SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

12 novembre 2009 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Appalti pubblici – Direttiva 93/38/CEE – Bando di gara – Realizzazione di uno studio – Criteri di esclusione automatica – Criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione»

Nella causa C–199/07,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 12 aprile 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. K. Christodoulou, dikigoros, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis e J. Malenovský, giudici,

avvocato generale: sig.ra E. Sharpston

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 10 luglio 2008,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 9 luglio 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica ellenica, introducendo di fatto, a danno degli uffici studi stranieri, un criterio aggiuntivo di esclusione automatica oltre a quelli previsti dall'art. 31, 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), e omettendo di distinguere nella gara controversa tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e, in particolare, degli artt. 4, n. 2, 31, nn. 1 e 2, e 34, n. 1, lett. a), della predetta direttiva, come interpretati dalla Corte, del principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche formali, il quale disciplina il diritto comunitario degli appalti pubblici, nonché degli artt. 12 CE e 49 CE.

Contesto normativo

2 L'art. 2 della direttiva 93/38, nella versione applicabile al momento dei fatti della presente causa,

disponeva quanto segue:

«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;

(…)

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

(…)

c) gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo.

(…)».

3 L'art. 14, n. 1, lett. c), i), della medesima direttiva stabiliva quanto segue:

«La presente direttiva si applica:

(…)

c) agli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori che svolgono attività di cui agli allegati III, IV, V e VI, il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore:

i) a [EUR] 400 000 per gli appalti di forniture e di servizi;

(…)».

4 Ai sensi dell'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38:

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

5 L'art. 31 della medesima direttiva era del seguente tenore:

«1. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati a una procedura di appalto ristretta o negoziata devono seguire a tal fine i criteri e le norme obiettivi da essi definiti che sono a disposizione dei fornitori, imprenditori o prestatori di servizi interessati.

2. I criteri utilizzati possono comprendere quelli di esclusione elencati all'articolo 23 della direttiva 71/305/CEE [del Consiglio 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5)] e all'articolo 20 della direttiva 77/62/CEE [del Consiglio 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1)].

3. I criteri possono essere basati sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello giustificato dalla necessità di equilibrio tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi richiesti dalla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti deve tener conto tuttavia dell'esigenza di garantire una concorrenza sufficiente».

6 L'art. 23 della direttiva 71/305 e l'art. 20 della direttiva 77/62, dal tenore letterale identico, contemplavano, al titolo IV, capitolo 1, rubricato «Criteri di selezione qualitativa», casi in cui poteva essere esclusa la partecipazione degli imprenditori agli appalti. Tali casi riguardavano tanto la situazione personale dell'imprenditore, ossia il fallimento, la liquidazione, la cessazione d'attività, l'amministrazione controllata o le condanne giudiziali, quanto la condotta dell'imprenditore, ossia la colpa grave in materia professionale, l'inadempimento dei suoi obblighi riguardanti il versamento dei contributi previdenziali e le imposte o le false dichiarazioni.

7 Questi due articoli sono stati riprodotti rispettivamente negli artt. 24 e 20 delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), e 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di

aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), con cui sono state codificate le direttive 71/305 e 77/62.

8 L'art. 34, n. 1, della direttiva 93/38 disponeva quanto segue:

«1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di servizi specifici, i criteri sui quali gli enti aggiudicatori si fondano per assegnare gli appalti sono:

a) l'offerta economicamente più vantaggiosa, il che comprende diversi elementi di valutazione variabili secondo l'appalto di cui trattasi: per esempio, il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo; oppure;

b) unicamente il prezzo più basso».

9 Infine, l'art. 2, n. 6, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14), nella versione applicabile al momento dei fatti della presente causa, intitolato «Requisiti per le procedure di ricorso», era redatto nei seguenti termini:

«Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, fatto salvo il caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione».

10 Il testo della suddetta disposizione è praticamente identico a quello dell'art. 2, n. 6, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1).

