CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F.G. JACOBS

presentate il 24 febbraio 2000 *

1. La questione in oggetto riguarda la base di calcolo del valore di un appalto di lavori al fine di determinare se applicare le disposizioni comunitarie inerenti alle procedure di appalto. Più specificatamente, se appalti di lavori relativi alle reti di erogazione dell'energia elettrica e dell'illuminazione pubblica che devono essere realizzati in diverse località situate in un'unica zona amministrativa debbano essere tutti o in parte cumulati ai fini della direttiva del Consiglio 93/38 [1] (in prosieguo: la «direttiva») qualora, anche se aggiudicati da separati enti locali, essi siano controllati e coordinati da un solo organismo costituito appositamente da queste entità al fine di fornire un'assistenza tecnica e amministrativa, quando il contenuto di questi appalti sia in larga parte, identico per ciascuna categoria di reti e simile da una categoria all'altra, i lavori debbano essere realizzati nello stesso periodo e tutti i bandi di gara siano pubblicati simultaneamente?

Le disposizioni rilevanti della direttiva

2. La Commissione invoca un inadempimento degli obblighi previsti dagli artt. 4, n. 2, 14, n. 1, 10 e 13 e dagli artt. 21, 24 e 25 della direttiva. Molte definizioni date agli artt. 1 e 2 sono inoltre rilevanti.

3. L'art. 1, n. 1, definisce, inter alia, come «autorità pubbliche» «lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico, e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico». A norma dell'art. 2, n. 1, la direttiva si applica agli «enti aggiudicatori che: a) sono autorità pubbliche (...) che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2 (...)». Queste attività ricomprendono la messa a disposizione o gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità, oppure l'alimentazione con elettricità di tali reti.

* Lingua originale: l'inglese.

1 — 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 (GU L 199, pag. 84).

4. L'art. 4, n. 2, prevede che: «Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi».

5. L'art. 14 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a:

(...)

c) 5 000 000 di ECU nel caso di appalti di lavori.

(...).

10. Il calcolo del valore di un appalto di lavori ai fini dell'applicazione del paragrafo 1 deve essere basato sul valore totale dell'opera. Si intende per opera il risultato di un complesso di lavori di edilizia o di genio civile destinato a soddisfare di per sé una funzione economica e tecnica.

Quando, in particolare, una fornitura, un'opera o un servizio sono suddivisi in più lotti, il valore di ogni lotto deve essere preso in considerazione per la stima del valore indicato al paragrafo 1. Quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore al valore indicato al paragrafo 1, le disposizioni di questo paragrafo si applicano a tutti i lotti. Tuttavia, nel caso di appalti di lavori, gli enti aggiudicatori possono derogare al paragrafo 1 rispetto a lotti il cui valore stimato al netto dell'IVA non superi un milione di ECU, sempreché il valore totale di questi lotti non superi il 20% del valore di tutta la partita.

(...)

13. Gli enti aggiudicatori non possono aggirare l'applicazione della presente direttiva suddividendo gli appalti o utilizzando modalità di calcolo particolari del valore degli appalti».

6. Gli artt. 21, 24 e 25 della direttiva rientrano nell'ambito del titolo IV, «Procedure per l'aggiudicazione degli appalti». L'art. 21, n. 1, prevede che la concorrenza possa essere assicurata mediante un bando redatto conformemente a uno degli allegati alla direttiva, che deve essere pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (in prosieguo: la «GU») conformemente all'art 21, n. 5. L'allegato rilevante nel caso di specie è l'allegato XII, il quale elenca in dettaglio le informazioni che devono essere fornite. Secondo l'art. 24, n. 1, gli enti aggiudicatori che hanno assegnato un appalto devono comunicare i

risultati della procedura di aggiudicazione alla Commissione entro un termine di due mesi a decorrere dall'assegnazione, di nuovo mediante un avviso redatto conformemente a uno degli allegati (nel caso di specie l'allegato XV), che deve essere pubblicato nella GU conformemente all'art. 24, n. 2. Secondo l'art. 25, n. 1, gli enti aggiudicatori devono essere in grado di fornire la prova della data di spedizione di entrambi i summenzionati tipi di avvisi. L'art. 25, n. 5, vieta la pubblicazione con altri mezzi prima dell'invio del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee.

Fatti

7. Nel dipartimento francese della Vandea, diversi comuni hanno formato dei «syndicats intercommunaux» (sindacati intercomunali) con lo scopo di gestire le proprie reti di distribuzione dell'elettricità [2]. Nel 1950, tutti questi sindacati intercomunali e due comuni (in prosieguo, indicati, nel loro insieme come gli «enti locali») hanno formato un sindacato dipartimentale, ora noto come il Syndicat départemental d'électrification de la Vendée, o con la sua abbreviazione, «Sydev» [3]. Gli enti locali non hanno così cessato d'esistere, ma la responsabilità di alcune delle loro missioni è stata trasferita al Sydev. Dai documenti prodotti dal governo francese risulta che le competenze del Sydev erano disciplinate, nel periodo in causa (1994-95), da un decreto prefettizio del 3 ottobre 1960, benché le disposizioni pertinenti siano state poi modificate (nel 1997).

8. Secondo l'art. 1 del decreto prefettizio del 1960, lo scopo del Sydev includeva:

«1. un esercizio in comune dei diritti demandati alle autorità locali da norme di legge o di regolamento con riguardo alla produzione, al trasporto, alla distribuzione e all'utilizzazione dell'energia elettrica, e in particolare dalla legge dell'8 aprile 1946 sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica e del gas, oltre che di tutte le responsabilità conferite ai sindacati ed ai comuni membri.

2. un'organizzazione congiunta dei servizi a cui devono provvedere al fine di assicu-

2 — Anche se il quadro normativo non è stato spiegato alla Corte né da parte della Commissione né da parte del governo francese, sembra che la situazione normale in Francia, retta principalmente dalle leggi del 15 giugno 1906 e dell'8 aprile 1946, sia che le autorità locali sono responsabili della distribuzione dell'elettricità sul loro territorio; a questo proposito, esse accordano concessioni, secondo condizioni standard, alla società nazionale Électricité de France (EDF), che gode di un «quasi-monopolio» per la produzione e la distribuzione dell'elettricità. V., per esempio, J. Bergougnoux e W. Varoquaux, «Caractéristiques du service public d'électricité», Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG), 1987, Librairies Techniques, Parigi, pag. 811; P. Sablière, «Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribution publique d'électricité», CJEG, 1993, pag. 1; P. Sablière, «Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique», CJEG, 1995, pag. 87.

3 — Questo tipo di procedura sembra costituire la regola in Francia: v. le conclusioni della signora Devillers, Commissaria del governo, nella causa SIEP/État et SDE, Cour administrative d'appel di Nantes, 17 settembre 1997, CJEG, 1998, pag. 398.

rare il buon funzionamento e il miglior sfruttamento possibile della loro distribuzione di elettricità;

3. in generale, interesse e partecipazione, laddove possibile, in tutte le attività riguardanti l'elettricità e il suo uso nel quadro delle leggi e dei regolamenti in vigore».

9. L'art. 2 fornisce un elenco non esaustivo delle attività di cui il Sydev era incaricato al fine di perseguire questi obiettivi. Fra queste vi sono: la rappresentanza degli enti membri; l'organizzazione di servizi di studio e ricerca amministrativi, legali e tecnici; la redazione di inventari generali delle necessità del dipartimento e la promozione dei programmi generali e periodici dei lavori che riguardano l'infrastruttura dell'elettricità nei comuni; l'armonizzazione delle tariffe per l'elettricità; la conclusione di accordi con operatori nel campo dell'elettricità detenenti una concessione; e l'attuazione di misure tecniche e finanziarie.

