SENTENZA DELLA CORTE
26 aprile 1994 *

Nella causa C-272/91,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai signori Antonio Aresu e Rafael Pellicer, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Georgios Kremlis, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal professor Luigi Ferrari Bravo, capo del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, assistito dal signor Ivo M. Braguglia, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo presso la sede dell'ambasciata d'Italia, 5, rue Marie-Adélaïde,

convenuta,

avente ad oggetto il ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso di comunicare, ai fini della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, dapprima, all'inizio del 1990, un bando di gara indicativo riguardante il totale degli appalti, per settore di prodotti, il cui valore di stima era pari o superiore a 750 000 ECU, che il ministero delle Finanze italiano intendeva aggiudicare nel corso dello stesso anno, nonché successivamente, nel mese di novembre 1990, un bando di gara relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, ed avendo riservato la parte-

* Lingua processuale: l'italiano.

cipazione al predetto appalto-concorso ai soli enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 30, 52 e 59 del Trattato CEE nonché degli artt. 9 e 17-25 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE (GU L 127, pag. 1),

LA CORTE,

composta dai signori O. Due, presidente, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida (relatore) e M. Diez de Velasco, presidenti di sezione, C. N. Kakouris, R. Joliet, F. A. Shockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn e J. L. Murray, giudici,

avvocato generale: C. Gulmann
cancelliere: J.-G. Giraud

vista la relazione d'udienza,

sentite le difese orali svolte dalle parti all'udienza del 26 maggio 1993,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 luglio 1993,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 18 ottobre 1991, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, a norma

dell'art. 169 del Trattato CEE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso di comunicare, ai fini della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, dapprima, all'inizio del 1990, un bando di gara indicativo riguardante il totale degli appalti, per settore di prodotti, il cui valore di stima era pari o superiore a 750 000 ECU, che il ministero delle Finanze italiano intendeva aggiudicare nel corso dello stesso anno, nonché successivamente, nel mese di novembre 1990, un bando di gara relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, ed avendo riservato la partecipazione al predetto appalto-concorso ai soli enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 30, 52 e 59 del Trattato CEE nonché degli artt. 9 e 17-25 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE (GU L 127, pag. 1).

2 Gli antefatti della lite sono riassunti ai punti 6-16 dell'ordinanza del presidente della Corte 31 gennaio 1992 (C-272/91 R, Racc. pag. I-457), emessa a seguito di una domanda di provvedimenti urgenti presentata dalla Commissione nell'ambito del presente ricorso, e con la quale è stato ingiunto alla Repubblica italiana di adottare i provvedimenti necessari per sospendere gli effetti giuridici del decreto del ministro delle Finanze 14 giugno 1991 che aggiudica la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto al consorzio Lottomatica nonché l'esecuzione del contratto stipulato a tal fine.

Sulla violazione degli artt. 52 e 59 del Trattato

3 La Commissione fa valere che, riservando la partecipazione alla gara d'appalto per la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto in Italia unicamente ad «enti, società o consorzi, nonché a raggruppamenti il cui capitale sociale, sia singolarmente che complessivamente, sia a prevalenza pubblica», la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 52 e 59 del Trattato.

4 Si tratterebbe, infatti, di un caso di applicazione concreta di quella riserva, censurata dalla Corte nella sentenza 5 dicembre 1989, Commissione/Italia (causa C-3/88, Racc. pag. 4035), per effetto della quale solo le società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, avevano la possibilità di concludere con lo Stato italiano convenzioni concernenti la realizzazione di sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione.

5 Il governo italiano contesta l'asserito inadempimento. Esso sostiene che le gare d'appalto considerate nella sentenza citata riguardavano la fornitura di sistemi informativi che il fornitore era altresì chiamato a gestire, effettuando una prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione, mentre la gara d'appalto di cui trattasi nel presente ricorso ha ad oggetto — come emerge in particolare dal programma tecnico allegato al capitolato speciale d'oneri relativo al bando di appalto-concorso controverso — una concessione con la quale la suddetta amministrazione ha trasferito ad un terzo l'esercizio di attività di competenza dei pubblici poteri, vale a dire parte dei poteri organizzativi, ispettivi e di certificazione relativi al gioco del lotto, il cui esercizio, in forza della normativa vigente in Italia, spetta esclusivamente allo Stato. Ebbene, conformemente all'art. 55 del Trattato, le disposizioni degli artt. 52 e 59 non si applicano alle attività che partecipino, negli Stati membri, all'esercizio dei pubblici poteri.

