CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ELEANOR SHARPSTON presentate il 18 gennaio 2007 [1]

1. Il presente ricorso solleva dinanzi alla Corte la questione della portata dell'obbligo di trasparenza incombente a un'amministrazione aggiudicatrice che assegni un appalto il cui valore sia inferiore alla soglia indicata nella pertinente direttiva comunitaria sugli appalti pubblici. Anche se un appalto di valore inferiore alla soglia rilevante può comunque essere rilevante in termini economici, nelle presenti conclusioni, per comodità, farò riferimento a tale appalto come «appalto di valore modesto».

2. La Commissione ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che «la Repubblica di Finlandia è venuta meno agli obblighi incombentile ai sensi dell'art. 28 CE poiché [l'autorità responsabile in Finlandia della gestione degli immobili pubblici] nell'appaltare attrezzature da catering per uso istituzionale ha violato i principi fondamentali del Trattato CE ed in particolare il principio di non discriminazione che comprende l'obbligo di trasparenza».

Disposizioni comunitarie pertinenti

3. La direttiva del Consiglio 93/36/CEE [2], che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, stabilisce le condizioni relative all'aggiudicazione di tali appalti.

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Direttiva 14 giugno 1993 (GU L 199, pag. 1), come modificata in particolare dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1). Dopo il periodo rilevante sono state introdotte ulteriori modifiche con la direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1). Con effetto dal 31 gennaio 2006, la direttiva 93/36 è stata abrogata e sostituita 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 (GU L 134, pag. 114).

4. Per quanto rileva nella fattispecie, i 'considerando' enunciano quanto segue:

«[10] (...) gli appalti di forniture il cui ammontare è inferiore a [EUR 214 326 [3]] possono non essere sottoposti alla concorrenza quale è organizzata dalla presente direttiva e (...) è opportuno stabilire che le misure di coordinamento non vanno applicate ai suddetti appalti;

[14] (...) lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; (...) le informazioni contenute in tali bandi devono permettere ai fornitori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentano per loro dell'interesse; (...) pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza dei prodotti da fornire e delle relative condizioni; (...) più in particolare, nelle procedure ristrette la pubblicità ha per fine di permettere ai fornitori degli Stati membri di manifestare il loro interesse per le gare sollecitando dalle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare l'offerta in conformità delle condizioni prescritte».

5. Conformemente all'art. 1, lett. a), gli appalti pubblici di forniture includono i contratti per l'acquisto di prodotti conclusi tra un fornitore e un'amministrazione aggiudicatrice. L'art. 1, lett. b), definisce amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

6. Conformemente all'art. 5, n. 1, lett. a), sub i), le disposizioni sostanziali di armonizzazione della direttiva (artt. 6-27) — che comprendono le norme comuni in materia di pubblicità enunciate agli artt. 9-14 — si applicano solo agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle amministrazioni di cui all'art. 1, lett. b), «a condizione che il loro valore stimato, al netto dell'IVA, sia uguale o superiore a [EUR 214 326 [4]]». Pertanto, gli appalti di valore modesto non rientrano nel campo di applicazione delle norme comuni in materia di pubblicità e gli Stati membri non sono tenuti ad applicare a tali appalti le disposizioni della direttiva, anche se, naturalmente, possono decidere di farlo attraverso il diritto nazionale.

3 — V. i valori delle soglie fissati conformemente alla direttiva 93/36 in GU 1999, C 379, pag. 20, entrati in vigore il 1° gennaio 2000. Le parti non hanno comunicato alla Corte la data precisa in cui è stato aggiudicato l'appalto controverso. Per i motivi indicati al paragrafo 24 *infra*, presumo che tale aggiudicazione abbia avuto luogo all'inizio del 2000. All'epoca dei fatti, la soglia di applicazione della direttiva 93/36 veniva aggiornata su base biennale. Con effetto dal 1° gennaio 2002, tale soglia è stata aumentata ad EUR 249 681 (v. i valori delle soglie fissati in base alla direttiva 93/36 in GU 2001, C 332, pag. 21).

4 — V. nota 3 supra.

7. Gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici devono essere aggiudicati mediante una procedura aperta, ristretta o negoziata. Nell'ambito di una procedura ristretta, viene pubblicato un bando di gara che invita le imprese ad esprimere il loro interesse a partecipare alla gara d'appalto e successivamente l'amministrazione aggiudicatrice invita un numero limitato di imprese a presentare le proprie offerte. Nella procedura negoziata, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere l'impresa con cui negoziare il contratto senza pubblicare un bando e senza indire un gara d'appalto [5].

8. Conformemente all'art. 6, n. 3, lett. a), le amministrazioni possono aggiudicare appalti di forniture mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara «qualora non vi siano offerte o non vi siano offerte appropriate in risposta all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione».

5 — In un altro tipo di procedura negoziata, l'amministrazione aggiudicatrice pubblica il bando e invita un numero limitato di imprese a presentare offerte, ma può anche negoziare entro certi limiti le condizioni del contratto.

Antefatti del ricorso per inadempimento

9. La Commissione e la Finlandia si basano su resoconti parzialmente diversi dei fatti all'origine del presente ricorso, che sono stati oggetto di acceso dibattito lungo l'intero procedimento. Pertanto, descriverò in modo particolareggiato il contesto pertinente, evidenziando ed esaminando i punti controversi.

La prima fase: marzo 1998

10. Nel marzo 1998, nell'ambito di una procedura ristretta, l'amministrazione aggiudicatrice [6] pubblicava sia nella Gazzetta Ufficiale comunitaria che in quella finlandese [7], un bando con cui invitava a manifestare interesse per un appalto pubblico di lavori relativi alla ristrutturazione e alla modifica dei locali dell'amministrazione

6 — Valtion kiinteistölaitos è la precedente denominazione dell'autorità responsabile della gestione degli immobili pubblici in Finlandia. Essa è stata ridenominata Senaatti-kiinteistöt nel 2001.

7 — Supplemento della Gazzetta ufficiale S 48 del 10 marzo 1998 e Gazzetta ufficiale finlandese, serie appalti pubblici, n. 11, del 12 marzo 1998.

regionale di Turku. La Finlandia vi fa riferimento come alla «prima fase» [8].

11. L'appalto era suddiviso in lotti. Essi comprendevano, tra l'altro, l'installazione di attrezzature da catering. Conformemente all'allegato IV della direttiva del Consiglio 93/37/CEE [9], si specificava che le offerte potevano avere per oggetto un lotto, più lotti o tutti i lotti. Il valore dei singoli lotti variava da FIM 1 milione a FIM 22 milioni (da EUR 168 000 e EUR 3,7 milioni circa) e il valore aggregato dei lotti era superiore alla soglia di applicazione della direttiva lavori [10]. I lavori dovevano essere eseguiti in due fasi.

12. La cucina in cui dovevano essere installate le attrezzature fa parte del ristorante che si trova all'interno dell'edificio dell'amministrazione regionale di Turku.

13. Le parti dissentono in merito alla questione se nella prima fase siano state presentate offerte per la fornitura di attrezzature da catering.

14. In risposta a una domanda postale dalla Corte in udienza, la Finlandia ha dichiarato che nella prima fase è stata presentata una sola offerta per la fornitura di attrezzature da catering, da parte della Kopal Markkinointi Oy (in prosieguo: la «Kopal»). La Finlandia non ha potuto fornire ulteriori particolari su tale offerta. Essa ha affermato che, poiché non erano pervenute altre offerte, non si poteva procedere a un confronto tra proposte. Pertanto, l'offerta della Kopal era stata respinta.

15. La Commissione ha affermato che, per quanto è sua conoscenza, la Kopal non ha presentato alcuna offerta nel 1998.

16. Alla Corte non è stato fornito alcun altro elemento di prova relativamente alla prima fase. In ogni caso, le parti concordano sul fatto che in tale fase non è stata *accolta* alcuna offerta per la fornitura di attrezzature da catering.