10. Lo statuto del Sydev del 1997, al contrario del decreto prefettizio del 1960, ha previsto che il Sydev debba agire, a nome dei propri membri, in qualità tanto di «maître d'œuvre» (supervisore/gestore) quanto di «maître d'ouvrage» (amministrazione aggiudicatrice).

11. Il 21 dicembre 1994, il Sydev chiedeva che fossero pubblicati nel *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (Bollettino ufficiale francese dei bandi che riguardano gli appalti pubblici di lavori e di servizi; in prosieguo: il «BOAMP»), una serie di bandi di gara per appalti di lavori, 37 dei quali sono l'oggetto di questa causa [4]. Gli appalti in questione prevedevano di portare a termine, in un periodo di tre anni, lavori di estensione e mantenimento della rete di fornitura elettrica esistente e/o di quella d'illuminazione pubblica, sotto la responsabilità dei membri del Sydev. Tutti i bandi di gara sono stati pubblicati nel BOAMP del 12 gennaio 1995.

12. I bandi a cui si riferisce questa causa riguardano 20 dei 23 membri del Sydev e, in tutti i casi tranne tre, per ogni membro ci sono bandi sia per lavori di elettrificazione che per lavori d'illuminazione pubblica. In termini numerici, ricoprono così circa l'80% dell'intera rete dipartimentale di fornitura di elettricità e di illuminazione pubblica.

13. In tutti i bandi pubblicati nel BOAMP, per i 37 appalti in oggetto, il Sydev era stato designato come «ente aggiudicatore» e le offerte dovevano essere inviate alla Direzione dei lavori del Sydev, al suo indirizzo, anche se il nome dell'ente locale interessato doveva in ogni caso essere indicato. La descrizione dei lavori da svolgere sulla rete di fornitura di elettricità era la stessa in tutti i casi: «lavori di elettrificazione e lavori strettamente colle-

4 — La Commissione si è riferita, nel corso della procedura precontenziosa e nelle sue memorie scritte, a 36 bandi. Dal momento che il numero dei bandi pubblicati nel BOAMP era superiore a quel numero, la Corte ha chiesto chiarimenti. In risposta, la Commissione ha identificato 37 appalti che erano interessati dal caso, e il governo francese non ha contestato la portata del ricorso.

gati indotti come, per esempio, lavori di genio civile sulla rete telefonica, lavori di genio civile sulla rete della televisione via cavo, il sistema di diffusione sonora». In tutti i casi, i lavori sulla rete di illuminazione, erano descritti come: «lavori di illuminazione pubblica e i relativi lavori indotti come, per esempio, il sistema di diffusione sonora».

14. Nella maggior parte dei bandi pubblicati nel BOAMP, il valore stimato di ciascun contratto individuale, su un periodo di tre anni, era inferiore alla soglia dei 5 000 000 di ECU (corrispondenti, in quel momento, a FRF 33 966 540)[5] prevista per l'applicazione della direttiva sugli appalti di lavori. Il loro valore totale era, tuttavia, di FRF 609 000 000 (FRF 483 000 000 per gli appalti di elettrificazione e FRF 126 000 000 per gli appalti di illuminazione). Per uno degli appalti di elettrificazione e per 13 di quelli di illuminazione, il valore stimato era inferiore alla soglia di 1 000 000 di ECU (corrispondenti, in quel momento, a FRF 6 793 308) ai fini della deroga contenuta nell'art. 14, n. 10, secondo comma, ultima frase, della direttiva, sempreché il valore totale stimato fosse inferiore al 20% del totale.

15. Il valore stimato di cinque appalti di elettrificazione era tuttavia superiore alla soglia dei 5 000 000 ECU, e i bandi riguardanti questi appalti, insieme ad un altro lievemente al di sotto della soglia (FRF 30 000 000) sono stati inviati dal Sydev per essere pubblicati sulla GU. Anche se la richiesta di pubblicazione era stata inviata su carta intestata del Sydev, i bandi menzionavano, in primo luogo, il nome dell'ente locale in questione, seguito dall'indicazione che i lavori dovevano essere supervisionati dal Sydev. Di nuovo, le offerte dovevano essere inviate al Sydev, al suo indirizzo, precisando in ciascun caso il nome dell'ente locale. I sei bandi sono stati pubblicati nella GU il 6 gennaio 1995[6], anche se le informazioni fornite (identiche a quelle pubblicate nel BOAMP) erano insufficienti per completare di riempire le rubriche previste all'allegato XII della direttiva. In ciascun caso il nome dell'ente aggiudicatore era quello del Sydev, seguito, tranne in un caso, da quello dell'ente locale interessato.

16. La procedura di aggiudicazione comprendeva tre stadi. In un primo momento, come risulta dai processi verbali delle procedure di aggiudicazione prodotti dal governo francese, era redatta una lista ristretta di candidati sulla base della produzione da parte dei candidati di tutti i certificati richiesti in conformità ai requisiti amministrativi e alle capacità di eseguire l'appalto in questione. In un secondo momento, uno dei candidati veniva selezionato, apparentemente, sulla base della migliore offerta. Le offerte si presentavano sotto forma di differenza percentuale rispetto al listino dei prezzi proposti, e veniva accettata l'offerta corrispondente al prezzo più basso in tutti i casi in cui i documenti sono stati prodotti. Infine, il candidato vincitore doveva ricevere l'or-

5 — V. il bando pubblicato dalla Commissione il 18 dicembre 1993 (GU C 340, pag. 10).

6 — GU S 3, pagg. 211-213.

dine di realizzare determinate operazioni nel corso del periodo triennale.

17. I bandi riguardanti l'aggiudicazione dei 37 appalti su cui verte la presente causa, compresi i sei pubblicati nella GU, sono stati pubblicati nel BOAMP del 29 settembre 1995, e «l'ente che ha aggiudicato l'appalto» è stato indicato in tutti i casi come il Sydev. Nessun avviso di aggiudicazione di uno di questi appalti è mai stato inviato per essere pubblicato nella GU. In tutti i casi, gli avvisi dimostrano che l'appalto è stato attribuito a un'impresa che aveva un indirizzo locale. Tuttavia, almeno alcuni degli offerenti vincitori erano in realtà grandi imprese con filiali su tutto il territorio francese; quattro di loro erano anche offerenti vincitori di appalti simili in Dordogna, come riferito dalla Commissione nel suo ricorso. In 10 dei 17 casi in cui si dovevano effettuare lavori sia di elettrificazione che di illuminazione per il medesimo ente locale, lo stesso offerente risultava aggiudicatario di entrambi gli appalti, in tre casi uno degli appalti è stato condiviso con un altro offerente, e nei restanti quattro gli appalti sono stati aggiudicati separatamente a offerenti diversi. Nell'insieme, ci sono stati 10 offerenti vincitori dei 37 appalti, con un «tasso di successo» compreso tra un solo appalto condiviso e otto appalti in proprio e due appalti condivisi, e tra FRF 6 000 000 a FRF 114 000 000 più una quota di FRF 48 000 000.

