

CONTSE E A.

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

27 ottobre 2005 *

Nel procedimento C-234/03,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Audiencia Nacional (Spagna), con decisione 16 aprile 2003, pervenuta in cancelleria il 2 giugno 2003 nella causa tra

Contse SA,

Vivisol Srl,

Oxigen Salud SA

e

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), già Instituto Nacional de la Salud (Insalud),

* Lingua processuale: lo spagnolo.

con l'intervento di:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas (relatore), presidente di sezione, dai sigg. J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr e U. Löhmus, giudici,

avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl

cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 19 gennaio 2005,

considerate le osservazioni presentate:

— per le società Contse SA, Vivisol Srl e Oxigen Salud SA, dai sigg. R. García-Palencia e C. Urda Serrano, abogados;

- per l'Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), già Instituto Nacional de la Salud (Insalud), dal sig. M. Gómez Montes, procurador, e dal sig. J-M. Pérez Gómez, abogado;

- per il governo spagnolo, dal sig. S. Ortiz Vaamonde, in qualità di agente;

- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. G. Valero Jordana e K. Wiedner, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 12 CE, 43 CE e segg. e 49 CE e segg., nonché dell'art. 3, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un controversia che oppone le società Contse SA (in prosiegua: la «Contse»), Vivisol Srl e Oxigen Salud SA (tutte e tre costituenti un raggruppamento temporaneo di imprese che possiede impianti di produzione di ossigeno in Italia e in Belgio) all'Instituto Nacional de la Salud (Istituto nazionale per la salute; in prosiegua: l'«Insalud»). Dette ricorrenti hanno presentato un ricorso contro, da un lato, due bandi di gara indetti da quest'ultimo per servizi di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita nel territorio delle province, rispettivamente, di Cáceres e di Badajoz e, dall'altro, avverso la decisione della Presidencia Ejecutiva (Presidenza esecutiva) dell'Insalud 10 luglio 2000, con cui sono stati respinti i reclami presentati contro tali bandi di gara.

Contesto normativo

- 3 L'art. 12 CE dispone che, nel campo di applicazione del Trattato CE e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.
- 4 Gli artt. 43 CE e 49 CE sanciscono, rispettivamente, la libertà di stabilimento e il principio della libera prestazione dei servizi. Tali disposizioni costituiscono una specificazione del divieto di discriminazione.
- 5 La direttiva 92/50 contiene a sua volta un'espressione dello stesso divieto nel suo art. 3, n. 2, laddove precisa che le amministrazioni aggiudicatrici devono assicurare la parità di trattamento tra i vari prestatori di servizi.

Fatti e controversia principale

- 6 Con due decisioni 24 maggio 2000, l'Insalud ha indetto alcune gare d'appalto per la prestazione di servizi di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita per le province, rispettivamente, di Cáceres e di Badajoz (in prosieguo: le «gare d'appalto controverse»).
- 7 Il capitolato d'onere, le clausole amministrative particolari e le specifiche tecniche per tali due gare d'appalto prevedono, da un lato, requisiti di ammissione e, dall'altro, criteri di valutazione.
- 8 I requisiti di ammissione, che non sono oggetto di alcuna valutazione, devono obbligatoriamente sussistere al momento della presentazione dell'offerta.
- 9 Al riguardo, è sancito che l'ente offerente deve disporre di almeno un ufficio aperto al pubblico per un minimo di otto ore al giorno, il mattino e il pomeriggio, cinque giorni alla settimana, nel capoluogo della provincia in questione (in prosieguo: il «requisito minimo»).
- 10 Dal fascicolo emerge che i criteri di valutazione vertono su alcune caratteristiche economiche e tecniche, alle quali corrisponde un punteggio. Nella fattispecie, per un massimo di 140 punti che possono essere attribuiti, 40 si riferiscono all'aspetto economico dell'offerta e 100 sono relativi ai criteri di valutazione tecnica di quest'ultima.