8 — Nel seguire la nomenclatura impiegata dalla Finlandia per le tre fasi, utilizzo tali termini a fini identificativi. La questione se le tre fasi formino parte della medesima procedura o debbano essere considerate procedure distinte è esaminata *infra* ai paragrafi 60-63.

9 — Direttiva 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), (in prosieguo: la «direttiva lavori»). Alla pubblicazione del bando (e alla successiva procedura) relativo ai lavori di ristrutturazione e modifica che costituivano la maggior parte dei lotti era applicabile la direttiva lavori (anziché la direttiva 93/36).

10 — V. art. 6, n. 3, della direttiva 93/37. Il valore della soglia stabilita ai sensi della direttiva lavori nella GU 1998, C 22, pag. 2 (applicabile nel periodo 1° gennaio 1998 — 31 dicembre 1999) era di SDR 5 000 000, equivalenti a FIM 29 908 547. Il bando indicava che il valore complessivo stimato dell'appalto era di FIM 38 milioni.

La seconda fase: inizio del 2000

17. All'inizio del 2000 [11], l'amministrazione aggiudicatrice scriveva direttamente a quattro imprese, invitandole a presentare offerte per la fornitura e l'istallazione di attrezzature da catering. Dalla lettera di sollecito 9 aprile 2001 [12] si evince che le suddette quattro imprese erano la Dieta Oy, la Electrolux Professional Oy (in prosieguo: la «Dieta»), la Kopal e il fornitore finale Hackman-Metos Oy (in prosieguo: la «Hackman-Metos»). Pertanto, è stata l'amministrazione aggiudicatrice a contattare per la prima volta la Hackman-Metos. La Finlandia afferma che tali imprese includevano il rappresentante finlandese di un fornitore di attrezzature da catering con sede in un altro Stato membro (presumibilmente la Electrolux). La Commissione non ha contestato tale affermazione.

18. In questa fase, il ristorante in cui avrebbero dovute essere installate le attrezzature da catering era stato dato in locazione dall'amministrazione aggiudicatrice all'Amica Ravintolat Oy (in prosieguo: l'«Amica» o la «locataria»). L'amministrazione aggiudicatrice concordava con l'Amica che l'impresa avrebbe acquistato le attrezzature da catering a nome dell'amministrazione aggiudicatrice. Quest'ultima accettava di pagare FIM 1 050 000 (circa EUR 177 000) per l'acquisto delle attrezzature da catering. Tale importo è inferiore alla soglia di applicazione della direttiva 93/36 [13].

La terza fase: fine del 2000

19. Nel febbraio 2000, l'amministrazione aggiudicatrice emetteva un avviso con cui informava i destinatari che tutte le offerte erano state respinte a causa dei prezzi elevati. I destinatari venivano tuttavia invitati a presentare nuove offerte alla locataria, di cui venivano comunicati i dati. La Finlandia fa riferimento a questo invito e a ciò che ne è seguito come alla «terza fase».

20. Le parti sono in disaccordo sul punto se l'avviso sia stato comunicato a tutte le imprese che avevano presentato offerte nel

11 — La Commissione afferma che tali inviti a presentare offerte sono stati inviati nel 2000, ma né la Commissione né la Finlandia hanno indicato la data esatta. Dato che le offerte presentate sono state respinte nel febbraio 2000, gli inviti devono essere stati comunicati a gennaio o febbraio 2000.

12 — V. paragrafo 25 *infra*.

13 — V. precedenti paragrafi 4 e 6.

2000 per la fornitura di attrezzature da catering.

21. La Finlandia afferma che l'avviso è stato inviato a tutte e quattro le imprese. Nella replica, la Commissione dichiara che non tutte le imprese che avevano presentato offerte in precedenza sono state informate del rigetto di tutte le offerte e successivamente invitate a presentare nuove offerte nella «terza fase». Secondo la Commissione, almeno un'impresa, la Rakentajamestarit Oy (in prosieguo: la «Rakentajamestarit»), che aveva precedentemente presentato un'offerta per la fornitura di attrezzature da catering, non è stata informata del rigetto delle offerte e non è stata invitata a presentare offerte nella terza fase. Essa fa riferimento a un'offerta (allegata alla replica) presentata dalla Rakentajamestarit.

22. La Finlandia obietta correttamente che la Commissione, presentando la prova relativa all'offerta della Rakentajamestarit solo in sede di replica, senza fornire spiegazioni, non ha rispettato l'art. 42, n. 1, del regolamento di procedura, secondo cui la parte che propone nuovi mezzi di prova nella replica o nella controreplica deve motivare il ritardo nella loro presentazione [14]. La Finlandia osserva inoltre che l'offerta della Rakentajamestarit aveva per oggetto i lavori principali (che includevano l'installazione di *mobili da cucina*), e non la fornitura di *attrezzature da catering*.

23. Pertanto, ritengo che la prova relativa all'offerta della Rakentajamestarit sia irricevibile e che, in ogni caso, essa risulti irrilevante [15].

24. La locataria ha concluso il contratto con la Hackman-Metos [16]. Le parti non hanno saputo indicare alla Corte la data dell'avvenimento. In udienza, la Commissione ha osservato che erano trascorsi due anni tra la pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale e l'acquisto delle attrezzature da catering. Presumo quindi che il contratto sia stato verosimilmente concluso nella prima metà del 2000 [17].

14 — V. sentenza 3 febbraio 1994, causa C-380/87, Grifoni/CEEA (Racc. pag. I-341, punto 7).

15 — Il testo dell'offerta specifica che quest'ultima era stata formulata in relazione alla seconda fase dei lavori di ristrutturazione e modifica menzionati nel bando pubblicato nel marzo 1998. Sembra che la Rakentajamestarit avesse anche offerto di fornire alcuni mobili da cucina (stipi e simili), ma la Finlandia ha sottolineato che la Rakentajamestarit non era un fabbricante né un fornitore di attrezzature da catering (nel senso di apparecchiature da catering) e non aveva mai offerto di fornire tali attrezzature.

16 — Questo dato è emerso solo in udienza.

17 — Dato che la terza fase è iniziata solo nel febbraio 2000, il contratto è stato ovviamente concluso *dopo* tale data. Se pure la data in cui è stato concluso il contratto è pertinente al fine di stabilire se la soglia a partire dalla quale sarebbe divenuta applicabile la direttiva fosse pari a EUR 214 326 oppure a EUR 249 681 (v. nota 3 *supra*), è evidente che il valore dell'appalto (circa EUR 177 000) è inferiore a entrambe le soglie.

25. Con lettera 9 aprile 2001, l'amministrazione aggiudicatrice trasmetteva ai destinatari il bando pubblicato nel febbraio 2000, con allegato un modulo per impugnare la decisione di rigetto delle offerte presentate nella seconda fase.

26. Riassumendo: nella prima fase, nell'ambito di una procedura ristretta, è stato pubblicato un bando nella Gazzetta Ufficiale comunitaria e in quella finlandese che invitava a presentare offerte per un appalto di cui l'installazione di attrezzature da catering costituiva un lotto separato. Risulta che un'impresa, la Kopal, abbia offerto di fornire attrezzature da catering nella prima fase (ossia durante la procedura ristretta), ma che, quand'anche così fosse, la sua offerta sia stata respinta. Nella seconda fase, l'amministrazione aggiudicatrice ha contattato la Kopal e altri tre potenziali fornitori — Dieta, Electrolux e Hackman-Metos — e li ha invitati a presentare un'offerta, ma ha successivamente respinto tutte e quattro le offerte perché troppo onerose. Nella terza fase, l'amministrazione aggiudicatrice ha conferito alla locataria subentrante, l'Amica, la procura a negoziare in qualità di suo rappresentante con quella delle quattro imprese (Kopal, Dieta, Electrolux e Hackman-Metos) che dopo un invito in tal senso dell'amministrazione aggiudicatrice si è rivolta all'Amica. L'Amica ha stipulato il contratto per la fornitura di attrezzature da catering con la Hackman-Metos.