Il bando di gara controverso e il procedimento precontenzioso

11 Nella presente causa, le censure della Commissione riguardano taluni termini e requisiti contenuti in un bando di gara pubblicato dalla ERGA OSE AE (in prosieguo: l'«ERGA OSE»), impresa pubblica di proprietà dell'ente ellenico delle ferrovie. Tale bando aveva ad oggetto la realizzazione di uno studio riguardante progetti immobiliari ed elettromeccanici nell'ambito della costruzione di una stazione ferroviaria.

12 Il bando di gara controverso, recante i nn. 2003/S 205-185214 e 2003/S 206-186119, è stato pubblicato il 16 ottobre 2003. I termini e i requisiti di tale bando erano fondati sulla normativa nazionale allora in vigore, vale a dire la legge 716 del 1977.

13 Ai fini dell'esame del presente ricorso, i termini rilevanti del bando di gara controverso sono i seguenti:

«Sezione III: Informazioni di natura giuridica, economica, finanziaria e tecnica

(...)

2.1) Informazioni concernenti la posizione individuale dei (...) fornitori di servizi e le formalità necessarie per valutare la loro capacità tecnica ed economica minima:

(...)

2.1.3) Capacità tecnica – Documentazione richiesta: A. saranno accettate le manifestazioni di interesse presentate da:

a) uffici studi greci, che siano iscritti nel corrispondente registro nazionale e possiedano un diploma:

(…)

b) uffici studi stranieri, che siano costituiti conformemente alla normativa di uno Stato membro dell'Unione europea o dello [Spazio economico europeo (SEE)] ed abbiano la propria amministrazione centrale, il proprio luogo principale di attività o la sede legale all'interno dell'Unione europea o del SEE (…). I progettisti stranieri devono essere in possesso delle qualifiche formali e sostanziali per ogni categoria di studio, corrispondenti a quelle richieste ai progettisti greci iscritti nell'apposito registro nazionale, e gli uffici studi devono disporre di personale per ogni categoria di studio, corrispondente al personale degli uffici studi greci (…)

Si sottolinea che non saranno accettati gli uffici studi/i progettisti stranieri che abbiano manifestato il loro interesse alla gara della [ERGA OSE AE] nei sei mesi precedenti la data della loro manifestazione di interesse alla presente gara e che abbiano dichiarato di essere in possesso di qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste in questa sede.

(…)

Sezione IV: Procedura

IV. 1) Tipo di procedura: aperta

(…)

IV. 2) Criteri di aggiudicazione:

L'offerta economicamente più vantaggiosa, in conformità dei seguenti criteri (…):

In applicazione dell'art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38, la scelta dell'aggiudicatario avverrà sulla base dei seguenti criteri:

1. Esperienza specifica e generica, in particolare, lavoro di progettazione su progetti analoghi da parte di uffici studi o progettisti e rispettivo personale scientifico.

2. Effettiva capacità di realizzare uno studio nei termini previsti congiuntamente agli obblighi assunti per la realizzazione di altri studi e il personale scientifico e il gruppo di lavoro specifico proposto concretamente per la realizzazione dello studio in questione, nonché le attrezzature connesse all'oggetto dello studio,

per ordine di priorità: no.

(…)».

14 Conformemente al sistema ellenico, i diplomi degli uffici studi e dei progettisti sono classificati in categorie a seconda dell'esperienza nonché degli studi effettuati, e sono iscritti in registri corrispondenti a tale esperienza. Gli uffici studi e i progettisti stranieri non sono tenuti all'iscrizione in tali registri. Per ogni appalto sono richieste categorie concrete di diplomi, a seconda dell'esperienza necessaria per tale appalto.

