CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JÁN MAZÁK
presentate il 9 ottobre 2007 [1]

I — Introduzione

1. I presenti ricorsi sono stati proposti dalla Commissione ai sensi dell'art. 228 CE, in data 7 febbraio 2006. Secondo la Commissione, la Repubblica portoghese ha omesso di adottare i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza della Corte 14 ottobre 2004, causa C-275/03, Commissione/Portogallo [2], e chiede la condanna del Portogallo al pagamento di una penalità. Nella suddetta sentenza, la Corte ha dichiarato che, non avendo abrogato il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina alla prova della colpa o del dolo la concessione del risarcimento danni alle persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono, la Repubblica portoghese era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), 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 [3].

II — Contesto normativo

2. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, come modificata, «[g]li Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (…)».

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Sentenza 14 ottobre 2004 (non pubblicata nella Raccolta).

3 — GU L 395, pag. 33.

3. L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone che «[g]li Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

(…)

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione».

4. La direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [4], è stata abrogata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [5], a sua volta abrogata, con effetto dal 31 gennaio 2006, dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [6].

5. Ai sensi dell'art. 81 della direttiva 2004/18, «[c]onformemente alla direttiva 89/665/CEE (…), gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti».

6. Il riferimento che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 fa alla direttiva 71/305 va inteso come riferimento alla direttiva 2004/18 [7].

III — Procedimento precontenzioso e conclusioni delle parti

7. Con lettera datata 4 novembre 2004, la Commissione richiamava l'attenzione delle autorità portoghesi sui termini della sentenza emessa nella causa C-275/03 e sul fatto che l'art. 228 CE impone al Portogallo di prendere i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza. La Commissione chiedeva alle autorità portoghesi di informarla circa i provvedimenti adottati entro il 15 gennaio 2005.

4 — GU L 185, pag. 5.
5 — GU L 199, pag. 54.
6 — GU L 134, pag. 114.

7 — V. art. 81 della direttiva 2004/18.

8. Il 19 novembre 2004, le autorità portoghesi trasmettevano alla Commissione copia di una nuova proposta di legge sulla responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e di altri enti pubblici. Le autorità portoghesi chiedevano alla Commissione di indicare se riteneva che la proposta di legge garantisse la corretta e piena trasposizione della direttiva 89/665. Inoltre, con lettera datata 12 gennaio 2005, esse domandavano alla Commissione di non intraprendere azioni ex art. 228 CE fino all'inizio della nuova legislatura, successivamente alle elezioni indette per il 20 febbraio 2005, in modo da poter avviare il procedimento per l'adozione della legge sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato nei primi sei mesi del 2005.

9. Il 21 marzo 2005 la Commissione inviava alle autorità portoghesi una lettera di diffida con cui le informava che lo scioglimento del Parlamento portoghese (Assembleia da República Portuguesa) e lo svolgimento delle elezioni non giustificavano il fatto che il Portogallo fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva 89/665 e non avesse rispettato le scadenze in essa fissate. La Commissione indicava inoltre che la proposta di legge comunque non dava esecuzione alla direttiva 89/665. Essa comunicava alle autorità portoghesi che, non avendo ricevuto alcuna informazione riguardo ai provvedimenti adottati per conformarsi alla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa C-275/03, essa riteneva che il Portogallo fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 228, n. 1, CE. La Commissione invitava il Portogallo a presentare entro due mesi le sue osservazioni al riguardo, richiamando inoltre l'attenzione delle autorità portoghesi sul fatto che la Corte può imporre sanzioni pecuniarie in forza dell'art. 228, n. 2, CE. Essa aggiungeva che avrebbe specificato alla Corte l'importo della somma forfettaria o della penalità che a suo avviso il Portogallo avrebbe dovuto pagare nelle circostanze del caso.

10. Con lettera datata 25 maggio 2005, le autorità portoghesi replicavano alla lettera di diffida della Commissione. Non ritenendosi soddisfatta dalla risposta, il 13 luglio 2005 la Commissione emanava un parere motivato in cui affermava che il Portogallo aveva omesso di adottare i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa C-275/03 ed era venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 228, n. 1, CE. La Commissione fissava alla Repubblica portoghese un termine di due mesi per adottare le misure necessarie per conformarsi alla sentenza nella causa C-275/03. Essa inoltre richiamava l'attenzione del Portogallo sul fatto che, se la vicenda fosse arrivata dinanzi alla Corte, quest'ultima avrebbe potuto imporre sanzioni pecuniarie e che la stessa Commissione avrebbe potuto suggerire il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

11. In sede di replica al parere motivato, in data 2 dicembre 2005, le autorità porto-

ghesi spiegavano che la proposta di legge sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato, che tra l'altro abrogava il decreto legge n. 48 051, era già stata sottoposta al Parlamento portoghese per l'approvazione definitiva. Ritenendo che la Repubblica portoghese non avesse dato esecuzione alla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa C-275/03, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