27. Veniva presentato un reclamo relativo all'aggiudicazione contestata alla Commissione, la quale inviava una lettera di messa in mora alla Finlandia in data 18 luglio 2002. La Commissione affermava che l'amministrazione aggiudicatrice non aveva garantito che l'appalto sarebbe stato assegnato con un livello adeguato di pubblicità e che la Finlandia aveva quindi violato gli obblighi che le incombevano in forza dell'art. 28 CE (*sic*). La Commissione rilevava inoltre che, secondo le informazioni pervenutele, l'Amica (agendo in qualità di rappresentante dell'amministrazione aggiudicatrice) aveva stipulato il contratto con un'impresa con cui aveva stretti contatti e condivideva dipendenti, ma la stessa Commissione non ha ribadito tale argomento dopo la fase precontenziosa.

28. La Finlandia rispondeva a mezzo lettera in data 3 settembre 2002. Essa riconosceva che le procedure d'appalto pubblico erano soggette a condizioni di pubblicità e trasparenza, ma negava di aver violato l'art. 28 CE o qualsiasi altra norma di diritto comunitario.

29. Non soddisfatta della risposta della Finlandia, la Commissione le inviava un parere motivato in data 19 dicembre 2002. Essa si richiamava espressamente alla sentenza della Corte nella causa Telaustria e

Telefonadress (in prosieguo: la sentenza «Telaustria») [18] e ribadiva che, a suo parere, l'amministrazione aggiudicatrice non aveva garantito un adeguato livello di pubblicità [19] per l'appalto.

30. Non soddisfatta della risposta fornita dalla Finlandia il 12 febbraio 2003 (in cui essa si limitava a ribadire la propria posizione), la Commissione ha proposto il presente ricorso per inadempimento [20].

31. Dopo l'avvio da parte della Commissione del presente procedimento per inadempimento, il 1° dicembre 2003, la Finlandia ha informato la Commissione che intendeva rafforzare l'obbligo di trasparenza in Finlandia [21].

32. La Danimarca, la Germania e i Paesi Bassi hanno presentato osservazioni in qualità di intervenienti. All'udienza svoltasi l'8 giugno 2006 hanno presentato osservazioni orali la Commissione, la Finlandia, la Germania e i Paesi Bassi.

Sulla ricevibilità

L'eccezione di irricevibilità della Finlandia

33. La Finlandia sostiene che il ricorso è irricevibile. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'oggetto del ricorso è determinato dal procedimento precontenzioso e l'atto introduttivo del ricorso non può essere basato su addebiti diversi da quelli formulati nel procedimento precontenzioso. La Finlandia ritiene che la Commissione abbia ampliato sotto due aspetti l'oggetto del ricorso oltre l'ambito definito nel parere motivato.

34. In primo luogo, la Commissione afferma per la prima volta nel ricorso che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto

18 — Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98 (Racc. pag. I-10745).

19 — V. punto 62 della sentenza.

20 — La Finlandia osserva che l'aggiudicazione è stata contestata a livello nazionale dal ministero delle Finanze e dal ministero del Commercio e dell'Industria finlandesi, ma non è stata contestata dinanzi al Tribunale nazionale per la tutela del consumatore.

21 — Nell'ottobre 2004 è stato istituito un gruppo di lavoro incaricato di elaborare una proposta di legge per introdurre l'obbligo di pubblicare in una banca dati elettronica gli appalti di valore superiore a soglie nazionali prestabilite.

organizzare un «invito a presentare offerte». Il parere motivato si limita a menzionare l'obbligo di garantire un livello adeguato di pubblicità [22].

35. In secondo luogo, nel ricorso si afferma che l'invito iniziale a presentare offerte non aveva avuto seguito e che l'appalto per la fornitura di attrezzature da catering non era stato successivamente pubblicizzato sotto forma di invito a presentare offerte. Nel parere motivato, tuttavia, si affermava che la violazione discendeva dal fatto che il contratto era stato concluso dalla locataria, agente in qualità di rappresentante dell'amministrazione aggiudicatrice dell'appalto.

36. La Commissione replica che l'oggetto del ricorso è definito in modo preciso sulla pagina di copertina e al punto 23 del ricorso (la declaratoria richiesta). Sia nel ricorso che nel parere motivato, l'argomento fondamentale è che la Finlandia ha violato gli obblighi che le incombono in forza dell'art. 28 CE, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice ha violato norme fondamentali del Trattato in occasione della fornitura di attrezzature da catering.

22 — Nella versione inglese del parere motivato: «a sufficient degree of advertising». Nella traduzione francese si legge «un degré de publicité adéquat». V. paragrafo 82 *infra* per un'analisi della differenza di significato.

Analisi

37. Nonostante la genericità dei termini in cui è formulata la conclusione della ricorrente, di cui mi occuperò più avanti, ritengo che l'eccezione di irricevibilità della Finlandia sia infondata. Il parere motivato si conclude con l'affermazione secondo cui, in occasione della fornitura di attrezzature da catering, l'amministrazione aggiudicatrice ha violato norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione, che implica un obbligo di trasparenza; di conseguenza (si afferma che) la Finlandia ha violato gli obblighi che le incombono in forza dell'art. 28 CE. Nel ricorso si chiede che venga dichiarato che la Finlandia ha violato gli obblighi impostile dall'art. 28 CE in quanto, in occasione della fornitura di attrezzature da catering, l'amministrazione aggiudicatrice ha violato norme fondamentali del Trattato CE e, in particolare, il principio di non discriminazione, che implica un obbligo di trasparenza. Non vedo come si possano distinguere in maniera significativa le modalità con cui la Commissione esprime la propria tesi in queste due affermazioni.

38. È vero che la Commissione ha espressamente affermato per la prima volta nell'atto introduttivo che avrebbe dovuto essere emesso un «invito a presentare offerte», e che il primo invito non ha avuto seguito e successivamente l'appalto relativo alle attrez-

zature da catering non è stato pubblicizzato in forma di invito a presentare offerte [23]. Tuttavia, un ricorso non è irricevibile se si limita a chiarire una censura esposta nel parere motivato senza formulare una nuova censura [24]. Mi sembra che i due argomenti dettagliati dedotti nel ricorso si limitino a chiarire la censura mossa nel parere motivato, secondo cui l'appalto in questione non sarebbe stato sufficientemente pubblicizzato [25], con conseguente violazione dell'obbligo di trasparenza. Tali argomenti non modificano l'oggetto della censura della Commissione.

39. La Finlandia tenta di far valere le sentenze Commissione/Paesi Bassi [26] e Commissione/Italia [27]. Nella prima, la Corte ha dichiarato irricevibile parte del ricorso della Commissione, che riguardava l'inquinamento delle acque e il cui ambito geografico di riferimento era diverso da quello identificato dalla Commissione nella fase precontenziosa [28]. Nella seconda, il ricorso della Commissione era irricevibile nella parte in cui si fondava su a) disposizioni nazionali cui si era fatto erroneamente riferimento nella fase precontenziosa e su b) disposizioni nazionali diverse da quelle considerate nella fase precontenziosa [29]. L'ambito geografico e il fondamento di diritto nazionale di un ricorso per inadempimento riguardano indubbiamente l'essenza stessa dell'oggetto di tale ricorso, a differenza dei dettagli precisi degli argomenti dedotti nel ricorso a sostegno dell'addebito principale sollevato dalla Commissione. I suddetti casi possono quindi essere tenuti distinti.

