SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

2 giugno 2005 *

Nel procedimento C-394/02,

avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto l'8 novembre 2002,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. M. Nolin e M. Konstantinidis, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica ellenica, rappresentata dal sig. P. Mylonopoulos e dalle sig. re D. Tsagkaraki e S. Chala, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

* Lingua processuale: il greco.

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dai sigg. P. Jann (relatore), presidente di sezione, K. Lenaerts, J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič e E. Levits, giudici,

avvocato generale: sig. F. G. Jacobs
cancelliere: sig.ra K. Sztranc, amministratore,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale dell'8 dicembre 2004,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 febbraio 2005,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il presente ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, con l'attribuzione, da parte dell'impresa pubblica per l'elettricità Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy (in prosieguo: la «DEI»), dell'appalto avente ad oggetto la costruzione di un sistema di convogliatori a nastro per la centrale termoelettrica di Megalopoli a mezzo di procedura negoziata, senza la previa pubblicazione di un bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano

nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (GU L 101, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»), e, in particolare, in forza degli artt. 20 e seguenti di tale direttiva.

Contesto normativo

2 A norma dell'art. 15 della direttiva 93/38, «gli appalti di (...) lavori (...) sono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli (...) III, (...) IV [e V]».

3 L'art. 20, n. 1, della stessa direttiva stabilisce che «gli enti aggiudicatori possono scegliere una delle procedure definite nell'articolo 1, paragrafo 7 [cioè una procedura aperta, ristretta o negoziata], purché, fatto salvo il paragrafo 2, siano state rispettate le condizioni di concorrenza conformemente all'articolo 21».

4 Ai sensi del n. 2 del detto art. 20:

«Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza (...):

(...)

c) quando, a causa di particolarità tecniche (...), l'appalto non può essere affidato che ad un (...) imprenditore (...) determinato;

d) nella misura strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati;

(...)».

5 L'art. 21, n. 1, della direttiva 93/38 precisa i mezzi attraverso i quali le condizioni di concorrenza possono essere assicurate, vale a dire, essenzialmente, la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* di avvisi redatti conformemente ai modelli che compaiono negli allegati alla medesima direttiva.

Fatti e procedimento precontenzioso

6 Nell'ottobre 1997 la DEI, ai fini di un procedimento di valutazione dell'impatto ambientale ai sensi della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (GU L 175, pag. 40), ha presentato all'autorità competente, cioè al Ministero per l'Ambiente, l'Assetto territoriale ed i Lavori pubblici, un progetto riguardante

l'installazione di un sistema per la desulfurazione, la stabilizzazione, il trasporto ed il deposito dei rifiuti solidi della centrale termoelettrica di Megalopoli.

7 Con decisioni 29 ottobre 1998 e 30 dicembre 1999, il detto Ministero ha dato la sua approvazione al progetto, subordinandola tuttavia alla condizione che la DEI, da un lato, presentasse nel termine di nove mesi, cioè entro il settembre 2000, una domanda di autorizzazione definitiva per lo smaltimento dei rifiuti prodotti dalla detta centrale e, dall'altro, che essa effettuasse l'installazione, nel termine di dodici mesi e cioè entro il dicembre 2000, di un sistema di convogliatori a nastro per il trasporto delle ceneri tra quest'ultima e la miniera di Thoknia, dove le ceneri avrebbero dovuto essere trattate.

8 Tenendo conto di tali termini, la DEI ha deciso, il 27 luglio 1999, di intraprendere una procedura negoziata di aggiudicazione senza pubblicazione del bando di gara ed ha invitato il gruppo di imprese Koch/Metka nonché la ditta Dosco Overseas Engineering Ltd (in prosieguo: la «ditta Dosco») a presentare offerte.

9 Il 18 gennaio 2000 quest'ultima ditta ha dichiarato che non intendeva partecipare alla procedura di aggiudicazione.

10 Il 29 agosto 2000, dopo molti mesi di negoziati, la DEI ha affidato la costruzione del sistema di convogliatori a nastro per il trasporto delle ceneri dalla centrale termoelettrica di Megalopoli alla miniera di Thoknia (in prosieguo: l'«appalto controverso») al gruppo di imprese Koch/Metka.

11 Dopo aver dato modo alla Repubblica ellenica di presentare le sue osservazioni, la Commissione, il 21 dicembre 2001, ha emesso un parere motivato nel quale

constatava che l'appalto controverso avrebbe dovuto costituire oggetto di un bando di gara pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, in conformità alla direttiva 93/38. Essa ha, pertanto, invitato il detto Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi al parere motivato nel termine di due mesi a partire dalla notifica. Non soddisfatta della risposta fornita dalle autorità elleniche nella lettera del 3 aprile 2002, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Il ricorso

Sulla ricevibilità

12 Il governo ellenico solleva quattro eccezioni di irricevibilità, vertenti rispettivamente sulla carenza di interesse ad agire della Commissione, sulla mancanza di oggetto del ricorso, sulla mancanza di precisione del parere motivato e su uno sviamento di procedura.

