

SENTENZA DELLA CORTE

5 ottobre 2000 *

Nella causa C-337/98,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal signor M. Nolin, membro del servizio giuridico, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor C. Gómez de la Cruz, membro del medesimo servizio, Centre Wagner, Kirchberg,

ricorrente,

contro

Repubblica francese, rappresentata dalle signore K. Rispal-Bellanger, vicedirettore presso la direzione «Affari giuridici» del Ministero degli Affari esteri, e A. Viéville-Bréville, chargé de mission presso la stessa direzione, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso la sede dell'ambasciata di Francia, boulevard Joseph II, 8 B,

convenuta,

avente ad oggetto il ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica francese, attribuendo con decisione 22 novembre 1996 alla società Matra-Transport il contratto di realizzazione «chiavi in mano» del progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes, ha violato gli obblighi derivanti

* Lingua processuale: il francese.

dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), e in particolare dai suoi artt. 4, n. 2, e 20, n. 2, lett. c),

LA CORTE,

composta dai signori G.C. Rodríguez Iglesias, presidente, J.C. Moitinho de Almeida e L. Sevón, presidenti di sezione, P.J.G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet e V. Skouris (relatore), giudici,

avvocato generale: F.G. Jacobs

cancelliere: signora D. Louterman-Hubeau, amministratore principale

vista la relazione d'udienza,

sentite le difese orali svolte dalle parti all'udienza del 2 febbraio 2000, nel corso della quale la Commissione è stata rappresentata dal signor M. Nolin e la Repubblica francese dal signor J.-F. Dobelle, direttore aggiunto presso la direzione «Affari giuridici» del Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e dalla signora K. Rispal-Bellanger,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 23 marzo 2000,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 14 settembre 1998, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE (divenuto art. 226 CE), un ricorso tendente a far dichiarare che la Repubblica francese, attribuendo con decisione 22 novembre 1996 alla società Matra-Transport (in prosieguo: la «Matra») il contratto di realizzazione «chiavi in mano» del progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes, ha violato gli obblighi derivanti dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), e in particolare dai suoi artt. 4, n. 2, e 20, n. 2, lett. c).

Contesto normativo

Normativa comunitaria

La direttiva 93/38

- 2 L'art. 4, nn. 1 e 2, della direttiva 93/38 prevede:

«1. Nell'assegnare gli appalti di forniture, di lavori e di servizi e nell'organizzare concorsi di progettazione, gli enti aggiudicatori applicano procedure che vengono adeguate alle disposizioni della presente direttiva.

2. Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi».

3 Ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38:

«Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le condizioni di concorrenza nei casi seguenti:

(...)

c) quando, a causa di particolarità tecniche, artistiche o per ragioni attinenti alla tutela dei diritti di esclusiva, l'appalto non può essere affidato che ad un fornitore, imprenditore o prestatore di servizi determinato».

4 L'art. 45, nn. 1 e 3, della direttiva 93/38 dispone:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva e le applicano al più tardi il 1° luglio 1994. (...)

2. (...)

3. La direttiva 90/531/CEE cessa d'aver effetto a decorrere dalla data d'applicazione della presente direttiva da parte degli Stati membri, fatti salvi gli obblighi di questi ultimi per quanto riguarda i termini indicati all'articolo 37 di detta direttiva».

La direttiva 90/531/CEE

5 Fatte salve talune differenze redazionali, le disposizioni della direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), riguardanti il principio di non discriminazione tra fornitori o imprenditori (art. 4) e i casi di ricorso autorizzato a una procedura senza indizione preventiva di una gara (art. 15), avevano lo stesso contenuto delle corrispondenti disposizioni della direttiva 93/38, riportate ai punti 2 e 3 della presente sentenza.

6 L'art. 37, nn. 1 e 2, della direttiva 90/531 prevede:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi il 1° luglio 1992. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

2. Gli Stati membri possono prevedere che le misure di cui al paragrafo 1 si applichino soltanto a decorrere dal 1° gennaio 1993.

(...).

Normativa nazionale

7 L'art. 104, II, del code des marchés publics è redatto come segue:

«Si possono stipulare appalti negoziati senza indizione preventiva di una gara se gli stessi possono essere eseguiti solo da un imprenditore o da un fornitore determinato.

