CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 17 novembre 1994 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Con il presente ricorso la Commissione vi chiede di constatare che il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [1] (nel prosieguo: la direttiva «forniture»), così come modificata dalle successive direttive 80/767/CEE del 22 luglio 1980 [2] e 88/295/CEE del 22 marzo 1988 [3] come pure dell'art. 30 del Trattato.

Più precisamente, la Commissione ritiene non conforme alle prescrizioni comunitarie il bando di gara d'appalto pubblicato dal Nederlands Inkoopcentrum NV (in prosieguo: il «NIC») sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 10 dicembre 1991 e relativo alla fornitura e manutenzione di una stazione meteorologica [4]. Due i motivi di censura: l'omessa indicazione delle persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte, come pure della data, ora e luogo di tale apertura; e l'introduzione nel capitolato d'appalto di una specifica tecnica definita con riferimento ad un prodotto di una marca determinata, vale a dire il sistema informatico UNIX messo a punto dall'impresa Bell Laboratories of ITT, senza che sia menzionata la possibilità per il fornitore di utilizzare un sistema equivalente.

Va ricordato che la Commissione notificava tali rilievi ai Paesi Bassi ed alla autorità aggiudicatrice, in conformità della procedura prevista all'art. 3, nn. 1 e 2, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [5]. Nella notifica si precisava che essa valeva altresì come messa in mora ai sensi dell'art. 169 del Trattato e che la successiva comunicazione del governo olandese sarebbe stata considerata equivalente alle osservazioni previste dal suddetto articolo.

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU 1977, L 13, pag. 1.

2 — GU L 215, pag. 1.

3 — GU L 127, pag. 1.

4 — Il bando in questione, identificato con il numero 91/S233-37730/NL, è stato pubblicato sulla GU S 233 del 10.12.1991, pag. 25.

5 — GU L 395, pag. 33.

2. Per comprendere esattamente la portata degli addebiti mossi e gli argomenti difensivi svolti dalla convenuta, è opportuno richiamare le disposizioni rilevanti delle direttive in questione.

L'art. 9, n. 5, della direttiva «forniture» impone alle amministrazioni aggiudicatrici di rispettare, nella redazione dei bandi di gara, i modelli figuranti nel suo allegato III. Orbene, nel caso in cui la procedura seguita per l'aggiudicazione dell'appalto sia quella «aperta», come si è verificato nella fattispecie attualmente all'esame, nel bando devono risultare, in particolare, le seguenti indicazioni (punto 7 dell'allegato):

«a) Persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte.

b) data, ora e luogo di tale apertura».

L'art. 7, n. 6, inserito nel titolo II della stessa direttiva, dedicato alle «norme comuni nel settore tecnico», stabilisce poi che:

«Salvo che tali prescrizioni siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, gli Stati membri vietano l'introduzione, nelle clausole contrattuali di un determinato appalto, di prescrizioni tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. È in particolare vietata l'indicazione di marche, brevetti o tipi nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata; tuttavia tale indicazione accompagnata dalla menzione "o equivalente" è autorizzata quando l'oggetto dell'appalto non può essere descritto diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intellegibili per tutti gli interessati».

Per quanto riguarda, infine, l'art. 3 della direttiva 89/665/CEE, esso introduce uno strumento di intervento «rapido» presso le autorità competenti degli Stati membri e le autorità aggiudicatrici, cui la Commissione può fare ricorso, prima della conclusione di un contratto, qualora ritenga «che una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici sia stata commessa in una procedura di aggiudicazione di appalto». In tali ipotesi, dunque, la Commissione contesta alle suddette autorità le violazioni rilevate e ne domanda la correzione; a partire da tale momento, lo Stato membro ha 21 giorni per comunicare alla Commissione la correzione della violazione denunciata o le ragioni della mancata riparazione o, ancora, la sospensione della procedura di aggiudicazione.

3. Prima di passare al merito della controversia, è necessario esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dal governo olandese sotto un duplice profilo.