40. Ne consegue che l'obiezione della Finlandia non può essere accolta.

La declaratoria richiesta

41. Tuttavia, nutro seri dubbi sulla ricevibilità e sul merito del ricorso della Commissione per altri motivi.

42. La Corte ha dichiarato che la Commissione è tenuta ad indicare, nelle conclusioni

23 — Presumibilmente, il vero punto sollevato dalla Commissione è che, dopo il fallimento della procedura ristretta, avrebbe dovuto essere organizzata una nuova procedura d'appalto, che avrebbe potuto consistere in una procedura negoziata.

24 — Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-340/02, Commissione/Francia (Racc. pag. I-9845, punto 29).

25 — V. paragrafo 34 *supra*.

26 — Sentenza 10 maggio 2001, causa C-152/98 (Racc. pag. I-3463, punto 23).

27 — Sentenza 15 gennaio 2002, causa C-439/99 (Racc. pag. I-305, punto 11).

28 — Punti 24 e 25.

29 — V. punti 13 e 14.

dell'atto introduttivo depositato ai sensi dell'art. 226 CE, le esatte censure sulle quali la Corte è chiamata a pronunciarsi e che tali conclusioni devono essere formulate in modo inequivoco allo scopo di evitare che la Corte statuisca *ultra petita* ovvero ometta di pronunciarsi su una censura [30].

43. La Commissione chiede alla Corte di dichiarare che «la Repubblica di Finlandia è venuta meno agli obblighi incombentile ai sensi dell'art. 28 CE [l'autorità responsabile in Finlandia della gestione degli immobili pubblici] nell'appaltare attrezzature da catering ha violato i principi fondamentali del Trattato CE ed in particolare il principio di non discriminazione che comprende l'obbligo di trasparenza».

44. Questi termini sono tutt'altro che precisi.

45. In primo luogo, dal testo così redatto non emerge se la Commissione chieda che venga dichiarata la violazione i) dell'art. 28 CE, ii) del principio di non discriminazione ivi sancito, iii) di altre norme fondamentali del Trattato, oppure (probabilmente) iv) del combinato disposto di tali norme.

46. In secondo luogo, la Commissione non spiega esplicitamente il motivo per cui l'art. 28 CE sia pertinente ai fini del suo ricorso.

47. Ai sensi dell'art. 28 CE, sono vietate tra gli Stati membri tutte le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. Tale divieto riguarda tutte le misure nazionali [31].

48. Tuttavia, il ricorso della Commissione non identifica con precisione gli atti che costituiscono la misura, l'atto o la procedura asseritamente incompatibile con l'art. 28 CE. La Commissione si limita a censurare, in generale, la condotta tenuta dall'amministrazione aggiudicatrice «nell'appaltare» attrezzature da catering.

49. Ritengo pertanto che i motivi del ricorso non indichino le esatte censure su cui la

30 — Sentenza 15 giugno 2006, causa C-255/04, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5251, punto 24).

31 — V., ad esempio, sentenza 24 novembre 2005, causa C-366/04, Schwarz (Racc. pag. I-10139, punto 28).

Corte è chiamata a pronunciarsi e che il ricorso debba essere dichiarato irricevibile.

50. Per l'ipotesi in cui la Corte non condividesse questa tesi, esaminerò il merito del ricorso.

Nel merito

Questioni preliminari

51. La Commissione non ha spiegato in quale modo l'amministrazione aggiudicatrice, omettendo di pubblicizzare l'appalto controverso o di avviare una nuova procedura di aggiudicazione, atti che presumono entrambi obblighi positivi, avrebbe violato l'obbligo negativo sancito dall'art. 28 CE.

52. Devo precisare che non nego che l'art. 28 CE possa determinare un obbligo di trasparenza. Intendo dire che, se così fosse, la Commissione non avrebbe spiegato che ciò si verifica nella fattispecie. A mio parere, pertanto, il ricorso è infondato nella parte in cui non espone chiaramente come la presunta inosservanza dell'obbligo di trasparenza determini una violazione dell'art. 28 CE.

53. Anche a tale proposito, per l'ipotesi in cui la Corte non condividesse la mia tesi, esaminerò nel dettaglio la censura della Commissione.

54. È pacifico che l'appalto controverso era di valore modesto e che esso esula quindi dall'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

55. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato [32]. In particolare, le amministrazioni aggiudica-

32 — V. ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punto 20), e sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 32).

trici sono vincolate dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che implica a sua volta un obbligo di trasparenza al fine di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di accertare che il principio di non discriminazione sia stato rispettato [33].

56. Pertanto, l'esito del ricorso della Commissione dipende dalla questione se le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice nell'appaltare attrezzature da catering fossero sufficienti per adempiere l'obbligo di trasparenza sancito dalla giurisprudenza. La soluzione dipende da quella di due ulteriori questioni.

57. Con la prima questione ci si chiede se il bando pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nel marzo 1998 nel contesto della procedura ristretta conformemente alla direttiva lavori pubblicizzi sostanzialmente lo stesso appalto di forniture infine aggiudicato all'inizio del 2000 e quindi garantisca il necessario livello di trasparenza.

33 — Sentenza Telaustria, citata alla nota 18, punti 60 e 61. Tale giurisprudenza è stata successivamente ripresa nel secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, citata alla nota 2, secondo cui «[l]'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza».

58. Con la seconda questione ci si chiede, in subordine, se in caso di soluzione negativa, l'amministrazione aggiudicatrice abbia rispettato l'obbligo di trasparenza nel 2000 (nella seconda e nella terza fase) allorché ha inviato due volte gli inviti a presentare offerte direttamente a quattro potenziali offerenti.

59. Per esaminare tali questioni, sottolineo che i provvedimenti adottati nel 1998 (prima fase) e nel 2000 (seconda e terza fase) rappresentano gradi di pubblicità molto diversi. È indubbio che l'obbligo di trasparenza è adempiuto con la pubblicazione di un bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea per un appalto da aggiudicare nell'ambito di una procedura ristretta (indipendentemente dal fatto che la pubblicazione iniziale è avvenuta in conformità ai requisiti della direttiva lavori anziché della direttiva 93/36). Più discutibile è la questione se l'obbligo di trasparenza sia del pari adempiuto contattando quattro imprese direttamente.

Se il bando di gara del 1998 includa l'appalto di forniture aggiudicato all'inizio del 2000 e sia quindi conforme all'obbligo di trasparenza

60. La Finlandia afferma che ha avuto luogo «un'unica procedura di aggiudicazione» al

fine di valutare la conformità all'art. 28 CE. L'appalto per la fornitura di attrezzature da catering è stato dapprima pubblicizzato come lotto autonomo nell'ambito dell'appalto complessivo di lavori pubblici relativi ai locali di Turku. Tale appalto è stato reso noto a tutti i potenziali fornitori nel bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea nel 1998. Le tre fasi rappresenterebbero tre parti della medesima procedura.

61. La Finlandia considera che, con riguardo a un appalto di valore modesto, l'obbligo di trasparenza non richiede necessariamente una forma particolare di pubblicazione né l'emissione di un invito formale a presentare offerte. L'applicazione dell'obbligo di trasparenza dipenderebbe dalle circostanze e sarebbe disciplinata in primo luogo dal diritto nazionale. La tesi della Finlandia è sostenuta dalla Danimarca, dalla Germania e dai Paesi Bassi.

62. La Commissione tenta di formulare una distinzione di ordine procedurale tra le tre fasi sopra definite. L'amministrazione aggiudicatrice ha omesso di pubblicare un nuovo invito a presentare offerte [34] prima di acquistare le attrezzature da catering. Tale censura riguarda la seconda e la terza fase. Pertanto, secondo la Commissione, non vi sarebbe stato un livello adeguato di pubblicità in occasione dell'appalto di attrezzature da catering e l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe quindi adempiuto all'obbligo di trasparenza.

