

## SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

4 giugno 2009 (\*)

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 93/38/CEE – Appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni – Aggiudicazione di appalto senza previa indizione di gara – Presupposti – Comunicazione dei motivi di rigetto di un’offerta – Termine»

Nella causa C-250/07,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell’art. 226 CE, proposto il 24 maggio 2007,

**Commissione delle Comunità europee**, rappresentata dalla sig.ra M. Patakia e dal sig. D. Kukovec, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

**Repubblica ellenica**, rappresentata dalla sig.ra D. Tsagkaraki, in qualità di agente, assistita dall’avv. V. Christianos, dikigoros, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. M. Ilešič, A. Tizzano, A. Borg Barthet e J.-J. Kasel (relatore), giudici

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 14 ottobre 2008,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 17 dicembre 2008,

ha pronunciato la seguente

### Sentenza

- 1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, non avendo pubblicato previamente un bando di gara d’appalto e ritardando senza giustificazioni la risposta alla richiesta di un offerente di precisazioni relative ai motivi del rigetto della sua candidatura, la Repubblica ellenica è venuta meno, da un lato, all’obbligo di indire una gara prima di avviare la procedura d’appalto ad essa incombente ai sensi dell’art. 20, n. 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»), e, dall’altro, all’obbligo ad essa incombente ai sensi dell’art. 41, n. 4, di tale direttiva.

#### Contesto normativo

- 2 L’art. 2 della direttiva 93/38 così prevede:

«1. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che:

- a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2;
- b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro.

2. Le attività che rientrano nel campo d'applicazione della presente direttiva sono le seguenti:

- a) messa a disposizione o gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di:

(...)

- ii) elettricità;

(...)».

3 Ai sensi dell'art. 20 della direttiva 93/38:

«1. Gli enti aggiudicatori possono scegliere una delle procedure definite nell'articolo 1, paragrafo 7, purché, fatto salvo il paragrafo 2, siano state rispettate le condizioni di concorrenza conformemente all'articolo 21.

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

- a) quando in risposta ad una procedura con indizione di una gara non siano pervenute offerte appropriate, sempreché le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente;

(...)

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

(...)».

4 L'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38 è formulato nei termini seguenti:

«L'ente aggiudicatore (...) comunica, nel più breve tempo possibile dalla data in cui è stata ricevuta la richiesta, a qualsiasi candidato od offerente eliminato che ne faccia richiesta per iscritto, le ragioni del rifiuto della sua domanda od offerta e comunica a qualsiasi offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta vincente nonché il nome dell'offerente prescelto.

(...)».

#### **Fatti e procedimento precontenzioso**

5 Il 2 luglio 2003, la Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (società elettrica pubblica, in prosieguo: la «DEI») ha bandito un appalto per lo studio, la fornitura, il trasporto, l'installazione e la messa in funzione di due unità termoelettriche simili e della loro apparecchiatura ausiliaria per la centrale termoelettrica di Atherinolakkos che si trova nell'isola di Creta (Grecia).

6 Poiché questa prima gara d'appalto è stata revocata dopo che il consiglio di amministrazione della DEI aveva constatato che le offerte ricevute non soddisfacevano determinati criteri, il 26 maggio 2004 la DEI ha pubblicato un nuovo bando di gara comportante talune differenze rispetto al primo. Le offerte delle cinque società e gruppi di imprese che avevano partecipato a tale procedura sono state respinte dal comitato di valutazione in quanto esse erano «non appropriate», giacché non

erano conformi a diversi valori minimi o massimi di taluni parametri tecnici prescritti dall'appalto.