12. Nel suo ricorso la Commissione chiede che la Corte voglia:

«— dichiarare che, non avendo adottato i provvedimenti necessari per eseguire la sentenza della Corte (…) emessa nella causa C-275/03, (…) la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 228, n. 1, del Trattato CE;

— condannare la Repubblica portoghese a versare alla Commissione, nel conto relativo alle "risorse proprie" delle Comunità europee di cui all'art. 9 del regolamento (CE, Euratom) del Consiglio n. 1150/2000, una penalità pari a EUR 21 450 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza pronunciata nella causa C-275/03 di cui sopra, a decorrere dal giorno in cui la Corte (…) pronuncerà la sua sentenza nella presente causa fino al giorno di esecuzione della sentenza emessa nella causa C-275/03;

— condannare la Repubblica portoghese alle spese».

13. La Repubblica portoghese chiede che la Corte voglia:

«1. dichiarare infondate tutte le domande della Commissione e:

a) rilevare che la Repubblica portoghese ha adottato tutti i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza della Corte (…) emessa nella causa C-275/03 (…), e dichiarare quindi infondata la prima domanda della Commissione;

b) dispensare la Repubblica portoghese dall'obbligo di pagare (…) una penalità di EUR 21 450 per

ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza pronunciata nella causa C-275/03, a decorrere dal giorno in cui la Corte pronuncerà la sua sentenza nella presente causa fino al giorno di esecuzione della sentenza emessa nella causa C-275/03, e dichiarare pertanto infondata la seconda domanda della Commissione.

2. In subordine, e nel caso in cui la nostra posizione non venga accolta — [quod non] — ridurre l'importo della penalità indicato, in quanto manifestamente eccessivo, e fissare il coefficiente di gravità ad un livello non superiore a 4 (quattro), stabilire il pagamento della penalità su base annuale e sospenderne il pagamento fino all'entrata in vigore dei provvedimenti nel frattempo adottati dallo Stato portoghese».

IV — Esecuzione degli obblighi derivanti dall'art. 228, n. 1, CE

A — *Argomenti delle parti*

14. Secondo la Commissione, il Portogallo non ha adottato i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa C-275/03, non avendo tale Stato membro abrogato il decreto legge n. 48 051. La Commissione sostiene che la proposta di legge sulla responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e di altri enti pubblici, presentata dal governo portoghese dinanzi al Parlamento, non dà esecuzione alla suddetta sentenza. Inoltre, non avendo ricevuto comunicazione di altri provvedimenti, la Commissione ritiene che il Portogallo sia venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 228, n. 1, CE.

15. Il Portogallo ritiene che la proposta di legge n. 56/X sulla responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e di altri enti pubblici, che è stata adottata dal Parlamento portoghese all'unanimità in data 6 aprile 2006 e che entrerà in vigore a breve, applichi correttamente la direttiva 89/665. Il Portogallo inoltre ritiene che il regime giuridico da esso adottato nel frattempo rappresenti un'applicazione adeguata della direttiva 89/665 e che quindi dia piena esecuzione alla sentenza pronunciata nella causa C-275/03. A tal proposito, il Portogallo sostiene che gli artt. 22 e 271 della Costituzione della Repubblica portoghese (CRP) nonché il nuovo codice di procedura dei Tribunali amministrativi (CPTA) garantiscono un'esecuzione sufficiente della sentenza emessa nella causa C-275/03. Esso inoltre sostiene che i tribunali portoghesi, nella loro consolidata giurisprudenza, ammettono l'esistenza di una presunzione di colpa in relazione agli atti illegittimi dell'amministrazione.

B — *Valutazione*

16. Spetta alla Commissione, nell'ambito dell'art. 228 CE, fornire alla Corte gli elementi necessari per stabilire il livello di esecuzione da parte di uno Stato membro di una sentenza di condanna per inadempimento. Inoltre, nel caso in cui la Commissione abbia fornito sufficienti elementi da cui risulta la persistenza dell'inadempimento, spetta allo Stato membro interessato contestare in modo approfondito e particolareggiato i dati prodotti e le conseguenze che ne derivano [8].

17. Nel dispositivo della sentenza pronunciata nella causa C-275/03 la Corte ha dichiarato che, non avendo abrogato il decreto legge n. 48 051, che subordina alla prova della colpa o del dolo la concessione del risarcimento danni alle persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono, la Repubblica portoghese era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 1, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

18. Considerati i termini del dispositivo della sentenza pronunciata nella causa C-275/03, nell'ambito del caso in esame, che riguarda un inadempimento degli obblighi derivanti dall'art. 228, n. 1, CE, ritengo necessario accertare se la Repubblica portoghese abbia dato esecuzione alla suddetta sentenza e se, in particolare, essa abbia abrogato il decreto legge n. 48 051.