63. Non condivido la tesi della Finlandia secondo cui, formalmente, le tre fasi costituivano un'unica procedura di aggiudicazione. La prima fase consisteva in una procedura ristretta che è rimasta senza esito per quanto riguarda il lotto relativo alla fornitura di attrezzature da catering. Nella seconda fase, l'amministrazione aggiudicatrice ha contattato quattro imprese direttamente, di cui almeno tre non avevano presentato offerte nell'ambito della procedura ristretta. Pertanto, nella seconda fase è stata avviata una distinta procedura negoziata. Dopo il rigetto delle offerte pervenute nell'ambito di tale procedura, nella terza fase è stata avviata un'ulteriore procedura negoziata.

64. Ciò detto, occorre esaminare se, effettivamente, la seconda e la terza fase possano

34 — Ne deduco che il vero oggetto della censura è il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ha omesso di indire una nuova gara d'appalto: v. nota 23 *supra*.

essere considerate una conseguenza diretta della prima fase rimasta senza esito, per cui le esigenze di trasparenza relativamente alla seconda e alla terza fase erano già state soddisfatte dal bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea nel 1998.

65. Per risolvere tale questione, si deve accertare, in primo luogo, se il bando del 1998 pubblicato nel contesto della procedura ristretta possa essere correttamente interpretato come invito a presentare offerte per la fornitura di attrezzature da catering, inteso quale lotto separato e, in secondo luogo, se le condizioni dell'appalto di fornitura pubblicizzato nell'ambito della procedura ristretta fossero sostanzialmente le stesse dell'appalto oggetto della seconda e della terza fase.

66. In primo luogo, l'appalto di lavori pubblici pubblicizzato nella Gazzetta Ufficiale del 1998 è intitolato «Lavori di costruzione (lavori di ricostruzione, ampliamento, modifica e manutenzione)» (mia traduzione). La descrizione particolareggiata dei lavori [35] enuncia: «Edificio comunale, ampi lavori di ristrutturazione e modifica, lavori di costruzione, di idraulica e relativi agli impianti di aerazione, lavori relativi agli impianti di controllo, raffreddamento, sicurezza ed elettrici, nonché montaggio di attrezzature da catering» (mia traduzione). Il bando precisava inoltre [36] che i candidati potevano presentare offerte per uno o più lotti o per tutti i lotti e invitava i potenziali offerenti a contattare l'amministrazione aggiudicatrice [37] (in finlandese) per ulteriori informazioni sugli aspetti tecnici e amministrativi dell'appalto [38].

67. La Commissione non tenta di far valere che il bando di gara non fosse sufficientemente chiaro. Essa sembra ammettere che il bando invitava effettivamente a presentare offerte per attrezzature da catering [39]. Essa si limita ad affermare che ciò che ha avuto luogo nel 2000 non può essere considerato una semplice continuazione di quanto avvenuto nel 1998.

68. A mio parere, il bando del 1998, anche se probabilmente non costituisce un modello di

35 — Punto 3.b) della versione originale finlandese del bando di gara. Benché ciò non incida sul fatto che la stessa amministrazione aggiudicatrice ha adottato le misure necessarie per individuare in tutta la Comunità i soggetti interessati a fornire attrezzature da catering, si può osservare che altre versioni linguistiche del bando di gara (che di fatto riassumono la versione originale) non menzionano questo specifico lotto.

36 — Punto 3.c).

37 — Punto 6.b).

38 — Punto 13.

39 — Punto 21 del ricorso.

chiarezza, avrebbe potuto essere interpretato *prima facie* nel senso che invitava ad esprimere interesse a presentare offerte per la fornitura di attrezzature da catering, e la Commissione non l'ha contestato. Pertanto, concordo con la Finlandia che i potenziali offerenti che avessero letto il bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale nel marzo 1998 avrebbero capito che potevano chiedere informazioni, e presentare offerte, in relazione alla fornitura di attrezzature da catering in quanto lotto autonomo [40].

69. In secondo luogo, la Commissione afferma che le condizioni dell'appalto sono cambiate nelle varie fasi. Essa rileva che il bando pubblicato nel 1998 non menziona il contratto di locazione con l'Amica né la sua partecipazione all'aggiudicazione dell'appalto [41]. In udienza, la Commissione, basandosi su una lettera (allegata alla sua replica) inviata dall'amministrazione aggiudicatrice al Ministero finlandese del Commercio e dell'Industria, ha fatto anche riferimento a una modifica del progetto del ristorante, a una variazione dell'importo attribuito all'appalto e a una modifica del finanziamento dell'acquisto (che ora deve essere ripartito tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'Amica).

70. La Finlandia replica che le clausole fondamentali dell'appalto non sono cambiate nel corso della procedura. L'amministrazione aggiudicatrice è stata responsabile dell'aggiudicazione per l'intera durata della procedura. Le uniche modifiche consisterebbero nel fatto che, nella terza fase, l'Amica ha concluso il contratto nella sua qualità di rappresentante e che l'amministrazione aggiudicatrice ha stabilito in anticipo l'importo che avrebbe pagato per l'acquisto.

71. Ritengo che la Commissione non abbia dimostrato che le condizioni dell'appalto sono cambiate sufficientemente nelle tre fasi descritte per interrompere il nesso di continuità tra di esse. Benché nella terza fase l'amministrazione aggiudicatrice sia ricorsa all'Amica quale rappresentante per effettuare l'acquisto e condividere con essa le spese, gli inviti a presentare offerte nella terza fase sono stati emessi a suo nome, e non in quello dell'Amica. Inoltre, l'importo fissato dall'amministrazione aggiudicatrice quale proprio contributo all'acquisto rientra nella gamma dei valori indicati per i singoli lotti pubblicati nell'ambito dell'appalto di lavori del 1998. Inoltre non credo che gli inviti a presentare offerte emessi nella terza fase confermino la tesi della Commissione secondo cui il contratto di locazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'Amica avrebbe modificato le condizioni dell'appalto. Essi evidenziano semplicemente il ruolo dell'Amica in qualità di addetta alle commesse.

40 — A sostegno di questa tesi, la Finlandia osserva che un potenziale fornitore (la Kopal) ha interpretato l'annuncio in tal senso e ha presentato una specifica offerta per le attrezzature da catering.

41 — Sotto il profilo cronologico, difficilmente avrebbe potuto farlo.

72. La Commissione non ha spiegato, in violazione dell'art. 42, n. 1, del regolamento di procedura alla Corte, perché la lettera inviata dall'amministrazione aggiudicatrice al Ministero finlandese del Commercio e dell'Industria sia stata prodotta come prova solo in allegato alla replica. Di conseguenza, la lettera costituisce un nuovo mezzo di prova dedotto tardivamente ai sensi dell'art. 42, n. 1, del regolamento di procedura e non può essere presa in considerazione [42]. La Commissione non ha prodotto altre prove atte a dimostrare che vi è stata una modifica sostanziale della natura o del quantitativo di attrezzature da catering da fornire pubblicizzati nelle tre diverse fasi.

73. Per tali motivi, ritengo che nel 1998 sia stato pubblicizzato nell'ambito di una procedura ristretta sostanzialmente lo stesso appalto per la fornitura di attrezzature da catering aggiudicato nel 2000 attraverso una procedura negoziata.

74. In tal caso, se la procedura ristretta non ha avuto buon esito in quanto non è pervenuta alcuna offerta accettabile, la questione successiva è se l'amministrazione aggiudicatrice abbia violato l'obbligo di trasparenza per avere fatto successivamente ricorso alla procedura negoziata al fine di acquistare le attrezzature da catering, senza ulteriore pubblicità.

75. Ai sensi dell'art. 6, n. 3, lett. a), della direttiva 93/36, un'amministrazione può aggiudicare un appalto di fornitura rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara qualora non vi siano offerte o non vi siano offerte appropriate in risposta all'esperimento di una procedura ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione.

76. Si è recentemente sottolineato [43] che laddove sia espressamente ammessa una deroga alle direttive sugli appalti pubblici, è giustificata una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e non può sussistere un obbligo di pubblicità. I principi derivanti dal Trattato non possono imporre un obbligo di pubblicità da rispettare anche laddove le direttive prevedano

42 — V. sentenza Grifoni/CEEA, citata alla nota 14, punto 7.