- 7 Con lettera in data 14 dicembre 2004 (in prosieguo: la «lettera del 14 dicembre»), i cinque offerenti che avevano partecipato alla seconda procedura d'aggiudicazione sono stati informati della revoca di quest'ultima e sono stati invitati a presentare, entro quindici giorni dalla data di ricezione di tale lettera, un'«offerta economica definitiva».
- 8 Nella lettera del 14 dicembre, la DEI motivava la sua decisione di ricorrere a questa nuova procedura facendo riferimento a «come si è evoluta complessivamente la vicenda nonché:
- [al] momento dell'integrazione delle unità,
  - [all']esigenza di soddisfare tempestivamente le crescenti e urgenti necessità di energia elettrica dell'isola di Creta a partire dal 2007,
  - [ai] tempi necessari per installare le due nuove unità, ossia, rispettivamente, 29 e 31 mesi,
  - [al] ritardo imprevedibile nell'assegnare l'appalto, dovuto all'esito insoddisfacente delle precedenti gare».
- 9 Per questa nuova procedura è stato richiesto agli offerenti di cui trattasi di correggere i divari tecnici che avevano condotto al rigetto delle offerte nell'ambito della seconda procedura. Per gli altri divari evidenziati dalla DEI, gli offerenti dovevano indicare i costi delle correzioni che dovevano essere apportate. Risulta dalle osservazioni delle parti che tali offerenti hanno tutti partecipato a questa nuova procedura.
- 10 Con lettera in data 7 febbraio 2005 la DEI informava uno degli offerenti che la sua offerta era stata respinta. Tale lettera, tuttavia, non conteneva nessuna indicazione riguardo ai motivi di tale rifiuto.
- 11 Risulta dalle osservazioni delle parti che, dopo aver presentato diverse richieste, l'offerente di cui trattasi ha ricevuto, il 4 aprile 2005, un atto che gli comunicava dettagliatamente i motivi di tale rifiuto. Essendo stato respinto, con sentenza in data 7 luglio 2005, il ricorso giurisdizionale proposto da tale offerente avverso detto atto, il 15 settembre 2005 la DEI ha aggiudicato l'appalto.
- 12 Adita da tale offerente e ritenendo che sussistesse una violazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, il 12 ottobre 2005 la Commissione ha inviato una lettera di diffida alla Repubblica ellenica, che ha risposto con lettera in data 22 dicembre 2005.
- 13 Non essendo stata persuasa da tale risposta, la Commissione il 4 luglio 2006 ha inviato a tale Stato membro un parere motivato, invitandolo a conformarsi nel termine di due mesi a decorrere dalla sua notifica.
- 14 Poiché la risposta della Repubblica ellenica al detto parere motivato non l'aveva soddisfatta, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

### **Sul ricorso**

- 15 A sostegno del suo ricorso alla Commissione deduce due censure riguardanti, rispettivamente, la violazione degli artt. 20, n. 2, lett. a) e d), nonché 41, n. 4, della direttiva 93/38.

#### *Sulla prima censura*

##### Argomenti delle parti

- 16 Con la prima censura la Commissione addebita alla Repubblica ellenica di essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a) e d), della direttiva 93/38.
- 17 Secondo la Commissione le disposizioni dell'art. 20, n. 2, della direttiva 93/38 sono – come risulta dalla sentenza 16 giugno 2005, cause riunite C-462/03 e C-463/03, Strabag e Kostmann (Racc. pag. I-5397) – disposizioni in deroga che, conformemente alla costante giurisprudenza della

Corte, devono essere interpretate restrittivamente. Dalla giurisprudenza della Corte risulta, inoltre, che l'onere della prova dell'esistenza di circostanze eccezionali atte a giustificare il ricorso ad una disposizione in deroga del genere incombe alla parte che intenda avvalersene (v., in particolare, sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-4713, punto 33).