19. Il punto di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento degli obblighi derivanti dall'art. 228, n. 1, CE è costituito dalla data di scadenza del termine prescritto nel parere motivato emanato ai sensi di detto articolo. Inoltre, poiché la Commissione chiede la condanna della Repubblica portoghese al pagamento di una penalità, deve altresì accertarsi se l'asserito inadempimento sia proseguito sino all'udienza della presente causa dinanzi alla Corte.

20. Nel caso che ci occupa, dalle memorie presentate dalla Commissione e naturalmente dal Portogallo emergerebbe che, benché sia attualmente pendente dinanzi al Parlamento portoghese una proposta normativa per l'abrogazione del decreto legge n. 48 051, tale legge non è stata ancora definitivamente adottata. Lo stesso governo portoghese ha ammesso nelle sue memorie che, per l'entrata in vigore della proposta legge n. 56/X, sono necessarie, tra l'altro, la firma del Presidente da República (Presidente della Repubblica) e la pubblicazione nel *Diário da República* (la Gazzetta ufficiale

8 — Sentenza 18 luglio 2006, causa C-119/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6885, punto 41).

portoghese). Alla scadenza del termine indicato nel parere motivato del 13 luglio 2005, la Repubblica portoghese non aveva ancora compiuto questi passi necessari del procedimento legislativo.

21. Inoltre, all'udienza svoltasi il 5 luglio 2007, alla diretta obiezione che il decreto legge n. 48 051 era ancora in vigore alla data dell'udienza, l'agente della Repubblica portoghese ha replicato che la Repubblica portoghese era intenzionata a modificare il regime vigente con l'adozione della proposta di legge n. 56/X. È pertanto evidente che, al 5 luglio 2007, la Repubblica portoghese non aveva abrogato il decreto legge n. 48 051. Inoltre, alla stessa data, continuava a persistere in capo al Portogallo l'obbligo di dare applicazione agli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 [9].

22. Per quanto riguarda le osservazioni presentate dal governo portoghese sulla base degli artt. 22 e 271 della CRP, sul CPTA e sulla giurisprudenza dei tribunali portoghesi [10] riguardo alla presunzione di colpa, ritengo si tratti di osservazioni prive di rilievo giuridico e inappropriate nel contesto del presente procedimento. A mio avviso, le osservazioni in parola rappresentano un tentativo da parte del Portogallo di riaprire il procedimento nella causa C-275/03 e di ottenere un riesame di questioni già discusse dalle parti e quindi esaminate dalla Corte nel pronunciare la sentenza definitiva nella suddetta causa.

23. Alla luce di quanto precede, deve concludersi che la Repubblica portoghese ha omesso di adottare i provvedimenti necessari per dare esecuzione alla sentenza pronunciata nella causa C-275/03 per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 1, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, ed è pertanto venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 228, n. 1, CE.

24. Avendo così dimostrato che il mancato adempimento dei propri obblighi da parte della Repubblica portoghese persiste alla data dell'udienza della Corte nella causa in esame, occorre ora prendere in esame la proposta di una penalità avanzata dalla Commissione.

V — Sulla penalità adeguata

A — *Argomenti delle parti*

25. Secondo le modalità di calcolo definite nella comunicazione 21 agosto 1996,

9 — Le suddette disposizioni non sono state abrogate nel frattempo.

10 — V. supra, paragrafo 15.

96/C 242/07, sull'applicazione dell'articolo [228 CE] [11], e nella comunicazione 28 febbraio 1997, 97/C 63/02, relativa al metodo di calcolo della penalità prevista dall'articolo [228 CE] [12], la Commissione propone alla Corte di condannare la Repubblica portoghese al pagamento di una penalità pari a EUR 21 450 per ogni giorno di ritardo a titolo di sanzione per la mancata esecuzione della sentenza pronunciata nella causa C-275/03. La penalità dovrebbe essere applicata a decorrere dal giorno della pronuncia della sentenza nella presente causa fino al giorno di esecuzione della sentenza emessa nella causa C-275/03.

26. La Commissione ritiene che una penalità costituisca il mezzo più adeguato per porre fine il prima possibile alla violazione accertata. Un importo di EUR 21 450 per ogni giorno di ritardo è proporzionato alla gravità e alla durata della violazione, tenendo nel debito conto la necessità di garantire che la sanzione sia efficace. A detta della Commissione, l'importo dovrebbe essere calcolato moltiplicando una base uniforme di EUR 500 per un coefficiente di 11 (su una scala da 1 a 20) per la gravità della violazione, per un coefficiente di 1 per la durata dello stesso e per un coefficiente di 3.9 [basato sul prodotto interno lordo del Portogallo (PIL) e sulla ponderazione attribuita ai suoi voti in seno al Consiglio], che riflette la capacità finanziaria del Portogallo.