Ciò si verifica nei seguenti casi:

1° quando i lavori richiesti possono essere effettuati solo con una prestazione che implica l'uso di un brevetto, di una licenza o di diritti di esclusiva detenuti da un solo imprenditore o da un solo fornitore;

2° quando i lavori richiesti possono essere effettuati solo con una prestazione che, per motivi tecnici, a causa di precedenti notevoli investimenti, di speciali impianti o di know-how, può essere affidata unicamente a un imprenditore o a un fornitore determinato;

3° per le prestazioni citate all'ultima frase dell'art. 108.

Detti appalti sono dispensati dal bando di gara previsto dall'art. 38».

Fatti

- 8 Con delibera 26 ottobre 1989, n. 89-18, il comité syndical del Syndicat intercommunal des transports collectifs dell'agglomerato di Rennes (in prosieguo: il «Sitcar») decideva di:

«1° confermare le precedenti decisioni di dotare l'agglomerato di un sistema di trasporto collettivo a corsia riservata (...)

2° far propri, per la prima linea, i principi guida del tracciato del piano "TAU", ossia:

— il servizio di Villejean da ovest a est;

- l'attraversamento del centro storico da nord a sud;

- il passaggio alla stazione che assicuri la migliore interconnessione con le tre reti di trasporto urbano, extraurbano e ferroviario;

- il servizio del quartiere Alma-Châtillon e della parte più importante del quartiere Blosne, vale a dire il sud-est (...)

3° optare per la tecnologia di metropolitana automatica leggera VAL (...)

4° chiedere dallo Stato il maggior sostegno finanziario possibile (...)

5° avviare ogni contatto utile con la Région e il Département sulle basi precedentemente indicate (...)

6° autorizzare il Bureau a procedere alle consultazioni necessarie all'esame, in occasione di una successiva riunione del Comité syndical, del contratto da concludere per gli studi del progetto preliminare (...)

7° studiare al più presto una modifica dell'attuale sistema di ripartizione dei contributi dei comuni al SITCAR (...).

9 Con delibera 19 luglio 1990, n. 90-25, il comité syndical del Sitcar decideva di:

«1° prendere atto che per gli studi e per la realizzazione della parte “sistema e infrastrutture collegate al sistema” si procederà alla conclusione di un contratto “chiavi in mano” con la società Matra-Transport, non appena quest'ultima sarà in grado di impegnarsi per un prezzo garantito di obiettivo,

2° approvare il principio di un contratto di assistenza e di studi sussidiari agli studi di progetto preliminare sommario della parte “Opere di genio civile e infrastrutture non collegate al sistema” da stipulare con la stessa società e di autorizzare il presidente del comitato a sottoscriverlo».

10 Con lettera del suo presidente-direttore generale datata 9 luglio 1991, indirizzata al presidente del comité syndical del Sitcar, la Matra precisava che il prezzo garantito del progetto di riferimento del marzo 1991 ammontava a FRF 987 milioni, ai valori dei prezzi del gennaio 1991. Il presidente-direttore generale della Matra dichiarava tuttavia che, tenendo come base tale prezzo, la Matra aveva cercato di realizzare, su richiesta della Sitcar, «qualche risparmio derivante, contemporaneamente, da apporti complementari della Matra-Transport e da proposte di ridefinizione di programmi che non riducevano la qualità del servizio prestato». Alla luce di tali elementi, il presidente-direttore generale della Matra proponeva al Sitcar alcune modifiche dei dati del programma e annunciava che, se i nuovi dati fossero stati confermati, la parte «Sistema» del progetto VAL avrebbe potuto essere ridotta a un prezzo garantito di FRF 953,2 milioni, tasse escluse, ai valori dei prezzi del gennaio 1991.

11 Con delibera 30 marzo 1993, n. 93-44, il consiglio del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes (in prosieguo: il «consiglio del distretto»), che si è

sostituito al Sitcar nel 1992, approvava il progetto «chiavi in mano» proposto dalla Matra nell'ambito del procedimento negoziato e autorizzava inoltre la società ad economia mista dei pubblici trasporti dell'agglomerato di Rennes (in prosieguo: la «Semtcar») a sottoscrivere il contratto con la Matra conformemente alle disposizioni del mandato approvato dal consiglio del distretto con delibera 15 gennaio 1993.

12 Con sentenza 16 febbraio 1994 il Tribunal administratif di Rennes (Francia) annullava la dichiarazione di pubblica utilità 15 febbraio 1993, relativa al progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes (in prosieguo la «DUP»), il che ha comportato, in particolare, che non ha potuto essere accordata la sovvenzione che lo Stato aveva previsto di concedere per il finanziamento dei lavori.

