CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CLAUS GULMANN

presentate il 18 novembre 1993 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. La Commissione ha promosso la presente causa allo scopo di far dichiarare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [1]. L'infrazione consiste nel fatto che l'Italia ha «consentito, senza intervenire per eliderne ab origine gli effetti giuridici incompatibili con il diritto comunitario», che l'amministrazione provinciale di Ascoli Piceno aggiudicasse a trattativa privata e senza la pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee un appalto per la costruzione di un tratto di strada a scorrimento veloce.

2. Detta strada costituiva parte della superstrada «Ascoli-Mare» per il collegamento della città di Ascoli Piceno, capoluogo della provincia omonima e che si trova nel retroterra a circa 25 km dal mare Adriatico, con l'autostrada A 14 e la strada litoranea statale n. 16, nonché con la città costiera di San Benedetto del Tronto.

I primi tratti della superstrada, cioè i lotti I-III e la prima parte del IV lotto, venivano aggiudicati per licitazione privata e terminati all'inizio degli anni '70. Per quel che riguarda il IV lotto, i lavori venivano assegnati all'impresa Rozzi Costantino. Il IV lotto, che riguardava fra l'altro i collegamenti con l'autostrada A 14 e con la statale n. 16, veniva esteso l'anno seguente mediante cosiddette perizie suppletive, che comportavano fra l'altro il prolungamento della strada a scorrimento veloce originaria.

3. La presente causa verte sulle cosiddette undicesima e dodicesima perizia suppletiva, che nell'ultima fase sono state trattate come una perizia unica. Essa riguardava il prolungamento della superstrada. La sua finalità consisteva nel superamento delle barriere fisiche create dalla strada statale n. 16 e dalla linea ferroviaria Bologna-Lecce, consentendo pertanto un facile collegamento tra il porto di San Benedetto del Tronto, da una parte, e le vie di grande comunicazione e l'areaindustriale di Ascoli Piceno, dall'altra. Il contratto comportava fra l'altro la costruzione di un viadotto sulla linea ferroviaria Bologna-Lecce. Detto tratto stradale era di pochi chilometri ed avrebbe dovuto collegare il tratto stradale compreso nella decima perizia suppletiva con una strada verso San Benedetto costruita contemporaneamente dal comune di Ascoli Piceno.

* Lingua originale: il danese.

1 — Direttiva 26 luglio 1971, GU L 185, pag. 5.

4. E' pacifico che l'esecuzione delle prime dieci perizie suppletive al IV lotto era stata assegnata alla stessa impresa che aveva realizzato il IV lotto originario, cioè l'impresa Rozzi Costantino.

L'undicesima e la dodicesima perizia suppletiva erano state approvate dall'Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, che aveva conferito la responsabilità per l'esecuzione dell'opera all'amministrazione provinciale di Ascoli Piceno. Quest'ultima, agendo a trattativa privata, affidava i lavori all'impresa Rozzi Costantino per un importo di circa 36 000 000 000 di LIT senza pubblicare un bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

Il governo italiano ha inoltre chiarito che la costruzione dell'ulteriore tratto di strada verso San Benedetto di cui è causa, cui ha provveduto, come già osservato, il comune di Ascoli Piceno e non l'amministrazione provinciale, è stata altresì affidata all'impresa Rozzi Costantino.

5. La Commissione, che aveva rilevato le circostanze della costruzione della superstrada Ascoli-Mare, decideva di avviare il procedimento ex art. 169 contro la Repubblica italiana, limitandolo all'undicesima e dodicesima perizia suppletiva. Il 17 gennaio 1991 trasmetteva al governo italiano l'atto di costituzione in mora.

6. Non è controverso nella causa che i progetti di cui trattasi rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 71/305.

