

**SENTENZA DEL TRIBUNALE (Quinta Sezione) - 20 maggio 2010**  
**Causa T-258/06**

«Disposizioni applicabili agli appalti pubblici – Aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” – Comunicazione interpretativa della Commissione – Atto impugnabile – Atto destinato a produrre effetti giuridici»

**ECCEZIONE DELLA COMMISSIONE:**  
irricevibilità formale del ricorso

**COMMISSIONE:** la comunicazione non può costituire oggetto di un ricorso di annullamento, dal momento che è una comunicazione interpretativa, atto che, avuto riguardo alla sua forma, rientra nella categoria delle raccomandazioni e dei pareri, categorie di atti che stando alle previsioni del trattato CE non sono vincolanti. Di conseguenza, la scelta di tale forma giuridica porterebbe a concludere immediatamente che l'atto non sia diretto a produrre effetti giuridici vincolanti. La Commissione precisa che una comunicazione interpretativa è di norma finalizzata ad esplicitare i diritti e i doveri derivanti dalle disposizioni del diritto comunitario, tenuto conto, se del caso, della giurisprudenza della Corte (Cfr. Punto 24).

**TRIBUNALE:** secondo la costante giurisprudenza della Corte, il ricorso di annullamento è esperibile avverso qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura o dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici (Cfr. Punto 25).

Nella fattispecie si tratta di una comunicazione che è stata adottata dalla Commissione e integralmente pubblicata nella serie C della Gazzetta ufficiale. Come risulta dagli atti di causa, questo atto è diretto a far conoscere l'orientamento generale della Commissione in ordine all'applicazione di tutte le norme fondamentali sull'aggiudicazione degli appalti pubblici – derivanti direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE, segnatamente dai principi di non discriminazione e di trasparenza – alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (Cfr. Punto 26).

Per stabilire se la comunicazione miri a produrre effetti giuridici nuovi rispetto a quelli connessi all'applicazione dei principi fondamentali del trattato CE, si deve quindi esaminarne il contenuto (Cfr. Punto 27).

**PRIMA CENSURA:**

esistenza di un obbligo di pubblicità preventiva (Punto 2.1.1. della Comunicazione)

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Punto 2.1.1.):** “Secondo la CGCE, i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza.

L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto.

La Commissione è del parere che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato.

Lo stesso dicasi di qualunque forma di pubblicità «passiva», ovvero quando un'amministrazione aggiudicatrice non garantisce una pubblicità attiva, ma risponde alle richieste di informazioni

provenienti da candidati che hanno scoperto con i loro mezzi la prevista aggiudicazione di un appalto. Inoltre, un semplice riferimento ad articoli o servizi nei mezzi di comunicazione, a dibattiti parlamentari o politici o ad eventi come congressi quali fonti di informazione non può costituire una pubblicità adeguata.

Pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto”.

**REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA:** tale punto della comunicazione stabilisce, per gli appalti pubblici rientranti nel suo ambito di applicazione, un obbligo di pubblicità preventiva, la quale non deriverebbe affatto dai principi e dalla giurisprudenza della Corte evocati al medesimo punto. Ciò costituirebbe quindi un obbligo nuovo, che conferirebbe alla comunicazione in questione il carattere di atto destinato a produrre effetti giuridici obbligatori, idoneo a costituire oggetto di un ricorso di annullamento (Cfr. Punto 71).

**TRIBUNALE:** le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia espressamente prevista in ciascuna delle citate direttive. Pertanto, le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (Cfr. Punto 73).

Ciò non significa tuttavia che questi ultimi appalti siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario. Infatti, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono cionondimeno tenute a rispettare, in generale, le norme fondamentali del trattato CE e, in particolare, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (Cfr. Punto 74).

Dalla giurisprudenza citata nella sentenza (Cfr. Punti 76 – 78: in particolar modo, Telaustria, Coname e Parking Brixen), emerge che l'obbligo di trasparenza inteso come pubblicità adeguata comprende dunque una forma di pubblicità prima dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, in altri termini, una pubblicità preventiva. Di conseguenza, la comunicazione, come interpretata dal giudice comunitario, riferendosi ad un «avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto», non ha introdotto un nuovo obbligo a carico degli Stati membri, ma si è limitata a richiamare un obbligo vigente derivante dal diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici oggetto della comunicazione in questione (Cfr. Punto 79).

