

SENTENZA DELLA CORTE
22 giugno 1993 *

Nella causa C-243/89,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai signori Hans Peter Hartvig e Richard Wainwright, consiglieri giuridici, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Nicola Anecchino, rappresentante del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

ricorrente,

contro

Regno di Danimarca, rappresentato dal signor Jørgen Molde, consigliere giuridico presso il ministero degli Affari esteri, in qualità d'agente, assistito dall'avv. Gregers Larsen, con domicilio eletto in Lussemburgo presso la sede dell'ambasciata di Danimarca, 4, boulevard Royal,

convenuto,

avente ad oggetto il ricorso diretto a far dichiarare che il Regno di Danimarca, atteso che la società Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen ha invitato a presentare offerte a condizione di utilizzare nella misura maggiore possibile materiali e beni di consumo danesi, mano d'opera ed attrezzature danesi e che le trattative con il consorzio prescelto sono state condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'onori, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in base al diritto comunitario e che, in particolare, esso ha violato gli artt. 30, 48 e 59 del Trattato CEE nonché la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5),

* Lingua processuale: il danese.

LA CORTE,

composta dai signori O. Due, presidente, C. N. Kakouris, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg e J. L. Murray, presidenti di sezione, G. F. Mancini, R. Joliet, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse e P. J. G. Kapteyn, giudici,

avvocato generale: G. Tesaurò
cancelliere: H. von Holstein, vicecancelliere

vista la relazione d'udienza,

sentite le difese orali svolte dalle parti all'udienza del 29 settembre 1992, in cui il Regno di Danimarca è stato rappresentato dai signori Jørgen Molde, in qualità d'agente, assistito dagli avv. ti Gregers Larsen e Sune F. Svendsen,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 17 novembre 1992,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 2 agosto 1989, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CEE, un ricorso diretto a far dichiarare che

— da un lato, la società Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen ha invitato a presentare offerte subordinatamente alla condizione di utilizzare nella misura maggiore possibile materiali e beni di consumo danesi, mano d'opera ed attrezzature danesi,

— dall'altro, le trattative con il consorzio prescelto sono state condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'appalto,

il Regno di Danimarca è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in base al diritto comunitario e che, in particolare, esso ha violato gli artt. 30, 48 e 59 del Trattato CEE nonché la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5, in prosiegua: la «direttiva»).

2 La «Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen» (in prosiegua: la «Storebælt») è una società controllata al 100% dallo Stato danese. Ad essa è stata affidata l'elaborazione del progetto nonché, in qualità di committente, la costruzione di un collegamento stradale e ferroviario sul Grande Belt. Una parte di tale progetto prevede la costruzione di un ponte al di sopra del canale ovest del Grande Belt. Il valore dell'appalto relativo al cantiere per la realizzazione del detto ponte ovest è valutato in 3 miliardi di DKR.

3 Il 9 ottobre 1987, la Storebælt pubblicava, nel supplemento della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (S 196/16), un bando di gara ristretto relativo alla costruzione del ponte sul canale ovest. Il 28 aprile 1988 essa invitava cinque gruppi di società a presentare offerte.

4 Le clausole comuni che fanno parte del capitolato d'appalto (in prosiegua: le «clausole comuni») prevedono all'art. 6, secondo comma, la seguente disposizione (in prosiegua: la «clausola relativa al contenuto danese»):

«L'imprenditore è tenuto, nella misura più ampia possibile, ad utilizzare materiali e beni di consumo danesi, mano d'opera ed attrezzature danesi».

5 L'art. 3, terzo comma, delle clausole comuni precisa le condizioni alle quali sono subordinate le offerte alternative relative ai progetti sostitutivi rispetto ai tre diversi progetti del ponte elaborati dalla Storebælt stessa ed assunti a base di valutazione delle offerte medesime. Tale disposizione prevede infatti che il prezzo indicato per un'offerta alternativa implichi l'elaborazione particolareggiata da parte dell'offerente del progetto presentato al committente ai fini della sua accettazione e che

l'offerente stesso assuma integralmente la responsabilità della realizzazione e dell'esecuzione del progetto medesimo. Lo stesso articolo precisa che l'offerente assume il rischio inerente alle variazioni quantitative insite nell'offerta alternativa. Infine, ai sensi della disposizione medesima,

«l'offerente, qualora presenti un'offerta relativa ad un progetto alternativo di cui assuma la responsabilità, è tenuto ad indicarne il prezzo, precisando la riduzione applicabile qualora il committente scelga di provvedere direttamente all'elaborazione particolareggiata del progetto».