Esso fa valere anzitutto che il comportamento della Commissione non sarebbe stato conforme alle esigenze dell'art. 3, nn. 1 e 2, della direttiva 89/665/CEE. Come si è già accennato, la procedura ivi prevista ha lo scopo di informare lo Stato membro e l'amministrazione aggiudicatrice interessati in modo tempestivo, comunque prima dell'aggiudicazione di un appalto, del fatto che è stata commessa una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie. Orbene, gli addebiti della Commissione sono stati notificati ai Paesi Bassi sei mesi dopo la pubblicazione del bando in questione, alla vigilia della stipulazione del contratto di appalto. L'autorità aggiudicatrice, dal canto suo, ha ricevuto la notifica solo qualche giorno più tardi, fatto, questo, riconosciuto dalla Commissione [6], quando l'appalto era già stato aggiudicato. Da ciò conseguirebbe, a parere della convenuta, una violazione dell'obbligo di cooperazione tra Stati membri e istituzioni comunitarie risultante dall'art. 5 del Trattato, in quanto non si potrebbe ragionevolmente esigere che sia sospesa nell'arco di un giorno lavorativo una procedura di aggiudicazione avviata già da parecchi mesi, tenuto conto oltretutto del ritardo con cui la relativa richiesta veniva trasmessa all'amministrazione aggiudicatrice.

Il secondo motivo di irricevibilità avanzato dal governo olandese si fonda sul fatto che anche la Commissione ha fatto ricorso alla stessa specifica tecnica, vale a dire il sistema informatico UNIX, in un bando di gara d'appalto pubblicato successivamente a quello che forma oggetto del presente procedimento [7]. Tale rilievo dimostrerebbe dunque che il NIC era del tutto legittimato a ritenere che l'utilizzo della suddetta specifica non avrebbe incontrato obiezioni sul piano del diritto comunitario, dal momento che la stessa Commissione mostrava di considerare il sistema UNIX come una prescrizione tecnica di uso corrente e generalmente accettata.

4. Le censure del governo olandese al comportamento della Commissione sono comprensibili. Tuttavia, poiché mi pare che è solo sul piano giuridico che occorra verificarne il fondamento, non vi è dubbio che esse non sono tali da giustificare una decisione di irricevibilità. Quanto meno, io non riesco a suggerire alla Corte una pronuncia in tal senso.

Va osservato, in primo luogo, che la circostanza di aver avviato tardivamente la speciale procedura prevista dall'art. 3 della direttiva 89/665 per la correzione delle violazioni delle disposizioni comunitarie in materia di

6 — Nella replica, la Commissione riconosce che la lettera raccomandata contenente gli addebiti era stata inviata il 25 giugno 1992 al solo governo olandese, ma non al NIC: quest'ultimo ne aveva, dunque, ricevuto copia, a seguito dell'invio di un fax da parte dei competenti servizi della Commissione, solo il successivo 29 giugno.

7 — Si tratta del bando di gara identificato con il n. 92/S116-223439/FR, pubblicato sulla GU S 116 del 17 giugno 1992, pag. 77.

appalti pubblici non può certo precludere alla Commissione di agire contro lo Stato interessato ex art. 169 del Trattato per fare constatare una tale violazione. È ben noto che quest'ultima azione non è sottoposta ad un termine, in quanto rappresenta una modalità di esercizio della funzione permanente di controllo del rispetto del diritto comunitario assegnata alla Commissione dall'art. 155 del Trattato [8]; pertanto, anche ovvie considerazioni di gerarchia delle norme eliminano ogni dubbio al riguardo.

D'altra parte, se scopo dichiarato della procedura ex art. 3 è, come risulta dalla lettura dei «considerando» della direttiva [9], di istituire un meccanismo di rapido intervento della Commissione presso le autorità competenti degli Stati membri prima della conclusione di un contratto di appalto, al fine di prevenire i danni irreparabili che possono derivare da un'attribuzione illegittima dell'appalto stesso, in realtà lo strumento predisposto nulla aggiunge e nulla toglie ai poteri di cui la Commissione dispone in base all'art. 169. Ed è al procedimento ivi previsto che la stessa deve comunque ricorrere, nei casi di mancata o insoddisfacente risposta alla notifica effettuata in base all'art. 3, se vuole fare constatare l'inadempimento dello Stato interessato agli obblighi ad esso incombenti in forza delle disposizioni comunitarie sugli appalti.

