CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PAOLO MENGOZZI presentate il 29 giugno 2010[1]

1. Nell'ambito del presente ricorso per inadempimento, la Corte è chiamata a chiarire in quale misura il diritto dell'Unione sia applicabile ad un appalto pubblico al quale le direttive pertinenti impongono di applicare solo alcune disposizioni minimali. In particolare, si tratta qui di un appalto di servizi di traduzione, per i quali la direttiva 2004/18/CE[2] prevede soltanto l'obbligo di precisare le specifiche tecniche del servizio e quello di pubblicare un avviso di avvenuta aggiudicazione. La Commissione ritiene tuttavia che, alla luce della giurisprudenza della Corte, l'amministrazione irlandese avrebbe dovuto rispettare alcuni obblighi ulteriori, la cui mancata osservanza è all'origine dell'odierno ricorso.

I — Contesto normativo

2. La normativa dell'Unione che costituisce il riferimento fondamentale nella presente causa è costituita, oltre che dai Trattati, dalla citata direttiva 2004/18/CE (in prosieguo anche: la «direttiva»).

3. Non c'è contrasto tra le parti sul fatto che i servizi di cui alla presente causa ricadono tra quelli elencati nell'allegato II B della direttiva. I servizi di traduzione, infatti, rientrano, in quanto «altri servizi», nella categoria 27 del citato allegato.

4. L'art. 21 della direttiva, rubricato «Appalti di servizi elencati nell'allegato II B», prevede:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

5. L'art. 23 della direttiva, rubricato «Specifiche tecniche», non è oggetto di controversia, e il suo testo integrale può dunque essere qui omesso. Si tratta di una disposizione molto lunga e dettagliata, che obbliga i soggetti che aggiudicano appalti pubblici a definire in modo chiaro ed esatto i requisiti della prestazione richiesta, al fine di evitare un trattamento differenziato di coloro che

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — 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 (GU L 134, pag. 114).

sono interessati a concludere il contratto con l'amministrazione.

6. L'art. 35, n. 4, della direttiva prevede invece l'obbligo, per le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato un appalto pubblico, di predisporre un avviso informativo circa l'esito della procedura. La Commissione non contesta all'Irlanda neppure la violazione di tale norma.

II — Fatti e procedura precontenziosa

7. Il 16 maggio 2006 è stato pubblicato nel Supplemento alla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso [3] relativo all'appalto, indetto dal governo irlandese, per lo svolgimento di servizi di traduzione e interpretazione a beneficio dell'ufficio responsabile per le questioni dei rifugiati.

8. L'avviso precisava la categoria dei servizi richiesti e fissava una data limite (il 9 giugno 2006) per manifestare un interesse a partecipare all'aggiudicazione. Quanto alle modalità di aggiudicazione, si indicava che sarebbe stata prescelta l'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei sette seguenti criteri:

1) completezza della documentazione fornita;

2) capacità dichiarata di soddisfare ai requisiti;

3) numero di lotti [4], servizi e lingue;

4) qualificazioni, esperienza rilevante;

5) prezzo;

6) adeguatezza delle modalità proposte;

7) luoghi di riferimento.

9. L'avviso precisava inoltre che i criteri di aggiudicazione elencati non dovevano intendersi come indicati in ordine di importanza decrescente.

3 — GU 16.5.2006, S 92. Il numero di riferimento dell'avviso è 2006/S 92-098663.

4 — L'avviso prevedeva la suddivisione dell'appalto in più lotti.

10. Dodici società hanno manifestato interesse a partecipare all'aggiudicazione, tre delle quali stabilite fuori dal territorio irlandese.

11. Subito dopo la scadenza del termine per presentare le offerte i membri della commissione di gara hanno ricevuto uno schema con l'indicazione del peso relativo da attribuire ai criteri di aggiudicazione. Tale peso oscillava tra lo 0% (per il criterio n. 1, quello relativo alla completezza della documentazione) e il 30% (per il criterio n. 4). Per quanto riguarda gli altri criteri, lo schema indicava un peso del 7% per il n. 2, del 25% per il n. 3, del 20% per il n. 5, del 10% per il n. 6 e dell'8% per il n. 7.

12. Nei giorni successivi i singoli membri della commissione di gara hanno effettuato un primo esame, a titolo individuale, delle varie offerte presentate.