Le parti sono inoltre concordi sul fatto che la procedura di aggiudicazione dell'appalto prescelta comporta oggettivamente un'infrazione alla direttiva qualora non sia applicabile la particolare norma derogatoria di cui all'art. 9, lett. b), della direttiva, cioè il progetto riguardi «lavori la cui esecuzione, per ragioni tecniche (...), non può essere affidata che ad un imprenditore determinato».

7. Sarebbe relativamente semplice pronunciarsi sulla causa se l'unica questione controversa vertesse sul ricorrere o meno dei presupposti di cui all'art. 9, lett. b).

Il governo italiano sostiene però che la Commissione ha formulato le sue conclusioni in modo tale che la Repubblica italiana non dovrebbe essere condannata per il comportamento in contrasto con la direttiva tenuto dall'amministrazione provinciale bensì per aver omesso di intervenire nei riguardi di detto comportamento ed essere pertanto venuta meno al suo dovere di vigilanza.

Il governo italiano contesta di essere venuto meno al suo dovere di vigilanza sull'operato dell'amministrazione provinciale, e chiede in via principale il rigetto del ricorso per questo motivo. Solo in via subordinata sostiene che ricorrevano i presupposti di cui all'art. 9, lett. b).

8. Va osservato anzitutto che la formulazione delle conclusioni della Commissione è motivo di determinati problemi processuali.

Il governo italiano si è concentrato nel controricorso sul tentativo di provare di non essere venuto meno al suo obbligo di vigilanza. Esso ha osservato in particolare che l'inadempimento degli obblighi della direttiva può essere fondato sull'art. 9, lett. b), ma dal modo in cui ha impostato la sua difesa si deduce che esso ha anzitutto inteso avvalersi di detta disposizione al fine di dimostrare che nel caso di specie l'inadempimento della direttiva era tutt'altro che manifesto. Il governo italiano non si è addentrato in una analisi dettagliata della questione se ricorressero i presupposti di cui all'art. 9, lett. b).

Nella replica la Commissione si è soffermata in primo luogo sul fatto che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, i comportamenti incompatibili con le direttive tenuti dagli enti statali, regionali o locali possono far sorgere la responsabilità oggettiva degli Stati membri, e in secondo luogo che la Repubblica italiana non solo aveva consentito il comportamento dell'amministrazione provinciale incompatibile con la direttiva, ma aveva altresì omesso di intervenire in seguito al fine di eliminare le conseguenze giuridiche illegittime di detto comportamento.

Solo nella controreplica il governo italiano si è addentrato nel merito della questione se ricorressero i presupposti di cui all'art. 9, lett. b), illustrando la planimetria dei lavori prodotta in tale contesto.

9. La Commissione ha chiesto alla Corte di poter presentare una nuova memoria onde commentare la planimetria prodotta. La domanda è stata accolta e la Commissione ha presentato una memoria, allegando un parere tecnico da essa richiesto ad un perito, in cui ha contestato che ricorressero i presupposti di cui all'art. 9, lett. b).

La Commissione ha sostenuto inoltre in detta memoria che la planimetria prodotta va considerata un nuovo mezzo, di cui l'art. 42 del regolamento di procedura vieta la deduzione.

10. La Corte non dovrebbe a mio parere astenersi, in forza dell'art. 42 del regolamento di procedura, dal prendere in considerazione gli argomenti e i chiarimenti prodotti dal governo italiano nella controreplica in ordine all'applicazione dell'art. 9, lett. b).

Quest'ultimo è stato invocato dal governo convenuto sia nella risposta agli scritti della Commissione nel corso della fase amministrativa del procedimento sia nel controricorso.

In linea di principio è senz'altro grave che gli argomenti sul merito della questione dell'applicazione dell'art. 9, lett. b), siano stati presentati solo nella controreplica, ma ciò è in ogni caso parzialmente giustificato dal contenuto delle conclusioni della Commissione. Inoltre alla Commissione è stata pienamente garantita la possibilità di presentare osservazioni sui nuovi argomenti e chiarimenti contenuti nella controreplica, per cui in realtà non sono stati lesi i suoi diritti processuali.