15 La legge 716 del 1977 è stata abrogata e sostituita dalla legge 3316 del 2005.

16 In seguito ad una denuncia, in data 28 giugno 2005, la Commissione ha trasmesso alle autorità elleniche competenti una lettera in cui sottolinea che taluni termini del bando di gara controverso erano in contrasto con determinate disposizioni della direttiva 93/38 nonché con il divieto di discriminazione fondata sulla cittadinanza. Le autorità elleniche hanno risposto con lettera del 22 luglio 2005. In seguito all'esame di tale risposta, il 18 ottobre 2005, la Commissione ha inviato alla Repubblica ellenica una lettera di diffida. Le due censure menzionate in tale lettera riguardavano, da un lato, la discriminazione, a danno degli uffici studi e dei progettisti stranieri, dovuta alla formulazione della sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso e, dall'altro, la mancata distinzione, nella sezione IV, punto 2, dello stesso bando, tra criteri di

selezione e criteri di aggiudicazione.

17 Non ritenendo soddisfacente la risposta del 14 dicembre 2005 a tale lettera di diffida, da parte delle autorità elleniche, il 4 luglio 2006 la Commissione ha inviato alla Repubblica ellenica un parere motivato al quale quest'ultima ha risposto con lettera del successivo 30 agosto. Non convinta da tale risposta, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

18 La Repubblica ellenica eccepisce l'irricevibilità del ricorso.

19 Essa osserva, in primo luogo, che la legge 716 del 1977, che costituiva il fondamento del bando di gara controverso, è stata abrogata da una nuova legge anteriore alla data di scadenza del termine assegnato nel parere motivato, ossia prima del momento che costituisce il limite temporale in funzione del quale viene valutata la sussistenza di un inadempimento. I bandi di gara emessi in base a questa nuova legge non conterrebbero più clausole come quelle controverse nel caso di specie. Orbene, il procedimento di dichiarazione di inadempimento si proporrebbe non di stigmatizzare uno Stato membro, bensì di permettere a quest'ultimo di elaborare una normativa conforme al diritto comunitario, obiettivo ormai conseguito grazie alla legge 3316 del 2005.

20 In secondo luogo, la Repubblica ellenica fa valere, in sostanza, che l'art. 2, n. 6, della direttiva 92/13 è stato recepito nel diritto ellenico dall'art. 4, n. 2, della legge 2252 del 1997, in base al quale, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, quest'ultimo non può più essere rimesso in discussione. Di conseguenza, l'annullamento a posteriori del contratto stipulato in base al bando di gara controverso, che costituisce un appalto istantaneo, poiché riguarda l'elaborazione di uno studio, sarebbe escluso e ciò a maggior ragione in quanto l'aggiudicazione di tale appalto sarebbe stata confermata da tre decisioni giurisdizionali a livello nazionale, pronunciate nell'ambito di procedimenti sommari. La Repubblica ellenica lascia quindi intendere, di fatto, che il ricorso della Commissione è divenuto privo di oggetto.

21 Tale argomentazione non può essere condivisa.

22 Infatti va rilevato, da un lato, che, come emerge tanto dal ricorso quanto dalla memoria di replica della Commissione e come confermato da quest'ultima all'udienza dinanzi alla Corte, il ricorso non verte su un recepimento incompleto o erroneo della direttiva 93/38 nell'ordinamento nazionale e neppure su una prassi amministrativa costante, fondata sulla legge 716 del 1977, non conforme alla suddetta direttiva, bensì concerne l'applicazione irregolare di quest'ultima nella procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

23 Orbene, la Commissione è la sola competente a decidere se sia opportuno avviare un procedimento per la dichiarazione di inadempimento nonché per quale comportamento od omissione, imputabile allo Stato membro interessato, tale procedimento debba essere intrapreso. Essa può quindi chiedere alla Corte di dichiarare un inadempimento consistente nel non aver raggiunto, in un caso determinato, il risultato previsto dalla direttiva (sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C–20/01 e C–28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I–3609, punto 30 e giurisprudenza ivi citata). Pertanto, l'abrogazione della legge 716 del 1977 e l'adozione di una nuova legge prima della scadenza del termine impartito nel parere motivato non privano d'oggetto il presente ricorso.