43 — Da parte dell'avvocato generale Jacobs, nelle conclusioni nella causa Commissione/Italia (sentenza 27 ottobre 2005, causa C-525/03, Racc. pag. I-9405), paragrafo 47. La Corte non ha esaminato tale questione, avendo dichiarato irricevibile il ricorso. V. anche le conclusioni presentate dall'avvocato generale Stix-Hackl il 14 settembre 2006 nella causa C-523/03, Commissione/Irlanda, paragrafo 111.

espressamente una deroga. Se così fosse, la deroga risulterebbe inefficace.

77. Ritengo che lo stesso ragionamento valga per un appalto che non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 in ragione del suo valore modesto[44]. L'art. 6, n. 3, lett. a), consente espressamente di fare ricorso ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara per gli appalti ricompresi nel campo di applicazione della direttiva. Ne consegue che tale procedura può del pari essere utilizzata per un appalto di valore modesto.

78. Concludo pertanto che qualora, dopo aver esperito una procedura ristretta, con pubblicazione di un bando, che sia rimasta senza esito per mancanza di offerte appropriate, l'amministrazione aggiudicatrice ricorra a una procedura negoziata senza pubblicizzare l'appalto di forniture, e qualora le condizioni dell'appalto siano sostanzialmente le stesse nelle due procedure, l'amministrazione aggiudicatrice non viene meno all'obbligo di trasparenza che le incombe in forza del diritto comunitario.

Gli inviti a presentare offerte emessi nel 2000 erano sufficienti di per sé per adempiere l'obbligo di trasparenza?

79. Nell'ipotesi in cui la Corte concluda che, contrariamente a quanto da me sostenuto, la seconda e la terza fase non erano collegate alla prima fase e non potevano essere considerate coperte dal bando di gara del 1998, occorre esaminare se gli inviti a presentare offerte indirizzati direttamente alle quattro imprese nel 2000 fossero conformi all'obbligo di trasparenza.

80. La Commissione afferma in sostanza che l'appalto controverso avrebbe dovuto essere aggiudicato rispettando la condizione stabilita nella sentenza Teleaustria[45] per garantire l'adempimento dell'obbligo di trasparenza. In quella sentenza, la Corte ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti [interessati] alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».

44 — L'avvocato generale Jacobs ha espresso il medesimo parare nelle conclusioni relative alla causa Commissione/Italia, paragrafo 48.

45 — Citata alla nota 18, punto 62.

81. La Finlandia, la Germania e i Paesi Bassi sostengono che, se pure un'amministrazione che aggiudichi un appalto che esula dal campo di applicazione delle direttive è tenuta a rispettare l'obbligo di trasparenza, rimane da stabilire che cosa costituisca una pubblicità «adeguata» nel contesto di una specifica procedura di aggiudicazione affinché tale obbligo sia rispettato [46]. In linea di principio, spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare, sotto il controllo dei giudici competenti, se le modalità di gara siano adeguate all'appalto in questione [47].

82. Come hanno osservato la Danimarca e i Paesi Bassi, l'impiego del termine «advertising» nella versione inglese della sentenza solleva alcuni problemi. Da un lato, «advertising» comporta un obbligo di pubblicazione. Dall'altro, i termini utilizzati in altre versioni linguistiche («Öffentlichkeit» nella lingua ufficiale del procedimento, il tedesco; «publicité» in quella francese; «pubblicità» in quella italiana; «publicidad» in quella spagnola) sono più simili al termine inglese «publicity». A mio avviso, «publicity» non comporta necessariamente un obbligo di pubblicazione. Esso implica però l'obbligo di fare qualcosa in più che limitarsi a contattare un unico potenziale offerente e aggiudicare l'appalto a tale impresa. Nelle conclusioni relative alla causa Teleaustria [48], l'avvocato generale Fennelly ha osservato che la Commissione, in quel caso, aveva sostenuto che l'obbligo di trasparenza non implicava la pubblicazione e ne ha condiviso la tesi [49].

83. Sono dell'opinione che, quando un appalto esula dall'ambito di applicazione delle direttive, il livello appropriato di pubblicità vada stabilito con riferimento al potenziale mercato dell'appalto. L'amministrazione aggiudicatrice deve garantire un livello di pubblicità adeguato per aprire il mercato *di cui trattasi* alla concorrenza e permettere il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione [50]. Pertanto, in linea di principio, deve sussistere un *certo* grado di pubblicità dell'appalto. In mancanza di tale pubblicità, è difficile vedere come si possa affermare che sussiste parità di trattamento o trasparenza.

84. Ci si chiede se le esigenze di pubblicità degli appalti in questione debbono essere

46 — V. anche le conclusioni presentate dall'avvocato generale Stix-Hackl il 14 settembre 2006 nella causa C-507/03, Commissione/Irlanda, paragrafo 75, e le conclusioni presentate dall'avvocato generale Jacobs il 21 aprile 2005 nella causa C-174/03, Impresa portuale di Cagliari, paragrafi 75-77.

47 — Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8612, punto 50).

48 — Citata alla nota 18 *supra*.

49 — V. paragrafi 42 e 43 delle conclusioni.

50 — Questo è l'approccio suggerito dall'avvocato generale Stix-Hackl nella causa C-507/03, Commissione/Irlanda, citata alla nota 46, al paragrafo 80.

stabilite dal diritto comunitario, oppure se la loro definizione vada lasciata al diritto nazionale.

85. Mi sembra che vi sia una differenza fondamentale tra il mercato potenziale di un appalto il cui valore è superiore alla soglia ma che, per qualsiasi motivo, è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva pertinente, e il mercato potenziale di un appalto di valore modesto. Il primo può comunque rivestire una notevole importanza economica. Si può capire facilmente perché dall'obbligo di non discriminazione, con il concomitante obbligo di trasparenza, debba scaturire l'obbligo di diritto comunitario di garantire un'adeguata pubblicità transnazionale per un appalto di questo tipo. Il secondo, per definizione, è inferiore alla soglia di applicazione della direttiva pertinente. La soglia segna il punto in cui il legislatore ha scelto consapevolmente di *non* applicare precise condizioni di pubblicità. Mi sembra che, così facendo, il legislatore abbia anche stabilito implicitamente quali appalti pubblici meritino, data la loro importanza economica, di essere assoggettati a precise condizioni di pubblicità prescritte dal diritto comunitario [51]. Ritengo che il diritto comunitario richieda che, in linea di principio, debba comunque sussistere *un certo* grado di pubblicità per tale appalto, ma lasci al diritto nazionale la definizione precisa delle modalità di pubblicazione.

86. Questa logica è suffragata da quanto ha dichiarato la Corte nella sentenza Coname [52], secondo cui circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, potrebbero far sì che un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso non abbia alcun apprezzabile interesse all'appalto in questione. In questi casi, gli effetti sulle libertà fondamentali dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime determinata da disparità di trattamento derivanti dalla mancanza di trasparenza [53]. Le «circostanze particolari» menzionate nella sentenza citata rappresentano l'eccezione alla regola generale secondo cui deve sussistere qualche forma di pubblicità. Tuttavia, non interpreto la suddetta dichiarazione nel senso che traspone tutte le condizioni di pubblicità previste dalle direttive sugli appalti pubblici a un contesto (quello degli appalti di valore modesto) da cui il legislatore comunitario le ha consapevolmente escluse.

87. Di conseguenza, non posso accogliere l'argomento della Commissione secondo cui

51 — Analogamente, l'avvocato generale Stix-Hackl ha osservato, nelle sue conclusioni relative alla causa C-507/03, Commissione/Irlanda, paragrafo 62, che il legislatore comunitario ha deciso consapevolmente di prescrivere solo determinati obblighi di trasparenza per l'aggiudicazione di appalti per servizi non prioritari — obblighi che non sono tanto estesi quanto quelli imposti più in generale dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

52 — Sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 (Racc. pag. I-7287).