5. Alla luce delle suddette considerazioni, il fatto che sia stato contemporaneamente avviato il procedimento ai sensi della richiamata disposizione della direttiva 89/665 e dell'art. 169 del Trattato risponde ad esigenze di economia delle procedure che mi sembrano ampiamente condivisibili. La sola conseguenza del ritardo con cui la Commissione ha agito, e sotto questo profilo non posso che sottoscrivere le critiche che le sono rivolte, è che la sua azione rischia di non avere l'efficacia che la speciale procedura in questione voleva garantire.

D'altra parte, una volta eliminati nel testo finale della direttiva adottato dal Consiglio gli incisivi poteri d'intervento della Commissione previsti inizialmente [10], è in sostanza l'accelerazione dei tempi della procedura ex art. 169, attraverso la fissazione di un termine massimo di 21 giorni per la risposta alla lettera di intimazione della Commissione, il solo elemento che risponde ad uno degli scopi avuti di mira con quell'atto: rafforzare

8 — Cfr., al riguardo, la sentenza 10 aprile 1984, causa 324/82, Commissione/Belgio (Racc. pag. 1861, punti 11 e 12).

9 — V., in particolare, i «considerando» 2, 7 e 8.

10 — In particolare la possibilità di sospendere, in caso d'urgenza, il corso della procedura di aggiudicazione di un appalto in presenza di talune violazioni particolarmente gravi della disciplina comunitaria: v. gli artt. 4 e 5 della proposta di direttiva (GU C 15 del 19 gennaio 1989, pag. 8).

anche a livello comunitario l'efficacia dei meccanismi di controllo sull'applicazione delle norme relative ai pubblici appalti.

L'articolo in questione si limita, in effetti, a precisare in questa materia quale sia il termine da considerare «ragionevole», nell'ambito della procedura di cui all'art. 169, per consentire allo Stato membro interessato di rispondere alla lettera d'intimazione e, eventualmente, preparare un'utile difesa contro gli addebiti formulati nei suoi confronti [11]. È invece del tutto escluso che esso abbia inteso fissare un termine di decadenza all'azione della Commissione.

6. Il secondo motivo di irricevibilità del ricorso avanzato dalla convenuta si fonda sull'esigenza di tutelare il legittimo affidamento circa la conformità alla normativa comunitaria della specifica tecnica oggetto di contestazione, che si è creato in capo alle autorità olandesi a seguito dell'impiego che la stessa Commissione ha fatto di quella specifica in un bando di gara pubblica d'appalto.

A tale proposito, mi limito a rilevare che due sono le possibilità. La prima è che l'utilizzo della specifica in questione non si pone in contrasto con la disciplina in materia di appalti e, dunque, sia le istituzioni comunitarie che le autorità nazionali potevano e possono legittimamente impiegarla nella descrizione dell'oggetto di un appalto. In questo caso il ricorso introdotto dalla Commissione va respinto nel merito, almeno su questo punto.

Se, viceversa, il contrasto esiste, non vedo proprio come la circostanza che anche la Commissione sia incorsa in una violazione delle norme della direttiva «forniture» possa sanare l'eventuale violazione commessa dalle autorità olandesi. Anche le istituzioni comunitarie sono tenute a rispettare la disciplina in materia di appalti; se non la rispettano, nessun principio giuridico autorizza gli Stati a fare altrettanto. Né, solo perché l'istituzione è incorsa in una violazione della stessa natura, le è precluso di agire per fare constatare l'infrazione commessa da uno Stato membro.

Anche tale profilo di irricevibilità del ricorso va quindi rigettato.

7. Premesso che non è contestata l'applicabilità alla fattispecie della direttiva forni-

11 — V., al riguardo, la sentenza 2 febbraio 1988, causa 293/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 305, punti 13 e 14).

ture [12], passo quindi ad esaminare il merito delle censure mosse alla convenuta.