18. Il governo francese ha prodotto i processi verbali della procedura di aggiudicazione per gli appalti di elettrificazione e illuminazione per tre degli enti locali a nome dei quali un bando di gara (per l'appalto di elettrificazione) era stato pubblicato nella GU. Non è indicato se imprese «non - locali» abbiano presentato offerte (non è indicato alcun indirizzo), ma è possibile rilevare che: i) tutti i processi verbali sono presentati nello stesso formato e il nome del Sydev vi compare in testa; ii) i termini generali del bando di gara indicano che «i lavori saranno effettuati sul territorio del Syndicat, e la specificazione esatta delle opere da costruire sarà comunicata in tempo utile dal Sydev all'appaltatore scelto»; iii) i membri della commissione che ha aperto e valutato le offerte erano diversi per i diversi enti locali (un rappresentante del Sydev era presente in alcune occasioni, sebbene non in tutte) e le offerte sono state aperte in giorni diversi o in momenti diversi; iv) gli elenchi degli offerenti sono simili, anche se non identici, per i tre enti locali, e, per i due tipi di appalti, per ciascuno di loro; e (v) le offerte di ciascun concorrente per lo stesso tipo di lavoro da effettuarsi in diverse località non erano sempre identiche.

Procedimento

19. Il 17 gennaio 1996, dopo che la sua attenzione era stata attirata sull'eventualità di una violazione del diritto comunitario da parte delle procedure summenzionate, la Commissione ha inviato alle autorità fran-

cesi una lettera di diffida, sostenendo che lotti separati erano stati trattati come appalti separati, che due terzi di quegli appalti non erano stati pubblicati nella GU e che era stata usata una procedura inappropriata. Il 7 aprile 1997, in seguito al rifiuto del governo francese, la Commissione ha inviato un parere motivato, in forza dell'art. 169 del Trattato CE (divenuto art. 226 CE) in cui si sosteneva che: i) erano state date informazioni sbagliate sul volume dei lavori, discriminando così offerenti di altri Stati membri; ii) un singolo programma di lavori era stato diviso in base a pretesti geografici e tecnici, così da evitare la pubblicazione di una serie di lotti nella GU; iii) i concetti di ente aggiudicatore, associazione di enti aggiudicatori, lotti e appalti erano stati travisati; e che iv) la procedura utilizzata non era conforme alle previsioni della direttiva.

20. Il 22 gennaio 1998, la Commissione ha proposto il presente ricorso, con cui chiede alla Corte di dichiarare che «nella procedura di appalto indetta nel dicembre del 1994 dal Syndicat départemental d'électrification de la Vendée per l'attribuzione di appalti di lavori di elettrificazione e illuminazione pubblica, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi impostile dagli artt. 4, n. 2, 14, n. 1, 10 e 13, così come dagli artt. 21, 24 e 25 della direttiva 93/38/CEE». La Commissione e la Repubblica francese hanno presentato oralmente i loro argomenti all'udienza del 16 novembre 1999.

Analisi

Applicabilità della direttiva

21. Gli appalti in questione sono stati pubblicati e aggiudicati all'inizio del 1995. Dalla sentenza della Corte 29 maggio 1997, causa C-311/96, Commissione/Francia [7], risulta chiaro che, in quel momento, la direttiva non era stata trasposta in Francia, ma non è contestato che le autorità competenti avrebbero dovuto conformarsi alla direttiva, né che la Commissione sia legittimata ad introdurre un ricorso riguardante l'inosservanza in un caso concreto di una direttiva non ancora trasposta [8].

Le violazioni contestate

22. La Commissione fa due contestazioni di base. Anzitutto, afferma che il Sydev ha scisso, sulla base di pretesti a volte tecnici e a volte geografici, in molteplici piccoli appalti ciò che ai fini della direttiva era un unico appalto di lavori, sottraendosi così nella maggior parte dei casi al requisito della pubblicazione nella GU, inducendo in errore sulla vera portata del lavoro i potenziali offerenti e facendo apparire la presentazione di un'offerta da parte di

7 — Racc. pag. I-2939.

8 — V. sentenza 11 agosto 1995, causa C-431/92, Commissione/Germania (Racc. pag. I-2189, punti 19-23).

imprese diverse da quelle locali molto meno attraente, a svantaggio in particolare di offerenti di altri Stati membri. In secondo luogo, la Commissione asserisce che le comunicazioni del bando di gara inviate per la pubblicazione nella GU erano incomplete e che nessuna comunicazione delle aggiudicazioni è mai stata inviata.

Mancanza comunicazione di alcuni dettagli e mancato invio degli avvisi di aggiudicazione

23. Il governo francese non contesta, essenzialmente, la seconda censura, che si riferisce all'inosservanza degli artt. 21 (per quanto riguarda la mancanza di informazioni che avrebbero dovuto essere fornite nei bandi inviati alla GU), 24 e 25 della direttiva [9]. Esso riconosce che le informazioni trasmesse erano incomplete e che non è stato inviato alcun avviso di aggiudicazione. Non è contestato quindi il fatto che, omettendo d'indicare tutte le informazioni richieste dall'allegato XII, per quanto concerne i sei bandi pubblicati nella GU, e omettendo di comunicare precisazioni per quanto riguarda l'aggiudicazione di tali appalti, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza degli artt. 21, n. 1, e 24, nn. 1 e 2, della direttiva.

24. Tuttavia, per quanto riguarda l'ammissione del mancato invio dei bandi diversi dai sei pubblicati, ritengo che non sia né necessario né opportuno che la Corte constati la mancata produzione della prova della data d'invio, prevista all'art. 25, n. 1, della direttiva. Né c'è stata alcuna violazione dell'art. 25, n. 5, per quanto riguarda gli avvisi che sono stati inviati, dal momento che i documenti prodotti davanti alla Corte dimostrano che erano stati spediti nello stesso giorno sia alla GU che al BOAMP.

Portata della censura vertente sul trattamento separato degli appalti

25. La questione principale è se gli appalti avrebbero dovuto essere cumulati ai fini dell'art. 14, n. 10, e/o se il fatto di averli trattati separatamente abbia costituito una scissione illecita, in violazione dell'art. 14, n. 13, determinando in un caso come nell'altro l'omessa pubblicazione dei bandi nella GU, quando invece tali avvisi avrebbero dovuto essere pubblicati in base all'art. 21.

26. Secondo l'interpretazione del governo francese era giusto trattarli tutti come appalti separati per lavori separati.

27. La Commissione considera che avrebbero dovuto essere trattati ai fini della direttiva come lotti di un solo appalto di lavori, e non separatamente, su base geo-

9 — V. supra, paragrafo 6.

grafica (appalti distinti per ciascuno degli enti locali) o su base tecnica (appalti distinti per l'elettrificazione e l'illuminazione).

28. Ci sono tre possibili interpretazioni della contestazione della Commissione: i lavori di elettrificazione e di illuminazione avrebbero dovuti essere considerati insieme a livello di ciascun ente locale, ma non a livello di dipartimento; tutti i lavori di elettrificazione e tutti i lavori di illuminazione avrebbero dovuti essere considerati come due insiemi distinti a livello di dipartimento; l'insieme delle due categorie di lavori avrebbe dovuto essere trattato come un solo insieme per l'intero dipartimento. La possibilità rimanente resta, ben inteso, quella difesa dal governo francese.

29. Dei 37 bandi che sono oggetto della presente causa, cinque erano di un valore stimato al di sopra dei 5 000 000 di ECU, questi cinque e un altro (tutti per appalti di elettrificazione) sono stati pubblicati nella GU e 14 bandi (tutti, tranne uno, erano per appalti di illuminazione) valevano meno di 1 000 000 di ECU.