- 18 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, la Commissione osserva che nella fattispecie non ricorrono due dei presupposti per l'applicazione di tale disposizione, ossia che non sia pervenuta alcuna offerta ovvero che le offerte presentate non siano appropriate e che le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente.
- 19 Da un lato, infatti, l'ente aggiudicatore ha, a torto, qualificato le offerte come «non appropriate» benché fossero solo «irregolari». L'interpretazione dell'espressione «non appropriata» utilizzata dalla Repubblica ellenica è troppo ampia e pregiudica l'effetto utile dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38. Il raffronto della formulazione di tale disposizione con quella delle disposizioni analoghe contenute nelle altre direttive in materia di appalti pubblici, in particolare la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), è idoneo a dimostrare che in tali direttive l'espressione «non appropriata» ha sempre il medesimo contenuto. Può essere qualificata come «non appropriata» solo l'offerta il cui oggetto è del tutto diverso da quello descritto nel bando di gara. Secondo la Commissione, esiste un nesso tra la mancanza di offerte e l'offerta non appropriata in quanto ciascuna di queste situazioni sostituisce l'altra quale motivo di aggiudicazione diretta. Tali situazioni sono equivalenti non solo quanto all'effetto da esse prodotto, ma anche quanto alle difficoltà che esse creano per l'ente aggiudicatore, non essendo, in entrambi i casi, soddisfatte le necessità connesse all'esecuzione del progetto di cui trattasi.
- 20 Occorre inoltre non sottovalutare l'importanza del principio di flessibilità nell'interpretare la direttiva 93/38. Tale principio, che certamente ha avuto un'influenza sul contenuto delle disposizioni della direttiva 93/38, non può essere invocato a sostegno di un'interpretazione di tali direttive contraria al Trattato CE ed ai principi generali della parità di trattamento e di trasparenza.
- 21 D'altro lato, in occasione della terza procedura di aggiudicazione, l'ente erogatore ha sostanzialmente modificato le condizioni dell'appalto, il che ha avuto la conseguenza di rendere «irregolari» talune offerte. Risulta dalla formulazione del secondo bando di gara che, pur se non erano consentiti i divari commerciali ed economici rispetto al bando di gara, i divari tecnici dovuti a particolarità di costruzione o particolarità tecniche delle apparecchiature fornite, a determinate condizioni, potevano essere accettati senza che la loro correzione comportasse un danno economico per l'offerente. Per contro, risulta dalla lettera del 14 dicembre che in occasione della terza procedura di aggiudicazione, i partecipanti erano tenuti a correggere tutti i divari e a sopportare le spese di tale correzione. Al fine di garantire il rispetto di tale prescrizione, i partecipanti dovevano peraltro sottoscrivere una dichiarazione sull'onore relativa alla correzione dei divari tecnici contenuti nelle loro offerte. Tale modifica delle condizioni dell'appalto ha reso irregolari le offerte di taluni offerenti riguardo a questa terza procedura, benché esse fossero valide in occasione della seconda.
- 22 A tal proposito la Commissione precisa che essa non contesta in alcun modo le ragioni che hanno condotto all'esclusione del denunciante dalle diverse procedure di gara d'appalto, ma che si limita a contestare la legittimità della decisione con la quale l'ente aggiudicatore ha considerato «non appropriate» le offerte depositate.
- 23 In secondo luogo, per quanto riguarda l'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva 93/38, disposizione sulla quale, a parere della Commissione, si è basato l'ente aggiudicatore per giustificare il fatto di avvalersi della procedura d'aggiudicazione senza previa indizione di una gara, la Commissione ricorda che l'applicazione di tale disposizione è assoggettata alla sussistenza di «eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore». Orbene, nella fattispecie, l'ente aggiudicatore non ha dimostrato né la sussistenza di eccezionale urgenza né quella di eventi imprevedibili. In proposito, essa rileva, in particolare, che il momento dell'integrazione e dell'installazione delle unità era conosciuto anteriormente alla pubblicazione del primo bando di gara, che l'aumento del fabbisogno di energia nell'isola di Creta non era inaspettato e che non si può considerare che costituisca un evento imprevedibile per l'ente aggiudicatore la circostanza che due procedure siano state revocate.
- 24 La Commissione aggiunge che le spiegazioni fornite dalla Repubblica ellenica nell'ambito del procedimento per inadempimento non possono modificare la motivazione che l'ente aggiudicatore ha adottato nella lettera del 14 dicembre per giustificare il rigetto delle offerte degli offerenti.