Sulla carenza di interesse ad agire della Commissione

13 Secondo il governo ellenico, la Commissione non aveva alcun legittimo interesse ad avviare una procedura di inadempimento in quanto l'asserita violazione del diritto comunitario era interamente o almeno in larga misura già conclusa alla scadenza del termine per conformarsi al parere motivato.

14 Al riguardo occorre ricordare che, nell'esercizio delle competenze di cui è investita in forza dell'art. 226 CE, la Commissione non deve dimostrare il proprio interesse ad agire (v. sentenze 4 aprile 1974, causa 167/73, Commissione/Francia, Racc. pag. 359, punto 15, e 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 29).

15 La Commissione ha, infatti, il compito di vigilare d'ufficio, nell'interesse generale, sull'applicazione, da parte degli Stati membri, del diritto comunitario e di far dichiarare l'esistenza di eventuali inadempimenti degli obblighi che ne derivano, allo scopo di farli cessare (v. citate sentenze Commissione/Francia, punto 15, e Commissione/Germania, punto 29, nonché la giurisprudenza ivi richiamata).

16 L'art. 226 CE non è dunque inteso a tutelare i diritti propri della detta istituzione. Spetta soltanto ad essa decidere se sia opportuno iniziare un procedimento per la dichiarazione di un inadempimento e, se del caso, per quale comportamento od omissione tale procedimento debba essere intrapreso (v., in questo senso, sentenze 11 agosto 1995, causa C-431/92, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2189, punto 22; 5 novembre 2002, causa C-476/98, Commissione/Germania, Racc. pag. I-9855, punto 38, nonché 10 aprile 2003, Commissione/Germania, citata, punto 30).

Sulla mancanza d'oggetto del ricorso

17 Il governo ellenico sostiene che il ricorso è privo d'oggetto in quanto il contratto per l'esecuzione di lavori, aggiudicato dalla DEI al gruppo di imprese Koch/Metka nell'ambito della gara d'appalto controversa, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato aveva esaurito quasi tutti i suoi effetti. A tale data, i lavori in

questione sarebbero stati completati in larga misura, vale a dire all'85 %. Non sarebbe stato, di fatto, più possibile conformarsi al parere motivato.

18 Al riguardo, è vero che, in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte ha dichiarato che un ricorso per inadempimento è irricevibile se, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, il contratto in questione aveva esaurito già tutti i suoi effetti (v., in questo senso, sentenza 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia, Racc. pag. I-2353, punti 11 e 13).

19 Orbene, nella fattispecie, il contratto aggiudicato dalla DEI al gruppo di imprese Koch/Metka nell'ambito della gara d'appalto controversa, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, era in corso di esecuzione poiché i lavori erano stati completati soltanto nella misura dell'85 %. Tale contratto non aveva dunque esaurito tutti i suoi effetti.

Sulla mancanza di precisione del parere motivato

20 Il governo ellenico sostiene che il parere motivato, poiché la Commissione non aveva specificato i provvedimenti da adottare per conformarsi ad esso, difettava di precisione.

21 Al riguardo, risulta da costante giurisprudenza che, se il parere motivato deve contenere un'esposizione coerente e dettagliata dei motivi che hanno indotto la Commissione al convincimento che lo Stato membro interessato è venuto meno ad uno degli obblighi che gli incombono in forza del Trattato CE, la Commissione non

è tuttavia tenuta ad indicare nel parere motivato i provvedimenti atti a consentire di eliminare l'inadempimento contestato (v., in questo senso, sentenze 11 luglio 1991, causa C-247/89, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-3659, punto 22, e 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria, Racc. pag. I-7479, punto 39).

22 Infatti, il procedimento precontenzioso ha lo scopo di determinare l'oggetto del ricorso per inadempimento al fine di dare al detto Stato membro l'opportunità di conformarsi agli obblighi che gli derivano dal diritto comunitario o di sviluppare un'utile difesa contro gli addebiti formulati dalla Commissione (v., in questo senso, citate sentenze Commissione/Austria, punto 34, e 5 novembre 2002, Commissione/Germania, punti 46 e 47).