27. Per quanto riguarda la durata della violazione, la Commissione sostiene che il 12 ottobre 2005, data in cui essa ha deciso di proporre il presente ricorso, erano trascorsi 11 mesi dalla pronuncia della sentenza nella causa C-275/03. Conformemente agli orientamenti da essa adottati nel marzo 2001, la Commissione inizia a conteggiare la durata di una violazione ai sensi dell'art. 228 CE a partire dal settimo mese successivo alla pronuncia di una sentenza che accerta una violazione del diritto comunitario. Nel caso in esame, la moltiplicazione del «coefficiente 0.1 per 5 mesi (dal novembre 2004 al maggio 2005) porta ad un risultato di 0.5». Il coefficiente di durata dovrebbe pertanto essere pari a 1 o al coefficiente minimo.

28. Quanto alla gravità della violazione, la Commissione ritiene che nel fissare l'importo della sanzione pecuniaria si debbano prendere in considerazione due fattori, ossia l'importanza delle norme comunitarie violate e l'impatto della violazione su interessi generali e particolari. Ai sensi del terzo 'considerando' della direttiva 89/665, «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione». Affinché «essa sia seguita da effetti concreti, [occorre] che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto». Secondo la Commissione, le norme violate sono di grande importanza e

11 — GU C 242, pag. 6.
12 — GU C 63, pag. 2.

l'impatto di tale violazione su interessi generali e particolari potrebbe essere considerevole. A questo proposito, nel 2002 il settore degli appalti pubblici rappresentava il 13,2% del PIL del Portogallo [13]. Fatto salvo quanto appena indicato e alla luce, in primo luogo, del fatto che la Corte, per la prima volta nella causa C-275/03, si è pronunciata riguardo alla compatibilità con gli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 di norme nazionali che subordinano alla prova della colpa o del dolo la concessione del risarcimento danni a persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici, o di norme nazionali che le recepiscono, nonché, in secondo luogo, alla luce del fatto che la violazione che ha portato alla sentenza nella causa C-275/03 costituisce, nel caso del Portogallo, un esempio isolato di erronea applicazione di una direttiva comunitaria nel settore degli appalti pubblici, la Commissione ritiene nel presente caso dovrebbe applicarsi un coefficiente di gravità pari a 11.

29. In sede di replica, la Commissione sostiene, in contrasto con gli argomenti dedotti dal Portogallo [14], che il paragrafo 13.3 della comunicazione della Commissione del 2005 — Applicazione dell'art. 228 CE [15] (in prosieguo: la «comunicazione del 2005»), il quale prevede la possibilità di adattare il lasso di tempo di riferimento per valutare la persistenza di un'omessa esecuzione da parte di uno Stato membro dopo la pronuncia di una sentenza sulla base dell'art. 228 CE, non dovrebbe essere applicato nel caso di specie. Inoltre, la Commissione ritiene che le circostanze proprie della sentenza pronunciata nella causa C-278/01, Commissione/Spagna [16], nella quale la Corte ha dichiarato che la fine della violazione nel caso concreto poteva essere accertata solo su base annuale, siano sostanzialmente diverse dalle circostanze del caso di specie, che riguarda l'adozione di provvedimenti per la corretta applicazione nel diritto interno di una disposizione della direttiva 89/665.

30. Inoltre, ancora contrariamente a quanto sostenuto dal Portogallo [17], la Commissione ritiene che nel caso presente non sia necessario sospendere il pagamento della penalità, conformemente al paragrafo 13.4 della comunicazione del 2005, ai sensi del quale una penalità va sospesa, ad esempio, qualora sia necessario un periodo di tempo per verificare se siano stati adottati tutti i provvedimenti dovuti per dare esecuzione ad una sentenza. Poiché il caso in oggetto riguarda l'attuazione di una direttiva, la Commissione può prendere nota immediatamente delle misure nazionali di attuazione, sulla base della loro notificazione.

13 — Dato appena al di sotto della media comunitaria, che è pari al 16%.

14 — V. supra, paragrafo 33.

15 — SEC(2005) 1658.

16 — Sentenza 25 novembre 2003 (Racc. pag. I-14141, punto 51).

17 — V. supra, paragrafo 34.

31. Il Portogallo ritiene che l'importo della penalità proposta dalla Commissione e, in particolare, il coefficiente di gravità pari a 11 siano manifestamente sproporzionati ed eccessivi, considerate le circostanze del caso di specie. Secondo il governo portoghese, la previsione di una responsabilità civile in capo all'amministrazione appare, nell'ambito della direttiva 89/665, come uno strumento della politica degli appalti pubblici. Non si può però parlare di uno strumento di primaria importanza riguardo alla suddetta politica. L'obiettivo della politica degli appalti pubblici è innanzi tutto quello di garantire la legalità delle procedure di aggiudicazione delle gare. La possibilità di infliggere una multa all'amministrazione dovrebbe essere considerata come uno strumento secondario per la salvaguardia degli interessi dei soggetti lesi. Inoltre, secondo il Portogallo è improbabile, nel caso in cui la violazione abbia avuto un impatto su interessi generali e particolari, come riconosciuto nella consolidata giurisprudenza delle giurisdizioni portoghesi, che sussista una presunzione di colpa in relazione ad atti illegittimi dell'amministrazione, facilitando in tal modo il risarcimento dei danni agli individui lesi in piena conformità con i requisiti della direttiva 89/665.