13 Con delibera 22 settembre 1995, n. 95-233, il consiglio del distretto decideva «la revoca della delibera 30 marzo 1993, n. 93-44, che approvava l'appalto negoziato con la Matra-Transport e autorizzava la SEMTCAR a sottoscriverlo, in quanto questa delibera non aveva avuto neppure un principio di esecuzione ed era divenuta priva di oggetto». Inoltre, con delibera n. 95-234 di pari data, il consiglio del distretto decideva di «chiedere alla SEMTCAR di riprendere le trattative per il perfezionamento di detto contratto con la Matra-Transport nei limiti del preventivo finanziario stabilito per l'operazione e di risottoporlo al distretto per l'approvazione».

14 Infine, con delibera 22 novembre 1996, n. 96-280, il consiglio del distretto approvava «gli estremi del progetto di appalto negoziato, relativo alla realizzazione della Parte sistema e infrastrutture collegate al sistema, da stipulare con la società Matra-Transport International». L'importo totale dell'appalto ammontava a «FRF 1 054 360 000, tasse escluse, ai valori dei prezzi del novembre 1996, ripartito in una rata certa di FRF 1 050 490 000, tasse escluse, e in una rata

sottoposta a condizioni di FRF 3 870 000, tasse escluse». Autorizzava parimenti «la SEMTCAR a sottoscrivere il contratto ai sensi dell'art. 7.4 del mandato 23 febbraio 1993».

Procedimento precontenzioso

- 15 In seguito a una denuncia relativa alle modalità di affidamento alla Matra del progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes, la Commissione, con lettera 7 gennaio 1997, chiedeva alle autorità francesi di trasmetterle varie informazioni riguardanti l'assegnazione di tale appalto, intinandole di giustificare il fatto di aver utilizzato un procedimento negoziato senza indizione preventiva di una gara, in base all'art. 104, II, del code des marchés publics, per l'assegnazione di detto appalto.

- 16 Le autorità francesi rispondevano alla Commissione con lettera 17 febbraio 1997, e successivamente con due note supplementari 25 febbraio e 4 marzo 1997. Facevano valere, in particolare, che l'appalto di cui trattasi era stato assegnato con una delibera 26 ottobre 1989 del comité syndical del Sitcar, data in cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva scelto di dotarsi di un sistema di metropolitana automatica di tipo VAL, fornito dalla Matra. Secondo le autorità francesi, tale delibera equivaleva all'aggiudicazione dell'appalto prima dell'entrata in vigore, avvenuta il 1° gennaio 1993, della direttiva 90/531 e, a fortiori, prima dell'entrata in vigore, in data 1° luglio 1994, della direttiva 93/38, e in particolare dei suoi artt. 4, n. 2, e 20, n. 2, lett. c). Inoltre le autorità francesi dichiaravano, in subordine, che la Matra era la sola società in grado di soddisfare le necessità della collettività. Asserivano in proposito che questa società aveva già realizzato precedenti notevoli investimenti nel comprensorio di Rennes e concludevano che nessuna disposizione comunitaria era stata violata.

- 17 Giudicando insoddisfacente tale risposta, con lettera di diffida 17 giugno 1997, conformemente alla procedura prevista dall'art. 169 del Trattato CE, la

Commissione intimava alle autorità francesi di presentare le loro osservazioni nel termine di sei settimane, in particolare sulla compatibilità del disposto dell'art. 104, II, del code des marchés publics, usato come base giuridica della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, con quanto prescritto dall'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38.

- 18 Le autorità francesi rispondevano alla lettera di diffida con lettera 20 agosto 1997, riaffermando che la decisione di assegnare alla Matra l'appalto «chiavi in mano» era stata presa con delibera 26 ottobre 1989 e, in subordine, che l'art. 104, II, del Code des marchés publics era compatibile con l'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38. Due ulteriori risposte venivano inviate il 29 settembre e il 7 novembre 1997.
- 19 La Commissione, ritenendo che tali risposte non apportassero elementi tali da rimettere in discussione le censure contenute nella sua lettera di diffida, il 5 marzo 1998 trasmetteva alla Repubblica francese un parere motivato, cui quest'ultima rispondeva il 12 giugno 1998.
- 20 In questo contesto di fatto e di diritto la Commissione ha proposto il ricorso in esame.