- 11 Oltre alla presentazione di un certificato di qualità (per il quale sono attribuiti 20 punti), le specifiche tecniche si dividono in varie sezioni: attrezzatura (35 punti), prestazione del servizio (35 punti), informazione al paziente (5 punti) e relazione di controllo della prestazione (5 punti).
- 12 Nella sezione «attrezzature», nella parte relativa alla fornitura di ossigeno attraverso cilindri di gas pressurizzato, è previsto che un punteggio massimo di 4,6 punti, in funzione della produzione totale annua, dev'essere attribuito in caso di esistenza, al momento della presentazione delle offerte, di almeno due impianti di produzione di ossigeno appartenenti all'offerente e situati a meno di 1 000 chilometri di distanza dalla provincia interessata. Mezzo punto dev'essere anche attribuito, rispettivamente, per l'esistenza, al momento della presentazione delle offerte, da un lato, di almeno un impianto di condizionamento di cilindri e, dall'altro, di almeno un impianto di imbottigliamento di ossigeno, detti impianti dovendo appartenere all'offerente ed essere situati, in entrambi i casi, a meno di 1 000 chilometri di distanza dalla provincia interessata.
- 13 Nella sezione «prestazione del servizio», l'esistenza, al momento della presentazione delle offerte, di uffici aperti al pubblico per un minimo di otto ore al giorno, il mattino e il pomeriggio, cinque giorni alla settimana, in certi luoghi della provincia in questione potrebbe portare all'attribuzione di un massimo di 0,9 punti supplementari (0,3 punti per ciascuna delle tre città menzionate nei bandi di gara controversi).
- 14 L'appalto è attribuito all'offerente che presenta l'offerta con il punteggio più alto. In caso di parità, prevale l'offerta che ha ottenuto la migliore valutazione tecnica. Se la parità persiste, la scelta cade sull'impresa che ha già fornito in precedenza lo stesso servizio.

- 15 Contro i bandi di gara controversi le ricorrenti della causa principale hanno presentato alcuni reclami che sono stati respinti, il 10 luglio 2000, con decisione della Presidencia Ejecutiva dell'Insalud.
- 16 In seguito, le ricorrenti della causa principale hanno presentato un ricorso contro tale decisione nonché contro i bandi di gara controversi dinanzi al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (Tribunale amministrativo) di Madrid, che l'ha respinto il 20 settembre 2001. Un appello è stato interposto dinanzi al giudice del rinvio.
- 17 Le ricorrenti della causa principale, da un lato, sostengono che alcuni elementi dei bandi di gara controversi, descritti nei punti 8-14 della presente sentenza (in prosieguo: gli «elementi contestati»), violano gli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché l'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e, dall'altro, hanno chiesto che il giudice del rinvio sottoponga alla Corte una questione pregiudiziale al riguardo.
- 18 L'Insalud sostiene che gli elementi contestati dei bandi di gara controversi sono conformi alla legge in quanto la natura sanitaria del servizio in questione nonché la categoria particolarmente vulnerabile di pazienti che ne dipendono obbligano le autorità competenti non solo a garantire, in qualsiasi momento, la prestazione del servizio, ma anche a considerare e a valutare le circostanze idonee a diminuire i rischi che sempre esistono in relazione a qualsiasi azione umana, privilegiando l'offerta che minimizzi detti rischi.
- 19 È in tale contesto che l'Audiencia Nacional (Tribunale competente per l'intero territorio spagnolo in determinati ambiti penali, amministrativi e della legislazione sociale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le norme di cui agli artt. 12 CE, 43 CE e segg. e 49 CE e segg. nonché l'art. 3, n. 2, della [direttiva 92/50] ostino all'inclusione, nel capitolato d'oneri, nelle clausole

amministrative particolari e nelle prescrizioni tecniche che disciplinano le gare di appalto pubbliche per i servizi di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, di:

- 1) requisiti che subordinino l'ammissione delle imprese al fatto che le stesse dispongano preventivamente di uffici aperti al pubblico nella provincia o nel capoluogo della provincia in cui si deve prestare il servizio, e

- 2) criteri di aggiudicazione che [favoriscano le offerte presentate da imprese che:
 - a) dispongono di propri impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, situati nel raggio di 1 000 chilometri dal capoluogo della provincia in cui sarà fornito il servizio],

 - b) dispongano preventivamente di uffici aperti al pubblico in determinate località della stessa provincia o

 - c) abbiano già fornito quel servizio».