32. Il Portogallo non ritiene che il caso in esame sia analogo ad altri decisi dalla Corte ai sensi dell'art. 228 CE, in quanto non riguarda l'errata applicazione del diritto comunitario, ma piuttosto una presunta erronea attuazione di una direttiva. Secondo il Portogallo, questa dovrebbe essere considerata una circostanza attenuante. Inoltre, contrariamente ad altri casi decisi dalla Corte in cui la Commissione aveva proposto coefficienti di gravità più bassi, il caso in esame non verte su interessi fondamentali come la sanità pubblica o l'integrità fisica degli individui. Né il presente caso riguarda una materia delicata di esclusiva competenza comunitaria, sulla quale esistono un'abbondante produzione normativa e un'ampia giurisprudenza comunitaria. Secondo il Portogallo, quindi, è sorprendente che la Commissione proponga un coefficiente di gravità pari a 11 in relazione ad un caso relativo ad una parziale attuazione della direttiva 89/665. Esso ritiene pertanto che il coefficiente di gravità nel caso di specie non debba essere superiore a 4.

33. Ancora, conformemente al paragrafo 13.3 della comunicazione del 2005, che ha sostituito le comunicazioni 96/C 242/07 e 97/C 63/02, il Portogallo ritiene che il lasso di tempo di riferimento adeguato nel caso di specie per valutare l'esecuzione della direttiva 89/665 debba essere annuale e non giornaliero come proposto dalla Commissione.

34. Secondo il Portogallo, poi, ai sensi del paragrafo 13.4 della comunicazione del 2005, la penalità nel caso in esame dovrebbe essere sospesa. Adottando la proposta di legge

n. 56/X, il Portogallo ha garantito il compimento di tutti i passi necessari per dare esecuzione alla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa C-275/03. È semplicemente necessario che trascorra un certo lasso di tempo affinché la legge venga adottata.

B — *Valutazione*

35. Nel caso in cui dovesse dichiarare che la Repubblica portoghese non si è conformata alla sentenza pronunciata nella causa C-275/03, ai sensi dell'art. 228, n. 2, terzo comma, CE, la Corte può comminare allo Stato membro il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità [18].

36. Secondo una consolidata giurisprudenza, spetta alla Corte, in ciascuna causa, valutare alla luce delle circostanze del caso di specie le sanzioni pecuniarie da adottare [19]. La determinazione di una sanzione ai sensi dell'art. 228 CE rientra quindi nell'esclusiva responsabilità della Corte. Nell'esercizio del suo potere discrezionale, spetta alla Corte stabilire quale sia la somma forfettaria e/o la penalità adeguata alle circostanze e proporzionata tanto alla violazione accertata quanto alla capacità finanziaria dello Stato membro interessato. A questo riguardo, le proposte della Commissione relative alle sanzioni pecuniarie non sono vincolanti per la Corte e costituiscono semplicemente una base di riferimento utile [20]. Inoltre, le comunicazioni della Commissione relative all'art. 228 CE non sono vincolanti per la Corte, ma servono a garantire che le azioni di tale istituzione siano improntate ai principi di trasparenza, di prevedibilità e di certezza del diritto [21].

37. Nel caso che ci occupa, nel suo ricorso la Commissione ha basato le proposte riguardo alle sanzioni pecuniarie da imporre al Portogallo, tra l'altro, sulle sue comunicazioni 96/C 242/07 e 97/C 63/02. Va rilevato che il 7 febbraio 2006, data in cui è stato depositato presso la Corte il ricorso nel presente procedimento, tali comunicazioni non erano più in vigore ed erano state sostituite dalla comunicazione del 2005, con effetto dal 1º gennaio 2006 [22].

38. A mio avviso, nel presente procedimento la Corte dovrebbe utilizzare, tra l'altro, la più

18 — V. sentenza 21 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia (Racc. pag. I-6263, in particolare punti 80-82).

19 — Sentenza Commissione/Francia (cit. alla nota 18), punto 86.

20 — V. sentenza 4 luglio 2000, causa C-387/97, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-5047, punto 89).

21 — V. sentenza Commissione/Grecia, cit., punto 87.