- 25 Preliminarmente la Repubblica ellenica sostiene, da un lato, che la natura di norme speciali delle disposizioni della direttiva 93/88, rispetto alle direttive generali in materia di appalti pubblici, deriva dall'importanza dei «settori esclusi» e si manifesta attraverso il principio di flessibilità enunciato al quarantacinquesimo 'considerando' della direttiva 93/38 che prevede che le norme applicabili dagli enti interessati devono stabilire un quadro per una sana prassi commerciale e preservare la massima flessibilità. Gli enti aggiudicatori dispongono quindi, nell'ambito della direttiva 93/38, di un potere discrezionale più ampio di quello di cui godono nell'ambito delle direttive generali. È alla luce di tale principio di flessibilità che va valutato se una procedura d'aggiudicazione d'appalto sia adeguata alle disposizioni della direttiva 93/38.
- 26 Nell'ambito della direttiva 93/38, in applicazione del principio di flessibilità e dell'ampio margine discrezionale riconosciuto all'ente aggiudicatore le tre procedure menzionate all'art. 1, n. 7, di tale direttiva, sono poste esattamente allo stesso livello. L'art. 20, n. 1, della direttiva 93/38 consente quindi agli enti aggiudicatori di scegliere liberamente una delle tre procedure purché siano rispettate le condizioni di concorrenza. Poiché la direttiva 93/38 si distingue, quindi, anche su questo punto dalle altre direttive menzionate dalla Commissione, ad essa non è trasponibile per analogia la giurisprudenza della Corte riguardante queste ultime direttive.
- 27 Per quel che riguarda, in primo luogo, l'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38 e i presupposti per l'applicazione di tale disposizione, la Repubblica ellenica sostiene che, nella fattispecie essi non sono soddisfatti.
- 28 Da un lato, è ben vero che, in occasione della seconda procedura con indizione di una gara, erano state depositate offerte, ma nessuna di esse è stata considerata «appropriata». Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, sussiste una rilevante differenza tra un'offerta «non appropriata» e un'offerta «inammissibile o irregolare», in quanto la prima di tali nozioni si riferisce alla conformità dell'offerta con le specifiche tecniche fissate dall'ente aggiudicatore e la seconda si riferisce alla mancanza di un motivo formale di partecipazione alla gara. Peraltro, l'interpretazione analogica proposta dalla Commissione non può essere accolta, tenuto conto delle sostanziali differenze che sussistono tra le formulazioni delle diverse disposizioni menzionate, avendo la Corte giudicato, nella sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland (Racc. pag. I-7213, punti 90 e 91), che solo le disposizioni rientranti nel medesimo settore del diritto comunitario e formulate in modo sostanzialmente identico possono essere interpretate allo stesso modo.
- 29 Gli argomenti menzionati dalla Commissione contro la possibilità di tener conto del principio di flessibilità nell'interpretare la direttiva 93/38 sono inoltre vaghi, privi di pertinenza e non dimostrati. Per di più, la Corte ha già riconosciuto che, nell'ambito delle procedure di cui alla direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori dispongono di un potere discrezionale molto ampio allorché ha considerato, al punto 34 della sentenza citata Strabag e Kostmann, che le norme poste dalla direttiva 93/38 «autorizza[no] un ricorso più ampio alla procedura negoziata».
- 30 Dall'altro lato, le condizioni dell'appalto non sono state modificate e, in ogni caso, non vi è stata alcuna modifica «sostanziale». Dal raffronto del secondo e del terzo bando di gara risulta, infatti, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, essi sono identici per quanto riguarda la lettera di garanzia relativa alla partecipazione, la valutazione delle offerte finanziarie e le modalità di pagamento. Inoltre, un esame circostanziato delle prescrizioni riguardanti i divari tecnici, i costi della correzione di tali divari e la dichiarazione sull'onore richiesta agli offerenti consente di constatare che neppure tali elementi sono stati oggetto di modifica tra la seconda e la terza procedura d'aggiudicazione dell'appalto.
- 31 In secondo luogo, per quanto riguarda l'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva 93/38, la Repubblica ellenica contesta alla Commissione di dare una lettura errata della lettera del 14 dicembre 2004. Da tale lettera risulta, infatti, inequivocabilmente che l'ente aggiudicatore ha deciso di scegliere una procedura senza previa indizione di una gara per «come si è evoluta complessivamente la vicenda» e quindi in ragione della circostanza che le offerte depositate nel corso delle prime due procedure non erano appropriate. Le altre spiegazioni che compaiono in tale lettera sono state fornite solo in subordine.
- 32 Va poi considerato che, pur se la revoca di una gara d'appalto non costituisce certo un evento imprevedibile per l'ente aggiudicatore, la circostanza che, nel corso di due gare d'appalto consecutive, tutte le offerte depositate siano non appropriate, va tuttavia considerata come rientrante nella nozione di «avvenimento imprevedibile».
- 33 In ogni caso, la Commissione non ha sufficientemente dimostrato che l'ente aggiudicatore abbia

addotto l'imprevedibilità del fallimento delle due gare d'appalto precedenti per giustificare il ricorso ad una procedura senza previa indizione di una gara. Occorre non confondere il ricorso d'annullamento e il procedimento per inadempimento, in quanto quest'ultimo offre agli Stati membri la possibilità di fornire spiegazioni, precisazioni e, ove necessario, le ragioni che giustificano le loro decisioni. Nella fattispecie non si tratta di valutare la validità delle motivazioni addotte dall'ente aggiudicatore, ma di valutare se possa essere imputata allo Stato membro una violazione della direttiva 93/38.