- 6 Venivano invitati a presentare offerte cinque consorzi internazionali, che raggrupparono in totale ventotto imprese. Uno dei cinque consorzi era la European Storebælt Group (in prosieguo: la «ESG») un consorzio composto dall'impresa olandese Ballast Nedam, dall'impresa svizzera Losinger Ltd, dall'impresa britannica Taylor Woodrow Construction Ltd e da tre imprese danesi di lavori pubblici. La ESG presentava alla Storebælt un'offerta alternativa relativa al progetto di costruzione di un ponte in cemento armato.
- 7 La Storebælt avviava quindi i colloqui con le imprese offerenti al fine di poter procedere al raffronto ed alla valutazione delle varie offerte nonché di quantificare i costi delle varie riserve insite nelle offerte medesime. Dopo aver proceduto ad una considerevole selezione delle offerte pervenute, la Storebælt proseguiva le trattative con la ESG sulla base dell'offerta alternativa da essa presentata. Tali trattative sfociavano nella firma del contratto tra la ESG e la Storebælt, avvenuta il 26 giugno 1989.
- 8 Per una più ampia esposizione degli antefatti della controversia, dello svolgimento del procedimento nonché dei mezzi e argomenti delle parti, si fa rinvio alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte.

In ordine alla ricevibilità del ricorso

9 La Commissione, essendosi riservata di integrare o, all'occorrenza, elaborare i motivi dedotti a sostegno delle due censure formulate nelle conclusioni del proprio ricorso, ha sviluppato nella replica i propri argomenti sulla base delle informazioni fornite dal governo danese nell'ambito del controricorso. La Commissione ha inoltre modificato le conclusioni del ricorso relativamente a due punti.

10 In primo luogo essa chiede alla Corte, per quanto attiene alla seconda censura, precedentemente menzionata (v. punto 1), di dichiarare l'inadempimento in quanto la Storebælt «basandosi su un'offerta non conforme al capitolato d'onori, ha condotto trattative con la ESG che sono sfociate in un contratto definitivo contenente modifiche delle clausole del bando di gara favorevoli unicamente a tale offerente e vertenti, in particolare, su due elementi rilevanti ai fini dei prezzi».

11 In secondo luogo, per quanto attiene alle norme di diritto che il Regno di Danimarca avrebbe violato, la Commissione afferma che si tratta della menzionata direttiva 71/305, «nonché del principio della parità di trattamento che è alla base di tale direttiva».

12 Il governo danese chiede alla Corte di dichiarare il ricorso irricevibile nella parte in cui la Commissione ha esteso l'oggetto del ricorso al di là di quello della fase precontenziosa.

13 Prima di passare all'esame di tale domanda, si deve ricordare la giurisprudenza della Corte (v. sentenza 28 aprile 1993, causa C-306/91, Commissione/Italia, Racc. pag. I-2133, punto 22 della motivazione), secondo cui, nell'ambito di un procedimento per inadempimento, la fase precontenziosa circoscrive la materia del contendere che, in seguito, non può più essere ampliata. Infatti, la facoltà dello Stato interessato di presentare le sue osservazioni costituisce una garanzia fondamentale voluta dal Trattato ed un presupposto sostanziale della ritualità del procedimento diretto all'accertamento di un inadempimento di uno Stato membro.