22 — V. punto 25 della comunicazione del 2005.

recente comunicazione del 2005, assieme alle osservazioni delle parti, come utile punto di riferimento per stabilire se nel caso in esame debba essere pagata una sanzione pecuniaria e, eventualmente, di quale importo. Ciò detto, ritengo che il fatto che la Commissione si sia riferita alle sue precedenti comunicazioni non abbia impedito al Portogallo di difendere i propri interessi nell'ambito del presente procedimento, e che siano stati rispettati i principi della trasparenza, della prevedibilità e della certezza del diritto. Lo stesso Portogallo, nelle sue memorie scritte, ha sottolineato che la comunicazione del 2005 ha sostituito le precedenti comunicazioni della Commissione e difatti, come si rileva dalle memorie presentate dal Portogallo, tale Stato membro ha fatto specifico riferimento ai paragrafi 13.3 e 13.4 della comunicazione del 2005. A mio avviso, il Portogallo era pienamente a conoscenza del contenuto della comunicazione del 2005 e questo può rappresentare un utile punto di riferimento per quel che riguarda l'inflizione di sanzioni pecuniarie da parte della Corte.

39. A mio avviso, perché possa essere applicata correttamente, la procedura di esecuzione di cui all'art. 228 CE va intesa come strumento per realizzare pienamente lo scopo del ricorso ex art. 226 CE, che è di far cessare le infrazioni al diritto comunitario, e allo stesso tempo come un mezzo per dissuadere gli Stati membri dal non conformarsi alle sentenze della Corte che accertano una violazione del diritto comunitario ai sensi dell'art. 226 CE.

40. In termini concreti, il procedimento previsto all'art. 228, n. 2, CE ha lo scopo di spingere lo Stato membro inadempiente a eseguire una sentenza per inadempimento, garantendo con ciò l'applicazione effettiva del diritto comunitario da parte di tale Stato. Le misure previste da tale disposizione, cioè la somma forfettaria e la penalità, mirano entrambe a questo stesso obiettivo. La condanna al pagamento di una penalità e/o di una somma forfettaria mira ad esercitare sullo Stato membro una pressione economica che lo induca a porre fine all'inadempimento accertato. Le sanzioni pecuniarie inflitte devono pertanto essere decise in funzione del grado di persuasione necessario perché lo Stato membro in questione modifichi il suo comportamento [23].

41. Nella causa C-304/02, Commissione/Francia, la Corte ha dichiarato che, anche se l'imposizione di una penalità sembra particolarmente adeguata a spingere uno Stato membro a porre fine, quanto prima, ad un inadempimento che, in mancanza di una misura del genere, avrebbe tendenza a persistere, l'imposizione di una somma forfettaria

23 — Sentenza 14 marzo 2006, causa C-177/04, Commissione/Francia (Racc. pag. I-2461, punti 59 e 60).

si basa maggiormente sulla valutazione delle conseguenze della mancata esecuzione degli obblighi dello Stato membro interessato sugli interessi privati e pubblici, in particolare qualora l'inadempimento sia persistito per un lungo periodo dopo la sentenza che lo ha inizialmente accertato [24].

42. Alla luce delle circostanze del caso in esame, ritengo che l'imposizione di una penalità costituisca un mezzo adeguato per spingere o persuadere il Portogallo a modificare il proprio comportamento e ad adempiere agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665. A mio avviso, nel presente procedimento esistono prove sufficienti dell'esistenza di un effettivo pericolo che la violazione in parola persisterebbe se non venisse imposta una penalità al Portogallo. Al riguardo, all'udienza del 5 luglio 2007 era evidente che la Repubblica portoghese non aveva intrapreso le azioni necessarie per dare esecuzione alla sentenza pronunciata nella causa C-275/03, malgrado le sue precedenti reiterate affermazioni riguardo all'imminenza di tali azioni.

43. Quanto all'ammontare della penalità, i criteri fondamentali da prendere in considerazione per garantire la natura coercitiva della penalità al fine dell'applicazione uniforme ed efficace del diritto comunitario sono costituiti in linea di principio dalla durata dell'infrazione, dal grado di gravità e dalla capacità finanziaria dello Stato membro. Per l'applicazione di tali criteri occorre tener conto in particolare delle conseguenze dell'omessa esecuzione sugli interessi privati e pubblici e dell'urgenza d'indurre lo Stato membro interessato a conformarsi ai suoi obblighi [25].

44. La Commissione sostiene che nel presente procedimento il coefficiente di durata dell'inadempimento dovrebbe essere fissato a 1. Come si può rilevare dagli atti della Commissione, tale coefficiente è stato calcolato facendo riferimento, tra l'altro, alla data alla quale la Commissione ha deciso di promuovere il presente procedimento, ossia il 12 ottobre 2005. A mio avviso, la proposta della Commissione riguardo alla durata è viziata. A parte il fatto che la Commissione ha effettivamente dato avvio al presente procedimento solo il 7 febbraio 2006, nella sentenza C-177/04, Commissione/Francia, la Corte ha dichiarato che la durata dell'infrazione ex art. 228 CE dev'essere valutata tenendo conto del momento in cui la Corte

24 — V. punto 81.