30. Se gli appalti di elettrificazione e di illuminazione fossero stati cumulati a livello di ciascun ente locale, considerato separatamente (qualora la separazione fosse stata giustificata su una base geografica, ma non tecnica), il valore avrebbe oltrepassato la soglia dei 5 000 000 di ECU in un solo caso — nel quale un bando è stato effettivamente pubblicato nella GU per l'appalto di elettrificazione (FRF 30 000 000) e l'appalto di illuminazione era di valore inferiore a 1 000 000 di ECU e al 20% del valore totale per l'ente locale in questione. Così, se si accertasse che la divisione degli appalti tra i diversi enti locali era giustificata, ma che la scissione dei lavori di elettrificazione da quelli di illuminazione non lo era, la violazione sarebbe limitata alla mancata pubblicazione dei bandi per i lavori di illuminazione nei cinque enti locali restanti, per i quali sono stati pubblicati bandi di appalto di elettrificazione e per i quali il valore degli appalti di illuminazione andava oltre 1 000 000 di ECU.

31. Se, d'altra parte, tutti gli appalti del dipartimento fossero cumulati per categoria (se la separazione fosse stata giustificata su una base tecnica, ma non geografica), le due categorie oltrepasserebbero largamente la soglia dei 5 000 000 di ECU. Un solo appalto di elettrificazione (di un valore di FRF 6 000 000) sarebbe allora esente dall'obbligo di pubblicazione, essendo di un valore inferiore alla soglia di 1 000 000 di ECU e al 20% del valore totale degli appalti di elettrificazione. Gli appalti di illuminazione il cui valore è inferiore alla soglia totalizzano più del 20% del valore totale degli appalti di illuminazione, ma fino a sei potrebbero beneficiare dell'esenzione prima che questa percentuale sia raggiunta (per un valore di FRF 25 000 000). Così, qualora la scissione sia giustificata su base tecnica ma non geografica, la violazione riguarderebbe 12 appalti di elettrificazione e 12 di illuminazione.

32. Infine, se tutti gli appalti di entrambe le categorie fossero cumulati a livello di dipartimento (qualora la scissione non sia giustificata né su basi tecniche né su basi geografiche), allora tutti i 14 appalti al di sotto della soglia del 1 000 000 di ECU sarebbero esenti dalla necessità di pubblicazione dal momento che non raggiungerebbero il 20% del valore complessivo. La violazione concernerebbe quindi 12 appalti di elettrificazione ma solamente 5 di illuminazione.

33. E' quindi necessario esaminare le due categorie di scissione, dal momento che i tre approcci possibili di cumulo avrebbero effetti differenti.

Art. 14, n. 10 e art. 14, n. 13: cumulo e scissione

34. Bisogna ricordare che l'art. 14, n. 1, prevede che la direttiva si applichi agli appalti di lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 5 000 000 di ECU. Secondo l'art. 14, n. 10, quando un'opera è suddivisa in più lotti, è il valore totale di tutti i lotti quello da prendere in considerazione ai fini dell'art. 14, n. 1. Ai sensi dell'art. 14, n. 13, gli enti aggiudicatori non possono aggirare l'applicazione della direttiva suddividendo gli appalti.

35. Si potrebbe pensare che queste disposizioni dell'art. 14, n. 10 e dell'art. 14, n. 13 esprimano la stessa regola in termini differenti. Io ritengo tuttavia, che si debba fare una distinzione.

36. L'art. 14, n. 10, prevede criteri meramente oggettivi sulla base dei quali può essere determinata l'applicabilità della direttiva. Il termine «opera» è definito ed è il valore totale dell'opera, ottenuto, quando necessario, cumulando il valore di ciascun lotto in cui essa può scomporsi, che determina l'obbligo di applicare le disposizioni della direttiva.

37. L'art. 14, n. 13, d'altra parte, introduce un elemento soggettivo. Si parla di «aggiramento» della direttiva mediante specifiche condotte, in particolare suddividendo gli appalti o utilizzando modalità di calcolo particolari. Questa formulazione implica un certo grado di volontarietà nel comportamento seguito. «Aggirare», allo stesso modo dell'equivalente concetto utilizzato nelle altre versioni linguistiche, implica una condotta deliberata, piuttosto che una scappatoia fortuita. Sia la suddivisione degli appalti che l'utilizzo di modalità di calcolo particolari richiedono una componente volontaria da parte di chi suddivide o utilizza dette modalità.

38. E' altrettanto vero, tuttavia, che l'art. 14, n. 13, della direttiva 93/38 sembra contrastare con la disposizione equiva-

lente (art. 6, n. 4) della direttiva 93/37 [10], adottata lo stesso giorno, secondo cui: «Nessuna opera e nessun appalto possono essere scissi *al fine di sottrarsi* all'applicazione della presente direttiva» (il corsivo è mio). Ciò nonostante, ritengo che la differenza non sia rilevante; la portata è la stessa e non vi è alcuna indicazione del fatto che il legislatore abbia voluto escludere dal divieto l'elemento intenzionale. Qualora fosse stato così, sarebbero state scelte certamente parole più neutre. A questo proposito si noterà che la «Guida sulle regole applicabili alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici» della Commissione, prodotta su richiesta della Corte, indica, a proposito del divieto contenuto nella direttiva 93/37, che esso «si riferisce a ogni tipo di scissione che non sia giustificata su basi oggettive e che sia diretta quindi ad aggirare le regole contenute nella direttiva».

39. Ritengo, quindi, che una violazione dell'art. 14, n. 13, non possa essere determinata in assenza di volontarietà.

40. Inoltre, l'art. 14, n. 13, vieta la «suddivisione» degli appalti. Questo concetto, oltre ad enfatizzare l'elemento dell'intenzione, presuppone l'esistenza di un appalto che, nel normale corso degli eventi, avrebbe dovuto essere trattato come un tutt'uno ma che — anormalmente — è stato diviso in appalti separati.

41. La Commissione ha dimostrato che gli appalti in questione avrebbero dovuto essere trattati di norma dagli enti interessati come un unico appalto, ma che sono stati suddivisi deliberatamente per aggirare l'applicazione della direttiva?

42. Credo che non lo abbia fatto.

43. Al contrario, non è stato dedotto alcun elemento atto a provare che dimostrasse che la pratica seguita dal Sydev o dai vari enti locali sia stata diversa per quanto riguarda gli appalti in questione nella presente causa rispetto a quella che sarebbe altrimenti stata. I documenti prodotti dal governo francese sono concordi con il suo argomento secondo il quale l'iter seguito era quello applicato normalmente in Vandea, e nessuna prova contraria è stata dedotta dalla Commissione. All'udienza, il governo francese ha puntualizzato che, qualora si fosse voluto aggirare l'applicazione della direttiva, ci si sarebbe sforzati di farlo in maniera più discreta.

44. A questo proposito, i riferimenti della Commissione a pratiche seguite in altri due dipartimenti non sono di particolare rilevanza, in mancanza di una prova di una pratica costante applicata sistematicamente

10 — 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).

in tutta la Francia [11]. Tanto meno è rilevante il fatto che, come sostiene la Commissione, il senso comune suggerisca che un'opera di fornitura di elettricità e una di illuminazione pubblica debbano essere effettuate insieme — un problema che esaminerò più approfonditamente nel contesto dell'art. 14, n. 10 — a meno che sia stabilito che sono state deliberatamente separate senza tenere conto di un tale approccio.