11. Ritengo opportuno pronunciarmi in prosieguo anzitutto sulla questione se l'amministrazione provinciale potesse, in forza dell'art. 9, lett. b), della direttiva, omettere la gara e la pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

La condizione fondamentale per poter condannare la Repubblica italiana è che l'amministrazione provinciale abbia agito in contrasto con la direttiva.

12. Per quel che riguarda la costruzione del tratto di strada di cui è causa, ed in particolare del viadotto sulla linea ferroviaria, la questione è se si trattasse di «lavori la cui esecuzione, per ragioni tecniche (...), non può essere affidata che ad un imprenditore determinato», cioè, nel caso di specie, l'imprenditore cui era stata affidata la costruzione del tratto di strada a scorrimento veloce, che secondo il progetto controverso doveva essere prolungato (tratto oggetto della decima perizia suppletiva).

13. Il governo italiano ha sostenuto in tale contesto che dalla planimetria prodotta risulta che nella fattispecie sussistevano siffatte «ragioni tecniche», le quali consistevano nella

— impossibilità di terminare i lavori oggetto della decima perizia suppletiva prima della realizzazione di parte delle strutture oggetto dell'appalto controverso,

— impossibilità, a causa della estrema ristrettezza degli spazi, di aprire contemporaneamente due cantieri distinti, e

— impossibilità di effettuare i lavori in corso e i lavori controversi separatamente, a causa dell'intima connessione strutturale a livello delle fondazioni.

14. La Commissione contesta che queste circostanze rappresentino di per sé le ragioni tecniche in forza delle quali i lavori possono essere affidati solo al costruttore della strada oggetto della decima perizia suppletiva.

15. Dal parere tecnico che la Commissione ha richiesto ad un perito, un ingegnere francese, risulta senz'altro che in base alle considerazioni menzionate dal governo italiano era necessario coordinare nel tempo e nello spazio i lavori controversi nella presente causa con i lavori in corso, ma che detto coordinamento avrebbe dovuto essere effettuato anche qualora tutti i lavori fossero stati assegnati ad un'unica e medesima impresa, e che pertanto non sussistevano «ragioni tecniche» a giustificazione della scelta operata nel caso di specie dall'amministrazione aggiudicatrice italiana.

16. Non mi pare che il governo italiano abbia provato, come esige la giurisprudenza costante della Corte [2], la sussistenza di circostanze che giustifichino l'applicazione di disposizioni derogatorie.

L'argomentazione del governo convenuto è rimasta su un livello relativamente astratto. Esso non ha provato in modo persuasivo,

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

neanche con la produzione della planimetria dei lavori, le asserite gravi difficoltà nell'assegnare la costruzione del tratto stradale controverso a un imprenditore diverso da quello cui era stata affidata la costruzione del tratto di strada oggetto della decima perizia suppletiva. E' difficilmente plausibile che esistessero siffatte gravi difficoltà qualora si prendano in considerazione le opinioni espresse nel parere tecnico richiesto dalla Commissione.

A mio parere non si dovrebbe poi prescindere del tutto dal fatto che il governo italiano stesso nel controricorso ha manifestato un certo dubbio sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 9, lett. b).

17. Ritengo si possa pertanto affermare che l'amministrazione provinciale di Ascoli Piceno ha agito, come sostiene la Commissione, in contrasto con la direttiva 71/305.

18. Occorre però stabilire se la Repubblica italiana possa essere condannata per detto comportamento, tenuto conto del fatto che le è stato addebitato di aver agito in contrasto con la direttiva «avendo consentito» il comportamento illegittimo dell'amministrazione provinciale «senza intervenire per eliderne ab origine gli effetti giuridici contrari al diritto comunitario».