53 — Punti 18-20.

il diritto comunitario impone alle amministrazioni aggiudicatrici di applicare precise condizioni di diritto comunitario in relazione alla pubblicità degli appalti di valore modesto. Due argomenti principali confermano tale conclusione.

88. In primo luogo, dal principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 CE discende che il diritto comunitario deve prevalere sul diritto nazionale solo entro i limiti giustificati da una valutazione dei costi e dei benefici [54]. Imporre un preciso obbligo di diritto comunitario di pubblicizzare gli appalti di valore modesto nell'intera Comunità significa ignorare parte dell'intento del legislatore sotteso alla direttiva 93/36. Le soglie previste dalle varie direttive in materia di appalti pubblici segnano il confine tra ciò che gli Stati membri hanno convenuto di armonizzare a livello comunitario e ciò che rimane di competenza degli Stati membri. Ne consegue, a mio parere, che la fissazione di precisi obblighi di pubblicità a livello comunitario per gli appalti di valore modesto è incompatibile con il principio di sussidiarietà.

89. In secondo luogo, imporre un preciso obbligo di pubblicazione in funzione del mercato potenziale — un obbligo il cui contenuto effettivo, tuttavia, *non* va cercato in un testo normativo adottato a livello comunitario — creerebbe una notevole incertezza giuridica per le amministrazioni aggiudicatrici e per i potenziali offerenti che intendano concludere contratti di valore modesto. Quando, dove e in quale forma tali appalti debbano essere pubblicizzati non può essere dedotto agevolmente dalla giurisprudenza e, come ho rilevato, tali questioni non sono disciplinate dalla legislazione derivata.

90. L'incertezza giuridica che deriverebbe dall'imposizione di un obbligo di questo tipo è testimoniata dai dubbi della Commissione. In risposta a una domanda diretta della Corte, la Commissione ha potuto solo suggerire in termini vaghi la forma di pubblicità che sarebbe stata necessaria per adempiere l'obbligo di trasparenza nel caso di specie. La Commissione ha recentemente sostenuto, nel contesto dell'aggiudicazione di appalti di servizi di autoambulanza d'urgenza non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, che l'indizione di un bando nazionale o internazionale *non* era necessaria per raggiungere un grado di pubblicità «adeguato» — ma avrebbe potuto essere sufficiente anche una comunicazione a determinate imprese [55]. Tale argomento contraddice direttamente la tesi adottata dalla Commissione nel presente procedimento.

54 — V. P. Braun, «A Matter of Principle(s) — the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives» (2000) 9 *Public Procurement Law Review* (1), pag. 47.

55 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nella causa C-532/03, citata alla nota 39.

91. Poco dopo l'udienza nella presente causa, la Commissione ha pubblicato una comunicazione in cui espone in modo molto particolareggiato il suo parere relativamente a quando, dove e in quale forma debbano essere «pubblicizzati» gli appalti che non ricadono nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici [56]. Nelle osservazioni relative alla presenta causa, la Commissione non ha spiegato come la violazione di obblighi derivanti dal Trattato che essa addebita alla Finlandia si ricolleghi agli obblighi proposti nella menzionata comunicazione. Inoltre, l'introduzione della stessa comunicazione enuncia che quest'ultima non crea alcuna nuova disposizione legislativa e che spetta comunque in ultima istanza alla Corte interpretare il diritto comunitario [57].

92. Ritengo che la conclusione da me raggiunta non sia in contrasto con la giurisprudenza Telaustria, in cui la Corte ha dichiarato che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a garantire un adeguato livello di «pubblicità» che consenta l'apertura di un appalto che esula dal campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici alla concorrenza nell'intera Comunità, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione [58]. Da un esame più approfondito emerge che i procedimenti in questione vertevano su concessioni di servizi pubblici che erano escluse, a prescindere dal loro valore economico, dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. I valori delle concessioni in discussione nei suddetti procedimenti erano equiparabili a quello degli appalti soggetti ai requisiti di pubblicità

56 — Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (GU 2006, C 179, pag. 2): v. in particolare sezione 2.1. Persistono le variazioni linguistiche rilevate al paragrafo 82. Così, ad esempio, la versione inglese della comunicazione utilizza «advertising». La versione tedesca oscilla tra «Bekanntmachung» e «Öffentlichkeit». Le versioni francese, italiana e spagnola utilizzano varianti di «pubblicità» («publicité», «pubblicità» e «publicidad» rispettivamente). Tuttavia, gli esempi forniti sono tutti tipi di *pubblicazione.* La comunicazione suggerisce che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti, ma che la loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno. Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura. La comunicazione elenca quindi un certo numero di forme di pubblicità che, in particolari circostanze, possono essere considerate «adeguate», quali Internet, compresi i siti e i portali dell'amministrazione aggiudicatrice, la Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea e quelle dei singoli Stati membri, i bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, i quotidiani a diffusione nazionale o regionale, le pubblicazioni specializzate e i mezzi di pubblicazione locale quali i quotidiani, i bollettini d'informazione comunali o gli albi pretori. Non vedo come tale comunicazione possa risolvere il problema della certezza del diritto che ho identificato in precedenza.

57 — Nella sentenza 15 settembre 1994, causa C-146/91, KYDEP/Consiglio e Commissione (Racc. pag. I-4199), la Corte ha sottolineato la natura non vincolante di un'interpretazione fornita dalla Commissione a un provvedimento di diritto comunitario.

58 — La Corte ha imposto tale obbligo anche in relazione all'esigenza di pubblicare i criteri di selezione dei candidati invitati a presentare offerte nell'ambito di una procedura ristretta per l'aggiudicazione di un appalto rientrante nel campo di applicazione della direttiva del Consiglio 93/37 (citata alla nota 9), mentre la medesima direttiva non contiene alcuna disposizione specifica per quanto riguarda i requisiti di tale pubblicazione (v. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau, Racc. pag. I-11617, punti 87, 92 e 93 e l'analisi susseguente).

stabiliti dalle direttive sugli appalti pubblici [59].

93. Pertanto, non vi è alcuna contraddizione tra il fatto che la Corte abbia statuito che l'aggiudicazione di tali appalti dev'essere soggetta a un livello adeguato di «pubblicità» per garantire l'apertura degli appalti alla concorrenza nell'intera Comunità e l'approccio che a mio parere occorre adottare in relazione agli appalti di valore modesto. L'interesse che tali concessioni di valore elevato possono suscitare negli offerenti dell'intera Comunità può essere ragionevolmente considerato equivalente all'interesse che le direttive sugli appalti pubblici mirano a tutelare in relazione agli appalti rientranti nel loro ambito di applicazione [60]. È quindi ragionevole applicare un obbligo di trasparenza fondato sul Trattato in relazione a tali appalti di concessione e affermare che la loro pubblicità va valutata alla luce del diritto comunitario.