45. Perché una violazione dell'art. 14, n. 13 possa essere constatata, è necessario comprovare una volontà di aggirare il disposto della direttiva, possibilmente dimostrando che ci si è discostati dalla pratica corrente. Nessuna prova specifica in questo senso è stata apportata dalla Commissione, e secondo me non può essere dedotta dall'insieme delle circostanze, che analizzerò in maggior dettaglio più avanti. Ritengo quindi che la Corte non debba statuire in questa causa che la Repubblica francese non ha adempiuto gli obblighi previsti dall'art. 14, n. 13 della direttiva.

46. Nulla di ciò che precede, tuttavia, esclude che le disposizioni della direttiva dovessero essere applicate sulla base di ragioni oggettive in conformità all'art. 14, n. 10 e che la Repubblica francese abbia mancato agli obblighi previsti dalla direttiva. L'esame di questa disposizione sarà, quindi, fondamentale nella mia analisi.

Identità dell'ente aggiudicatore

47. In primo luogo, è tuttavia necessario considerare un problema discusso a lungo fra le parti: è importante stabilire se, ai fini del diritto comunitario, si sia in presenza di un singolo ente aggiudicatore (Sydev) o di una pluralità di enti aggiudicatori (gli enti locali, membri del Sydev)?

48. Il governo francese ritiene essenzialmente che sia impossibile scindere la questione dell'unitarietà dell'opera in causa da quella dell'unitarietà dell'ente aggiudicatore; non vi può essere un'opera unica laddove ci siano enti aggiudicatori separati. E' stato così sostenuto con vigore che ciascun ente locale costituiva un ente aggiudicatore distinto (un «maître d'ouvrage» per il diritto francese), dal momento che il Sydev era incapace in quel momento di agire se non in qualità di supervisore tecnico, gestore e coordinatore delle diverse opere (come «maître d'œuvre»).

49. La Commissione, dopo aver dapprima cercato di confutare quell'argomento, affermando che il vero ente aggiudicatore era il

11 — Di fatto, si noti che gli avvisi di aggiudicazione degli appalti per il dipartimento della Dordogna prodotti con il ricorso dimostrano in realtà che, oltre alla procedura a cui si riferisce la Commissione, procedure separate sono state seguite simultaneamente nelle zone nord, nord-est e sud-ovest del dipartimento.

Sydev in tutti i casi, in risposta a una domanda fatta in udienza ha affermato che l'identità dell'ente aggiudicatore non era, a suo parere, un fattore essenziale per l'applicazione dell'art. 14, n. 10, della direttiva, potendosi applicare l'obbligo del cumulo anche ad appalti attribuiti da più enti aggiudicatori, purché tendenti alla realizzazione di una sola e unica «opera» nel senso di questa disposizione.

50. Condivido questo ultimo giudizio.

51. La definizione di «opera» contenuta nell'art. 14, n. 10, non fa alcun riferimento all'identità dell'ente aggiudicatore ed è logico che non lo faccia. Lo scopo della direttiva, come risulta chiaro dal suo preambolo, dalle sue disposizioni e dal contesto degli altri testi legislativi comunitari in materia di appalti pubblici, è quello di aprire il mercato alla concorrenza comunitaria nelle aree a cui si riferisce. I principali mezzi utilizzati a questo scopo consistono nel richiedere che i bandi di gara siano usate procedure standard, che i bandi di gara siano pubblicati a livello comunitario e che non ci sia discriminazione fra concorrenti. Tuttavia, non si conseguirebbe alcun obiettivo e si genererebbe moltissimo lavoro amministrativo non necessario, se questi requisiti fossero applicati a tutti gli appalti a prescindere dal loro valore e dalla probabilità che interessino i potenziali offerenti di altri Stati membri. Le soglie (di 5 000 000 e di 1 000 000 di ECU per appalti di lavori) sono state chiaramente destinate a rispondere a questo problema. Al fine di garantire, però, il rispetto effettivo di queste soglie, esistono disposizioni volte a proibire l'elusione deliberata (art. 14, n. 13) e ad evitare una possibile loro mancata applicazione qualora un solo progetto globale di lavori sia suddiviso per altri motivi, anche altrimenti legittimi (art. 14, n. 10).

52. Lo scopo è quindi quello di garantire che imprese di altri Stati membri abbiano l'opportunità di partecipare agli appalti o a insiemi di appalti che possono essere di loro interesse per motivi oggettivi che riguardano il loro valore stimato. Il fatto che questi appalti debbano essere assegnati da un ente aggiudicatore o da più enti non è elemento significante in questo contesto. Vi possono perfettamente essere motivi legittimi, di natura amministrativa o altro, che giustificano l'attribuzione separata, da parte di enti diversi, di appalti relativi a parti di un singolo progetto di lavori, ma ciò diminuisce in maniera rilevante l'interesse che l'intero progetto può rappresentare per un'impresa di un altro Stato membro che abbia le qualifiche necessarie. Si può immaginare, per esempio, un'opera da realizzare su una strada che attraversa il territorio di più autorità locali, ciascuna delle quali con la responsabilità amministrativa di una parte della strada. Lo scopo della direttiva non sarebbe raggiunto se la sua applicazione fosse esclusa in quanto il valore stimato di ciascuna parte era solamente di 3 000 000 di ECU.

53. Vero è che la definizione di appalto di lavori contenuta nell'art. 1, n. 4, della

direttiva specifica che si tratta di un appalto concluso da «*uno* degli enti aggiudicatori di cui all'art. 2» (il corsivo è mio), il che può suggerire che ai fini dell'art. 14 ciascun appalto di lavori debba essere concluso con un ente distinto. Tuttavia, l'art. 2 parla di «enti aggiudicatori» al plurale, classificandoli in due categorie di base, quelli che sono autorità o imprese pubbliche e quelli che non lo sono. Sembra quindi più probabile che la definizione contenuta nell'art. 1, n. 4, si riferisca agli enti aggiudicatori di *una delle categorie* di cui all'art. 2. Inoltre, come la Commissione ha puntualizzato, la definizione di «autorità pubbliche» ricomprende «associazioni costituite da uno o più di tali enti», il che vuol dire che un ente aggiudicatore non deve essere necessariamente una singola autorità pubblica né l'organismo che effettivamente conclude il contratto. E' anche chiaro che il criterio del «valore complessivo dell'appalto» contenuto nell'art. 14, n. 10, non è il valore di un singolo appalto, altrimenti la disposizione si priverebbe da sé del proprio effetto utile. Sulla base di queste considerazioni, suggerisco che non sia data troppa importanza, ai fini dell'art. 14, all'uso del singolare nell'art. 1, n. 4.

54. Di conseguenza ritengo che, per quanto riguarda una possibile violazione dell'art. 14, n. 10, della direttiva nella presente causa, non sia necessario decidere se vi era una pluralità di enti aggiudicatori distinti o un singolo ente aggiudicatore nella persona del Sydev.

Art. 14, n. 10: una solo «opera» o più?

55. La questione principale da decidere è se gli appalti assegnati separatamente per l'opera di elettrificazione e illuminazione pubblica da parte di ciascun ente locale formino una sola «opera» — o un insieme di «opere» più importanti cumulate su una base geografica o tecnica — ai fini della direttiva e se avrebbero dovuto essere considerati insieme.

56. Un'«opera» è definita dall'art. 14, n. 10, come «il risultato di un complesso di lavori di edilizia e di genio civile destinato a soddisfare di per sé una funzione economica e tecnica». Questa non è una definizione particolarmente precisa, né si può trovare alcun aiuto specifico nelle linee guida pubblicate dalla Commissione. Per riprendere i termini utilizzati da un commentatore, «identificare una singola opera deve essere come definire l'elefante proverbiale: le autorità aggiudicatrici ne riconosceranno uno incontrandolo» [12]. Nella presente causa, tuttavia, la Corte è chiamata a fornire alcune indicazioni su come riconoscere un elefante.