13. Il 22 giugno 2006 la commissione di gara si è riunita per la prima volta. Prima di esaminare le varie offerte, essa ha deciso di modificare la ponderazione dei criteri, riducendo al 25% il peso del criterio n. 4 (prima valutato al 30%) e aumentando al 15% il peso del criterio n. 6 (prima valutato al 10%). Il peso degli altri criteri è rimasto invariato. La commissione di gara è quindi passata alla valutazione delle offerte e all'aggiudicazione dell'appalto, utilizzando la nuova ponderazione appena approvata.

14. La Commissione ha ricevuto una denuncia da parte di un concorrente risultato non vincitore. Successivamente ad uno scambio di informazioni con l'Irlanda, la Commissione ha emesso una lettera di messa in mora il 23 ottobre 2007 e, a seguito delle risposte del governo irlandese, ritenute non soddisfacenti, un parere motivato in data 23 settembre 2008.

III — Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

15. Non soddisfatta della risposta fornita dalle autorità irlandesi al parere motivato, la Commissione ha introdotto il presente ricorso per inadempimento in data 19 giugno 2009.

16. La Commissione chiede che la Corte voglia:

— dichiarare che, attribuendo ai criteri di aggiudicazione di un appalto un peso successivamente alla scadenza del termine per presentare le offerte, nonché modificando tale peso in seguito ad un primo esame delle offerte presentate, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi ad essa

incombenti sulla base dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia;

— condannare l'Irlanda alle spese.

17. L'Irlanda chiede che la Corte voglia:

— respingere il ricorso;

— condannare la Commissione alle spese.

IV — Sull'inadempimento

A — *La natura giuridica dell'appalto in esame*

18. Prima di esaminare l'inadempimento contestato è necessario, a titolo preliminare, chiarire la natura dell'appalto indetto dalle autorità irlandesi, al fine di determinare il regime giuridico ad esso applicabile.

19. Come ho osservato più sopra, non vi è contrasto tra le parti sul fatto che i servizi aggiudicati dall'amministrazione irlandese nell'ambito della presente controversia rientrano nell'allegato II B della direttiva. Di conseguenza, gli unici obblighi che la direttiva imponeva esplicitamente erano quelli relativi alle specifiche tecniche (art. 23 della direttiva) e all'avviso di avvenuta aggiudicazione (art. 35, n. 4): sotto tali profili, però, la Commissione non ha mosso all'Irlanda alcun addebito.

20. È noto tuttavia che il diritto dell'Unione applicabile agli appalti pubblici non è costituito soltanto dalle specifiche disposizioni contenute nelle direttive in materia. In particolare, la giurisprudenza della Corte ha sempre insistito sulla necessità di non perdere di vista, in tale ambito, l'importanza del diritto primario.

21. Si deve ricordare infatti che, secondo il costante insegnamento della Corte, il coordinamento a livello dell'Unione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro [5].

5 — V., ad esempio, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 43), e 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-9777, punto 27).

22. Di conseguenza, qualora un appalto pubblico presenti un interesse transfrontaliero, anche soltanto potenziale, devono trovare applicazione le norme desumibili dal Trattato [6]. Tale applicazione si aggiunge, è chiaro, a quella di eventuali formalità previste esplicitamente dalla legislazione applicabile: ad esempio, nel caso in esame, gli obblighi relativi alle specifiche tecniche e all'avviso di avvenuta aggiudicazione.

23. Gli obblighi che derivano in proposito dal diritto primario, e in particolare dai principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, sono essenzialmente due. Da un lato, le amministrazioni devono rispettare i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento. Dall'altro, al fine di permettere la verifica del rispetto di tali principi, l'amministrazione deve sottostare ad un obbligo di trasparenza [7].

24. Le parti non sembrano essere realmente in disaccordo sull'esistenza degli obblighi delineati nei paragrafi precedenti, e nemmeno sul fatto che l'appalto in esame presentava un interesse transfrontaliero, come dimostrato sia dalla scelta di darne informazione nel Supplemento alla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, sia dal fatto che alcuni dei concorrenti erano imprese non stabilite in Irlanda [8]. Ciò su cui si controverte è se, nelle circostanze specifiche del caso, il comportamento dell'amministrazione irlandese abbia rispettato o meno le regole appena indicate.