- 14 Il governo danese ritiene, anzitutto, che la Commissione non possa estendere nel ricorso e, soprattutto, nella replica, l'oggetto della controversia ad elementi di fatto e di diritto diversi da quelli indicati nella lettera di messa in mora e nel parere motivato.
- 15 Al riguardo si deve rilevare che hanno costituito oggetto della fase precontenziosa unicamente la formulazione dell'art. 6, secondo comma, delle clausole comuni, vale a dire la clausola relativa al contenuto danese, e l'avvio di trattative sulla base di un'offerta non conforme all'art. 3, terzo comma, delle clausole medesime riguardanti le responsabilità dell'offerente in caso di offerta alternativa vertente su un progetto sostitutivo.
- 16 Ne consegue che il ricorso è ricevibile solamente nella parte in cui le due censure riguardano le due dette disposizioni delle clausole comuni.
- 17 Nell'ambito della censura riguardante la clausola relativa al contenuto danese, nulla osta, tuttavia, a che la Commissione faccia riferimento, a sostegno degli argomenti dedotti in merito, ad altre disposizioni del capitolato d'oneri che costituiscano attuazione di tale clausola su punti specifici.
- 18 Il governo danese fa valere inoltre che la Commissione, procedendo ad una nuova formulazione delle conclusioni nel corso del procedimento, avrebbe modificato l'oggetto della controversia e violato il diritto di difesa laddove il governo medesimo, quale Stato convenuto, non avrebbe avuto la possibilità di pronunciarsi sui punti così modificati nei termini e nelle forme prescritti. La fondatezza del ricorso dovrebbe quindi essere valutata, secondo il detto governo, unicamente con riguardo alle conclusioni contenute nel ricorso introduttivo del procedimento.
- 19 Tale mezzo solleva la duplice questione se, da un lato, la nuova formulazione del secondo trattino delle conclusioni costituisca un ampliamento delle conclusioni stesse e, dall'altro, se il riferimento, contenuto nella replica, al «principio di parità

di trattamento che è alla base di tale direttiva» aggiunga un nuovo elemento alla base giuridica dell'inadempimento dedotto.

20 Quanto al primo punto, è sufficiente rilevare che si tratta di una precisazione che la Commissione può legittimamente apportare alle proprie conclusioni al fine di tener conto delle informazioni riguardanti lo svolgimento del procedimento del bando di gara e le trattative tra la Storebælt e la ESG fornite dal governo danese nel contro-ricorso.

21 Quanto al secondo punto, si deve rilevare anzitutto, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 13 delle proprie conclusioni, che già nel corso della fase pre-contenziosa del procedimento la Commissione aveva contestato al governo danese la violazione del detto principio e che il parere motivato nonché il ricorso vi fanno riferimento espresso. Il governo danese ha pertanto avuto possibilità di pronunciarsi in merito, come emerge peraltro tanto dalla risposta al parere motivato che dal tenore del controricorso.

22 Si deve rilevare, inoltre, che la tesi del governo danese, secondo cui il principio di parità di trattamento costituirebbe una nuova base giuridica dell'inadempimento dedotto, solleva una questione interpretativa della direttiva che sarà esaminata unitamente al merito.

Sul merito

Sulla prima censura riguardante la clausola relativa al contenuto danese

23 Si deve rilevare, in limine, che la clausola relativa al contenuto danese, nella formulazione di cui all'art. 6, secondo comma, delle clausole generali del capitolato d'oneri, è incompatibile con gli artt. 30, 48 e 59 del Trattato, cosa peraltro non contestata dal governo danese.

- 24 Il governo danese fa tuttavia valere, in primo luogo, di aver eliminato la clausola di cui trattasi anteriormente alla conclusione del contratto con la ESG, avvenuta il 26 giugno 1989, e di essersi quindi conformata al parere motivato, già prima della notificazione di quest'ultimo, avvenuta il 14 luglio 1989. Richiamandosi alla sentenza 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2353), all'udienza il governo danese ha aggiunto che la Commissione non avrebbe agito in tempo utile al fine di evitare, mediante gli strumenti a propria disposizione, che l'inadempimento contestato fosse produttivo di effetti giuridici.
- 25 Tale argomento non può trovare accoglimento.
- 26 Si deve anzitutto rilevare, infatti che, se la clausola contestata è stata eliminata poco prima della conclusione del contratto con la ESG e, quindi, anteriormente alla notificazione del parere motivato, resta nondimeno il fatto che il procedimento del bando di gara si è svolto sulla base di una clausola non conforme al diritto comunitario, atta ad incidere tanto sulla composizione dei vari consorzi nonché sul contenuto delle offerte presentate dai cinque consorzi prescelti. Ne consegue che la mera eliminazione di tale clausola nel corso dell'ultima fase del procedimento non può essere considerata sufficiente a porre fine all'inadempimento contestato dalla Commissione.
- 27 Si deve sottolineare inoltre che, nella lettera di messa in mora 21 giugno 1989, la Commissione ha chiesto al governo danese di provvedere affinché la conclusione del contratto di cui trattasi venisse sospesa e che, pertanto, se il governo medesimo avesse dato seguito a tale richiesta, l'inadempimento contestato non avrebbe prodotto alcun effetto giuridico.
- 28 Il governo danese fa valere in secondo luogo che nella propria dichiarazione del 22 settembre 1989, trasmessa alla Corte nell'ambito del procedimento sommario, non ha solamente riconosciuto che la clausola relativa al contenuto danese costituiva violazione del diritto comunitario ma ha anche riconosciuto la propria responsabilità nei confronti delle imprese offerenti, ragion per cui il ricorso sarebbe divenuto, al riguardo a tale punto, privo di oggetto.