24 D'altro lato, va sottolineato che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, il cui contenuto è identico a quello dell'art. 2, n. 6, della direttiva 92/13, non può avere alcuna incidenza su un ricorso esperito ex art. 226 CE (sentenza 18 luglio 2007, causa C–503/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I–6153, punto 34). Infatti, non si può considerare che le direttive citate, poiché impongono agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire l'impugnabilità effettiva delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, disciplinino altresì i rapporti tra gli Stati membri e la Comunità ed incidano quindi sull'applicazione dell'art. 226 CE (v., in tal senso, sentenza 15 ottobre 2009, causa C–275/08, Commissione/Germania, punti 33 e 35).

25 Ad ogni modo, il fatto che, eventualmente, il contratto controverso non possa più essere annullato non rende privo di oggetto il procedimento per inadempimento.

26 Inoltre, occorre constatare che, alla data di scadenza del termine di due mesi fissato nel parere motivato, ossia il 4 settembre 2006, l'appalto in parola non aveva esaurito tutti i suoi effetti, quando invece un siffatto esaurimento costituisce la condizione richiesta dalla giurisprudenza costante della Corte affinché il ricorso della Commissione sia considerato irricevibile (v., in particolare, sentenze 2 giugno 2005, causa C–394/02, Commissione/Grecia, Racc. pag. I–4713, punto 18 e giurisprudenza ivi citata, nonché 11 ottobre 2007, causa C–237/05, Commissione/Grecia, Racc. pag. I–8203, punto 29).

27 Infatti, dal fascicolo di causa emerge che l'appalto di cui trattasi era costituito da due studi che dovevano essere effettuati dall'aggiudicatario. Sebbene, come asserito dalla Repubblica ellenica, il primo studio avrebbe eventualmente costituito la premessa del secondo, non viene contestato che essi formino un tutt'uno al fine dell'esecuzione delle obbligazioni dell'aggiudicatario. Orbene, a detta della stessa Repubblica ellenica all'udienza dinanzi alla Corte, il secondo studio non era ancora stato terminato e, di conseguenza, consegnato all'amministrazione aggiudicatrice il 4 settembre 2006. Pertanto, in tale data, l'appalto di cui trattasi non aveva esaurito tutti i suoi effetti.

28 Sulla scorta delle considerazioni che precedono, si deve concludere che il ricorso della Commissione è ricevibile.

Nel merito

29 In via preliminare, va precisato che, come emerge dal fascicolo di causa, l'ERGA OSE è un'impresa pubblica la cui attività mira alla gestione di reti per la fornitura di servizi pubblici nel settore dei trasporti ferroviari. Essa costituisce dunque un ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 2, nn. 1, lett. a), e 2, lett. c), della direttiva 93/38. Inoltre, il valore stimato dell'appalto oggetto del bando di gara controverso è di EUR 3 240 000 e supera dunque notevolmente la soglia fissata dall'art. 14, n. 1, lett. c), i), della medesima direttiva. Di conseguenza, la procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi rientra nel campo di applicazione della direttiva in parola.

30 Le censure formulate nel presente ricorso riguardano, da un lato, la clausola contenuta nella sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso e, dall'altro, la sezione IV, punto 2, di detto bando.

Sulla clausola contenuta nella sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso

31 La Commissione sostiene che la clausola di cui alla sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso – secondo cui gli uffici studi o i progettisti stranieri che abbiano manifestato il loro interesse per gare bandite dall'ERGA OSE nei sei mesi precedenti la data di manifestazione di interesse per la gara che forma oggetto del detto bando e che abbiano dichiarato qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste per tale gara non saranno accettati – viola l'art. 31, nn. 1 e 2, della stessa direttiva, in quanto prevedrebbe una causa aggiuntiva di esclusione rispetto a quelle tassativamente autorizzate dal diritto comunitario in materia di pubblici appalti. Detta clausola introdurrebbe altresì una discriminazione nei confronti degli uffici studi e dei progettisti stranieri, in violazione del principio della parità di trattamento sancito dall'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38 e discendente dagli artt. 12 CE e 49 CE. Essa lederebbe anche il principio del reciproco riconoscimento dei diplomi e delle altre prove di qualifica formale.