23 Ne consegue che la Commissione deve indicare specificamente nel parere motivato le misure che permetterebbero di rimediare all'inadempimento contestato soltanto qualora intenda porre la mancata adozione di tali provvedimenti quale oggetto del suo ricorso per inadempimento (v., in questo senso, sentenza Commissione/Austria, citata, punto 39).

24 Orbene, nella fattispecie, l'oggetto del ricorso è circoscritto alla constatazione di un inadempimento dovuto all'aggiudicazione dell'appalto controverso senza la previa pubblicazione del bando di gara. Esso non ricomprende dunque la constatazione di un inadempimento aggiuntivo, basato sull'omessa adozione di provvedimenti che consentirebbero di rimediare al primo inadempimento.

Sullo sviamento di procedura

25 Il governo ellenico ritiene che, in luogo di proporre un ricorso per inadempimento, la Commissione avrebbe dovuto intervenire direttamente ed ordinare la sospensione

dell'attribuzione dell'appalto controverso a norma dell'art. 3 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 (GU L 395, pag. 33).

26 In proposito occorre constatare che, quanto al settore dell'energia, trova applicazione non la direttiva 89/665, bensì la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14).

27 Orbene, anche supponendo che il governo ellenico abbia fatto riferimento all'art. 8 della direttiva 92/13, che prevede una procedura sostanzialmente identica a quella di cui all'art. 3 della direttiva 89/665, deriva da costante giurisprudenza che, quand'anche sia preferibile l'utilizzo da parte della Commissione della procedura di intervento diretto istituita dalle dette direttive, una tale procedura costituisce una misura preventiva che non può derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell'art. 226 CE (v., nel contesto della direttiva 89/665, sentenze 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-157, punto 13; 4 maggio 1995, causa C-79/94, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-1071, punto 11; 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-8565, punto 22, nonché Commissione/Austria, citata, punto 57). Il fatto che la Commissione abbia o no fatto uso di tale procedura è pertanto privo di rilievo nell'ambito della valutazione della ricevibilità di un ricorso per inadempimento.

28 Infatti, la Commissione è la sola competente a decidere se sia opportuno iniziare un procedimento per la dichiarazione di un inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE (v., in questo senso, citate sentenze 11 agosto 1995, Commissione/Germania, punto 22,

e 5 novembre 2002, Commissione/Germania, punto 38). Ne consegue che la scelta tra i due procedimenti rientra nell'ambito del suo potere discrezionale.

29 Risulta dalle considerazioni che precedono che le eccezioni di irricevibilità devono essere respinte.

Nel merito

30 A sostegno del suo ricorso, la Commissione invoca una sola censura, vertente sostanzialmente sull'asserita violazione dell'art. 15 della direttiva 93/38, letto nel combinato disposto con gli artt. 20, n. 1, e 21 della medesima direttiva, e adduce a motivazione il fatto che la DEI avrebbe aggiudicato l'appalto controverso omettendo la previa pubblicazione del bando di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

31 Al riguardo occorre constatare che il governo ellenico non contesta che l'appalto controverso rientri nel campo di applicazione dell'art. 15 della direttiva 93/38 e che esso dovesse pertanto, in linea di principio, essere aggiudicato in conformità ai titoli III-V di tale direttiva, che stabiliscono, in particolare, il rispetto delle condizioni di concorrenza attraverso la pubblicazione del bando di gara nella detta Gazzetta ufficiale.

32 Il governo convenuto fa tuttavia valere che, in forza dell'art. 20, n. 2, lett. c) e d), della direttiva 93/38, l'appalto controverso poteva essere eccezionalmente aggiudicato senza la pubblicazione del bando di gara. A suo avviso, da un lato, soltanto il gruppo di imprese Koch/Metka era in grado di effettuare i lavori di cui trattasi, considerate

le particolarità del prodotto da trasportare e del sottosuolo del sito, nonché la necessità di collegare i convogliatori a nastro al sistema già esistente. D'altro lato, l'esecuzione di questi lavori era assai urgente in ragione dei termini perentori imposti dal Ministero per l'Ambiente, l'Assetto territoriale ed i Lavori pubblici.

33 Al riguardo occorre preliminarmente ricordare che le disposizioni di cui all'art. 20, n. 2, lett. c) e d), della direttiva 93/38, in quanto deroghe alle norme relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre l'onere della prova grava su colui che intende avvalersene (v., in questo senso, nel contesto delle direttive 71/305 e 93/37, sentenze 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 1039, punto 14; 18 maggio 1995, causa C-57/94, Commissione/Italia, Racc. pag. I-1249, punto 23, nonché 14 settembre 2004, causa C-385/02, Commissione/Italia, Racc. pag. I-8121, punto 19).