29 Anche tale argomento deve essere respinto.

30 Si deve osservare in proposito che, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato e la cui opportunità rientra esclusivamente nella discrezionalità della Commissione medesima, spetta alla Corte accertare la sussistenza o meno dell'inadempimento contestato, anche qualora lo Stato interessato non contesti più l'inadempimento e riconosca il diritto dei singoli al risarcimento del danno eventualmente derivatone. Diversamente ragionando, gli Stati membri, riconoscendo l'inadempimento ed ammettendo la responsabilità che può derivarne, sarebbero liberi, in qualsiasi momento nel corso di un procedimento per inadempimento pendente dinanzi alla Corte, di porre fine al procedimento stesso senza che si pervenga alla declaratoria giudiziale dell'inadempimento e della fondatezza della responsabilità degli Stati medesimi.

31 Dalle considerazioni che precedono emerge che il ricorso della Commissione è fondato con riguardo alla prima censura riguardante la clausola relativa al contenuto danese.

In ordine alla seconda censura relativa alle trattive condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'onori

32 Atteso che la Commissione fa valere nelle conclusioni, riformulate nella replica, che la Storebælt non avrebbe rispettato il principio di parità di trattamento tra tutti gli offerenti, si deve esaminare, in limine, la tesi del governo danese secondo cui tale principio sarebbe estraneo alla direttiva e costituirebbe, pertanto, una nuova base giuridica dell'inadempimento contestato.

33 È sufficiente rilevare, in proposito, che, se è pur vero che la direttiva non fa espressa menzione del principio di parità di trattamento degli offerenti, resta nondimeno il fatto che l'obbligo del rispetto di tale principio risponde all'essenza stessa della direttiva che, a termini del suo nono 'considerando', mira in particolare

allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici e che, al titolo IV, enuncia i criteri di selezione e di aggiudicazione degli appalti diretti a garantire tale concorrenza.

- 34 Si deve ricordare, inoltre, che la Commissione ha fondato le proprie conclusioni nella replica su una serie di elementi del contratto definitivo che costituirebbero, a suo parere, modifiche delle clausole del capitolato d'oneri che avrebbero influito in una certa misura sui prezzi. Orbene, come già precedentemente osservato (v. i punti 14 e 15), possono essere prese in considerazione dalla Corte solamente le modifiche relative alle clausole di cui all'art. 3, terzo comma, delle clausole comuni.
- 35 La seconda censura della Commissione, così circoscritta, è sostanzialmente diretta ad ottenere la declaratoria della Corte della violazione, da parte del Regno di Danimarca, del principio di parità di trattamento degli offerenti in considerazione del fatto che la Storebælt ha condotto trattative con la ESG sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'oneri, trattative che hanno condotto nel contratto definitivo a modifiche delle clausole di cui al menzionato art. 3, terzo comma, favorevoli unicamente alla detta impresa offerente e relative ad elementi rilevanti ai fini dei prezzi.
- 36 Al fine di poter valutare la compatibilità delle dette trattative condotte dalla Storebælt con il principio di parità di trattamento degli offerenti, occorre esaminare anzitutto se tale principio impedisce alla Storebælt di prendere in considerazione l'offerta della ESG.
- 37 In primo luogo, si deve rilevare al riguardo che il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti impone che tutte le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'oneri al fine di garantire un raffronto obiettivo tra le offerte presentate dalle varie imprese offerenti.