Questione pregiudiziale

- 20 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 12 CE, 42 CE e 49 CE, nonché l'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 ostino a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri per un appalto pubblico di servizi sanitari di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, preveda, da un lato, un requisito di ammissione che obbliga l'impresa offerente a disporre, al momento della presentazione dell'offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio sarà fornito e, dall'altro, criteri di valutazione delle offerte che tengono conto, attraverso l'attribuzione di punti supplementari, dell'esistenza, nello stesso momento, di propri impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, situati nel raggio di 1 000 chilometri da detta provincia, o di uffici aperti al pubblico in altre specifiche località della stessa e che, in caso di parità di punteggio tra più offerte, favoriscono l'impresa che abbia già fornito precedentemente il servizio in questione.
- 21 Le ricorrenti della causa principale, la Commissione delle Comunità europee e il governo austriaco propongono di rispondere a tale questione in senso affermativo. L'Insalud e il governo spagnolo sostengono la tesi contraria.
- 22 In via preliminare occorre rilevare che la causa principale, contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, pare vertere su un appalto pubblico di servizi e non su un contratto di gestione di un servizio, qualificato come un contratto di concessione. Infatti, come affermato dall'Insalud in udienza, l'amministrazione spagnola resta responsabile per qualsiasi danno subito a causa di un inadempimento di tale servizio. Questa circostanza, che implica un mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione del servizio in questione, e il fatto che il servizio sia remunerato dall'amministrazione sanitaria spagnola avallano tale conclusione. Spetta però al giudice del rinvio verificare che ciò avvenga nella presente fattispecie.

- 23 Ad ogni modo, poiché le questioni formulate dal giudice del rinvio sono incentrate sulle norme fondamentali del Trattato, le considerazioni che seguono gli saranno utili anche qualora si trattasse di una concessione di servizio pubblico non disciplinata dalla direttiva 92/50. Infatti, è alla luce del diritto primario e, in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminati gli effetti del diritto comunitario relativamente all'affidamento di tali concessioni (v., in particolare, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 16).
- 24 Tali norme fondamentali, prese in considerazione dal giudice del rinvio, sono di due ordini. Si tratta, da un lato, degli artt. 43 CE e segg., relativi alla libertà di stabilimento, e, dall'altro, degli artt. 49 CE e segg., relativi al principio della libera prestazione dei servizi.
- 25 Occorre ricordare, come hanno fatto tutte le parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, che, fatto salvo l'art. 46 CE, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono, ai sensi di una giurisprudenza costante, soddisfare quattro condizioni per essere conformi agli artt. 43 CE e 49 CE: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32; 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli e a., Racc. pag. I-13031, punti 64 e 65).
- 26 Pertanto, occorre interrogarsi sugli elementi contestati nelle gare d'appalto controverse al fine di verificare se tali elementi sono idonei ad ostacolare o a

scoraggiare l'esercizio, da parte di imprese non aventi sede in Spagna, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

- 27 Poiché tali elementi non costituiscono ostacoli allo stabilimento delle imprese sul territorio spagnolo, occorre concludere, innanzi tutto, che nella fattispecie non esiste alcuna restrizione alla libertà di stabilimento.
- 28 In secondo luogo, occorre analizzare se detti elementi rappresentino una restrizione alla libera prestazione dei servizi.
- 29 Al riguardo, è pacifico che l'Insalud è il principale destinatario dei servizi in questione in quanto il 90 % delle domande di terapia respiratoria a domicilio proviene dal settore pubblico. È quindi a ragione che la Commissione rileva che il requisito di ammissione genera, per le imprese, una serie di spese il cui ammortamento sarà possibile solo se l'appalto verrà loro attribuito, il che ha l'effetto di scoraggiare nettamente la presentazione di un'offerta. Lo stesso varrebbe per il criterio di valutazione in base al quale sono assegnati punti supplementari se è già stato aperto un ufficio nelle città indicate nei bandi di gara.
- 30 Per quanto riguarda i criteri di valutazione relativi agli impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, va da sé che, a meno di non disporre già di impianti propri, nel raggio previsto di 1 000 chilometri, un'impresa potrebbe essere ostacolata nella presentazione di un'offerta.