6 È opportuno rilevare che, come è stato dimostrato dall'avvocato generale nei paragrafi 18-23 delle sue conclusioni, l'introduzione del sistema d'automazione controverso, che comprende, secondo il bando di appalto-concorso di cui è causa, i locali, la fornitura, l'impianto, la manutenzione, il funzionamento, la trasmissione dei dati e quanto altro occorre per il completo esercizio del gioco del lotto, non implica alcun trasferimento di poteri al concessionario per quel che riguarda le diverse operazioni inerenti al gioco del lotto.

7 Infatti, in primo luogo, i ricevitori del lotto continuano ad essere responsabili della raccolta delle giocate, mentre il terminale del concessionario si limita alla registrazione, al controllo automatico e alla trasmissione dei dati risultanti dalle operazioni compiute dal responsabile del punto di registrazione. Secondo quanto previsto dal

programma tecnico, quest'ultimo è in grado, in caso di errore, di correggere i dati registrati e persino di annullare uno scontrino rilasciato dal terminale.

8 In secondo luogo, le estrazioni vengono effettuate dalle «commissioni di estrazione», che sono organi statali al pari delle «commissioni di zona», alle quali permane la responsabilità di controllare e convalidare i biglietti vincenti.

9 In terzo luogo, come ha riconosciuto lo stesso governo italiano, è pur sempre la pubblica amministrazione che, in ultima istanza, riconosce e paga le vincite.

10 In quarto luogo, il fatto che, come risulta dal punto primo del programma tecnico, l'appalto comprenda anche «quanto altro occorra per il completo esercizio del gioco» non consente di giungere alla conclusione che il concessionario eserciti pubblici poteri, bensì, semplicemente, che esso deve operare mantenendosi nei limiti della concessione.

11 In quinto luogo, non può essere accolta la tesi sostenuta dal governo italiano, secondo il quale i pagamenti volontari effettuati da coloro che partecipano al gioco del lotto costituirebbero una forma di esazione tributaria che implicherebbe, da parte del concessionario, l'esercizio di pubblici poteri.

12 Stando così le cose, le prestazioni spettanti al concessionario del sistema di automazione del gioco del lotto, ovvero, segnatamente, la progettazione del sistema informativo e del software necessario, nonché la conduzione del sistema stesso non si differenziano dalle prestazioni di natura tecnica previste da convenzioni concernenti la realizzazione di sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione, sulla quale verteva la menzionata sentenza Commissione/Italia.

13 Le attività di cui trattasi non rientrano, pertanto, nell'ambito dell'eccezione contemplata dall'art. 55 del Trattato e si deve quindi concludere che la riserva controversa è in contrasto con gli artt. 52 e 59 del Trattato e che la censura di violazione delle disposizioni suddette deve essere accolta.

Sulla violazione dell'art. 30 del Trattato

14 Occorre rilevare che la Commissione, a sostegno della censura relativa alla violazione dell'art. 30, si è limitata ad asserire, nel corso della fase precontenziosa, che la riserva controversa, vale a dire la limitazione della possibilità di partecipare alla gara d'appalto di cui trattasi ai soli enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, sia a prevalenza pubblica, esclude di fatto le società degli altri Stati membri che si troverebbero nell'impossibilità di proporre i propri sistemi informativi nonchè il proprio «software» per la gestione del servizio al quale si riferisce la gara d'appalto. Ne consegue, secondo la Commissione, che la suddetta riserva, così come la misura oggetto della sentenza 20 marzo 1990, causa C-21/88, Du Pont de Nemours italiana (Racc. pag. I-889), in base alla quale una data percentuale degli appalti pubblici di forniture era riservata alle sole imprese aventi sede in determinate regioni del territorio nazionale, ha per effetto che i prodotti originari di altri Stati membri siano discriminati rispetto a quelli fabbricati nello Stato membro in questione e che risulti ostacolato il normale svolgimento degli scambi intracomunitari.

15 Va rilevato che la Commissione non espone, in questa fase, i motivi che la inducono a ritenere che l'esclusione delle imprese straniere dalla partecipazione alla controversa gara impedisca l'utilizzazione, da parte dell'aggiudicatario, di prodotti originari di altri Stati membri per la messa in funzione del sistema informativo di cui è causa.

16 Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenza 14 febbraio 1984, causa 325/82, Commissione/Germania, Racc. pag. 777), la lettera di

intimazione e il parere motivato devono essere adeguatamente motivati per consentire allo Stato interessato di presentare le sue osservazioni. Per le ragioni sopra esposte, ciò non si è verificato nella fattispecie.