B — *Argomenti delle parti*

25. La Commissione, nel suo breve ricorso, sostiene che l'amministrazione irlandese avrebbe violato gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione sotto due distinti profili, in entrambi i casi violando i principi di parità

6 — La necessità di un interesse transfrontaliero non è sempre affermata chiaramente dalla giurisprudenza della Corte, che contiene talvolta affermazioni che sembrano implicare un'applicazione incondizionata dei principi desumibili dal Trattato: cfr., ad esempio, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punto 60), e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punto 20). In altre pronunce, tuttavia, il requisito è esplicitamente indicato: cfr. ad esempio, in materia di concessioni, sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punto 20), e 13 aprile 2010, causa C-91/08, Wall (Racc. pag. I-2815, punto 34). Specificamente sui servizi di interesse non prioritario (quelli, in altri termini, di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18), v. sentenza Commissione/Irlanda, cit. alla nota 5 (punto 29). La stessa Commissione ha riconosciuto la necessità di un interesse transfrontaliero nella sua Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (GU 1.8.2006, C 179, pag. 2, punto 1.3).

7 — La giurisprudenza in proposito è costante: v., ad esempio, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punti 47-49).

8 — La Commissione ha peraltro argomentato piuttosto estensivamente per dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero dell'appalto in esame: ciò, è chiaro, al fine di rispettare il principio che le impone l'onere della prova sul punto. Cfr. sentenza Commissione/Irlanda, cit. alla nota 5 (punto 32).

di trattamento e di trasparenza imposti dalla giurisprudenza della Corte.

26. In primo luogo, il comportamento delle autorità irlandesi sarebbe illegittimo a causa del fatto che la ponderazione dei criteri per l'aggiudicazione dell'appalto è stata effettuata soltanto dopo la scadenza del termine per presentare le offerte.

27. In secondo luogo, illegittimo sarebbe stato altresì il fatto di modificare tale ponderazione dopo avere effettuato un primo esame delle offerte presentate.

28. La Commissione osserva inoltre che, nell'invito a presentare offerta inviato alle imprese successivamente all'avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale, non era più presente l'indicazione che i criteri di aggiudicazione non erano indicati in ordine decrescente di importanza, cosicché i partecipanti alla gara potevano ragionevolmente attendersi che proprio questo fosse, a questo punto, l'ordine di indicazione dei criteri. Poiché invece la ponderazione non ha attribuito ai criteri un peso proporzionale alla loro posizione nell'elenco, le autorità irlandesi avrebbero indotto in errore i concorrenti. In sede di replica la Commissione ha tuttavia precisato che la questione dell'ordine specifico di indicazione dei criteri non costituisce la base del suo ricorso, che si fonda pertanto solo sui due profili indicati: determinazione del peso relativo dei criteri effettuato dopo la scadenza del termine per presentare le offerte e modifica di tale determinazione in seguito ad un primo esame delle offerte da parte dei singoli membri della commissione di gara.

29. L'Irlanda, dal canto suo, riconosce in sostanza i fatti come ricostruiti dalla Commissione [9], anche se nega che gli stessi configurino una violazione del diritto dell'Unione.

30. In particolare, il governo irlandese sottolinea che la modifica apportata il 22 giugno ai criteri è stata minima (una riduzione del 5% del peso attribuito al criterio n. 4 ed un corrispondente aumento del 5% del peso attribuito al criterio n. 6), del tutto insufficiente per favorire o sfavorire un concorrente rispetto ad un altro. In effetti, un'analisi retrospettiva dimostrerebbe che il concorrente vincitore avrebbe ottenuto l'appalto anche sulla base dei criteri come inizialmente ponderati.

31. Poiché non vi sarebbe stata pertanto alcuna violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, l'analisi del rispetto del principio di trasparenza non sarebbe neppure necessaria, poiché la giurisprudenza

9 — La particolare insistenza del governo irlandese sul fatto che l'attribuzione del peso ai criteri è stata modificata *prima* che la commissione di gara iniziasse l'esame delle offerte non mette in dubbio tuttavia il fatto che i singoli membri di tale commissione avevano, nel frattempo, già svolto un primo esame delle offerte stesse *a titolo individuale*. Tale circostanza risulta infatti dimostrata in modo chiaro dalla documentazione allegata dalla Commissione al proprio ricorso.

della Corte considererebbe tale secondo principio come meramente accessorio rispetto al primo.

violati, esaminare il rispetto del principio di trasparenza sarebbe superfluo.