- 31 Infine, il fatto che, in ultima istanza, il criterio di scelta tra due offerenti con lo stesso punteggio favorisca l'impresa già presente sul mercato spagnolo in questione può scoraggiare qualsiasi altra impresa dal presentare un'offerta, a causa, in particolare, della grande omogeneità del mercato.
- 32 Infatti, dal fascicolo risulta che il mercato spagnolo del gas ad uso medico è controllato al 97 % da quattro imprese multinazionali. Inoltre, come rilevato dalla Contse, senza essere contraddetta su tale punto, non ci possono essere grandi differenze tra i partecipanti relativamente ai punti attribuiti per gli aspetti tecnici dato che tutti gli offerenti utilizzano attrezzature tecniche simili prodotte solo da due o tre imprese.
- 33 Occorre quindi dichiarare che gli elementi contestati delle gare d'appalto controverse sono tutti idonei a ostacolare o a scoraggiare l'esercizio della libera prestazione dei servizi, quale garantita dal Trattato. Di conseguenza, occorre verificare se ognuno degli elementi contestati soddisfi le quattro condizioni enunciate dalla giurisprudenza citata al punto 25 della presente sentenza.
- 34 Ora, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra giudici comunitari e nazionali, spetta al giudice nazionale verificare che sussistano nella causa dinanzi ad esso pendente tali condizioni. Certo, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può, ove necessario, fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione (v., in tal senso, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, Payroll e a., Racc. pag. I-8923, punti 28 e 29). A tal fine, e in risposta alla questione sottoposta dal giudice del rinvio, sarà quest'ultimo a dover tenere conto degli elementi precisati nei punti seguenti.

Il requisito di ammissione

- 35 Innanzi tutto, occorre che il provvedimento nazionale si applichi in modo non discriminatorio.
- 36 A questo proposito, ai sensi della giurisprudenza della Corte, il principio di parità di trattamento, di cui l'art. 49 CE rappresenta una specificazione, vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma dissimulata di discriminazione che, in applicazione di altri criteri di distinzione, conduca di fatto allo stesso risultato (v. sentenze 29 ottobre 1980, causa 22/80, Boussac Saint-Frères, Racc. pag. 3427, punto 9, e 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4035, punto 8).
- 37 Ora, benché il requisito di ammissione sia applicabile indistintamente a qualsiasi impresa che abbia intenzione di candidarsi alla gara d'appalto in questione, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito possa, in pratica, essere soddisfatto più facilmente dagli operatori spagnoli che da quelli aventi sede in un altro Stato membro. In tal caso, detto criterio violerebbe il principio di applicazione non discriminatoria (v., in tal senso, sentenza Gambelli e a., punto 71).
- 38 Occorre però sottolineare che, in assenza di restrizioni alla libertà di stabilimento, il fatto stesso di disporre di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio dovrà essere fornito non rappresenterebbe un ostacolo maggiore per gli operatori stranieri.

- 39 In secondo luogo, il provvedimento nazionale deve essere giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico.
- 40 Nel caso concreto, è pacifico che il requisito di ammissione, così come gli altri elementi contestati nei bandi di gara controversi, mira a meglio garantire la tutela della vita e della salute dei pazienti.
- 41 In terzo e in quarto luogo, il provvedimento nazionale deve essere idoneo a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo conseguimento.
- 42 Al riguardo, la Commissione e la Contse sostengono che il requisito in base al quale si deve disporre, al momento della presentazione dell'offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in questione è inutile rispetto all'obiettivo, già individuato, di meglio garantire la tutela della vita e della salute dei pazienti. L'Insalud ritiene invece che l'esistenza di un tale ufficio serva a raggiungere tale obiettivo.
- 43 Anche ammettendo che l'esistenza di un tale ufficio possa essere considerata idonea a garantire la salute dei pazienti, è giocoforza constatare che il requisito di disporre dal momento della presentazione dell'offerta è manifestamente sproporzionato.
- 44 Infatti, non può essere accolto l'argomento del governo spagnolo che, affermando che scopo di una gara d'appalto è verificare quali siano le imprese che dispongono

già dei mezzi necessari alla prestazione del servizio in questione, assimila l'ufficio aperto al pubblico a qualsiasi altra attrezzatura necessaria per la prestazione del servizio.