57. Una possibilità è d'incominciare dalla ratio delle norme contenute nella direttiva. Come ho detto, lo scopo è essenzialmente

12 — A. Brown, «Getting to Grips with Aggregation under the EC Pubblic Procurement Rules», in Public Procurement Law review 1993, pag. 69, in particolare pag. 72.

quello di assicurare a tutte le imprese della Comunità la possibilità di poter entrare in concorrenza per gli appalti il cui valore oltrepassi una certa soglia predeterminata, al di là della quale si presume che sia economicamente conveniente farlo. Dal momento che in numerosi casi gli appalti di lavori di elettrificazione e di lavori di illuminazione pubblica sono stati attribuiti allo stesso offerente in diversi comuni — dal che si può dedurre che, in teoria, un solo contraente avrebbe potuto eseguire tutti i lavori di entrambe le categorie in tutto il dipartimento — e dal momento che a sette dei dieci offerenti vincitori sono stati assegnati appalti per un valore di molto superiore ai 5 000 000 di ECU, sembrerebbe logico pensare che a offerenti di altri Stati membri avrebbe dovuto essere data l'opportunità di concorrere. All'udienza la Commissione ha fatto valere che la necessità di trattare una pluralità di appalti come formanti una singola «opera» e di pubblicarli nella GU si verifica quando gli appalti sono così legati tra loro che un'impresa della Comunità potrebbe considerarli come una sola operazione economica e sperare di aggiudicarsi l'insieme, come a suo parere, era in questo caso.

58. Ciò nonostante, non credo che questo sia il giusto approccio. L'art. 14, n. 10, si riferisce alla funzione economica e tecnica che le attività aggiudicate sono destinate a soddisfare e non all'interesse che un potenziale offerente potrebbe avere nell'essere completamente informato, anche se uno dei fini generali della direttiva è quello di proteggere e favorire quell'interesse. Sebbene le disposizioni della direttiva debbano essere interpretate alla luce dei suoi scopi, questo criterio è specifico. E' alla funzione economica e tecnica designata che si deve guardare, piuttosto che al modo in cui l'opera potrebbe essere vista dai potenziali offerenti.

59. Credo che il criterio contenuto nell'art. 14. n. 10 voglia significare che il discrimine tra i lavori che devono essere cumulati ai fini della direttiva e quelli che possono legittimamente essere trattati separatamente si trova tra l'insieme degli appalti che, con riguardo all'obiettivo che perseguono, condividono una stessa funzione economica e tecnica e quelli che non la condividono.

60. La posizione della Commissione è, essenzialmente, quella secondo cui l'insieme dei lavori da realizzare nella fattispecie costituiva un programma pluriennale di elettrificazione che copriva l'insieme della Vandea e aveva così una funzione economica e tecnica unica. Essa insiste sul fatto che le descrizioni dei lavori erano identiche all'interno di ciascuna categoria e simili tra una categoria e l'altra, e che tutti i lavori dovevano essere svolti nello stesso periodo all'interno della stessa area geografica e amministrativa. La nozione di «opera» non può, in un caso come questo, essere limitata a quella di una struttura o costruzione determinata.

61. Il governo francese sostiene che operazioni separate di miglioramento ed estensione svolte su una pluralità di reti indi-

pendenti non può essere considerata come formante una sola «opera» volta ad adempiere una sola funzione economica e tecnica. Esso considera che, in assenza di una struttura o costruzione specifica, spetti all'ente aggiudicatore definire le proprie necessità e così determinare l'identità dell'«opera». Nella presente causa, ciascun ente locale ha definito le proprie necessità con riferimento alle proprie reti, indipendentemente da ogni altra ipotetica «opera» complessiva.

62. Nessuna delle parti ha fornito alla Corte una descrizione esauriente delle reti considerate. Tuttavia, da quello che è stato detto dal governo francese, e non contestato dalla Commissione, sembra che gli enti locali siano responsabili ciascuno delle reti di distribuzione di energia a basso voltaggio che partono dai trasformatori e che alimentano i consumatori che si trovano nelle loro aree; che queste reti sono collegate; e che le reti di illuminazione pubblica, controllate dai singoli enti locali, siano alimentate a partire da queste reti di distribuzione di elettricità.

— Elettrificazione e illuminazione pubblica: considerazioni tecniche

63. La Commissione insiste sul fatto che la descrizione di entrambi i tipi di lavori (elettrificazione e illuminazione pubblica) ricomprende lavori da effettuarsi sul sistema di diffusione sonora e che entrambi i tipi di lavori erano ricompresi nello stesso bando di gara pubblicato dagli organismi equivalenti al Sydev in altri due dipartimenti francesi (Calvados e Dordogna) nel 1995. Il governo francese sottolinea che il lavoro da effettuare sulla rete di distribuzione elettrica avviene essenzialmente sotto terra, mentre i lavori di illuminazione pubblica avvengono essenzialmente fuori terra, e che i due tipi di lavori ricadono sotto differenti rubriche (rispettivamente «genio civile» e «installazione») secondo le classificazioni NACE, così come risulta dall'allegato XI alla direttiva. All'udienza, il governo francese ha sostenuto che i lavori sulle reti di illuminazione pubblica potrebbero non rientrare nel campo di applicazione della direttiva, dal momento che queste reti non riguardano la produzione, fornitura, trasporto o distribuzione di elettricità [13] ma piuttosto il suo consumo a beneficio del pubblico.

64. Di queste considerazioni, ritengo che solamente l'ultima sia significativa. Anche se non c'è bisogno di ritenere che i lavori di illuminazione pubblica ricadano completamente al di fuori dell'ambito della direttiva, essa mette in luce la distinzione che può essere legittimamente fatta, in termini di funzione economica e tecnica designata, tra i due tipi di reti. Una rete di distribuzione di elettricità è destinata, tecnicamente, a trasportare elettricità da un fornitore a singoli consumatori finali che, economicamente, devono pagare quella fornitura per quanto consumano. Una rete di illuminazione pubblica provvede all'illuminazione di luoghi pubblici. E' essa stessa un consumatore finale dell'elettricità che riceve dalla rete di

13 — V. l'art. 2, n. 2, della direttiva, citata supra, paragrafo 3.

distribuzione di elettricità. L'autorità che assicura il servizio deve essa stessa assumere il costo — recuperandolo, presumibilmente, presso la popolazione che ne usufruisce attraverso mezzi quali le tasse locali piuttosto che in funzione dell'utilità che ciascuno ne trae.

65. E' quindi chiaro, per me, che una rete di fornitura di elettricità e una rete di illuminazione pubblica sono dirette a soddisfare funzioni economiche e tecniche differenti. Pertanto, non credo che i lavori di mantenimento, potenziamento e/o estensione di reti dei due diversi tipi, indipendentemente dal fatto che si trovino o meno nella stessa area, possano essere presi in considerazione insieme come se si trattasse di una sola «opera» ai fini dell'art. 14, n. 10, della direttiva.