#### Giudizio della Corte

- 34 Occorre preliminarmente ricordare che le disposizioni di cui all'art. 20, n. 2, lett. c) e d), della direttiva 93/38, in quanto deroghe alle norme relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere della prova grava su colui che intende avvalersene (v., sentenza Commissione/Grecia, cit., punto 33).
- 35 In quanto dalla lettura del combinato disposto dei nn. 1 e 2 dell'art. 20 della direttiva 93/38 risulta che il secondo di tali paragrafi costituisce una deroga rispetto al primo, giacché prevede le ipotesi in cui un ente aggiudicatore può avvalersi di una procedura di aggiudicazione dell'appalto senza previa indizione di una gara, si deve concludere che vanno interpretate restrittivamente non soltanto le disposizioni dell'art. 20, n. 2, lett. c) e d), di tale direttiva, ma anche tutte le altre disposizioni di tale art. 20, n. 2.
- 36 Tale conclusione non è infirmata dagli argomenti della Repubblica ellenica secondo i quali la direttiva 93/38, conformemente al suo quarantacinquesimo 'considerando', deve permettere la «massima flessibilità» e autorizza un ricorso alla procedura negoziata più ampio rispetto a quello consentito, ad esempio, dalla direttiva 93/37.
- 37 Da un lato, infatti, come rileva al paragrafo 15 delle sue conclusioni l'avvocato generale, tale quarantacinquesimo 'considerando' fornisce un'indicazione riguardo allo scopo perseguito dal legislatore comunitario con l'adozione della direttiva 93/38 – ovvero accordare maggiore flessibilità nell'ambito degli appalti pubblici oggetto di tale direttiva – e consente, di conseguenza, di spiegare le ragioni per le quali essa autorizza, a differenza di altre direttive in materia di appalti pubblici, gli enti aggiudicatori a ricorrere in modo più ampio alla procedura negoziata.
- 38 D'altro lato, precisando al quarantaseiesimo 'considerando' della direttiva 93/38 che, a fronte di tale flessibilità e nell'interesse della reciproca fiducia, occorre garantire la trasparenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti e prevedendo, come risulta dall'art. 20, n. 1, della stessa direttiva, che il ricorso ad una delle tre procedure d'aggiudicazione previste dall'art. 1, punto 7, della stessa direttiva deve avvenire nel rispetto delle condizioni di concorrenza, il legislatore comunitario non ha lasciato adito a dubbi quanto alla sua intenzione di considerare la possibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico senza previa indizione di una gara, alle condizioni previste dall'art. 20, n. 2, della direttiva 93/38, quale deroga al principio in base al quale l'aggiudicazione di un appalto di questo tipo deve essere preceduta dall'indizione di una gara.
- 39 Ne consegue che non può essere accolto l'argomento della Repubblica ellenica secondo cui la nozione di offerta «non appropriata», ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38 deve essere interpretata estensivamente.
- 40 È alla luce di tali considerazioni che occorre determinare se, nella fattispecie, la Repubblica ellenica abbia validamente fornito la prova del fatto che le offerte presentate nell'ambito della seconda procedura d'aggiudicazione dell'appalto a giusto titolo sono state considerate «non appropriate» ai sensi di tale art. 20, n. 2, lett. a).
- 41 In proposito, la Repubblica ellenica sostiene che, nei limiti in cui le offerte depositate non erano, per quanto riguarda i volumi garantiti, conformi alle specifiche tecniche fissate dall'ente erogatore, tenuto conto delle prescrizioni normative in materia di tutela ambientale, cosicché la centrale termoelettrica di cui trattasi non avrebbe potuto essere messa in attività legittimamente, tali offerte dovevano essere considerate come «non appropriate» ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.
- 42 Si deve necessariamente constatare che specifiche tecniche del tipo di quelle controverse nella fattispecie, che derivano da prescrizioni normative nazionali e comunitarie in materia di tutela ambientale, devono essere considerate elementi indispensabili affinché gli impianti, la cui fornitura e messa in funzione sono oggetto dell'appalto, consentano all'ente erogatore di conseguire gli obiettivi che gli sono imposti per via legislativa o regolamentare.