- 45 Al riguardo, la Commissione dichiara, correttamente, che un tale ufficio non è un elemento essenziale alla prestazione del servizio in questione. Infatti tra i requisiti minimi è già prevista l'attuazione di un servizio di supporto tecnico, disponibile 24 ore su 24, sette giorni su sette, il che porterà a garantire, in un primo momento e tramite mezzi meno restrittivi della libera prestazione dei servizi, il conseguimento dell'obiettivo perseguito nella fattispecie, ossia quello di non mettere in pericolo la vita o la salute dei pazienti in caso di problemi nel funzionamento o nell'uso dell'attrezzatura.
- 46 Inoltre, come rilevato dalla Contse, è previsto, ove occorra, un periodo transitorio durante il quale l'impresa che forniva già il servizio in questione trasferisce la gestione dello stesso al nuovo ente aggiudicatario al fine di assicurare la continuità delle cure ricevute dai pazienti. Occorre notare che, in tal caso, l'aggiudicatario è tenuto a remunerare l'impresa che continua a fornire servizi secondo una formula elaborata nelle clausole amministrative particolari del bando di gara. La remunerazione aumenta ogni mese fino al terzo mese a partire dall'aggiudicazione del contratto. Se il nuovo ente aggiudicatario non si è ancora fatto carico della totalità delle prestazioni richieste, il contratto può essere risolto.

I criteri di valutazione

- 47 In via preliminare occorre ricordare che, se è vero che la direttiva 92/50 si applica, evidentemente, alle gare d'appalto controverse, è giocoforza constatare che il servizio in questione nel presente procedimento figura all'allegato I B di tale direttiva. Ora, in forza dell'art. 9 della stessa, a tali servizi si applicano solo gli artt. 14

e 16 nonché le disposizioni generali, di cui al titolo I, ivi incluso l'art. 3, n. 2, indicato dal giudice nazionale, e quelle finali, di cui al titolo VII della stessa direttiva. I menzionati artt. 14 e 16 riguardano, rispettivamente, le norme comuni in campo tecnico e gli avvisi in merito ai risultati della procedura d'aggiudicazione.

- 48 Pertanto, e al fine di dare una risposta utile al giudice nazionale, occorre precisare che gli elementi contestati dei bandi di gara controversi non sono assoggettati, in alcun caso, alla disciplina del capitolo 3, intitolato «Criteri di aggiudicazione per gli appalti», del titolo VI della direttiva 92/50, né ai limiti da esso previsti.
- 49 Si deve inoltre ricordare che i criteri di valutazione, come ogni provvedimento nazionale, devono rispettare il divieto di discriminazione risultante dalle disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi e che le restrizioni a quest'ultima devono rispondere, a loro volta, alle quattro condizioni messe in evidenza dalla giurisprudenza citata al punto 25 della presente sentenza.
- 50 Ora, come è stato precisato al punto 34 della presente sentenza, spetta al giudice nazionale verificare che nella causa dinanzi ad esso pendente sussistano tali condizioni, tenendo conto degli elementi precisati nei punti seguenti.
- 51 Per quanto riguarda, innanzi tutto, l'applicazione non discriminatoria del criterio in base al quale punti supplementari sono attribuiti se l'offerente dispone di uffici aperti al pubblico in determinate città della provincia in cui il servizio sarà fornito, tale criterio, di per sé, si applica indistintamente ad ogni impresa che intenda presentare un'offerta, come è stato esposto relativamente al requisito di ammissione.