#### **SECONDA CENSURA:**

specificazione degli obblighi di pubblicità (Punto 2.2. della Comunicazione)

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Punto 2.2.1.):** “Nella sentenza Telaustria, la CGCE ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente. Deriva da quanto precede che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto. In pratica, tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite: *(si vedano le osservazioni successive sui singoli trattini elencati)*”.

**REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA:** gli obblighi derivanti dal punto 2.2. della comunicazione vanno ben al di là di quanto si evince dall'interpretazione dei principi fondamentali del trattato CE da parte della Corte (Cfr. Punto 101) e, pertanto, gli appalti oggetto della comunicazione non sono soggetti a nessun obbligo generale di trasparenza derivante dal diritto comunitario (Cfr. Punto 110).

**TRIBUNALE:** il punto 2.2.1. della comunicazione mira a garantire, da un lato, [l'osservanza del] l'obbligo di pubblicità di cui al punto 2.1. della comunicazione e, dall'altro, l'aggiudicazione dell'appalto nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE. **A tal fine, la comunicazione si richiama alla giurisprudenza della Corte, secondo la quale il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare in tutte le sue fasi, segnatamente in quella della selezione dei candidati nell'ambito di una procedura ristretta, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto l'obbligo di trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte (Cfr. Punto 111).**

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Primo trattino del Punto 2.2.1.):**

“— Una descrizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto.

La descrizione delle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio non deve fare riferimento a una fabbricazione o a una provenienza determinata, né a procedimenti particolari, né deve riferirsi a un marchio commerciale, a un brevetto, a un'origine o a una produzione determinati, a meno che una preferenza di tale natura sia giustificata dall'oggetto dell'appalto e sia accompagnata dalla menzione «o equivalente». In ogni caso è preferibile utilizzare descrizioni più generali per quanto riguarda l'esecuzione o le funzioni”.

**TRIBUNALE:** secondo la giurisprudenza, nel settore degli appalti pubblici di forniture, il fatto di non aggiungere la menzione «o equivalente» dopo l'indicazione, nel capitolato d'oneri, di un determinato prodotto non solo può dissuadere gli operatori economici che usano sistemi analoghi a tale prodotto dal partecipare alla gara d'appalto, ma può altresì, in contrasto con l'art. 28 CE, ostacolare le correnti d'importazione nel commercio intracomunitario riservando il mercato ai soli offerenti che si propongono di usare il prodotto specificamente indicato (Cfr. Punto 114).

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Secondo trattino del Punto 2.2.1.):**

“— L'uguaglianza di accesso per gli operatori economici di tutti gli Stati membri.

Le amministrazioni aggiudicatrici non devono prevedere alcuna condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, come l'obbligo, per un'impresa interessata all'appalto, di essere stabilita sul territorio dello stesso Stato membro o della stessa regione dell'amministrazione aggiudicatrice”.

**TRIBUNALE:** tale obiettivo, che mira a garantire agli operatori economici, qualunque ne sia l'origine, l'uguaglianza di accesso agli appalti indetti, derivi dal rispetto dei principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nonché di libera concorrenza, e in particolare dal principio di parità di trattamento nella sua espressione del principio di divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza di cui all'art. 12 CE (Cfr. Punto 116).

Va da sé che il principio di non discriminazione vieta a un'amministrazione aggiudicatrice di prevedere una condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta, come previsto dal secondo trattino del punto 2.2.1. della comunicazione. Secondo la giurisprudenza della Corte, le condizioni generali del capitolato d'oneri devono rispettare tutte le disposizioni pertinenti del diritto comunitario e, in

particolare, i divieti che discendono dai principi sanciti dal trattato CE in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (Cfr. Punto 117).

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Terzo trattino del Punto 2.2.1.):**

“— Il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali.

Se i candidati o gli offerenti sono tenuti a presentare certificati, diplomi o altri tipi di attestati scritti, i documenti provenienti da altri Stati membri che offrono un livello equivalente di garanzia devono essere accettati conformemente al principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali”.

**TRIBUNALE:** le autorità di uno Stato membro sono tenute a prendere in considerazione l'insieme dei diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali, nonché l'esperienza pertinente dell'interessato, procedendo ad un raffronto tra, da un lato, le competenze attestate da tali titoli e da tale esperienza e, dall'altro, le conoscenze e le qualifiche richieste dalla legislazione nazionale (Cfr. Punto 119).