17 Ne consegue che la censura relativa alla violazione dell'art. 30 deve essere dichiarata d'ufficio irricevibile.

Sulla violazione della direttiva 77/62 come modificata dalla direttiva 88/295

18 La Commissione contesta, in primo luogo, alla Repubblica italiana di aver violato le disposizioni dell'art. 9 della direttiva 77/62, come modificata dalla direttiva 88/295 (in prosieguo: la «direttiva»), per aver omesso di comunicare, ai fini della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, dapprima, all'inizio del 1990, un bando di gara indicativo riguardante il totale degli appalti, per settore di prodotti, il cui valore di stima era pari o superiore a 750 000 ECU, che il ministero delle Finanze italiano intendeva aggiudicare nel corso dello stesso anno, nonché successivamente, nel mese di novembre 1990, un bando di gara relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto. Essa considera, in secondo luogo, che avendo riservato la partecipazione al predetto appalto-concorso soltanto ad enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, la Repubblica italiana ha altresì trasgredito gli artt. 17-25 della medesima direttiva.

19 L'art. 9, nn. 1, 2 e 4, della direttiva, così recita:

« 1. A decorrere dal 1° gennaio 1989, le amministrazioni aggiudicatrici elencate nell'allegato I della direttiva 80/767/CEE comunicano, non appena possibile dopo l'inizio del loro esercizio finanziario, con un bando di gara indicativo, il totale degli appalti, per settore di prodotti, il cui valore di stima, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 5, è pari o superiore a 750 000 ECU e che esse intendono aggiudicare nel corso dei dodici mesi successivi.

Il Consiglio, deliberando su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, decide, anteriormente al 1° marzo 1990, se estendere tale obbligo alle altre amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 1.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono aggiudicare un appalto pubblico di forniture mediante procedura aperta, ristretta o, alle condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 3, negoziata ai sensi dell'articolo 1, manifestano tale intenzione con un bando di gara.

(...)

4. I bandi e avvisi di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 sono inviati il più rapidamente possibile per i canali più appropriati all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 12, i bandi di gara sono inviati per telescritto, telegramma o telecopia.

a) Il bando di gara di cui al paragrafo 1 è inviato non appena possibile dopo l'inizio di ogni esercizio finanziario.

b) L'avviso di cui al paragrafo 3 è inviato al più tardi quarantotto giorni dopo la stipulazione del contratto in questione».

20 Gli artt. 17-25 della direttiva elencano, invece, i criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione dell'appalto.

21 Secondo il governo italiano, le citate disposizioni non si applicano alla fattispecie in esame.

22 A tale riguardo, esso sostiene anzitutto che l'appalto-concorso controverso non ricade nel campo di applicazione della direttiva in quanto il predetto appalto non avrebbe ad oggetto la fornitura di beni alle autorità aggiudicatrici, bensì la concessione ad un terzo, da parte della pubblica amministrazione, di un'attività inerente all'esercizio di pubblici poteri in materia di imposizione tributaria, caratterizzata dall'assenza di un trasferimento di beni e di un corrispettivo di tali beni.

23 Questo argomento deve essere respinto.

24 Come risulta dai punti 7-11 della presente sentenza, l'introduzione del sistema di automazione controverso non implica alcun trasferimento di poteri al concessionario per quel che riguarda le diverse operazioni inerenti al gioco del lotto. È peraltro pacifico che l'appalto di cui trattasi ha ad oggetto la fornitura di un sistema di automazione integrato che comprende, in particolare, la fornitura di determinati beni alla Pubblica Amministrazione.

25 Contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, è irrilevante, in questo contesto, che la proprietà del sistema suddetto passi alla Pubblica Amministrazione solo a scadenza del contratto stipulato con l'aggiudicatario e che il «prezzo» di tale fornitura sia costituito da un compenso annuo calcolato in rapporto al giro d'affari. Come giustamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 40 delle sue conclusioni, l'estensione, operata dall'art. 2 della direttiva 88/295, del campo di applicazione della direttiva ai «contratti aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto» testimonia della volontà del legislatore comunitario di far ricadere nel campo di applicazione della direttiva la fornitura di prodotti che non necessariamente diventano di proprietà

della pubblica amministrazione ed il cui corrispettivo viene fissato in termini astratti.

