Gli stessi autori della direttiva hanno valutato quale fosse un termine ragionevole per motivare ed hanno pertanto privato le autorità aggiudicatici di qualunque discrezionalità. Chiaramente, il caso in esame dev'essere deciso, ratione temporis, in base alla direttiva 93/38 e non in base alla direttiva 2004/17. Tuttavia, non si può ignorare il fatto che il legislatore comunitario abbia deciso che qualsiasi considerazione che in passato poteva giustificare un approccio più flessibile in relazione a tale questione nel settore dei servizi pubblici, ora non esiste più. Pertanto, i servizi pubblici ora sono soggetti alle stesse rigide regole che si applicano agli appalti di lavori, forniture e servizi e stabiliscono che il periodo di 15 giorni non può in alcun caso essere superato. Anche se tale disposizione non si può applicare nel caso di specie, sarebbe evidentemente artificioso suggerire alla Corte di ignorarla. In definitiva, ai sensi della direttiva 93/38, occorre decidere caso per caso quello che va considerato un termine ragionevole, tenendo presente l'esigenza generale di celerità negli appalti pubblici che non è limitata alla tutela dei diritti degli offerenti. Ritengo pertanto che il concetto di risposta «nel più breve tempo possibile» dovrebbe essere interpretato restrittivamente, tenendo conto dei termini abituali applicati in altri settori degli appalti pubblici. A mio parere, il ritardo di due mesi della DEI nel fornire motivazioni agli offerenti respinti, in mancanza di specifiche giustificazioni per tale ritardo che supera evidentemente il termine abituale applicabile negli appalti pubblici, costituisce una violazione dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38.

III — Conclusione

32. Suggerisco alla Corte di dichiarare che, avendo omesso, tramite la DEI, di pubblicare un bando di gara e di fornire all'offerente respinto chiarimenti nel più breve tempo possibile quanto ai motivi del rigetto della sua offerta, la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 20, n. 2, e 41, n. 4, della direttiva 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le 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.