- 38 Tale affermazione è avvalorata dall'art. 11 della direttiva che, laddove consente alle imprese offerenti, in ordine alla facoltà di presentare varianti al progetto dell'amministrazione, di utilizzare un metodo di calcolo dei lavori diverso da quello in uso nel paese in cui l'appalto viene aggiudicato, pone tuttavia la condizione che l'offerta sia compatibile con le prescrizioni del capitolato d'oneri.
- 39 Quanto all'argomento del governo danese secondo cui la normativa danese in materia di appalti pubblici prevede la possibilità di accettare riserve, si deve osservare che tale normativa può trovare applicazione solamente nel pieno rispetto del principio di parità di trattamento delle imprese offerenti che costituisce la base della direttiva e che esige la conformità delle offerte con il capitolato d'oneri.
- 40 Orbene, tale esigenza non sarebbe soddisfatta ove fosse consentito agli offerenti di eludere le prescrizioni fondamentali del capitolato d'oneri mediante la formulazione di riserve, esclusa l'ipotesi in cui le dette prescrizioni riconoscono loro espressamente una siffatta facoltà.
- 41 Si deve rilevare inoltre che l'offerta presentata dalla ESG, riguardante un progetto alternativo di costruzione di un ponte in cemento armato, non era conforme all'art. 3, terzo comma, delle clausole comuni laddove non rispondeva alle condizioni ivi formulate, vale a dire che il prezzo proposto non era basato sul presupposto che l'impresa stessa, in quanto impresa offerente, dovesse elaborare un progetto dettagliato ed assumere la piena responsabilità del progetto medesimo, sotto il profilo tanto della sua elaborazione quanto della sua attuazione, nonché il rischio di variazioni quantitative rispetto a quelle previste.
- 42 Si deve rilevare infine che l'art. 3, terzo comma, delle clausole comuni rappresenta una prescrizione fondamentale del capitolato d'oneri laddove precisa le condizioni

relative al calcolo dei prezzi in considerazione della responsabilità dell'offerente di procedere all'elaborazione dettagliata del progetto, di darvi esecuzione e di assumerne i rischi.

43 Alla luce delle considerazioni che precedono e considerato che la disposizione di cui trattasi non prevede alcuna facoltà per gli offerenti di formulare riserve nelle rispettive offerte, il principio di parità di trattamento osta a che la Storebælt prendesse in considerazione l'offerta della ESG.

44 Il ricorso della Commissione appare quindi fondato anche con riguardo alla seconda censura relativa alle trattative condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'onori.

45 Dal complesso delle considerazioni sin qui esposte emerge che il Regno di Danimarca, atteso che la Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen ha invitato a presentare offerte a condizione di utilizzare nella misura maggiore possibile materiali, beni di consumo, mano d'opera ed attrezzature danesi, e che le trattative con il consorzio prescelto sono state condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'onori, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi del diritto comunitario avendo violato, in particolare, gli artt. 30, 48 e 59 del Trattato nonché la direttiva 71/305/CEE.

Sulle spese

46 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese. Poiché il Regno di Danimarca è rimasto soccombente, le spese vanno poste a suo carico.

Per questi motivi,

LA CORTE

dichiara e statuisce:

- 1) Atteso che la Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen ha invitato a presentare offerte a condizione di utilizzare nella misura maggiore possibile materiali, beni di consumo, mano d'opera ed attrezzature danesi, e che le trattative con il consorzio prescelto sono state condotte sulla base di un'offerta non conforme al capitolato d'onere, il Regno di Danimarca è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi del diritto comunitario e, in particolare, esso ha violato gli artt. 30, 48 e 59 del Trattato nonché la direttiva 71/305/CEE.

- 2) Il Regno di Danimarca è condannato alle spese.

Due	Kakouris	Rodríguez Iglesias	Zuleeg
	Murray	Mancini	Joliet
Schockweiler	Moitinho de Almeida	Grévisse	Kapteyn

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 22 giugno 1993.

Il cancelliere

J.-G. Giraud

Il presidente

O. Due