Nel merito

- 21 La Commissione ritiene che l'assegnazione alla Matra del contratto «chiavi in mano» per il progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'aggl-

merato di Rennes con procedimento negoziato, senza preventiva indizione di una gara, costituisca una violazione della direttiva 93/38 e, in particolare, dei suoi artt. 4, n. 2, e 20, n. 2, lett. c).

- 22 Posto che dai punti 8-11 della presente sentenza risulta che certi fatti riguardanti l'appalto di cui trattasi si sono verificati prima della data di scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 93/38, occorre esaminare, prima di statuire sull'asserita violazione di questa direttiva, se essa sia applicabile al procedimento in esame.
- 23 Risulta in particolare dalla delibera 19 luglio 1990 del comité syndical del Sitcar, e in particolare dall'affermazione che «per gli studi e per la realizzazione della parte "sistema e infrastrutture collegate al sistema" si procederà alla conclusione di un contratto "chiavi in mano" con la società Matra-Transport, non appena quest'ultima sarà in grado di impegnarsi per un prezzo garantito d'obiettivo», che, a tale data, le trattative tra l'amministrazione aggiudicatrice e la Matra erano già in corso.
- 24 Inoltre, nella sua lettera 9 luglio 1991, il presidente-direttore generale della Matra ha confermato che, a condizione che fossero accettate alcune modifiche del progetto di riferimento da lui proposte, la parte «Sistema» del progetto VAL poteva essere ricondotta a un prezzo garantito, ai valori dei prezzi del gennaio 1991, di FRF 953,2 milioni, tasse escluse, il che costituisce un serio indizio del fatto che, in detta data, le trattative tra l'amministrazione aggiudicatrice e la Matra erano in fase avanzata.
- 25 Ne consegue che le trattative dell'amministrazione aggiudicatrice con la Matra erano iniziate prima del 1° luglio 1994, data di scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 93/38, e persino prima del 9 agosto 1993, data di pubblicazione di questa direttiva nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

- 26 Dato che le trattative costituiscono la caratteristica essenziale di un procedimento negoziato di appalto, va constatato che, nella fattispecie, il procedimento di cui trattasi è stato avviato prima dell'adozione della direttiva 93/38 e, a fortiori, prima della scadenza del termine di trasposizione di detta direttiva. Orbene, la stessa non contiene disposizioni transitorie relative ai procedimenti già avviati prima del 1° luglio 1994 e ancora pendenti a tale data.
- 27 Di conseguenza, al fine di statuire sull'applicazione delle disposizioni della direttiva 93/38 cui si è richiamata la Commissione nella fattispecie in esame, e dato che il procedimento di cui trattasi si è protratto per un lungo periodo, si deve individuare innanzitutto il diritto applicabile *ratione temporis* a tale procedimento.
- 28 La Commissione ritiene che, per determinare il diritto applicabile a un procedimento di assegnazione di un appalto, occorra in genere prendere in considerazione la data di assegnazione dell'appalto. La Commissione non esclude che anche la data di avvio del procedimento di appalto possa essere presa in considerazione. Precisa, tuttavia, che tra l'avvio e l'assegnazione dell'appalto deve intercorrere un termine ragionevole, il che non si sarebbe verificato nella specie.
- 29 Secondo la Commissione, l'appalto in esame è stato assegnato solo con delibera 22 novembre 1996, ossia molto tempo dopo l'entrata in vigore della direttiva 93/38. Essa considera che la delibera 26 ottobre 1989 verteva soltanto sulla scelta della tecnologia della metropolitana automatica leggera VAL, prodotto elaborato all'epoca da almeno due costruttori. Neppure in data 19 luglio 1990 sarebbe stato ancora possibile parlare di contratto con la Matra, in assenza di accordo su un qualsivoglia prezzo, o sugli elementi essenziali di un appalto. Di conseguenza, la decisione di assegnare l'appalto alla Matra sarebbe stata adottata solo con la delibera del Consiglio del distretto 30 marzo 1993, vale a dire solo dopo che la detta società si era formalmente impegnata per un prezzo garantito.
- 30 La Commissione assicura che, se tutto fosse stato deciso a detta data, non avrebbe proposto il ricorso in esame, anche se la direttiva 90/531 era già entrata in vigore.