La Commissione rimproverà anzitutto all'amministrazione aggiudicatrice, come si è detto, di aver violato l'art. 9, n. 5, della direttiva forniture per il fatto di non essersi attenuta, nella redazione del bando di gara d'appalto, alle prescrizioni contenute nell'allegato III della stessa, al quale rinvia la suddetta disposizione, e che impone, al punto 7, di indicare le persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte, come pure la data, l'ora e il luogo di tale apertura. Il governo olandese condivide la tesi della Commissione quanto all'esistenza di un obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di redigere i bandi di gara d'appalto secondo il modello contenuto nel suddetto allegato e al carattere incondizionato della prescrizione di cui al punto 7 dello stesso. Esso obietta tuttavia che le indicazioni in questione sono necessarie solo qualora l'amministrazione aggiudicatrice intenda limitare la possibilità di assistere all'apertura delle offerte, consentendola, ad esempio, solo ai fornitori che le hanno presentate. Se, come nella fattispecie, l'apertura è pubblica e qualsiasi interessato può intervenire, tale indicazione sarebbe invece inutile.

12 — A tale riguardo, infatti, il governo olandese, pur contestando che il NIC possa essere considerato un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva forniture, riconosce poi che tale direttiva si applica alla procedura di aggiudicazione in causa, in quanto nella fattispecie il NIC ha agito in nome e per conto del Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (Regio Istituto meteorologico dei Paesi Bassi), che, viceversa, va considerato un'amministrazione aggiudicatrice in base alla suddetta direttiva.

D'altra parte, in ragione della normale complessità e voluminosità delle offerte presentate, che ne impedisce la lettura integrale al momento dell'apertura, sarebbe del tutto illusoria la possibilità per i fornitori di controllare in questo stadio della procedura l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice e di agire eventualmente in modo tempestivo a difesa dei loro diritti.

8. Non mi sento di condividere neppure su tale punto gli argomenti svolti dal governo olandese. In primo luogo essi non trovano un supporto nella lettera della direttiva. L'allegato III della stessa, infatti, nel precisare quali indicazioni devono essere contenute nel bando di gara d'appalto nell'ipotesi di ricorso alla procedura aperta, distingue chiaramente tra indicazioni obbligatorie e indicazioni facoltative. Rientrano nella seconda categoria quelle relative al termine di consegna dei prodotti da fornire (punto 4), all'importo e alle modalità di pagamento della somma che deve eventualmente essere versata per ottenere dall'amministrazione interessata copia della documentazione relativa all'appalto (punto 5c) o, ancora, alla forma giuridica che deve essere assunta dal raggruppamento dei fornitori cui l'appalto è aggiudicato (punto 10).

Le prescrizioni di cui al punto 7, invece, non beneficiano di alcuna possibilità di deroga, in particolare in funzione della procedura seguita al momento dell'apertura delle offerte. Ciò risponde perfettamente allo spirito della disciplina in questione, che indivi-

dua nella trasparenza dell'insieme delle operazioni e procedure che permettono l'approvvigionamento delle amministrazioni aggiudicatrici uno degli strumenti più efficaci per realizzare l'apertura del mercato degli appalti pubblici di forniture. Va altresì tenuto conto che l'applicazione effettiva della normativa comunitaria può essere garantita in molti casi solo se vi è una reazione tempestiva alle violazioni della stessa. Si può pertanto comprendere che possa avere importanza, per i fornitori partecipanti ad una procedura di aggiudicazione, di essere presenti all'apertura delle offerte, non foss'altro, come rileva la Commissione, che per conoscere l'identità dei concorrenti e poter verificare, già in questo stadio, la loro corrispondenza ai criteri di selezione qualitativa di cui agli artt. 20 e ss. della direttiva forniture. È chiaro, dunque, che questa possibilità di controllo sarebbe del tutto vanificata se le modalità pratiche dell'apertura (anche pubblica) non fossero conosciute.