La Corte ha sottolineato che tale giurisprudenza costituisce la semplice enunciazione giurisprudenziale di un principio insito nelle libertà fondamentali del trattato CE e che tale principio non può perdere una parte della sua forza giuridica in conseguenza dell'adozione di direttive relative al reciproco riconoscimento dei diplomi, con la conseguenza che gli Stati membri devono rispettare i loro obblighi in materia di reciproco riconoscimento, quali risultano dall'interpretazione elaborata dalla Corte agli artt. 43 CE e 47 CE. A tale riguardo, la Corte ha già avuto modo di dichiarare che il reciproco riconoscimento deve consentire alle autorità nazionali di assicurarsi obiettivamente che il diploma straniero attesti, da parte del suo titolare, il possesso di conoscenze e di qualifiche, se non identiche, quanto meno equivalenti a quelle attestate dal diploma nazionale (Cfr. Punto 120).

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Quarto trattino del Punto 2.2.1.):**

“— Termini adeguati. -

I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta”.

**TRIBUNALE:** per quanto riguarda l'esigenza di termini adeguati per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta, le amministrazioni aggiudicatrici devono osservare il principio della libera prestazione di servizi e il principio di non discriminazione, i quali sono diretti a tutelare gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro. Il loro obiettivo consiste nell'escludere il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali godano di trattamenti preferenziali nell'aggiudicazione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (Cfr. Punto 122).

Di conseguenza, l'obiettivo del quarto trattino del punto 2.2.1. della comunicazione, il quale è diretto a impedire che un'amministrazione aggiudicatrice possa escludere, attraverso i termini concessi agli offerenti, la partecipazione di un operatore economico con sede in un altro Stato membro, emerge dai

principi del trattato CE, il che implica che neanche tale parte della comunicazione introduce un nuovo obbligo (Cfr. Punto 123).

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Quinto trattino del Punto 2.2.1.):**

“— Un approccio trasparente e oggettivo.

Tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori”.

**TRIBUNALE:** la garanzia del rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza mira a rendere noti a tutti i potenziali offerenti, prima della formulazione delle loro offerte, i criteri di aggiudicazione che devono essere soddisfatti da dette offerte nonché l'importanza relativa di tali criteri. Il quinto trattino del punto 2.2.1. della comunicazione è diretto dunque a garantire che tutti i potenziali offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte, conformemente alla giurisprudenza della Corte.

**COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Punto 2.2.2.):**

“2.2.2 Limitazione del numero di candidati invitati a presentare un'offerta.

“Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a un livello adeguato, a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio. Possono ad esempio applicare criteri oggettivi, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di applicare sistemi di qualificazione, vale a dire la redazione di un elenco di operatori qualificati mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità. Successivamente, quando si tratterà di aggiudicare i singoli appalti che rientrano nel campo di applicazione del sistema, l'amministrazione aggiudicatrice potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta (ad esempio estraendo a rotazione dall'elenco)”.

**TRIBUNALE:** il punto 2.2.2 della comunicazione riguarda la limitazione del numero di candidati invitati a presentare un'offerta a un livello adeguato e riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici, ad esempio, la facoltà di fare ricorso a determinati strumenti e di sfruttare alcune possibilità, a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio e allo scopo di garantire una sufficiente concorrenza. Detto punto della comunicazione richiede in particolare l'applicazione di criteri oggettivi e di una procedura sufficientemente trasparente e aperta che sia stata adeguatamente resa pubblica (Cfr. Punto 27).

A tal riguardo, è giocoforza constatare che tali esigenze sono completamente adeguate ai principi del trattato CE e alla giurisprudenza della Corte. Esse derivano segnatamente dalla giurisprudenza della Corte secondo la quale il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare in tutte le sue fasi, segnatamente in quella della selezione dei candidati in una procedura ristretta, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte (Cfr. Punto 128).

### **TERZA CENSURA:**

deroghe alla pubblicità preventiva (Punto 2.1.4 della Comunicazione)

#### **COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Punto 2.1.4.):**

“2.1.4. Procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario

Le direttive «appalti pubblici» prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario. I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico.

La Commissione ritiene che le deroghe pertinenti possano essere applicate agli appalti non disciplinati dalle direttive. Le amministrazioni aggiudicatrici possono pertanto aggiudicare tali appalti senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate nelle direttive per una di tali deroghe”.

**REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA:** la Commissione, nel trasporre agli appalti che si collocano al di sotto delle soglie di applicazione il regime di deroga previsto dalle direttive appalti pubblici per gli appalti assegnati mediante affidamento diretto, ha stabilito nuovi obblighi giuridici, e ciò è avvenuto al punto 2.1.4. della comunicazione, benché l'applicazione delle deroghe previste dalla direttiva appalti pubblici sia subordinata al superamento di dette soglie (Cfr. Punto 132).

**TRIBUNALE:** il punto 2.1.4. della comunicazione non esclude affatto la possibilità che esistano altre deroghe all'obbligo di pubblicità preventiva. Infatti, come del resto ricordano i punti 1.1. e 1.2. della comunicazione, gli Stati membri nonché le loro amministrazioni aggiudicatrici sono tenuti a conformarsi alle disposizioni e ai principi enunciati nel trattato CE. Pertanto, dal momento che tali disposizioni e tali principi implicano eccezioni all'obbligo di pubblicità preventiva, siffatte eccezioni possono essere invocate ex lege dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici che aggiudicano un appalto pubblico disciplinato dalla comunicazione (Cfr. Punto 139).

Se lo Stato membro o l'amministrazione aggiudicatrice possono invocare una disposizione del trattato CE che esclude, in via generale, l'applicazione del diritto primario, quale l'art. 86, n. 2, CE o gli artt. 296 CE o 297 CE, o se intervenga una delle cause giustificative previste espressamente da detto trattato o se sono soddisfatte le condizioni di una causa giustificativa riconosciuta dalla giurisprudenza, i principi del trattato CE non sono intaccati. Di conseguenza, in siffatti casi, l'obbligo di pubblicità previsto dalla comunicazione, derivante dai principi di detto trattato, non si applica all'aggiudicazione di un appalto pubblico (Cfr. Punto 140).

Inoltre, va sottolineato che il punto 2.1.4. della comunicazione è diretto soltanto a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di invocare le deroghe all'obbligo di pubblicità previste nelle direttive appalti pubblici, osservando i requisiti da esse previsti per avvalersi di siffatte deroghe, e ciò anche se queste ultime direttive non sono applicabili agli appalti pubblici oggetto della comunicazione. Laddove sia espressamente autorizzata una deroga alle direttive appalti pubblici, ricorrano le condizioni di tale deroga e sia dunque giustificata una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, non vi può essere obbligo di pubblicità. Pertanto, i principi derivanti dal trattato CE non possono imporre un obbligo di pubblicità, qualora le direttive prevedano espressamente una deroga, altrimenti tale deroga risulterebbe inefficace (Cfr. Punto 141).

Ne deriva che, lungi dal creare nuovi obblighi a carico degli Stati membri, il punto 2.1.4. della comunicazione è piuttosto ad essi favorevole, nel senso che consente loro, nell'ipotesi in cui siano

soddisfatte le condizioni per la sua applicazione, di non rispettare l'obbligo di pubblicità preventiva (Cfr. Punto 142).

#### **QUARTA CENSURA:**

procedimento per inadempimento (Punto 1.3. della Comunicazione)

#### **COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA (Punto 1.3. – Ultimo paragrafo):**

“Quando la Commissione viene a conoscenza di potenziali violazioni delle norme fondamentali per l'aggiudicazione di appalti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive «appalti pubblici», valuterà la rilevanza dell'appalto in questione per il mercato interno alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso. Avvierà una procedura d'infrazione a norma dell'articolo 226 del trattato CE solo nei casi in cui lo riterrà opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno”.

**REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA:** la Commissione avvierebbe una procedura d'infrazione nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista, a dimostrazione che tale testo è destinato a produrre obblighi a carico degli Stati membri (Cfr. Punto 144).

**TRIBUNALE:** è senz'altro possibile che la Commissione avvii un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE nei confronti di uno Stato membro nell'ipotesi in cui detto Stato non abbia rispettato gli obblighi derivanti dalle disposizioni e dai principi enunciati nel trattato CE per le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici. Di conseguenza, il semplice fatto che il punto 1.3. della comunicazione evochi la possibilità di avviare un tale procedimento non prova affatto, contrariamente a quanto affermato dalla Repubblica federale di Germania, che detta comunicazione crei nuovi obblighi a carico degli Stati membri in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici e sia quindi un atto produttivo di effetti giuridici obbligatori (Cfr. Punto 150).