Fa tuttavia osservare che, dopo l'annullamento della DUP da parte del tribunale amministrativo di Rennes, l'amministrazione aggiudicatrice ha revocato la delibera 30 marzo 1993, sebbene non vi fosse giuridicamente tenuta. Orbene, in diritto amministrativo francese, una revoca sarebbe analoga ad un annullamento in sede di contenzioso. La Commissione ne trae la conclusione che, poiché la revoca non è stata impugnata dalla Matra, essa è divenuta definitiva, da cui consegue che si considera detta delibera come se non fosse mai esistita. L'appalto controverso sarebbe stato perciò attribuito alla Matra con la delibera 22 novembre 1996.

- 31 Per contro, il governo francese considera che, anche se gli appalti pubblici sono definiti dal diritto comunitario come contratti stipulati per iscritto, ciò non osta a che sia presa in considerazione la sola data di avvio del procedimento di assegnazione al fine di stabilire il diritto applicabile a siffatto procedimento. Inoltre, il requisito di un termine ragionevole tra l'avvio del procedimento e l'assegnazione dell'appalto perché l'avvio possa essere preso in considerazione per determinare il diritto applicabile non troverebbe fondamento né nella normativa comunitaria né nella giurisprudenza della Corte.
- 32 Il governo francese osserva che la designazione della Matra come aggiudicataria non risale alla delibera 22 novembre 1996, ma, implicitamente, alla delibera 26 ottobre 1989, poiché, essendo il VAL un marchio della Matra, l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto scegliere come contraente alcun'altra impresa che la Matra stessa. Per quanto riguarda la delibera 19 luglio 1990, essa costituirebbe una decisione di aggiudicazione: secondo il governo francese, dal momento in cui la delibera sarebbe divenuta esecutiva e la Matra si sarebbe impegnata per un prezzo, quest'ultima aveva diritto di chiederne l'osservanza, in quanto la delibera costituiva a suo favore diritti soggettivi. La Matra, impegnandosi il 9 luglio 1991 per un prezzo garantito di obiettivo di FRF 953,2 milioni, tasse escluse, sarebbe stata quindi titolare del diritto alla stipula del contratto «chiavi in mano» con il distretto urbano dell'agglomerato di Rennes.
- 33 Quanto alla revoca della delibera 30 marzo 1993, il governo francese fa valere, da un lato, che era un atto imposto all'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che esso non era dovuto alla volontà di rinegoziare gli elementi

essenziali dell'appalto. Inoltre, la revoca non avrebbe avuto per scopo o per effetto di rimettere in discussione la decisione 19 luglio 1990 di stipulare un contratto con la Matra. Revocando detto atto, il consiglio del distretto avrebbe semplicemente differito la sottoscrizione dell'appalto e dato pianamente seguito all'annullamento della DUP, atto emanato dal prefetto e il cui annullamento non sarebbe imputabile né al distretto urbano dell'agglomerato di Rennes né alla Matra, beneficiaria del contratto.

34 Il governo francese ammette che la revoca di quest'atto comporta la scomparsa del contratto dall'ordinamento giuridico per il futuro come per il passato. Tuttavia, per quanto riguarda le disposizioni contrattuali sostanziali, al di là del formalismo procedurale, esse sarebbero, se non convalidate, almeno del tutto esenti da critiche e, di conseguenza, il procedimento di aggiudicazione dell'appalto sarebbe, se non in diritto, quantomeno in fatto, meramente sospeso in attesa di una nuova DUP. Conseguentemente, la revoca della delibera 30 marzo 1993 sarebbe solo formale e non potrebbe perciò pregiudicare nella sostanza la continuità del procedimento.

35 Occorre ricordare che con il ricorso per inadempimento in esame la Commissione addebita alla Repubblica francese una violazione delle disposizioni della direttiva 93/38 che trarrebbe origine da una precisa decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. Questa decisione verteva sulla scelta di quest'ultima di avvalersi di un procedimento negoziato senza indizione preventiva di una gara per l'assegnazione dell'appalto di cui trattasi. Secondo la Commissione, tale scelta non troverebbe un fondamento nell'art. 20, n. 2, della direttiva 93/38.

36 Si deve rilevare inoltre che la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice relativa al tipo di procedura da seguire e alla necessità o meno dell'indizione preventiva di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico costituisce una fase distinta del procedimento, nella quale si definiscono le caratteristiche essenziali dello svolgimento di tale procedimento e che, di norma, non può aver luogo che nello stadio dell'avvio del procedimento stesso.