- 52 Peraltro, come è stato rilevato al punto 40 della presente sentenza, è pacifico che gli elementi contestati nell'ambito delle gare d'appalto controverse sono stati inclusi nel bando per una migliore tutela della vita e della salute dei pazienti. L'Insalud afferma, inoltre, che tali elementi mirerebbero, in particolare, a rimediare ai problemi di fornitura di ossigeno e di funzionamento dell'attrezzatura e a garantire l'adeguata prestazione del servizio in questione senza inutili ritardi né danno per i pazienti.
- 53 Inoltre, occorre verificare che detto criterio sia adeguato al conseguimento di tale obiettivo senza andare oltre quanto necessario a tale scopo.
- 54 Al riguardo, la Commissione riprende l'argomento da essa sostenuto relativamente al requisito di ammissione, ossia che disporre di tali uffici prima dell'esecuzione del contratto sia inutile e sproporzionato. La Contse, da parte sua, riconosce che, tenuto conto della finalità di assistere i pazienti, un tale criterio potrebbe essere coerente con lo scopo perseguito, ma ritiene che una mera obbligazione contrattuale di realizzare tali uffici in caso di aggiudicazione dell'appalto avrebbe permesso di raggiungere detto obiettivo. Né l'Insalud né il governo spagnolo affrontano in modo specifico tale criterio di valutazione.
- 55 Al riguardo, come è stato affermato al punto 43 della presente sentenza, anche ammettendo che l'esistenza di tali uffici possa essere considerata idonea a garantire la salute dei pazienti, è giocoforza constatare che il requisito di disporne già dal momento della presentazione dell'offerta è manifestamente sproporzionato, tanto più che tra i requisiti minimi è già prevista l'attuazione di un servizio di supporto tecnico, come rilevato al punto 45 della presente sentenza.

- 56 Per quanto riguarda i criteri di valutazione relativi alla proprietà di certi impianti di produzione nonché di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, situati nel raggio di 1 000 chilometri dalla provincia in cui il servizio sarà fornito, occorre verificare se essi, benché applicabili indistintamente a tutte le imprese, possano sostanzialmente favorire, di fatto, quelle già stabilite in Spagna.
- 57 Infatti, a differenza della circostanza di possedere un ufficio, requisito che di per sé potrebbe essere soddisfatto a più riprese, ossia ogniqualvolta ciò sia reso opportuno dall'aggiudicazione di un appalto, l'esistenza di un impianto di produzione, di condizionamento o di imbottigliamento di proprietà dell'offerente necessita di un investimento ben più consistente che tende a non ripetersi nel tempo. La natura di quest'ultimo criterio implica che, in mancanza della preesistenza di tali impianti, sia difficile potervi rimediare. Il fatto che sia richiesta, non la mera disponibilità, ma la proprietà degli impianti in questione non fa che rafforzare l'idea che tale criterio miri, in realtà, a favorire la continuità.
- 58 Pertanto, solo le imprese che posseggano già siffatti impianti nel territorio spagnolo, o al di fuori di esso ma pur sempre ad una distanza non superiore a 1 000 chilometri dalla provincia interessata, potrebbero ottenere i punti corrispondenti a tale criterio.
- 59 Inoltre, l'area geografica che si trova nel raggio di 1 000 chilometri dalle province in questione, ossia Cáceres e Badajoz, comprende, oltre al territorio spagnolo, tutto il territorio portoghese, ma essa include solo una parte della Francia ed esclude quasi tutti gli Stati membri, cosicché gli impianti che si trovano, come nella fattispecie, in Belgio o in Italia sarebbero al di fuori del raggio previsto.

- 60 Come è stato dichiarato al punto 37 della presente sentenza, se il giudice nazionale stabilisce che un criterio può, in pratica, essere soddisfatto più facilmente dagli operatori spagnoli che da quelli aventi sede in un altro Stato membro, detto criterio viola il principio di applicazione non discriminatoria (v. sentenza Gambelli e a., punto 71).
- 61 Ad ogni modo, benché la sicurezza degli approvvigionamenti possa rientrare tra i criteri da prendere in considerazione per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso di un servizio quale quello oggetto della causa principale, che mira a tutelare la vita e la salute delle persone prevedendo una propria produzione diversificata e vicina al luogo della prestazione (v., per analogia, sentenza 28 marzo 1995, causa C-324/93, Evans Medical e Macfarlan Smith, Racc. pag. I-563, punto 44), occorre dichiarare che, nella fattispecie, tali criteri non sembrano essere funzionali allo scopo perseguito sotto diversi aspetti.
- 62 In primo luogo, nonostante il governo spagnolo rilevi correttamente come qualsiasi scelta di distanza o di unità di tempo di trasporto sia arbitraria, è giocoforza constatare che il criterio dei 1 000 chilometri, adottato nella fattispecie, sembra essere inadatto alla realizzazione dello scopo di cui trattasi.
- 63 Da un lato, il governo spagnolo non apporta alcun elemento a sostegno del suo argomento in base al quale i rischi di ritardo, che aumentano in proporzione alla distanza da percorrere, sarebbero minori grazie al controllo che le autorità di tale Stato membro potrebbero esercitare ove insorgessero problemi nel suo territorio. Tale argomento non può quindi essere accolto.
- 64 Dall'altro, anche ammettendo che il superamento delle frontiere interne alla Comunità europea provochi i ritardi temuti dal governo spagnolo, il raggio di 1 000 chilometri, oltrepassando le frontiere spagnole, non è idoneo a raggiungere lo scopo perseguito.