32 In via preliminare, va sottolineato che la Commissione non mette in discussione il sistema ellenico di classificazione in categorie dei diplomi degli uffici studi e dei progettisti, tenuto conto della loro esperienza e degli studi effettuati, né l'iscrizione di questi ultimi in registri corrispondenti a tale esperienza. Essa non contesta neppure che gli Stati membri siano autorizzati a richiedere prove di tale esperienza né il fatto che gli uffici studi e i progettisti stranieri non siano tenuti ad essere iscritti in tali registri e che possano dimostrare la loro esperienza con qualsiasi mezzo.

33 Fatta tale precisazione preliminare, è importante rilevare, in primo luogo, che la procedura interessata dal bando di gara controverso costituiva una procedura aperta. Orbene, interrogata su tale punto in udienza, la Commissione ha ammesso che l'art. 31 della direttiva 93/38 sollevava un problema quanto al fatto se fosse applicabile ai procedimenti di tale natura atteso che, al suo n. 1, esso concerne esplicitamente le procedure ristrette e le procedure negoziate e non le procedure aperte. In tale occasione, essa ha precisato che la sua censura essenziale in ordine alla clausola controversa attiene ad una violazione dell'art. 4, n. 2, di detta direttiva.

34 Ciò premesso, si deve considerare che la Commissione ha rinunciato alla sua censura vertente su

una violazione, mediante la clausola in parola, dell'art. 31 della direttiva 93/38.

35 In secondo luogo, va constatato che la suddetta clausola, formulata in termini chiari e non equivoci, deve essere intesa nel senso che, qualora un ufficio studi o un progettista straniero abbia partecipato ad una procedura promossa dallo stesso ente aggiudicatore, ossia l'ERGA OSE, nei sei mesi precedenti la nuova gara d'appalto e qualora, nell'ambito della procedura precedente, lo stesso abbia dichiarato qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste per la nuova procedura, conformemente al sistema ellenico di classificazione dei diplomi, non sarebbe ammesso a partecipare a questa nuova procedura.

36 La Repubblica ellenica fa tuttavia valere che tale clausola è sempre stata applicata nel senso che ogni operatore interessato, che nutrisse dubbi circa la portata di quest'ultima, poteva chiedere chiarimenti all'ente aggiudicatore interessato ed era autorizzato a fornire la prova, con ogni mezzo idoneo, di essere in possesso dei requisiti per partecipare alla procedura in questione.

37 Va rilevato al riguardo che, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, il principio della parità di trattamento implica il principio di trasparenza. Questi principi, che costituiscono la base delle direttive comunitarie in materia di pubblici appalti, significano segnatamente che gli offerenti, anche potenziali, devono trovarsi su un piano di uguaglianza e disporre delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte (v., in tal senso, sentenze 12 dicembre 2002, causa C–470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I–11617, punto 93, e 16 dicembre 2008, causa C–213/07, Michaniki, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 44 e 45 e la giurisprudenza ivi citata).

38 In particolare, gli interessati potenziali devono trovarsi su un piano di uguaglianza per quanto attiene alla portata delle informazioni contenute in un bando di gara. Non sarebbe conforme a tali principi che una categoria dei suddetti interessati debba rivolgersi all'ente aggiudicatore per ottenere chiarimenti e informazioni supplementari sul senso effettivo del contenuto di un bando di gara allorché la formulazione di quest'ultimo non lascia alcun dubbio nei confronti di un interessato ragionevolmente avveduto e diligente.

39 Inoltre, la Corte ha statuito che l'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38, vietando qualsiasi discriminazione tra gli offerenti, tutela anche coloro che sono stati dissuasi dal presentare offerte, poiché sono stati svantaggiati dalle modalità della procedura seguita da un ente aggiudicatore (sentenza 5 ottobre 2000, causa C–16/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I–8315, punto 109).