- 37 Pertanto, al fine di valutare se la direttiva 93/38 sia applicabile a tale decisione e, quindi, per stabilire quali fossero gli obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice derivanti dal diritto comunitario al riguardo, occorre, in via di principio, considerare il momento in cui detta decisione è stata adottata.
- 38 Vero è che, nel caso in esame, la decisione di avvalersi di un procedimento negoziato senza preventiva indizione di una gara fa parte di un procedimento di aggiudicazione che si è concluso solo nel novembre 1996, ossia più di due anni dopo la scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 93/38. Tuttavia, secondo la giurisprudenza in materia di appalti pubblici, il diritto comunitario non impone a un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici esistenti, instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, qualora tali rapporti siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva (v., in tal senso, sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel, Racc. pag I-5357, punto 54).
- 39 Anche se la citata sentenza Tögel riguardava un contratto già concluso prima della scadenza del termine per la trasposizione della 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), nondimeno il principio generale che vi è enunciato può applicarsi a tutte le fasi di un procedimento di aggiudicazione di un appalto che sono state sì espletate prima della data di scadenza del termine di trasposizione di una direttiva, ma fanno però parte di un procedimento che è terminato dopo tale data.
- 40 Per quanto riguarda l'argomento della Commissione secondo il quale la data di cui si deve tener conto per determinare l'applicabilità nel tempo della direttiva 93/38 è quella dell'assegnazione dell'appalto, è sufficiente rilevare che sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto tale data segna la fine del procedimento, mentre la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'indizione preventiva di una gara o di rinunciarvi è di norma presa nella fase iniziale del procedimento.

- 41 Nella fattispecie, anche se l'esistenza di una decisione formale dell'amministrazione aggiudicatrice di adottare un procedimento negoziato senza indizione preventiva di una gara per l'assegnazione dell'appalto di cui trattasi non risulta chiaramente dai documenti versati agli atti, occorre ricordare che, nella sua delibera 19 luglio 1990, il comité syndical del Sitcar ha deciso di «prendere atto che gli studi e la realizzazione della parte "sistema e infrastrutture collegate al sistema" porteranno alla conclusione di un contratto "chiavi in mano" con la società Matra-Transport». Risulta infatti da questa frase che, al più tardi alla data di detta delibera, e quindi molto prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva 93/38, era già stata presa la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di adottare un procedimento negoziato senza indizione preventiva di una gara.
- 42 Di conseguenza, si deve concludere che la direttiva 93/38 non è applicabile alla scelta effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice di avvalersi di un procedimento negoziato senza indizione preventiva di una gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo al progetto di metropolitana leggera del distretto urbano dell'agglomerato di Rennes.
- 43 Va tuttavia ricordato che, con due distinte delibere 22 settembre 1995, l'amministrazione aggiudicatrice ha revocato la delibera 30 marzo 1993 che assegnava l'appalto alla Matra e ha chiesto inoltre alla Semtcar di continuare le trattative con questa società.
- 44 Si deve perciò esaminare se le trattative iniziate dopo il 22 settembre 1995 presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle già effettuate e, di conseguenza, siano atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali del contratto, di modo che si potrebbe giustificare l'applicazione delle disposizioni della direttiva 93/38.
- 45 Al riguardo, si deve preliminarmente ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, tocca alla Commissione, nell'ambito di un procedimento per inadempimento in forza dell'art. 169 del Trattato, provare l'asserito inadempimento nonché fornire alla Corte gli elementi necessari perché questa accerti l'esistenza

dell'inadempimento (v., in particolare, sentenza 25 novembre 1999, causa C-96/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8531, punto 36).