- 43 Laddove la difformità delle offerte presentate rispetto a siffatte specifiche impedisca all'ente erogatore di realizzare validamente il progetto per il quale è stata indetta la gara d'appalto, tale difformità non costituisce una mera imprecisione o un mero dettaglio, ma al contrario, deve essere considerata tale da non consentire a dette offerte di soddisfare le esigenze dell'ente erogatore.
- 44 Orbene, offerte di questo tipo devono, come la stessa Commissione ha riconosciuto dinanzi alla Corte, essere qualificate come «non appropriate» ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.
- 45 Si deve aggiungere che, nella fattispecie, non è giustificato il timore, palesato dalla Commissione, che gli enti aggiudicatori possano eludere l'obbligo di indire una gara, imposto dalla direttiva 93/38, fissando requisiti eccessivamente severi o impossibili da rispettare, per poter qualificare come «non appropriate» tutte le offerte presentate prima di aggiudicare l'appalto senza previa indizione di una gara.
- 46 Infatti, anzitutto, l'ente erogatore, dopo aver considerato che le offerte depositate nel corso della prima gara d'appalto non rispondevano alle specifiche tecniche fissate, ha bandito una seconda gara d'appalto e non ha quindi fatto immediatamente ricorso alla procedura prevista dall'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.
- 47 Inoltre, nell'ambito della procedura negoziata che ha avviato in forza dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, l'ente erogatore ha invitato tutti i candidati che avevano partecipato alla seconda procedura di gara a presentare le loro offerte, benché non vi fosse obbligato dalle disposizioni di detta direttiva riguardanti la procedura negoziata, più in particolare l'art. 1, n. 7, lett. c), della stessa direttiva.
- 48 Infine, non è dimostrato e neppure affermato che le specifiche tecniche fissate dall'ente erogatore, che hanno condotto quest'ultimo a considerare le offerte ricevute come non appropriate, fossero eccessivamente severe, se non impossibili da rispettare.
- 49 Al contrario, come la Repubblica ellenica ha sostenuto senza essere smentita al riguardo dalla Commissione, i requisiti riguardanti i volumi garantiti, dai quali potevano discostarsi gli offerenti, sono stati alla fine rispettati da taluni dei candidati all'aggiudicazione dell'appalto.
- 50 Alla luce di tali considerazioni, si deve constatare che l'ente aggiudicatore ha potuto validamente considerare le offerte di cui trattasi come «non appropriate» ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.
- 51 In tali circostanze, va ancora verificato se, come sostiene la Commissione, l'ente aggiudicatore, contrariamente a quanto previsto dall'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, abbia sostanzialmente modificato le condizioni iniziali dell'appalto nel corso della procedura negoziata senza previa indizione di una gara.
- 52 A tal proposito, va rilevato che, analogamente a quanto statuito dalla Corte riguardo alla rinegoziazione di appalti già aggiudicati (v. sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I-4401, punto 35), la modifica di una condizione iniziale dell'appalto può ritenersi sostanziale, ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, in particolare qualora la condizione modificata, se fosse stata prevista nella procedura di aggiudicazione iniziale, avrebbe consentito di considerare appropriate le offerte presentate nell'ambito della procedura preceduta dall'indizione di una gara o avrebbe consentito ad offerenti diversi da quelli che hanno partecipato alla procedura iniziale di presentare offerte.
- 53 Giacché, come risulta dalle osservazioni della Commissione, quest'ultima considera che le circostanze della fattispecie rientrano manifestamente nella prima di queste due ipotesi, occorre esaminare se siano state sostanzialmente modificate nel corso della procedura negoziata le condizioni iniziali dell'appalto, il cui mancato rispetto ha condotto l'ente aggiudicatore a considerare non appropriate le offerte depositate.
- 54 Per quanto riguarda tali condizioni la Repubblica ellenica sostiene, senza essere smentita in proposito dalla Commissione, che le offerte depositate nel corso della seconda procedura preceduta dall'indizione di una gara sono state dichiarate tutte non appropriate in quanto non erano conformi ai requisiti relativi ai volumi garantiti di emissioni di rifiuti.