34 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38, risulta dalla giurisprudenza che l'applicazione di tale disposizione è soggetta a due condizioni cumulative, cioè, da un lato, che esistano particolarità tecniche dei lavori oggetto dell'appalto e, dall'altro, che tali particolarità tecniche rendano assolutamente necessario concedere il detto appalto ad un'impresa determinata (v., in questo senso, nel contesto delle direttive 71/305 e 93/37, citate sentenze 18 maggio 1995, Commissione/Italia, punto 24, e 14 settembre 2004, Commissione/Italia, punti 18, 20 e 21).

35 Orbene, nella fattispecie, come ha osservato l'Avvocato generale ai paragrafi 40-45 delle sue conclusioni, anche se i lavori presentano particolarità tecniche ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38, occorre constatare che il governo ellenico non ha dimostrato in modo convincente che soltanto il gruppo di imprese Koch/Metka fosse in grado di eseguirli e che fosse, di conseguenza, assolutamente necessario affidare ad esso l'appalto.

36 Infatti, né le caratteristiche particolari del prodotto da trasportare né l'instabilità del sottosuolo o la necessità di collegare il sistema di convogliatori a nastro a quello già esistente sono in grado di dimostrare, di per sé, che il detto gruppo di imprese fosse l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del necessario know-how per eseguire i lavori in questione.

37 Del resto la DEI stessa, avendo invitato anche l'impresa Dosco a presentare offerte, riteneva evidentemente che anche un'impresa diversa dal gruppo Koch/Metka fosse in grado, in linea principio, di svolgere i detti lavori.

38 Risulta inoltre dal fascicolo che la DEI aveva, nel passato, già intrapreso procedure di aggiudicazione di appalti con pubblicazione del bando di gara con riferimento a lavori analoghi da realizzare sullo stesso sito.

39 Non si può dunque sostenere che l'esecuzione dell'appalto controverso potesse, per le sue particolarità tecniche, essere affidata soltanto al gruppo di imprese Koch/Metka.

40 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la deroga prevista all'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva 93/38, la giurisprudenza l'ha subordinata a tre presupposti cumulativi, vale a dire l'esistenza di un evento imprevedibile, un'eccezionale urgenza inconciliabile con i termini imposti dalle condizioni di concorrenza e il nesso causale tra l'evento imprevedibile e l'eccezionale urgenza che ne deriva (v., in questo senso, nel contesto della direttiva 71/305, sentenze 2 agosto 1993, causa C-107/92, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4655, punto 12, e 28 marzo 1996, causa C-318/94, Commissione/Germania, Racc. pag. I-1949, punto 14).

41 Orbene, il governo ellenico non ha dimostrato che le dette condizioni ricorressero nella fattispecie.

42 Infatti, la necessità di eseguire i lavori in questione nei termini imposti dall'autorità competente per la valutazione dell'impatto del progetto sull'ambiente non può essere considerata come causa di eccezionale urgenza derivante da un evento imprevedibile.

43 Il fatto che l'autorità che deve approvare il progetto di cui trattasi possa imporre determinati termini costituisce un elemento prevedibile del procedimento di approvazione del progetto (v., in questo senso, nel contesto della direttiva 71/305, sentenza 28 marzo 1996, Commissione/Germania, citata, punto 18).

44 Inoltre, la DEI avrebbe potuto, con riferimento all'appalto controverso, indire la procedura di aggiudicazione con la pubblicazione del bando fin dall'inizio del procedimento di valutazione dell'impatto ambientale, cioè circa tre anni prima della scadenza dei termini prescritti.

45 Non si può pertanto a maggior ragione sostenere che un'eccezionale urgenza derivante da eventi imprevedibili per la DEI non avrebbe permesso, ove si fossero rispettate le condizioni di concorrenza, di conformarsi ai termini prescritti.

46 Sulla base delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che, con l'attribuzione, da parte della DEI, dell'appalto avente ad oggetto la costruzione di un sistema di convogliatori a nastro per la centrale termoelettrica di Megalopoli mediante procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi ad essa imposti dalla direttiva 93/38 e, in particolare, dagli artt. 20, n. 1, e 21 della stessa.

Sulle spese

47 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica ellenica, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

1) **Con l'attribuzione, da parte dell'impresa pubblica per l'elettricità Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy, dell'appalto avente ad oggetto la costruzione di un sistema di convogliatori a nastro per la centrale termoelettrica di Megalopoli mediante procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, la Repubblica ellenica non ha adempiuto gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE, e, in particolare, in forza degli artt. 20, n. 1, e 21 della stessa.**

2) **La Repubblica ellenica è condannata alle spese.**

Firme