9. Quanto poi all'asserita violazione dell'art. 7, n. 6, della direttiva «forniture» e dell'art. 30 del Trattato, a seguito dell'introduzione nel capitolato dell'appalto litigioso di una specifica tecnica che fa menzione di un prodotto determinato, il governo olandese obietta che il capitolato, in realtà, fa riferimento ad una famiglia di prodotti, in quanto il sistema UNIX deve essere considerato, nel settore delle tecnologie dell'informazione, come una prescrizione tecnica generalmente riconosciuta dagli operatori del settore. La circostanza, dunque, di aver deliberatamente omesso la menzione «o equivalente» accanto a UNIX avrebbe avuto precisamente lo scopo di far comprendere ai fornitori interessati che il NIC intendeva riferirsi non ad un prodotto determinato ma ad un prodotto con caratteristiche ben definite. A sostegno della sua tesi, il governo olandese invoca il fatto che l'appalto è stato alla fine aggiudicato ad un fornitore che non utilizza il sistema UNIX, ma un sistema similare.

Osservo, a questo proposito, che la convenuta riconosce che il sistema UNIX non è un sistema normalizzato, vale a dire una specificazione tecnica approvata da un organismo di normalizzazione internazionale riconosciuto nel settore delle tecnologie dell'informazione. Esso è infatti stato elaborato in seno ad uno degli organismi non ufficiali creati dai produttori e dai consumatori, allo scopo di contribuire all'accelerazione del processo di normalizzazione; e precisamente X/OPEN, che procede alla normalizzazione dei sistemi operativi basati sul sistema UNIX di AT & T [13]. Orbene, solo nel momento in cui i risultati dei lavori svolti da quegli organismi sono fatti propri dalle istanze ufficiali, le specifiche tecniche così elaborate diven-

13 — V., al riguardo, quanto risulta dal documento «Standardization-Fact Sheet 4» elaborato nell'ottobre 1990 dalla Direzione Generale XIII della Commissione, cui fanno riferimento entrambe le parti in causa.

tano norme. Mi sembra difficile, pertanto, sostenere, come fa il governo olandese, che il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice sia conforme alla decisione del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/95/CEE, relativa alla normalizzazione nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni [14], che impone agli Stati membri di riferirsi alle norme europee e internazionali nelle commesse pubbliche riguardanti tali tecnologie, in quanto, come la stessa convenuta riconosce, il sistema UNIX non rientra in tali categorie.

Poiché, dunque, UNIX è il marchio di un prodotto determinato, l'inserimento in un bando di gara di una clausola che fa riferimento ad esso, senza che tale indicazione sia accompagnata dalla menzione «o equivalente», viola l'art. 7, n. 6, della direttiva forniture. Inoltre, poiché, tale clausola riserva l'appalto, almeno in prima battuta, ai soli fornitori che si propongono di utilizzare il sistema specificamente indicato, essa finisce per ostacolare le correnti di importazione nel commercio intracomunitario e viola altresì l'art. 30 del Trattato [15].

10. Né mi sembra che tale conclusione possa essere modificata dalla circostanza che l'appalto in questione sia stato poi aggiudicato ad un fornitore che utilizza un sistema equivalente a quello specificamente indicato nel bando, in quanto l'inserimento nel fascicolo di gara di una clausola come quella di cui trattasi può comunque far sì che operatori economici che utilizzano sistemi similari a quello richiesto si astengano dal partecipare alla gara d'appalto, proprio in forza di una tale clausola.

11. Alla luce delle considerazioni che precedono propongo dunque alla Corte di:

— constatare che, omettendo di precisare nel bando di gara d'appalto di cui è causa le persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte, come pure il giorno, l'ora ed il luogo di tale apertura, ed introducendo nel capitolato una specifica tecnica definita con riferimento ad un prodotto di una marca determinata, il

14 — GU 1987, L 36, pag. 31.

15 — Cfr., al riguardo, la sentenza 22 settembre 1988, causa 45/87, Commissione/Irlanda (Racc. pag. 4929, in particolare punti 12-27).

Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva 77/62/CEE del Consiglio, come modificata dalle direttive 80/767/CEE e 88/295/CEE, e dell'art. 30 del Trattato;

— condannare il Regno dei Paesi Bassi al pagamento delle spese del giudizio.