40 È incontestabile che la clausola controversa, vista la chiarezza della sua formulazione, sia atta a produrre un effetto dissuasivo nei confronti degli uffici studi e progettisti stranieri, come d'altronde si è verificato nel caso di specie.

41 Infatti, detta clausola induce chiaramente a pensare a coloro che si troverebbero automaticamente esclusi dal partecipare a tale appalto per effetto di un'eventuale differenza tra le qualifiche dichiarate in occasione di una procedura anteriore promossa dallo stesso ente aggiudicatore e le qualifiche richieste per la procedura interessata dal bando di gara controverso.

42 Di conseguenza, un candidato straniero, quale l'autore della denuncia inoltrata alla Commissione, non dispone delle stesse possibilità degli interessati non stranieri, a causa della formulazione dissuasiva non equivoca di detta clausola e della necessità di procedere, nonostante siffatta formulazione, ad azioni supplementari per ottenere chiarimenti sui requisiti di ammissione alla procedura di gara.

43 Occorre anche constatare che il modo in cui è formulato il bando di gara controverso genera una disparità di trattamento in ragione dello Stato membro di stabilimento dell'interessato, a scapito dei candidati stranieri, disparità rispetto alla quale la Repubblica ellenica non ha fornito alcuna giustificazione.

44 In terzo luogo, va rilevato che, ai sensi del trentaquattresimo 'considerando' della direttiva 93/38, «le norme comunitarie sul reciproco riconoscimento di diplomi, certificati od altri documenti atti a comprovare una qualifica formale si applicano ai casi in cui si esiga la prova di una particolare qualifica per poter partecipare ad una procedura d'appalto o ad un concorso di progettazione».

45 Nel caso di specie, emerge certamente dalla formulazione della clausola contenuta nella sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso che i candidati stranieri

manifestatisi anteriormente per altri bandi di gara emessi dallo stesso ente aggiudicatore, a quanto pare, a differenza dei candidati nazionali, non dispongono della possibilità di avvalersi, presso tale ente, di tutti i loro diplomi o qualifiche professionali.

46 Per contro, detta clausola, così come è formulata, non consente di affermare che tale ente, in via di principio, rifiuterebbe di tener conto di diplomi o di elementi di qualificazione professionale rilasciati da un altro Stato membro.

47 Ne consegue che è infondata la censura della Commissione relativa ad una violazione delle norme comunitarie di reciproco riconoscimento delle prove di qualifica formale.

48 Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si deve concludere che la clausola controversa non è conforme all'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38.

49 Pertanto, non occorre prendere in esame le altre allegazioni della Commissione volte altresì all'accertamento di un siffatto trattamento discriminatorio.

Sulla sezione IV, punto 2, del bando di gara controverso

50 La Commissione sostiene che il punto 2 della sezione IV del bando di gara controverso, intitolato «Criteri di aggiudicazione», genera una confusione inammissibile tra criteri di selezione qualitativa degli offerenti e criteri di aggiudicazione dell'appalto. Essa fa valere che la direttiva 93/38 istituisce un sistema analogo a quello istituito dalla direttiva 92/50, secondo il quale si dovrebbe distinguere tra due fasi della procedura, ove la prima comporta l'istituzione dei criteri di selezione degli offerenti e la seconda consiste nella fissazione di criteri di aggiudicazione dell'appalto. Vi sarebbero, pertanto, due tappe separate della procedura di aggiudicazione che corrisponderebbero ad obiettivi diversi, benché, a giudizio della Commissione, non sia vietato procedere contemporaneamente all'esame attitudinale dei candidati e all'aggiudicazione dell'appalto.

51 A tal proposito emerge dalla giurisprudenza che, sebbene le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici non escludano, in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente, ciò nondimeno queste due operazioni sono distinte e disciplinate da norme diverse (v., per analogia, sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punti 15 e 16, nonché 24 gennaio 2008, causa C–532/06, Lianakis e a., Racc. pag. I–251, punto 26).