34. Il ragionamento dell'Irlanda non può essere accettato.

C — *Valutazione*

35. È vero che, nella logica che ispira la costante giurisprudenza in materia, il principio di trasparenza ha una funzione accessoria rispetto a quelli di parità di trattamento e di non discriminazione. Tuttavia, tale accessorietà non è una subordinazione, con la conseguenza prefigurata dal governo irlandese. Al contrario, l'obbligo di trasparenza è accessorio nel senso che *il suo rispetto permette di accertare se gli altri due obblighi «principali» sono stati rispettati.* Se l'amministrazione non agisce in modo trasparente, diviene difficile, se non impossibile, verificare se essa abbia eventualmente violato gli obblighi di parità di trattamento e di non discriminazione.

32. Per ragioni logiche e di chiarezza dell'argomentazione, inizierò il mio esame dei profili giuridici della vicenda con alcune osservazioni relative al principio di trasparenza nell'ambito degli appalti pubblici. Passerò quindi all'esame delle due censure della Commissione, per dedicare infine qualche cenno ad un aspetto che, mi sembra, è stato erroneamente ignorato dalle parti.

1. Sul principio di trasparenza

36. Inoltre, il rispetto dell'obbligo di trasparenza è una condizione preliminare indispensabile per garantire che tutti i potenziali offerenti siano informati in modo adeguato dall'appalto, così da rispettare la parità di trattamento [10].

33. L'Irlanda sostiene, come si è visto, che il principio di trasparenza in materia di appalti ha natura sussidiaria rispetto ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione: di conseguenza, a suo avviso, una volta accertato che tali due principi non sono stati

37. Di conseguenza, se ricorrono le condizioni fissate dalla giurisprudenza per l'applicazione ad un appalto pubblico dei principi

10 — V. sentenza Coname, cit. alla nota 6 (punto 17).

che derivano dal diritto primario dell'Unione, il rispetto del principio di trasparenza deve essere sempre verificato. Anzi, da un punto di vista logico si potrebbe ritenere, semmai, che la sua verifica debba essere *preliminare* a quella del rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

2. Sulla prima censura della Commissione

38. Con la prima censura la Commissione contesta all'Irlanda, come si è visto, il fatto di avere definito il peso dei vari criteri di aggiudicazione soltanto dopo la scadenza del termine per presentare le offerte. Tale individuazione tardiva avrebbe violato i principi di parità di trattamento e di trasparenza.

39. Questa prima censura non mi sembra meritevole di accoglimento, per le ragioni che seguono.

40. In primo luogo, è pacifico che la direttiva non imponeva di indicare preventivamente il peso dei criteri di aggiudicazione. Come infatti la stessa Commissione riconosce nel suo ricorso, l'art. 40 della direttiva, che prevede un obbligo di questo tipo al suo n. 5, lett. e), non era applicabile all'appalto in esame. In effetti, a voler essere precisi, nel presente caso la direttiva non imponeva neppure una previa indicazione dei criteri di aggiudicazione, che pure è stata effettuata dalle autorità irlandesi.

41. In secondo luogo, un tale obbligo non è ricavabile neppure dalla giurisprudenza. In particolare, si può richiamare per analogia una pronuncia della Corte che, in una fattispecie interamente soggetta alle direttive sugli appalti pubblici, ha riconosciuto la legittimità del comportamento di un'amministrazione che aveva ponderato i subelementi di un criterio di aggiudicazione *dopo* la presentazione delle offerte, ma *prima* dell'apertura delle buste contenenti le stesse [11].

42. Ci si deve chiedere, naturalmente, se l'obbligo di indicare già nell'avviso il peso dei vari criteri di aggiudicazione possa essere considerato una conseguenza naturale del dovere di rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Non mi sembra tuttavia, in particolare alla luce della giurisprudenza della Corte, che tale possa essere il caso.