- 46 Ne consegue che, nel caso in esame, è compito della Commissione presentare tutti gli elementi necessari al fine di stabilire che nuove trattative sono state avviate dopo il 22 settembre 1995 e che le stesse sono atte a provare la volontà delle parti di rinegoziare gli elementi essenziali del contratto, il che potrebbe giustificare l'applicazione delle disposizioni della direttiva 93/38.
- 47 A questo proposito la Commissione fa valere che l'analisi delle delibere 30 marzo 1993 e 22 novembre 1996 dimostra che si tratta di proposte diverse per quanto riguarda l'oggetto e il prezzo. Secondo la Commissione, l'offerta del 1993 riguarda il sistema VAL 206 per un importo di FRF 966,4 milioni, tasse escluse, mentre quella del 1996 propone un sistema VAL 208 per FRF 1 054 milioni, tasse escluse.
- 48 Con il cambiamento di numero si distinguerebbero in realtà due diverse versioni della tecnologia VAL. Sul piano finanziario le due offerte differirebbero fra loro di quasi FRF 90 milioni, tasse escluse, vale a dire un aumento del 10% circa del valore del contratto tra gennaio 1993 e novembre 1996, il che sarebbe superiore all'inflazione formatasi in tale periodo.
- 49 La Commissione desume da tali elementi che esistono differenze essenziali, in termini di tecnologia e di prezzo, tra le due offerte della Matra, il che proverebbe che non si tratta dello stesso contratto.
- 50 Va constatato, in primo luogo, che il fatto che l'offerta del 1993 riguardasse il sistema VAL 206, mentre l'offerta del 1996 riguardava il sistema VAL 208, non

costituisce un elemento atto a provare l'esistenza di una rinegoziazione di un elemento essenziale del contratto che giustificherebbe l'applicazione della direttiva 93/38.

- 51 Come ha rilevato il governo francese, tale modifica delle condizioni dell'appalto dipende dall'evoluzione del macchinario tra il 1993 e il 1996 e riguarda la dimensione dello stesso, e ciò in modo del tutto marginale (2 cm di larghezza). Non si può inoltre escludere che, nel corso di un procedimento negoziato, che, per sua stessa natura, può protrarsi per un lungo periodo di tempo, le parti prendano in considerazione le innovazioni tecnologiche intervenute durante lo svolgimento delle trattative, senza che questo fatto possa considerarsi, ogni volta, come una rinegoziazione degli elementi essenziali del contratto che giustifichi l'applicazione delle nuove norme giuridiche.
- 52 In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento della Commissione relativo alla differenza di prezzo tra il contratto proposto nel 1993 e quello proposto nel 1996, va rilevato che, anche ammettendo che questa differenza di prezzo sia stata superiore all'inflazione formatasi in questo periodo, neanche questa situazione è atta a dimostrare che le trattative iniziate dopo la revoca della delibera 30 marzo 1993 avevano ad oggetto la rinegoziazione di un elemento essenziale del contratto.
- 53 Infatti, come ha rilevato il governo francese senza essere contraddetto su questo punto dalla Commissione, il cambiamento del prezzo risulta dall'esatta applicazione della formula di revisione dei prezzi contenuta nel progetto di appalto voluto da entrambe le parti nel 1993. Orbene, quest'elemento costituisce piuttosto un indice di continuità del procedimento che un elemento che possa provare la rinegoziazione di un elemento essenziale del contratto.
- 54 In terzo luogo, va aggiunto come da taluni documenti versati agli atti risulti che le trattative sono riprese in realtà poco dopo il 22 settembre 1995, in base a tutta la precedente attività.

- 55 Da un lato, i termini «riprendere il perfezionamento», usati nella seconda delibera 22 settembre 1995, alludono in particolar modo a una continuazione e a un'attualizzazione delle trattative. D'altro lato, il governo francese ha prodotto una lettera trasmessa dalla Matra alla Semtcar, datata 30 novembre 1995, secondo la quale la Matra aveva studiato le conseguenze di un adattamento del piano di realizzazione dei lavori e, tenuto conto degli aggiornamenti pattuiti del capitolato delle clausole amministrative speciali, confermava che la sua offerta negoziata all'inizio del 1993 rimaneva valida fino al 30 settembre 1996.
- 56 Di conseguenza, si deve constatare che la Commissione non ha fornito elementi atti a provare che nuove trattative, che dimostrassero la volontà delle parti di rinegoziare gli elementi essenziali del contratto, siano iniziate dopo la revoca della delibera 30 marzo 1993, quindi dopo la scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 93/38.
- 57 Perciò, viste tutte le considerazioni che precedono, il ricorso va respinto.

Sulle spese

- 58 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Repubblica francese ha chiesto la condanna della Commissione e quest'ultima è rimasta soccombente, la Commissione va condannata alle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese.

Rodríguez Iglesias	Moitinho de Almeida	
Sevón	Kapteyn	Puissochet
Jann	Ragnemalm	
Wathelet	Skouris	

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 5 ottobre 2000.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente

G.C. Rodríguez Iglesias