19. Non mi è totalmente chiaro perché la Commissione abbia redatto in questo modo le sue conclusioni. Questa formulazione è sorprendente in considerazione del fatto che, secondo la giurisprudenza della Corte, uno Stato membro è oggettivamente responsabile per le infrazioni delle direttive a prescindere da quale ente statale, regionale o locale abbia omesso di rispettare le norme delle direttive [3].

20. La Corte può naturalmente considerare se sia opportuno stabilire che per il singolo Stato membro vige un obbligo generale di vigilanza sulla conformità alla direttiva degli appalti di lavori pubblici delle amministrazioni statali, regionali e locali, e che può essere rilevato un inadempimento del Trattato ogni volta che risulti obiettivamente che detta vigilanza è venuta meno perché si è agito in contrasto con la direttiva.

Ciò comporterebbe però una situazione giuridica corrispondente a quella che si avrebbe qualora la Commissione si limitasse a chiedere alla Corte di dichiarare che lo Stato membro è venuto meno agli obblighi comunitari che gli incombono in quanto uno dei suoi organi ha agito in contrasto con la direttiva.

Sarebbe pertanto irrilevante che la Commissione abbia formulato le sue conclusioni in un modo piuttosto che in un altro.

3 — V. fra l'altro sentenza della Corte 5 maggio 1970, causa 77/69, Commissione/Belgio (Racc. pag. 237) con la sentenza citata nella nota precedente, in cui la Corte ha dichiarato che la Repubblica italiana era responsabile per l'inadempimento della direttiva 71/305 da parte di un ente territoriale.

21. Prescindendo totalmente dal fatto che le conclusioni di un ricorso devono naturalmente essere considerate in base al loro tenore, i problemi processuali sorti nella presente causa dimostrano quanto sia importante che la Corte esiga la più grande precisione delle conclusioni della Commissione.

22. Per questi motivi, e con riferimento agli atti di causa e alla trattazione orale, mi pare che le conclusioni debbano necessariamente essere intese nel senso che la Repubblica italiana deve eventualmente essere condannata non per il fatto che l'amministrazione provinciale ha agito in contrasto con la direttiva, bensì perché ciò è stato permesso dalla Repubblica italiana ed essa non è intervenuta in proposito.

Dal dibattimento non si ricava quale sia l'autorità che eventualmente abbia consentito il comportamento dell'amministrazione provinciale ed abbia omesso di intervenire. Non vi è motivo di discutere ulteriormente tale questione. Le conclusioni della Commissione presuppongono necessariamente che esista un'autorità cui incombe detto obbligo di vigilanza e che nella specie debba essere un'amministrazione statale.

23. Per poter pronunciare una sentenza di condanna deve pertanto ritenersi provato che vi sia un'amministrazione statale che ha consentito il comportamento dell'amministrazione provinciale e che ha omesso di intervenire in proposito.

Spetta alla Commissione dimostrare in modo plausibile che ciò si è verificato.

Come ho già indicato, il governo italiano contesta che le autorità statali abbiano consentito detto comportamento e che fosse possibile in pratica intervenire in proposito. Esso si richiama al fatto che la Commissione si è resa conto del comportamento di cui è causa solo nel gennaio del 1991, cioè 8 mesi dopo l'aggiudicazione dell'appalto all'imprenditore interessato, e che ai sensi della legge italiana non vi era la possibilità di intervenire in modo opportuno.

24. Per questi motivi ritengo di proporre alla Corte di respingere il ricorso.

La Commissione non ha dimostrato in modo plausibile che il governo italiano o le autorità statali abbiano del resto approvato esplicitamente o tacitamente il comportamento dell'amministrazione provinciale, e la Commissione non ha dimostrato in modo sufficientemente plausibile che il governo italiano o l'amministrazione statale avesse poi un'effettiva possibilità di intervenire successivamente per sanare la situazione.

Conclusioni

25. Propongo pertanto alla Corte di respingere il ricorso e di condannare la Commissione alle spese.