- 65 In secondo luogo, la Commissione rileva, da un lato, che l'ossigeno prodotto negli impianti di produzione è distribuito ai centri di gassificazione per esservi compresso in bottiglie e, dall'altro, che in tali centri vi è una scorta di sicurezza di bottiglie piene sufficiente a garantire la fornitura di ossigeno per almeno quindici giorni in caso di avaria, di arresto tecnico o di urgenza.
- 66 Quindi, come rilevato anche dalla Contse, la prossimità degli impianti di produzione non garantisce il raggiungimento dell'obiettivo della sicurezza dell'approvvigionamento. Spetta al giudice nazionale verificare se la situazione sia diversa per quanto riguarda gli impianti di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno.
- 67 La prassi ammessa dalle imprese conferma, d'altronde, che esistono mezzi meno restrittivi della libera prestazione dei servizi per raggiungere lo scopo perseguito, ossia una disponibilità certa di gas per uso medico in prossimità del luogo della prestazione. Come rilevato dalla Commissione e dalla Contse, si tratta di privilegiare, attraverso l'attribuzione di punti supplementari, depositi per l'immagazzinamento di scorte di gas destinate a compensare, eventualmente per un preciso periodo, le eventuali interruzioni o fluttuazioni dei trasporti dagli impianti di produzione o di imbottigliamento.
- 68 In ultima istanza, a fronte delle censure sollevate dalla Commissione e dalla Contse relativamente all'importanza attribuita al possesso di impianti di produzione, occorre rilevare che le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tal senso, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN e Wienstrom, Racc. pag. I-14527, punto 39). Ciò varrebbe anche nel caso in cui i servizi in questione ricadessero, come gli appalti in questione, nell'allegato I B della direttiva 92/50 e, quindi, in un regime meno restrittivo di aggiudicazione degli appalti.

- 69 Ora, si deve dichiarare che, nella causa principale, il criterio relativo agli impianti di produzione non verte sulla prestazione oggetto dell'appalto, ossia la fornitura a domicilio di ossigeno terapeutico, e nemmeno sulla quantità di gas che sarà prodotta, ma sulla capacità massima di produzione degli impianti posseduti dagli offerenti, dato che sono attribuiti punti supplementari per ogni soglia di produzione totale annua superata.
- 70 Pertanto, i criteri di valutazione relativi, nel caso specifico, all'attribuzione di punti supplementari per una capacità di produzione sempre più elevata non possono essere considerati connessi all'obiettivo dell'appalto e, tanto meno, idonei a garantirne la realizzazione (v., per analogia, sentenza EVN e Wienstrom, cit., punto 68).
- 71 Infine, anche supponendo che detti criteri siano dettati dalla preoccupazione di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e, pertanto, che siano connessi all'obiettivo perseguito nelle gare d'appalto controverse e idonei a conseguirlo, si deve rilevare che non si può validamente far assurgere a criterio d'aggiudicazione la capacità degli offerenti di fornire il massimo quantitativo possibile di prodotto (v., in tal senso, sentenza EVN e Wienstrom, cit., punto 70).
- 72 Al riguardo, occorre ricordare che i bandi di gara controversi prevedono, tra i requisiti per la presentazione dell'offerta, che l'offerente disponga di più di un impianto di produzione e di imbottigliamento e sia in grado di produrre annualmente almeno 400 000 m³ nell'ambito della gara d'appalto relativa alla provincia di Cáceres e 550 000 m³ relativamente a quella indetta per la provincia di Badajoz. Dal fascicolo risulta che tali valori rappresentano rispettivamente circa il 75 % e l'80 % del consumo previsto per il primo anno dell'appalto in questione.