66. Questa conclusione non è rimessa in causa dagli altri elementi dedotti dalla Commissione. Il fatto che un sistema di diffusione sonora sia menzionato in entrambi i bandi di gara come «lavori collegati», non implica una sola funzione economica e tecnica. Differenti parti di un sistema di diffusione sonora possono passare per condotti di distribuzione elettrica e piloni della luce, cosicché lavori su una delle reti possono produrre lavori su quel sistema, senza intaccare le funzioni economiche e tecniche delle reti stesse. Né il fatto che altri enti aggiudicatori abbiano scelto di proporre un solo appalto per i lavori da effettuarsi sui due tipi di reti permette di determinare se, in via di principio, tali attività di genio civile, considerate nel loro insieme, siano destinate a soddisfare una medesima funzione economica e tecnica.

67. Non è quindi necessario decidere ai fini della presente causa se i lavori di illuminazione pubblica rientrino nell'ambito della direttiva oppure no, questione che, in ogni caso, non è stata sufficientemente discussa davanti alla Corte. Tuttavia, se non vi rientrano, allora chiaramente non vi dovrebbero essere ragioni per cumulare questi lavori ai lavori di elettrificazione ai fini della presente direttiva.

68. Concludo nel senso che non era necessario cumulare il valore degli appalti di elettrificazione e illuminazione ai fini della direttiva, indipendentemente dal fatto che ciò avvenisse a livello di dipartimento o a livello di ciascun ente locale. Comunque, rimane aperta la questione se gli appalti avrebbero dovuto essere cumulati a livello di dipartimento per ciascuna delle singole categorie.

— Elettrificazione: considerazioni tecniche e geografiche

69. Sembra [14] che ciascun ente locale sia responsabile delle reti di fornitura elettrica

14 — V. nota 2 e paragrafo 62, supra.

nella propria area, sebbene le reti siano connesse fra loro e l'elettricità sia erogata dall'ente nazionale EDF. La Commissione mette in evidenza la contiguità geografica delle reti, la simultaneità dei programmi di lavoro, l'identità delle descrizioni dei lavori e il coordinamento d'insieme svolto dal Sydev. Il governo francese pone l'accento, soprattutto, sul fatto che ciascun ente locale ha concluso un appalto separato per la sua propria rete.

70. Ho concluso [15] che quest'ultima considerazione non è rilevante per determinare se ci fosse una sola «opera» ai fini della direttiva. Infatti, le presente situazione sembrerebbe comparabile all'esempio che ho citato di una pubblica via che passi per i territori di numerose autorità locali. Anche se, per ragioni amministrative, i vari enti locali sono responsabili per le reti di distribuzione di energia a basso voltaggio nelle proprie aree, queste reti connesse tra loro, considerate nel loro insieme, sono dirette ad adempiere un'unica funzione economica e tecnica: il trasporto e la vendita ai consumatori dell'elettricità prodotta e fornita dalla EDF.

71. E' vero che, come osserva il governo francese, il ragionamento potrebbe essere applicato all'intero sistema di fornitura elettrica nazionale. Tuttavia, sono d'accordo con la Commissione sul fatto che l'«opera» nella presente causa è chiaramente circoscritta da quelle che si potrebbero chiamare le tre unità — di luogo, di tempo e di azione. Tutti gli appalti di elettrificazione in causa riguardavano lavori da realizzare in uno stesso dipartimento, nello stesso periodo, contenevano la stessa descrizione generale ed erano soggetti al medesimo controllo tecnico. Nulla permette di concludere nel senso che lavori della stessa natura dovevano avere luogo nello stesso momento su una zona più estesa — che ricopriva i vicini dipartimenti o regioni, o addirittura l'intera rete nazionale. In particolare, non è plausibile che alcuno di tali tipi di lavori fosse posto sotto la supervisione del Sydev. Se, tuttavia, così fosse stato, si sarebbe potuto sostenere che l'insieme di questi lavori costituiva un'opera unica ai fini della direttiva. In un caso del genere, ritengo che la conseguenza che se ne deve trarre non sia la reductio ad absurdum che il governo francese tenta d'imporre, ma piuttosto che tutti i bandi di gara avrebbero dovuto essere pubblicati nella GU.

72. Il fatto che gli appalti riguardino una serie di operazioni distinte da realizzare in momenti e in luoghi diversi (durante uno stesso periodo e nella stessa zona geografica) non significa che non possano essere considerati come un'«opera» unica. Se questo ragionamento fosse seguito, ciascuna operazione sarebbe un'«opera» separata, e nemmeno il governo francese ha suggerito tale tesi. Al contrario, una serie di operazioni da realizzare nel corso di un periodo determinato su un insieme di reti che condividono una stessa funzione economica e tecnica deve essere considerata come a sua volta diretta ad adempiere una comune funzione economica e tecnica. In

15 — V. supra, paragrafi 51-54.

proposito, si può ricordare che il decreto prefettizio [16] del 1960 parla di «inventario generale delle necessità del dipartimento» — una formula che tende a confermare questa conclusione.

73. Sono così arrivato alla conclusione che tutti gli appalti di elettrificazione in questione formano un'«opera» unica ai sensi dell'art. 14, n. 10 della direttiva. Il loro valore avrebbe dovuto essere cumulato al fine di determinare se i bandi di gara avrebbero dovuto essere pubblicati nella GU. Infatti, sei di questi bandi sono stati pubblicati, e un altro appalto aveva un valore inferiore a 1 000 000 di ECU e al 20% del totale, rientrando così nella deroga prevista dal secondo comma dell'art. 14, n. 10. La mancata pubblicazione degli avvisi dei restanti 12 appalti, tuttavia, tutti per un valore stimato superiore a quella soglia e complessivamente superiori ai 26 000 000 di ECU, costituisce una violazione della direttiva.

74. Ciò ha comportato una violazione non solo dell'art. 14, nn. 1 e 10, della direttiva, per quanto riguarda le modalità di calcolo del valore dell'opera, ma anche dell'art. 21, nn. 1 e 5, dal momento che i bandi non sono stati redatti e inviati per essere pubblicati nella GU, e dell'art. 25, n. 5, poiché i bandi sono stati pubblicati nel BOAMP.

16 — Citato supra, paragrafo 9.

— Illuminazione pubblica: considerazioni tecniche e geografiche

75. Trovo più difficile applicare il medesimo ragionamento ai lavori che devono essere svolti sulle reti di illuminazione pubblica. E' certamente vero che la funzione economica e tecnica di ciascuna rete presa singolarmente è uguale a quella delle altre, ma non ritengo che esse condividano una medesima funzione.

76. Anche se l'organizzazione dell'illuminazione pubblica nella Vandea non ci è stata presentata in maniera dettagliata, ho ragione di credere che le reti siano indipendenti l'una dall'altra, come sostenuto dal governo francese. Dal momento che l'illuminazione pubblica è un'attività che consuma elettricità, il cui peso finanziario grava su ogni ente locale che ne è responsabile, ogni interconnessione sembrerebbe inutile, a differenza di quanto avviene con la rete elettrica, che costituisce un'infrastruttura di distribuzione con un solo fornitore. Ogni rete è presumibilmente rifornita da un punto separato sulla rete di distribuzione elettrica, permettendo così di determinare il consumo di ogni ente locale. Inoltre, l'illuminazione è generalmente limitata agli agglomerati urbani. Laddove queste aree sono separate da zone di campagna, come può avvenire in larga misura nei dipartimenti rurali estesi, come la Vandea, le diverse reti non sono, probabilmente, continue. Inoltre, i vari enti locali

hanno la possibilità di adottare politiche diverse in materia di illuminazione pubblica: alcuni cercheranno di offrire un servizio il più generoso possibile, mentre altri cercheranno di economizzare i contributi locali provvedendo al minimo indispensabile.