25 — Sentenza Commissione/Grecia (cit. alla nota 20), punto 92.

esamina i fatti e non di quello in cui quest'ultima è adita dalla Commissione [26].

45. Nel presente caso, l'esecuzione della sentenza di cui alla causa C-275/03 imponeva al Portogallo solo di adottare misure per l'attuazione nel diritto interno degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 e, in particolare, l'abrogazione del decreto legge n. 48 051. È evidente che l'omessa adozione definitiva, da parte del Portogallo, dei provvedimenti legislativi necessari per conformarsi alla sentenza emessa nella causa C-275/03, che era stata pronunciata il 14 ottobre 2004, è persistita per un periodo di tempo considerevole. Alla data dell'udienza nel presente caso erano trascorsi quasi tre anni dalla pronuncia della sentenza nella causa C-275/03 [27].

46. Di conseguenza, ritengo che un coefficiente di 2 appaia adeguato a rendere conto della durata dell'infrazione.

47. Per quel che riguarda la gravità dell'inadempimento, non ritengo che la proposta della Commissione di un coefficiente di 11, su una scala da 1 a 20, sia corretta. A mio parere, tale coefficiente è evidentemente eccessivo, considerate le circostanze del caso di specie e la precedente giurisprudenza della Corte.

48. Con riferimento a tale giurisprudenza, a mio avviso il governo portoghese ha messo correttamente in evidenza che la Corte ha applicato un coefficiente di gravità basso in casi relativi, per esempio, a minacce per la sanità pubblica, a danni all'ambiente o all'esaurimento delle risorse ittiche [28]. A mio avviso, nel caso che ci occupa è dunque più adeguato il coefficiente di 4 suggerito dal governo portoghese.

26 — V. punto 71. A mio avviso, il momento in cui la Corte ha esaminato i fatti è una data non individuabile e non conosciuta dalle parti. Pertanto, perché sia inflitta una penalità ai sensi dell'art. 228 CE, ritengo che la durata dell'inadempimento debba essere valutata con riferimento alla data dell'udienza della causa o, nel caso in cui l'udienza non si svolga, con riferimento alla data di chiusura della fase scritta del procedimento.

27 — V., per analogia, la sentenza nella causa C-177/04, Commissione/Francia (cit. alla nota 23), punti 73 e 74. In detta causa, la Corte ha dichiarato che doveva applicarsi un coefficiente di durata pari a 3 in quanto l'omessa adozione di misure di applicazione nel diritto interno era persistita per circa quattro anni.

28 — A questo proposito, il Portogallo ha sottolineato che nella sentenza Commissione/Grecia (cit. alla nota 20), la Commissione aveva proposto un coefficiente di gravità di 6 riguardo ad un inadempimento di obblighi con minacce per la sanità pubblica e ad una mancata adozione di misure di esecuzione di una precedente sentenza. Nella sentenza Commissione/Spagna (cit. alla nota 16), la Commissione aveva proposto un coefficiente di gravità di 4 per la mancata applicazione di una direttiva sulla qualità delle acque di balneazione e riguardante, quindi, la tutela dell'ambiente e della sanità pubblica. Inoltre, nella sentenza relativa alla causa C-304/02, Commissione/Francia (cit. alla nota 18), relativa alla politica comune della pesca, era stato proposto un coefficiente di gravità di 10.

49. Sebbene l'inadempimento della direttiva 89/665 possa sembrare parziale, in quanto il presente procedimento e quello di cui alla causa C-275/03 si riferiscono agli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), di tale direttiva e non alla direttiva nella sua interezza, è ammissibile un coefficiente di gravità di 4, considerata, a mio parere, la rilevanza delle disposizioni in questione che prevedono l'applicazione di misure per riconoscere il risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione delle norme in tema di appalti pubblici [29].

50. Nel giungere a tale conclusione sottolineo che non sono d'accordo con l'osservazione del Portogallo che mira a suggerire che la politica della Comunità europea in tema di appalti pubblici non sia di grande importanza. La politica in tema di appalti pubblici, a mio parere, è fondamentale per garantire che la concorrenza nel mercato interno non venga distorta [30]. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal Portogallo [31], ritengo che la possibilità per attori privati di chiedere la revisione delle decisioni delle autorità aggiudicatici e di ottenere il risarcimento dei danni, nel caso in cui siano stati lesi da una violazione delle norme in tema di appalti pubblici, sia cruciale per il corretto funzionamento di tali norme. La possibilità di accedere a tali procedure non solo salvaguarda gli interessi delle parti in questione, ma garantisce anche la piena efficacia della politica comunitaria in tema di appalti pubblici.

51. Il fatto che il Portogallo abbia omesso di abrogare il decreto legge n. 48 051 [32] sembra rendere i ricorsi dei privati in tale settore più difficili e quindi costosi. A mio avviso, questa situazione può disincentivare i privati dal promuovere simili ricorsi e quindi pregiudicare la piena efficacia della politica comunitaria in tema di appalti pubblici.