94. Si potrebbe obiettare che, sotto il profilo economico, un appalto il cui valore sia leggermente inferiore alla soglia prevista dalla pertinente direttiva in materia di appalti pubblici potrebbe essere di entità sufficiente per suscitare interesse nelle imprese stabilite in Stati membri confinanti. Nella fattispecie, il valore dell'appalto aggiudicato (circa EUR 177 000) era inferiore di circa EUR 47 000 alla soglia di applicazione della direttiva 93/36 [61]. Esso era quindi significativamente inferiore al valore degli appalti che il legislatore ha considerato di interesse per i fornitori stabiliti nell'intera Comunità [62]. Mi sembra che il potenziale profitto di un fornitore stabilito, ad esempio, in Spagna, derivante dall'aggiudicazione di un contratto da EUR 177 000, risulterebbe notevolmente ridimensionato per effetto delle spese di trasporto e di altre spese eventuali, quali la modifica delle attrezzature e la fornitura di istruzioni operative in una forma compren-

59 — Nella sentenza Telaustria, il valore degli spazi pubblicitari degli elenchi telefonici oggetto della concessione ammontava, secondo le osservazioni della Telaustria, a ECU 35 milioni. Nella sentenza Parking Brixen, citata alla nota 47, il valore della concessione non emergeva dagli atti pubblicati nella Raccolta. Tuttavia, il fatto che il fornitore cui era stata aggiudicata la concessione versasse all'amministrazione aggiudicatrice un'indennità annuale pari a EUR 151 700, che era indicizzata sulla base del prezzo del biglietto di parcheggio (v. punto 26 della sentenza) sembra indicare che le entrate derivanti da tali prezzi fossero di notevole entità. Secondo la Corte non si poteva escludere che imprese stabilite in Stati membri potessero essere interessate all'appalto (punto 55). Pertanto, la trasparenza dell'aggiudicazione era stata valutata alla luce dell'obbligo sancito dalla giurisprudenza Telaustria di garantire un livello adeguato di «pubblicità» (v. punto 49 e l'analisi seguente). Nella sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303), la concessione aveva per oggetto la fornitura di servizi di trasporto nel Comune di Bari per il quale il fornitore veniva remunerato, almeno in parte, attraverso la vendita di titoli di trasporto agli utenti. Anche in questo caso, il valore esatto della concessione non risulta dalla Raccolta. Tuttavia, dato che l'unica attività dell'impresa che aveva ottenuto la concessione consisteva nella fornitura del servizio di trasporto pubblico urbano nel Comune di Bari (osservazioni del Comune di Bari, punto 5), è molto probabile che il valore della concessione superasse la soglia indicata nella direttiva pertinente per gli appalti diversi dalle concessioni.

60 — V., ad esempio, quattordicesimo 'considerando' della direttiva 93/36, citata al paragrafo 4 *supra*.

61 — V. paragrafo 6 *supra*.

62 — Come emerge dall'art. 5, n. 1, lett. a), in combinato disposto con il quattordicesimo 'considerando'. Ad ogni modo, la determinazione di una soglia numerica per l'applicazione di una regola implica necessariamente che (prima o poi) singoli casi ricadranno giusto al di sotto della soglia e che, di conseguenza, non sono coperti dalla regola in questione.

sibile a coloro che parlano il finlandese[63]. Potrebbe forse essere diverso per un fornitore potenziale stabilito (ad esempio) in Svezia o Danimarca. Tuttavia, la Commissione non ha suggerito che le differenze di prezzo tra le attrezzature da catering nei diversi Stati membri sono molto pronunciate. Tanto meno essa ha prodotto prove in tal senso. Mi sembra quindi che difficilmente la Corte potrebbe dichiarare con sicurezza, sulla base degli atti, che sarebbe vantaggioso per l'amministrazione aggiudicatrice e per i potenziali fornitori interessati di altri Stati membri (vicini) imporre un obbligo, derivante dal diritto comunitario, di pubblicizzare l'appalto in taluni altri Stati membri.

95. Più in generale, ci si chiede se l'obbligo di trasparenza *imponga* alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare l'interesse del mercato in ogni singolo Stato membro confinante e quindi stabilire, alla luce di tale valutazione, in quali Stati e in quale forma avrebbe dovuto essere pubblicizzato l'appalto[64]. In altre parole ci si chiede se possano sussistere motivi cogenti per affermare che un'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a svolgere un'approfondita analisi di mercato e quindi a garantire in alcuni casi un livello di pubblicità più elevato di quello richiesto dal diritto nazionale.

96. Ritengo che l'obbligo di trasparenza sancito dal diritto comunitario non debba essere interpretato nel senso che impone tale obbligo in relazione agli appalti di valore inferiore alla soglia. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, per ogni appalto di valore modesto «potenzialmente» importante (espressione che rimane comunque da definire), valutare l'interesse del mercato per effettuare una selezione non specificata (e non specificabile) degli Stati membri, con il rischio di penalizzazioni[65] nel caso in cui la valutazione non risulti corretta. Tale situazione è l'antitesi della certezza del diritto. Mi sembra inoltre che tale obbligo colpirebbe probabilmente le piccole amministrazioni (quali le autorità locali), che tenderebbero ad assegnare appalti di valore limitato più spesso che non le amministrazioni di dimen-

63 — Riconosco che l'amministrazione aggiudicatrice ha invitato un rappresentante di un fornitore stabilito in un altro Stato membro a presentare un'offerta nel 2000. Tuttavia, nulla indica che lo stesso rappresentante fosse stabilito in Finlandia. In tal caso, il fornitore e il suo rappresentante si trovavano in una posizione diversa da quella dei fornitori di attrezzature da catering stabiliti nella Comunità e privi di rappresentanti in Finlandia.

64 — Tale è la posizione espressamente adottata dalla Commissione nella sua comunicazione: v. punti 1.3 e 2.1.2.

65 — Nella sua comunicazione (punto 1.3), la Commissione assicura che «[q]uando [essa] viene a conoscenza di potenziali violazioni (...) valuterà la rilevanza dell'appalto in questione per il mercato interno (...) Avvierà una procedura d'infrazione (...) solo nei casi in cui lo riterrà opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno». Tralasciando la questione se la presente procedura d'infrazione soddisfi obiettivamente tale criterio, è evidente che un concorrente deluso sarebbe perfettamente libero di adire i giudici nazionali e chiedere un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE.

sioni maggiori. Se così fosse, tale obbligo imporrebbe loro un onere sproporzionato e irrealistico.

97. A mio avviso, il vantaggio di evitare l'incertezza del diritto determinato dall'approccio da me suggerito è superiore al vantaggio marginale in termini di integrazione dei mercati degli appalti pubblici che potrebbe forse discendere da precisi obblighi di diritto comunitario di pubblicizzare gli appalti di valore modesto.

98. Ritengo pertanto che spetti agli ordinamenti nazionali stabilire che cosa costituisca un livello adeguato di pubblicità degli appalti di valore modesto [66]. Qualora, in esito alla propria analisi, la Commissione ritenesse che le norme nazionali in materia di appalti pubblici applicabili in un determinato Stato membro non garantiscano sufficiente trasparenza e mettano quindi a rischio l'attuazione del principio della parità di trattamento, essa esperirebbe evidentemente una procedura d'infrazione contro lo Stato membro in questione. In tal modo, le risorse della Commissione e della Corte potrebbero forse essere impiegate più efficacemente che non per esaminare presunte infrazioni commesse nell'aggiudicazione di singoli appalti di valore modesto.

99. Concludo pertanto che occorre respingere il ricorso della Commissione.

Sulle spese

100. La Finlandia ha chiesto che la controparte sia condannata alle spese. Anche se il modo in cui il procedimento è stato difeso dalla Finlandia non è stato del tutto informativo, non vedo alcun motivo per cui la Corte debba discostarsi dalla prassi consueta. Pertanto, conformemente all'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la Commissione, in quanto parte soccombente, va condannata alle spese. Gli Stati membri intervenienti devono sopportare le proprie spese ai sensi dell'art. 69, n. 4, del regolamento di procedura.

66 — Si deve osservare che l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, al paragrafo 62 delle conclusioni nella causa C-412/04, Commissione/Italia, presentate l'8 novembre 2006, ha parimenti ritenuto che incomba a ciascuno Stato membro, entro alcuni limiti, stabilire disposizioni precise relative alla divulgazione delle offerte al fine di adempiere l'obbligo di trasparenza.

Conclusione

101. Ritengo quindi che la Corte debba:

— dichiarare irricevibile il ricorso;

— in subordine, respingere il ricorso;

— ordinare che la Commissione sopporti le proprie spese e quelle della Finlandia;

— ordinare che gli Stati membri intervenienti sopportino le proprie spese.