77. Vero è che le considerazioni che precedono si fondano, per la maggior parte, su congetture in riferimento alle specifiche circostanze della presente causa. Tuttavia, il governo francese ha posto l'accento sulla reciproca indipendenza delle reti, e la Commissione, su questo punto, non ha fornito alcuna prova contraria. In particolare, non è stato provato alcun fattore di unificazione economica, come quello che potrebbe risultare ad esempio da un sistema uniforme di imposte locali nell'insieme del dipartimento al fine di finanziare i costi dell'illuminazione.

78. Ritengo quindi che la Commissione non abbia stabilito l'esistenza di una funzione economica e tecnica in comune ai sensi dell'art. 14, n. 10, della direttiva e che non fosse necessario cumulare il valore di tutti gli appalti di illuminazione pubblica per determinare se la direttiva fosse applicabile, supponendo che l'illuminazione pubblica ricada nel campo di applicazione della direttiva.

Art. 4, n. 2: discriminazione tra imprenditori

79. L'argomento sviluppato in proposito dalla Commissione è, in sostanza, che pubblicando a torto solamente una selezione dei bandi di gara nella GU, le autorità francesi hanno posto gli offerenti di altri Stati membri in una condizione di svantaggio, dal momento che questi offerenti, non essendo a conoscenza del valore totale dei lavori e in quale misura questi avrebbero potuto interessarli, potrebbero aver deciso o di non proporre alcuna offerta o di proporne una ma fondata su costi fissi proporzionalmente più elevati, presentando così offerte meno interessanti di quelle avanzate dalle imprese che avevano avuto una completa conoscenza della portata dei lavori attraverso il BOAMP. Il governo francese, pur basandosi a titolo principale sul suo diniego di una separazione artificiale, nega qualunque discriminazione tra offerenti, ai quali tutti è stato chiesto di esprimere la loro offerta di prezzi sotto forma di uno scarto espresso in percentuale in rapporto al valore stimato delle diverse categorie di lavori, in vista dell'esecuzione di specifici lavori ancora da determinare.

80. Dal momento che l'art. 4, n. 2, vieta espressamente la discriminazione tra «fornitori, imprenditori o prestatori di servizi», ci si potrebbe chiedere se debba essere applicato anche alle discriminazioni tra offerenti o, a fortiori, tra potenziali offerenti (dal momento che non abbiamo avuto notizia del fatto che imprese di un altro Stato membro abbiano presentato, in questa causa, alcuna offerta).

81. Credo che la risposta debba essere affermativa. Da una parte, i termini «fornitore», «imprenditore» e «prestatore di servizi» non sono definiti dalla direttiva, mentre l'«offerente» è definito all'art. 1, n. 6 come «fornitore, imprenditore o prestatore di servizi che presenta un'offerta». Il termine «imprenditore» non è utilizzato all'interno della direttiva nel senso di colui che si è aggiudicato un appalto ma nel senso più ampio di colui che aspira ad aggiudicarsi un appalto.

82. Infatti, l'art. 4, n. 1 — ed è bene notare che l'art. 4 è la prima disposizione sostanziale della direttiva, che definisce in un certo modo la portata di ciò che segue — richiede agli enti aggiudicatori di rispettare la direttiva «nell'assegnare gli appalti di (...) lavori e nell'organizzare concorsi di progettazione». La giustapposizione di «assegnare» e «organizzare» suggerisce che anche il termine «assegnare» debba essere interpretato come ricomprendente l'intera procedura e non solamente le sue tappe finali, e ritengo che l'art. 4, n. 2, abbia la stessa portata.

83. Per di più, la Corte ha affermato che il principio di parità di trattamento è inerente alla prima direttiva comunitaria sugli appalti di lavori pubblici [17] e concretizzato nell'art. 4, n. 2, della direttiva 90/531 [18], predecessore diretto dell'art. 4, n. 2, della presente direttiva a cui è pressoché uguale dal punto di vista testuale. Anche se la Corte ha descritto il principio di parità di trattamento come applicabile agli offerenti, ritengo che, per sua natura, debba essere applicato anche a coloro che sono stati scoraggiati dal presentare un'offerta Perché posti in situazione di svantaggio.

84. Ciò considerato, e alla luce della conclusione alla quale sono giunto per quanto riguarda il mancato cumulo degli appalti di elettrificazione, ritengo che la Commissione abbia dimostrato una violazione dell'art. 4, n. 2, della direttiva. Indipendentemente dal fatto che, in questa causa, vi fossero offerenti di altri Stati membri effettivamente interessati — dal momento che è ovviamente meglio disporre di uno stabilimento locale e tenuto conto del rischio di vedersi attribuire una sola parte dei lavori, dovendo così rimettere in causa, se del caso, i loro calcoli relativi ai costi fissi — essi non sono stati messi nella condizione di prendere una decisione sulla scorta di elementi completi, dal momento che un'informazione completa a proposito dell'intera «opera» non è stata pubblicata sulla GU come avrebbe dovuto essere. Gli offerenti che hanno consultato il BOAMP, probabilmente soprattutto francesi, hanno,

17 — Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), come modificata dall'art. 1, n. 6 della direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE (GU L 210, pag. 1); v. sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 33).

18 — 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); v. sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punti 51 e 52).

al contrario, avuto a propria disposizione informazioni più complete.

85. Tuttavia, per quanto riguarda i sei bandi di gara effettivamente pubblicati nella GU, le informazioni pubblicate nella GU erano le stesse contenute nel BOAMP, cosicché il fatto di non aver comunicato tutte le informazioni richieste dall'art. 21, n. 1, della direttiva, in combinato disposto con l'allegato XII, non ha provocato alcuna discriminazione.

Spese

86. Dal momento che, secondo me, la Commissione ha dimostrato la sussistenza di violazioni della direttiva per quanto riguarda la mancata pubblicazione nella GU di tutti i dettagli richiesti sugli appalti di elettrificazione, ma non è stata in grado di dimostrare una violazione dell'art. 14, n. 13 o una qualunque altra violazione per quanto riguarda gli appalti di illuminazione in causa, ritengo che, ai sensi dell'art. 69, n. 3, del regolamento di procedura, ciascuna parte debba sopportare le proprie spese.

Conclusione

87. Considerato quanto sopra, suggerisco alla Corte di:

1) dichiarare che la Repubblica francese, avendo omesso, in occasione della procedura di appalto bandita dal Syndicat départemental d'électrification della Vandea nel dicembre del 1994 per l'aggiudicazione di appalti di lavori di elettrificazione:

— di pubblicare i bandi di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* per 12 appalti, ciascuno dei quali di un valore stimato al di sopra di 1 000 000 di ECU e parte di una singola opera ai sensi dell'art. 14,

n. 10, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, è venuta meno agli obblighi previsti dagli artt. 4, n. 2, 14, nn. 1 e 10, 21, nn. 1 e 5, nonché dall'art. 25, n. 5, della stessa direttiva;

— di provvedere alla comunicazione di tutti i dettagli relativi a sei bandi di gara pubblicati nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, come previsto dall'allegato XII della direttiva 93/38/CEE, è venuta meno agli obblighi previsti all'art. 21, n. 1 della stessa direttiva;

— di comunicare precisazioni sulla aggiudicazione di tutti gli appalti, è venuta meno agli obblighi previsti all'art. 24, nn. 1 e 2, della direttiva 93/83;

2) respingere il ricorso per il resto;

3) condannare le parti di sopportare le proprie spese.