43. Nella giurisprudenza relativa agli appalti soggetti all'integrale disciplina delle

11 — Sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC e a. (Racc. pag. I-10109, punto 32).

varie direttive in materia, infatti, è considerato espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza l'obbligo di informare previamente i concorrenti dei criteri di aggiudicazione (obbligo, è bene ricordarlo, esplicitamente previsto dalle norme in tali casi) [12]. Sempre secondo tale giurisprudenza, inoltre, dai predetti principi derivano l'obbligo di interpretare i criteri di aggiudicazione in modo uniforme nel corso di tutta la procedura [13] e il divieto di modificare in corso di gara i criteri di aggiudicazione [14].

44. È chiaro che, nella direttiva 2004/18, l'obbligo di indicare previamente il peso dei criteri di aggiudicazione negli appalti interamente soggetti all'applicazione della direttiva stessa risponde anch'esso all'esigenza di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Tuttavia, mi sembra necessario evitare di considerare automaticamente identica la portata che i principi in parola hanno negli appalti soggetti alla direttiva e negli appalti ad essa non soggetti (o, come qui, solo in parte soggetti). Se infatti si ritenesse che la trasparenza imposta agli appalti esclusi dall'applicazione della direttiva fosse necessariamente identica a quella imposta agli appalti che vi sono soggetti, si aprirebbero le porte per applicare in modo surrettizio la direttiva a tutta una serie di fattispecie alle quali il legislatore ha *esplicitamente* ritenuto di non doverla applicare. In una certa misura, infatti, tutta la direttiva ha la funzione di realizzare i principi fondamentali del Trattato [15]: se l'unico modo di realizzare tali principi in materia di appalti fosse quello previsto dalla direttiva, non rimarrebbe che applicare la stessa in tutti i casi in cui sussista un interesse transfrontaliero.

45. In generale, le modalità pratiche per garantire il rispetto dei principi del Trattato negli ambiti di non applicazione o di applicazione solo parziale della direttiva non possono essere definite una volta per tutte, e devono essere valutate caso per caso [16].

46. Ora, nel caso in esame l'amministrazione irlandese ha pubblicato un avviso, e ha indicato in esso i criteri di aggiudicazione, pur senza specificarne il peso relativo. Ritengo che, alla luce delle considerazioni svolte nei

12 — Sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 88), e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 98). È interessante notare che, nelle direttive applicabili nelle cause decise con le sentenze appena citate, si chiedeva all'amministrazione di indicare previamente il peso dei criteri di aggiudicazione solo «possibilmente», elencandoli nell'ordine di importanza ad essi attribuita (cfr. l'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37/CEE e l'art. 27, n. 2 della direttiva 90/531/CEE).

13 — Sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction (Racc. pag. I-7725, punto 43).

14 — Sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN e Wienstrom (Racc. pag. I-14527, punto 93).

15 — V., per analogia, sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 33).

16 — V., ad esempio, sentenze Telaustria e Telefonadress, cit. alla nota 6 (punto 63), e Parking Brixen, cit. alla nota 7 (punto 50),

paragrafi che precedono, non vi sia stata una violazione dei principi del divieto di discriminazione, della parità di trattamento e della trasparenza. L'amministrazione aggiudicatrice ha fornito più informazioni di quante la direttiva le imponesse di comunicare, e non ha creato disparità tra i potenziali concorrenti.

47. Come ha infatti rilevato la giurisprudenza, l'obiettivo dell'obbligo di trasparenza è, in principio, quello di garantire ad ogni potenziale offerente un livello di pubblicità adeguata, che permetta un'effettiva apertura alla concorrenza, oltre che un controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione [17]. Nel presente caso, la scelta di utilizzare il Supplemento alla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* deve essere senza dubbio considerata adeguata a pubblicizzare in modo sufficiente la procedura concorrenziale per l'aggiudicazione dell'appalto.

48. Per quanto poi riguarda i principi di non discriminazione e di parità di trattamento, il fatto di ponderare i criteri solo dopo la presentazione delle offerte non ha, di per sé, creato alcuna differenza di trattamento tra gli offerenti, che sono stati posti su un piano di parità.

17 — V., ad esempio, sentenza Telaustria e Telefonadress, cit. alla nota 6 (punto 62); v. anche, per analogia, in materia di concessioni di servizi, sentenze 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant (Racc. pag. I-8457, punto 25), e 3 giugno 2010, causa C-203/08, Sporting Exchange (Racc. pag. I-4695, punto 41 e giurisprudenza ivi citata).