- 55 Orbene, va necessariamente constatato che le prescrizioni relative a tali volumi non sono state modificate nell'ambito della terza procedura e che, come anche nel corso delle prime due procedure, all'ente aggiudicatore si imponeva l'osservanza di tali prescrizioni. Inoltre, proprio per il fatto che non era ammesso alcun divario rispetto a tali prescrizioni, i candidati dovevano presentare una dichiarazione sull'onore nella quale si impegnavano a rendere le loro offerte conformi a quanto prescritto dal bando in materia di detti volumi garantiti.
- 56 Relativamente alle altre specifiche tecniche, va precisato che, se taluni divari rispetto ad esse erano accettabili nell'ambito della seconda procedura preceduta dall'indizione di una gara, i costi risultanti dalla correzione di tali divari potevano, come la Repubblica ellenica ha affermato, senza essere smentita dalla Commissione, essere lasciati a carico degli offerenti. Non si può quindi considerare costitutiva di un nuovo obbligo la circostanza che nell'ambito della terza procedura erano gli offerenti stessi a dover sopportare le spese per la correzione dei divari tecnici.
- 57 Nel corso di tale terza procedura, gli offerenti non erano peraltro tenuti ad effettuare le correzioni di cui trattasi, ma dovevano unicamente fornire una stima del costo complessivo di tali correzioni e presentare un'offerta economica definitiva. Tale terza procedura offriva quindi a tutti i candidati che avevano partecipato alla seconda procedura la possibilità di riesaminare talune delle loro proposte nell'ambito di un'offerta economica definitiva e di valutare ancora una volta i divari rispetto alle specifiche tecniche previste nel bando di gara.
- 58 Ne consegue che l'ente aggiudicatore non ha sostanzialmente modificato le condizioni iniziali dell'appalto, ai sensi dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38, nel corso della procedura negoziata senza previa indizione di una gara.
- 59 Si deve pertanto concludere che la Commissione non ha appurato la prova della violazione, da parte della Repubblica ellenica, dell'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38. Ne consegue che la prima parte della prima censura deve essere respinta.
- 60 Per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 20, n. 2, lett. d), della direttiva 93/38, va ricordato che, come risulta dal punto 34 della presente sentenza, tale art. 20, n. 2, lett. d), costituisce una disposizione in deroga e che l'onere della prova riguardo al soddisfacimento dei presupposti per la sua applicazione grava sulla parte che intende avvalersene.
- 61 In proposito, è sufficiente constatare, al pari dell'avvocato generale nel paragrafo 25 delle sue conclusioni, che la Repubblica ellenica non ha invocato tale disposizione a sostegno della decisione con la quale la DEI ha proceduto ad aggiudicare l'appalto di cui trattasi senza previa indizione di una gara, ma che essa si è limitata ad indicare che tale decisione era stata adottata in base all'art. 20, n. 2, lett. a), della direttiva 93/38.
- 62 La Commissione non può quindi validamente imputare alla Repubblica ellenica la violazione di una disposizione di cui non si è effettivamente avvalso tale Stato membro, cosicché deve essere respinta anche la seconda parte della prima censura.
- 63 Si deve pertanto integralmente respingere in quanto infondata la prima censura mossa dalla Commissione.
- Sulla seconda censura*
- Argomenti delle parti
- 64 Con la seconda censura, la Commissione imputa alla Repubblica ellenica di essere venuta meno all'obbligo ad essa incombente ai sensi dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38, vale a dire l'obbligo di «comunica[re], nel più breve tempo possibile dalla data in cui è stata ricevuta la richiesta, a qualsiasi candidato od offerente eliminato che ne faccia richiesta per iscritto, le ragioni del rifiuto della sua domanda od offerta».
- 65 Nella fattispecie, sono trascorsi due mesi tra la domanda dell'offerente eliminato e la risposta dell'ente aggiudicatore. Orbene, non si può in alcun modo considerare che tale lasso di tempo costituisca una risposta formulata «nel più breve tempo possibile». Per quanto riguarda l'interpretazione di tale espressione, la Commissione rinvia alle disposizioni analoghe delle direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di



aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), 97/37 e della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1), che prevedono un termine di quindici giorni.

66 La Repubblica ellenica riconosce che la comunicazione delle ragioni giustificanti il rigetto dell'offerta di uno degli offerenti è avvenuta con un certo ritardo. Nondimeno, tale ritardo non avrebbe pregiudicato l'effetto utile della direttiva 93/38 e non ha impedito all'offerente considerato di poter validamente tutelare i suoi diritti in sede giudiziaria. Peraltro, il contratto è stato sottoscritto solo dopo il rigetto del ricorso giurisdizionale di tale offerente. La Repubblica ellenica aggiunge che i termini previsti dalle diverse direttive menzionate dalla Commissione non sono trasponibili nella fattispecie, in quanto, da un lato, la direttiva 93/38 non prevede termini precisi e, dall'altro lato, la direttiva 2004/17 non era ancora in vigore all'epoca dei fatti all'origine della presente controversia.