29 — V., contra, la sentenza nella causa C-177/04, Commissione/Francia (cit. alla nota 23), in cui la Corte ha ritenuto la violazione del diritto comunitario dovuta ad una parziale mancata trasposizione di una direttiva non particolarmente grave, applicando così un coefficiente di gravità di 1. Nella suddetta causa, la Corte ha stabilito che la Repubblica francese, avendo continuato a considerare il fornitore del prodotto difettoso responsabile allo stesso titolo del produttore, qualora quest'ultimo non potesse essere identificato, anche quando il fornitore avesse indicato al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità di colui che gli ha fornito il prodotto, non aveva adottato i provvedimenti necessari per dare completa esecuzione alla sentenza 25 aprile 2002, causa C-52/00, Commissione/Francia (Racc. pag. I-3827), per quanto riguarda la trasposizione dell'art. 3, n. 3, della direttiva del Consiglio 25 luglio 1985, 85/374/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, venendo meno così agli obblighi ad essa imposti dall'art. 228 CE.

30 — In effetti non si possono trascurare le dimensioni globali del settore degli appalti pubblici, che risultano rappresentare il 16% del PIL comunitario e il 13,2% del PIL portoghese.

31 — V. supra, paragrafo 31.

32 — In tal modo subordinando alla prova della colpa o del dolo da parte dello Stato o di enti pubblici la concessione del risarcimento danni alle persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono.

52. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che la penalità da imporre nel presente caso debba essere calcolata moltiplicando l'importo base di EUR 600 per i coefficienti di 4,04 (capacità finanziaria) [33], di 4 (gravità della violazione) e di 2 (durata della violazione), per un totale di EUR 19 392 per ogni giorno di ritardo.

53. Per quanto riguarda la periodicità della penalità, trattandosi, come nella fattispecie, di dare esecuzione a una sentenza della Corte che postula semplicemente l'adozione di una disposizione legislativa di modifica al fine di applicare parte di una direttiva, è opportuno optare per una penalità che sia inflitta su base giornaliera [34]. Gli argomenti del governo portoghese basati sul paragrafo 13.3 della comunicazione del 2005 vanno pertanto respinti.

54. Ritengo inoltre che non vi sia motivo di sospendere l'imposizione della penalità nel presente caso. L'adozione delle necessarie modifiche legislative e quindi l'esecuzione della sentenza pronunciata nella causa C-275/03 possono essere valutate con immediatezza dalla Commissione in base alla notifica di tali modifiche. Pertanto, vanno respinti anche gli argomenti del governo portoghese basati sul paragrafo 13.4 della comunicazione del 2005.

55. Quanto alla possibilità per la Commissione di infliggere una somma forfettaria, non ritengo tale sanzione adeguata nel presente procedimento, malgrado il fatto che l'omessa applicazione degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 sia persistita per quasi tre anni dopo la pronuncia della sentenza nella causa C-275/03 e malgrado il fatto che gli interessi pubblici e privati pregiudicati da tale inadempimento siano di un certo rilievo.

56. Questa riflessione trova conforto nella giurisprudenza della Corte, in particolare nella sentenza pronunciata nella causa C-304/02 e nelle peculiari circostanze di tale causa, che hanno indotto la Corte ad imporre una somma forfettaria oltre ad una penalità [35]. Infatti, la stessa lettera dell'art. 228, n. 2, CE prevede che venga inflitta una sola delle due possibili sanzioni menzionate. Inoltre, la Corte ha ritenuto che ognuna delle due sanzioni avesse la propria funzione [36].

33 — Va rilevato che l'importo di base e il coefficiente relative alla capacità finanziaria del Portogallo sono stati tratti dalla comunicazione del 2005. Vedi supra, paragrafo 37.

34 — V. sentenza nella causa C-177/04, Commissione/Francia (cit. alla nota 23), punto 77.

35 — V. punti 114 e 115 della sentenza nella causa C-304/02, Commissione/Francia.

36 — V. sentenza nella causa C-304/02, Commissione/Francia, punto 84.

VI — Conclusione

57. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo che la Corte voglia:

— dichiarare che, non avendo abrogato il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina alla prova della colpa o del dolo la concessione del risarcimento danni alle persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono, la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 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, e di conseguenza è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 228 CE;

— condannare la Repubblica portoghese a versare alla Commissione delle Comunità europee, nel conto relativo alle «risorse proprie CE», una penalità pari a EUR 19 392 per ogni giorno di ritardo nell'adozione dei provvedimenti che comporta l'esecuzione della sentenza pronunciata nella causa C-275/03, Commissione/Portogallo, a decorrere dal giorno della pronuncia della presente sentenza fino al giorno di esecuzione della sentenza emessa nella causa C-275/03;

— condannare la Repubblica portoghese alle spese.