49. Si deve osservare peraltro che la valutazione della prima censura della Commissione dovrebbe essere differente qualora l'amministrazione aggiudicatrice avesse indicato nel bando i criteri di aggiudicazione elencandoli in ordine di peso decrescente. In tal caso, l'amministrazione avrebbe modificato il peso dei criteri nel corso della procedura: come si è visto più sopra, infatti, il peso attribuito ai criteri non ha qui alcun legame con l'ordine della loro elencazione nell'avviso, e i criteri più importanti per l'aggiudicazione erano quelli indicati in terza e in quarta posizione.

50. Tuttavia, sebbene la Commissione abbia suggerito nel suo ricorso che l'elenco dei criteri contenuto nell'avviso e nella successiva lettera di invito era tale da indicare un'elencazione per peso decrescente di importanza, svariati elementi contraddicono tale affermazione.

51. In primo luogo, nell'avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale era espressamente indicato che l'ordine dei criteri non rispecchiava il loro peso relativo.

52. In secondo luogo, il primo dei criteri indicati era quello della completezza della documentazione fornita. Ora, nessun concorrente minimamente avveduto avrebbe potuto considerarlo come il principale criterio di

aggiudicazione: in effetti, la sua stessa natura sembra essere più quella di una condizione di ammissione alla gara che quella di un criterio di aggiudicazione, e non a caso ad esso è stato attribuito, in seguito, un peso dello 0% [18].

53. In terzo luogo, in sede di replica la stessa Commissione sembra avere, se non abbandonato, certo ridimensionato la sua posizione relativamente all'ordine di importanza decrescente dei criteri di aggiudicazione. Tale scelta della Commissione mi pare del tutto corretta, ma al tempo stesso essa priva la prima censura dell'unico suo possibile solido pilastro.

54. Di conseguenza, ritengo che la prima censura della Commissione debba essere respinta.

3. Sulla seconda censura della Commissione

55. Con la sua seconda censura, lo ricordo, la Commissione sostiene che l'Irlanda avrebbe violato i principi di parità di trattamento e di trasparenza modificando la ponderazione dei criteri di aggiudicazione dopo un primo sommario esame delle offerte presentate.

56. I fatti, come ho osservato più sopra, sono pacifici e non contestati. La modifica del peso dei criteri è effettivamente avvenuta, qualche giorno dopo la prima determinazione dello stesso. Al momento della modifica, la commissione di gara non aveva ancora iniziato i propri lavori, ma i componenti della stessa avevano potuto visionare, a titolo individuale, le offerte presentate.

57. La seconda censura, a differenza della prima, merita di essere accolta.

58. Ho già ricordato più sopra che il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte, considera incompatibile con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione ogni modifica dei criteri di aggiudicazione che avvenga nel corso della procedura [19]. Questo è proprio ciò che si è verificato nel presente caso.

59. Non intacca tale constatazione il fatto che la commissione di gara abbia iniziato i propri lavori, in quanto organo collegiale, solo dopo la modifica finale dei criteri di aggiudicazione. L'effetto utile del principio che

18 — V. in proposito anche infra, paragrafi 64 e ss.

19 — V. supra, paragrafo 43.

impone di non modificare i criteri nel corso della procedura sarebbe infatti completamente obliterato se non si considerasse a tutti gli effetti come parte della procedura una fase in cui, preliminarmente alla riunione della commissione di gara, i membri della stessa prendono visione delle offerte presentate dai concorrenti.

60. Anche il fatto che la prima definizione del peso dei criteri non fosse un atto ufficiale, ma solo una sorta di «proposta preliminare», non fa venire meno l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione. È infatti a mio avviso indispensabile, al fine di garantire la parità di trattamento dei concorrenti, che il peso dei criteri di aggiudicazione sia determinato *prima che le offerte siano esaminate*, anche se solo a titolo individuale dai membri della commissione di gara. Le operazioni di ponderazione dei criteri, da un lato, e di valutazione delle offerte, dall'altro, devono rimanere rigidamente separate. Una eventuale «riflessione comune» dei membri della commissione di gara sul peso da riconoscere ai vari criteri avrebbe dovuto avvenire, per essere legittima, prima di qualunque esame delle offerte.