#### Giudizio della Corte

67 Con riferimento a tale censura, si deve constatare che, poiché la direttiva 93/38, a differenza delle altre direttive menzionate in proposito dalla Commissione, non prevede un termine preciso entro il quale l'offerente, che si è visto respingere la candidatura o l'offerta, deve essere informato delle ragioni del rigetto, ma si limita a prevedere, all'art. 41, n. 4, che tale comunicazione deve avvenire «nel più breve tempo possibile», di tale disposizione, come osservato dall'avvocato generale nel paragrafo 27 delle sue conclusioni, non può darsi un'interpretazione che equivarrebbe a considerare che l'ente aggiudicatore ha l'obbligo di fornire tale informazione entro i quindici giorni successivi alla data in cui ha ricevuto la richiesta scritta dell'offerente.

68 È tuttavia importante precisare che, prescrivendo che l'ente aggiudicatore deve trasmettere l'informazione richiesta entro il «più breve tempo possibile» il legislatore comunitario ha imposto a quest'ultimo un obbligo di diligenza che va interpretato piuttosto come obbligo di mezzi che come obbligo di risultato. Occorre quindi esaminare caso per caso e in funzione delle caratteristiche concrete dell'appalto di cui trattasi, segnatamente della complessità di quest'ultimo, se l'ente aggiudicatore considerato abbia comunicato o meno tale informazione con la diligenza richiesta. La circostanza che tale comunicazione avvenga prima della scadenza del termine previsto per impugnare la decisione di rigetto della candidatura o dell'offerta, il che comporta che l'offerente sia stato quindi in grado di avvalersi dei mezzi di ricorso a sua disposizione per far verificare da un giudice la legittimità della decisione, costituisce solo un elemento di un complesso di indizi di cui occorre tener conto per stabilire se l'ente aggiudicatore abbia rispettato l'obbligo di diligenza ad esso incombente a norma dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38 e, di per sé, non costituisce prova sufficiente a tal proposito.

69 Dal momento che, nella fattispecie, la Repubblica ellenica ammette l'esistenza di un ritardo nella comunicazione, all'offerente che si è visto respingere l'offerta, dei motivi di tale rigetto, pur affermando che tale comunicazione è avvenuta in conformità delle disposizioni dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38, incombe a tale Stato membro apportare la prova dell'esistenza di elementi oggettivi atti a giustificare il ritardo occorso in tale comunicazione e in grado di rendere plausibile il lasso di tempo trascorso tra la ricezione della domanda dell'offerente e la risposta dell'ente aggiudicatore.

70 Orbene, si deve necessariamente constatare che, a parte l'argomento secondo cui il lasso di tempo trascorso non ha impedito all'offerente interessato di tutelare validamente i propri diritti in sede giudiziaria, la Repubblica ellenica non adduce elementi concreti atti a giustificare il ritardo nella comunicazione dei motivi del rigetto dell'offerta o ad indicare le ragioni per le quali, nella fattispecie, un ritardo di due mesi debba essere considerato il «più breve tempo possibile» ai sensi dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38.

71 La seconda censura avanzata dalla Commissione deve quindi ritenersi fondata.

72 Di conseguenza si deve constatare che, ritardando senza giustificazioni la risposta alla richiesta di un offerente di precisazioni relative ai motivi del rigetto della sua offerta, la Repubblica ellenica è venuta meno all'obbligo ad essa incombente a norma dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38.

#### Sulle spese

73 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle

spese se ne è stata fatta domanda. Secondo il n. 3, primo comma, di tale articolo, la Corte può tuttavia ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi. Poiché la Repubblica ellenica e la Commissione sono rimaste parzialmente soccombenti nei loro motivi, si deve decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.

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

- 1) **Ritardando senza giustificazioni la risposta alla richiesta di un offerente di precisazioni relative ai motivi del rigetto della sua offerta, la Repubblica ellenica è venuta meno all'obbligo ad essa incombente a norma dell'art. 41, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE.**
- 2) **Il ricorso è respinto quanto al resto.**
- 3) **La Repubblica ellenica e la Commissione delle Comunità europee sopportano ciascuna le proprie spese.**

Firme