- 73 Inoltre, occorre rilevare che la prima delle tre soglie previste nei bandi di gara controversi, ossia una produzione totale annua, rispettivamente per ciascun appalto, di almeno 800 000 m³ e di 1 000 000 m³, il cui superamento implica, in entrambi i casi, l'attribuzione di 1,3 punti, corrisponde ad un volume che supera il consumo totale previsto per il quarto e per l'ultimo anno dell'appalto in questione. Pertanto, una capacità di produzione totale annua di un tale livello potrebbe eventualmente essere considerata necessaria allo scopo, menzionato al punto 71 della presente sentenza, di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento.
- 74 Tuttavia, i criteri di valutazione esaminati vanno al di là di tale necessità. Infatti, 1,3 punti sono ulteriormente attribuiti in caso di superamento di una soglia di produzione totale annua, rispettivamente, di almeno 1 200 000 m³ e 1 500 000 m³ e 2 punti supplementari sono previsti se tale produzione è, rispettivamente, di almeno, 1 600 000 m³ e 2 000 000 m³.
- 75 Si noti che tali ultimi valori, corrispondenti alla terza soglia di produzione totale annua, rappresentano, entrambi, il doppio del valore che costituisce la prima soglia, indicato al punto 73 della presente sentenza.
- 76 Ne consegue che, essendo attribuito un punteggio massimo agli offerenti che presentano una capacità di produzione ampiamente superiore al consumo prevedibile nell'ambito dei bandi di gara controversi, mentre la prima soglia sembra già idonea a garantire, per quanto possibile, la disponibilità certa di gas, i criteri di valutazione adottati nella fattispecie, per quanto riguarda l'attribuzione di punti supplementari per il superamento della seconda e della terza soglia di produzione totale annua, non sono compatibili con le esigenze di diritto comunitario in materia (v., per analogia, sentenza EVN e Wienstrom, cit., punto 71).
- 77 Infine, per quanto riguarda la modalità di scelta tra due offerenti aventi lo stesso punteggio, il criterio di aggiudicazione adottato si applica esclusivamente in caso di

parità, non solo globale ma anche tecnica, tra due offerte aventi lo stesso punteggio e favorisce l'offerente che forniva il servizio già in precedenza.

78 Le condizioni da soddisfare, sopra esposte, valgono anche per un criterio del genere. Ora, decidere automaticamente e definitivamente a favore dell'operatore già presente sul mercato in questione è discriminatorio.

79 Da tutte le considerazioni che precedono deriva che l'art. 49 CE osta a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri per un appalto pubblico di servizi sanitari di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, preveda, da un lato, un requisito di ammissione che obbliga l'impresa offerente a disporre, al momento della presentazione dell'offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio dovrà essere fornito e, dall'altro, criteri di valutazione delle offerte che tengono conto, attribuendo punti supplementari, dell'esistenza, al momento della presentazione dell'offerta, di impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno situati nel raggio di 1 000 chilometri da detta provincia, o di uffici aperti al pubblico in altre specifiche località della stessa, e che, in caso di parità tra più offerte, favoriscono l'impresa che abbia già fornito precedentemente il servizio in questione, qualora tali elementi siano applicati in modo discriminatorio, non siano giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico né siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito o vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento di questo, circostanze che spetta al giudice nazionale accertare.

Sulle spese

80 Nei confronti delle parti della causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

L'art. 49 CE osta a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri per un appalto pubblico di servizi sanitari di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, preveda, da un lato, un requisito di ammissione che obbliga l'impresa offerente a disporre, al momento della presentazione dell'offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio dovrà essere fornito e, dall'altro, criteri di valutazione delle offerte che tengono conto, attribuendo punti supplementari, dell'esistenza, al momento della presentazione dell'offerta, di impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno situati nel raggio di 1 000 chilometri da detta provincia, o di uffici aperti al pubblico in altre specifiche località della stessa e che, in caso di parità tra più offerte, favoriscono l'impresa che abbia già fornito precedentemente il servizio in questione, qualora tali elementi siano applicati in modo discriminatorio, non siano giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico né siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito o vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento di questo, circostanze che spetta al giudice nazionale accertare.

Firme