52 L'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene infatti effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità dei criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica (cosiddetti «criteri di selezione qualitativa») di cui, nel caso di specie, agli artt. 30 e 31 della direttiva 93/38 (v., per analogia, citate sentenze Beentjes, punto 17, e Lianakis e a., punto 27).

53 Per contro, l'aggiudicazione dell'appalto si fonda sui criteri elencati, nel caso di specie, all'art. 34, n. 1, della medesima direttiva, cioè il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., per analogia, citate sentenze Beentjes, punto 18, e Lianakis e a., punto 28).

54 Orbene, se è vero che, in quest'ultimo caso, come comprovato dall'uso dell'espressione «ad esempio», i criteri che possono essere adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati dall'art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38 e che tale disposizione lascia quindi alle amministrazioni aggiudicatici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, resta nondimeno il fatto che tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., per analogia, sentenze Beentjes, cit., punto 19; 18 ottobre 2001, causa C–19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I–7725, punti 35 e 36; 17 settembre 2002, causa C–513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I–7213, punti 54 e 59; 19 giugno 2003, causa C–315/01, GAT, Racc. pag. I–6351, punti 63 e 64, nonché Lianakis e a., cit., punto 29).

55 Di conseguenza, sono esclusi come «criteri di aggiudicazione» criteri che non siano diretti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente connessi alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi (v., per analogia, sentenza Lianakis e a., cit., punto 30).

56 Nella presente causa, i criteri prescelti dall'amministrazione aggiudicatrice come «criteri di

aggiudicazione», di cui alla sezione IV, punto 2, del bando di gara controverso, vertono sull'esperienza e sulla capacità effettiva di garantire la corretta esecuzione dell'appalto in esame. Si tratta di criteri riguardanti l'idoneità degli offerenti all'esecuzione dell'appalto e non si configurano quindi come «criteri di aggiudicazione», ai sensi dell'art. 34, n. 1, della direttiva 93/38, cosa del resto non seriamente contestata dalle autorità elleniche.

57 Alla luce di quanto precede, si deve concludere che il punto 2 della sezione IV del bando di gara controverso non è conforme all'art. 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38.

58 Alla luce del complesso delle considerazioni sin qui svolte, si deve dichiarare che, a causa, da una parte, dell'esclusione, in forza della sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara controverso, degli uffici studi e dei progettisti stranieri che avevano manifestato il loro interesse alle gare bandite dall'ERGA OSE nei sei mesi precedenti la data della manifestazione di interesse per la gara oggetto del bando citato, e che avevano dichiarato qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste per tale gara, e a causa, dall'altra, dell'omessa distinzione, nella sezione IV, punto 2, del bando citato, tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 4, n. 2, e 34, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38.

59 Il ricorso deve essere respinto quanto al resto.

Sulle spese

60 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Conformemente al n. 3, primo comma, dello stesso articolo, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, la Corte può però ripartire le spese o decidere che ciascuna delle parti sopporti le proprie spese. Si deve disporre che la Commissione e la Repubblica ellenica, rimaste parzialmente soccombenti, sopportino le proprie spese.

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

1) A causa, da una parte, dell'esclusione, in forza della sezione III, punto 2.1.3, lett. b), secondo comma, del bando di gara pubblicato dall'ERGA OSE AE il 16 ottobre 2003, recante i nn. 2003/S 205–185214 e 2003/S 206–186119, degli uffici studi e dei progettisti stranieri che avevano manifestato il loro interesse alle gare bandite dall'ERGA OSE AE nei sei mesi precedenti la data della manifestazione di interesse per la gara oggetto del bando citato, e che avevano dichiarato qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste per tale gara, e a causa, dall'altra, dell'omessa distinzione, nella sezione IV, punto 2, del bando citato, tra criteri di selezione qualitativa e criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 4, n. 2, e 34, n. 1, lett. a), 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.

2) Il ricorso è respinto quanto al resto.

3) La Commissione delle Comunità europee e la Repubblica ellenica sopporteranno ciascuna le proprie spese.

Firme