26 Il governo italiano sostiene ancora che l'amministrazione concedente, vale a dire l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (in prosieguo: l'«AAMS»), non è compresa nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'allegato I della direttiva del Consiglio 22 luglio 1980, 80/767/CEE, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE (GU L 215, pag. 1). Di conseguenza, l'art. 9 della direttiva 77/62 modificata, che stabilisce alcune prescrizioni in materia di pubblicità a carico delle amministrazioni aggiudicatrici di cui al suddetto allegato, non sarebbe applicabile nel caso di specie. Questa tesi sarebbe corroborata dal testo della nota n. 2 nella parte concernente l'Italia dell'elenco succitato, laddove, con riferimento al ministero delle Finanze, viene formulata la seguente esclusione: «non compresi gli appalti conclusi dal monopolio dei sali e tabacchi». Secondo il governo italiano, infatti, tale esclusione si riferisce non soltanto agli appalti conclusi dal monopolio dei sali e tabacchi, che era gestito dall'AAMS all'epoca dell'adozione della suddetta direttiva, ma anche a tutte le altre attività ora gestite da tale Amministrazione.

27 Questa tesi è priva di fondamento.

28 Come ha giustamente rilevato la Commissione, emerge dall'art. 4, quarto comma, della legge 2 agosto 1982, n. 528 (GURI n. 222 del 13 agosto 1982), come modificato dall'art. 2 della legge 19 aprile 1990, n. 85 (GURI n. 97 del 27 aprile 1990), che il ministero delle Finanze è la sola ed unica amministrazione aggiudicatrice dell'appalto di cui trattasi. L'AAMS, che gestisce il gioco del lotto, costituisce in ogni caso una semplice articolazione amministrativa del ministero delle Finanze, sprovvista di personalità giuridica autonoma, cosicché persino gli atti formalmente imputabili all'AAMS ricadono, nella sostanza, nella sfera decisionale del suddetto ministero.

29 Quanto alla nota 2 che figura nell'allegato I alla direttiva 80/767, risulta dalla sua stessa formulazione che essa va riferita alle sole gare d'appalto indette dal monopolio dei sali e tabacchi.

30 Sostiene infine il governo italiano che, in ogni caso, trattandosi nella fattispecie del conferimento al concessionario del diritto speciale ed esclusivo di esercitare un'attività di servizio pubblico, di esercitare cioè, almeno in parte, il gioco del lotto, la sola norma da applicare è quella enunciata dall'art. 2, n. 3, della direttiva. Ai sensi di tale disposizione, «se lo Stato, un ente pubblico territoriale o una delle persone giuridiche di diritto pubblico oppure uno degli enti equivalenti, enumerati nell'allegato I, accorda ad un ente diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici, indipendentemente dal suo stato giuridico, diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione stabilisce che detto ente deve rispettare, per gli appalti pubblici di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, il principio della non discriminazione in base alla nazionalità».

31 Anche questo argomento va respinto.

32 Infatti, come emerge dai punti 7-11 della presente sentenza, l'organizzazione del gioco del lotto non viene trasferita al concessionario, i cui compiti rimangono limitati allo svolgimento di attività di carattere tecnico legate all'installazione e alla conduzione del sistema di automazione. Tali attività consistono, da un lato, nella prestazione di servizi alla Pubblica Amministrazione e, dall'altro, nella fornitura alla stessa di determinati beni.

33 Ne consegue, quindi, che le disposizioni della direttiva richiamate dalla Commissione sono applicabili nella fattispecie e che le censure relative alla violazione delle medesime devono essere esaminate.

34 Per quel che riguarda la violazione delle disposizioni dell'art. 9 della direttiva, la Repubblica italiana non contesta la mancata comunicazione dei bandi di gara controversi.

35 Con riferimento alla violazione degli artt. 17-25 della direttiva, va rilevato che tali disposizioni elencano in modo esauriente ed inderogabile i criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione dell'appalto e che esse non prevedono la possibilità di riservare la partecipazione alla gara soltanto ad enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, sia a prevalente partecipazione pubblica.

36 Risulta da quanto precede che vanno altresì accolte le censure relative alla violazione della direttiva 77/62, come modificata dalla direttiva 88/295.

Sulle spese

37 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese. La convenuta è rimasta sostanzialmente soccombente e va quindi condannata alle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE

dichiara e statuisce:

1) La Repubblica italiana, avendo omesso di comunicare, ai fini della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, dapprima, all'inizio del 1990, un bando di gara indicativo attestante il totale degli appalti, per settore di prodotti, il cui valore di stima era pari o superiore a 750 000 ECU, che il ministero delle Finanze italiano intendeva aggiudicare nel corso dello stesso anno, nonché successivamente, nel novembre 1990, un bando relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, ed avendo riservato la partecipazione al predetto appalto-concorso soltanto ad enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE e degli artt. 9 e 17-25 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE.

2) Il ricorso è respinto per il resto.

3) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

Due Mancini Moitinho de Almeida

Diez de Velasco Kakouris Joliet

Schockweiler Grévisse Zuleeg

Kapteyn Murray

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 26 aprile 1994.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente

O. Due