61. Devono essere respinti anche gli argomenti del governo irlandese imperniati sul fatto che il vincitore della gara non sarebbe cambiato neppure assegnando ai vari criteri il peso originariamente stabilito, anziché quello determinato dalla successiva modifica.

62. Si deve infatti ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito dei ricorsi per inadempimento non esiste alcuna condizione relativa all'interesse ad agire [20]. L'obiettivo della procedura è quello di accertare l'esistenza o meno di una violazione del diritto dell'Unione, e non quello di esaminare le conseguenze che da tale violazione derivano. Pertanto, il fatto che la procedura avrebbe avuto un uguale risultato applicando ai criteri di aggiudicazione il peso ad essi inizialmente attribuito non ha alcuna conseguenza per valutare la fondatezza o meno dell'inadempimento.

63. In conclusione, la seconda delle censure proposte dalla Commissione è fondata, e merita di essere accolta.

4. Sulla possibile illegittimità dell'attribuzione di peso nullo ad un criterio

64. Un ultimo punto su cui vale la pena soffermarsi, sebbene le parti non vi abbiano dedicato una particolare attenzione, riguarda la possibilità di considerare contrastante con il diritto dell'Unione il fatto che l'amministrazione irlandese, nel momento di ponderare i vari criteri di aggiudicazione, abbia assegnato

20 — V., ad esempio, sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4713, punti 14-16 e giurisprudenza ivi citata).

un peso nullo (0%) ad uno di essi. Mi riferisco, come è evidente, al criterio della «completezza della documentazione fornita».

65. A mio parere, indicare nell'avviso un criterio di aggiudicazione e attribuire poi allo stesso, dopo la scadenza del termine per presentare le offerte, un peso pari allo 0%, equivale a tutti gli effetti ad una modifica dei criteri. Il risultato pratico, infatti, è uguale a quello che si otterrebbe cancellando il criterio dalla lista: un criterio indicato nell'avviso non viene poi utilizzato per aggiudicare l'appalto. In altri termini, le autorità irlandesi hanno probabilmente violato il diritto dell'Unione attribuendo un peso nullo al criterio della completezza della documentazione.

66. La Corte non può tuttavia, in questo caso, emettere una pronuncia di condanna per questo inadempimento.

67. In primo luogo, ci si potrebbe chiedere, come ho rilevato più sopra, se il «criterio di aggiudicazione» della completezza della documentazione non debba essere considerato, in realtà, come una semplice condizione di partecipazione alla gara. Per definizione, la documentazione o è completa, cioè soddisfa i requisiti richiesti dal bando, oppure non lo è. È difficile immaginare una situazione intermedia. Rimane però il fatto che, anche se si dovesse ritenere che la completezza della documentazione non sia un criterio di aggiudicazione, nel bando essa era stata presentata come tale, e potrebbero pertanto porsi comunque dubbi di compatibilità con i principi del Trattato.

68. In secondo luogo, tuttavia, resta il fatto che tale inadempimento non è contestato dalla Commissione. Non è infatti indicato in modo esplicito, né può essere considerato in alcun modo implicito nella domanda, che si limita a criticare, come si è visto, la fissazione del peso dei criteri dopo la scadenza del termine per presentare offerte e la modifica di tale peso realizzata dopo l'esame delle offerte svolto individualmente dai membri della commissione di gara. Allo stesso modo, il governo irlandese non ha avuto occasione di pronunciarsi su tale aspetto.

V — Conclusioni

69. Concludendo la mia analisi, suggerisco dunque alla Corte di accogliere la seconda delle due censure proposte dalla Commissione. Per quanto riguarda le spese, poiché l'Irlanda è rimasta solo parzialmente soccombente, suggerisco di condannarla, ai sensi dell'art. 69, n. 3, del Regolamento di procedura della Corte, a pagare la metà delle spese sopportate dalla Commissione.

70. Sulla base delle considerazioni svolte, propongo alla Corte di statuire come segue:

«— modificando il peso attribuito ai criteri per l'aggiudicazione di un appalto successivamente ad un primo esame delle offerte presentate, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza;

— il ricorso è respinto per il resto;

— l'Irlanda è condannata alla metà delle spese;

la Commissione sopporta la metà delle proprie spese».