

Appalti pubblici di servizi: secondo la Corte di Giustizia europea i criteri di aggiudicazione non devono subire alcuna modifica nel corso del procedimento di gara.

di DONATELLA DEL VESCOVO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La normativa di riferimento nel quadro dell'Unione. 3. I fatti all'origine del ricorso. 4. La qualificazione giuridica dell'appalto in esame. 5. La non subordinazione del principio di trasparenza rispetto alla parità di trattamento. 6. La rilevanza della ponderazione dei criteri di aggiudicazione fatta successivamente alla presentazione delle offerte. 7. È possibile la modificazione dei criteri di ponderazione successivamente ad un primo esame? 8. Conclusioni.

1. *Premessa.*

a Corte in questa sentenza¹ è chiamata a decidere sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 2004/18/CE² e come tale

¹ Sentenza del 18 novembre 2010, causa C-226/09, *Commissione europea/Irlanda*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi in GUUE, 30 aprile 2004, L 134, p. 114. Volendo ricapitolare la *ratio* che ha ispirato questa Direttiva occorre dire che essa ha inteso innanzitutto, aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie preesistenti, in materia di appalti pubblici. Gli obiettivi fondamentali che il legislatore comunitario ha inteso perseguire possono essere, pertanto, sintetizzati in quattro categorie: - la semplificazione delle disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici; - l'aggiornamento della normativa vigente alla luce delle novità tecnologiche ed economiche; - la maggiore flessibilità della normativa comunitaria; - il rafforzamento dei principi di concorrenza e trasparenza.

In primo luogo, la direttiva persegue, quindi, la finalità di semplificare il dato normativo esistente, a livello comunitario, in tema di appalti pubblici. Tale obiettivo viene raggiunto accorpando in un unico testo le tre direttive classiche, cioè: - la direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi; - la direttiva 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; - la direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

In questo modo, si è realizzato un programma di riordino delle norme comunitarie, in materia di appalti pubblici, attraverso la redazione di un vero e proprio testo unico, che raccoglie in un *corpus* unitario le norme vigenti, senza modificarne la portata sostanziale. Altro scopo, perseguito dalla direttiva 2004/18 CE, è stato quello di aggiornare la normativa vigente, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica ed economica. Ed infatti, mentre la precedente disciplina comunitaria non era riuscita ad adeguarsi all'innovazione tecnologica essendosi limitata a prevedere la possibilità di utilizzare i nuovi strumenti di comunicazione elettronica solo in aggiunta ai mezzi di comunicazione tradizionali ed avendo, conseguentemente, reso il sistema degli appalti pubblici sempre più distante dal mondo imprenditoriale privato, (ormai caratterizzato da rapporti economici sempre più rapidi ed

assoggettato esclusivamente alle regole della medesima direttiva, nel corso del quale sia stata modificata la ponderazione relativa ai criteri di aggiudicazione in un momento successivo ad un primo esame delle offerte presentate.

Con la sentenza in esame i giudici europei dopo aver esaminato puntualmente le argomentazioni prospettate dalle parti e ripercorrendo la giurisprudenza in materia di contratti pubblici, ricordano come, in ossequio ai principi di derivazione sovranazionale di parità di trattamento e di trasparenza, l'amministrazione aggiudicatrice abbia l'obbligo di attenersi alla medesima interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura di gara.

In conseguenza di tale assunto, la Corte condanna l'Irlanda la quale risulta inadempiente rispetto agli obblighi imposti dal Trattato UE in quanto, a seguito di un primo esame delle offerte, da parte della commissione giudicatrice, ha proceduto alla modifica del valore ponderato relativo ai criteri di aggiudicazione di un appalto di servizi rientrante nell'oggetto della direttiva 2004/18/CE.

Questa sentenza rientra in un orientamento costante della Corte di giustizia teso a chiarire in quale misura il diritto dell'Unione sia applicabile ad un appalto pubblico al quale le direttive pertinenti impongono di applicare solo alcune disposizioni minimali. In particolare, si tratta qui di un appalto di servizi di traduzione, per i quali la direttiva 2004/18/CE prevede soltanto l'obbligo di precisare le specifiche tecniche del servizio e quello di pubblicare un avviso di avvenuta aggiudicazione. La Commissione europea, che ha proposto il ricorso, ritiene tuttavia che, alla luce della giurisprudenza della Corte, l'amministrazione irlandese avrebbe dovuto rispettare alcuni obblighi ulteriori, la cui mancata osservanza è all'origine del suddetto ricorso. Le questioni di diritto sollevate nella fattispecie offrono spunti di riflessione sia in merito al rispetto del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza sia sul peso che i vari criteri di aggiudicazione hanno nell'attribuzione di un appalto.

informali) la direttiva unica si pone l'obiettivo di colmare questa distanza. A tal fine il legislatore comunitario si è preoccupato di prevedere che "tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di informazione e di scambio di informazioni.." (considerando n. 35)

2. *La normativa di riferimento nel quadro dell'Unione.*

La normativa dell'Unione che costituisce il riferimento fondamentale nella presente causa è costituita, oltre che dai Trattati, dalla citata direttiva 2004/18/CE³.

Cominciamo con l'accennare brevemente al contenuto della direttiva del 31 marzo 2004, 2004/18/CE, per avere un quadro normativo complessivo più chiaro.

Partiamo dall'assunto che i servizi di interpretariato e di traduzione oggetto del presente ricorso figurano nell'allegato II B della direttiva.

In virtù di questo, l'art. 21 della direttiva prevede: «L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

L'art. 23, intitolato «Specifiche tecniche», non è oggetto di controversia, e il suo testo integrale può dunque essere qui omesso. Si tratta infatti di una disposizione molto lunga e dettagliata, che obbliga i soggetti che aggiudicano appalti pubblici a definire in modo chiaro ed esatto i requisiti della prestazione richiesta al fine di evitare un trattamento differenziato di coloro che sono interessati a concludere il contratto con l'amministrazione.

L'art. 35, n. 4, della direttiva prevede invece l'obbligo, per le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato un appalto pubblico, di predisporre un avviso informativo circa l'esito della procedura⁴. La Commissione non contesta all'Irlanda neppure la violazione di tale norma.

³ Per un' approfondimento sulle caratteristiche fondamentali della direttiva 2004/18/CE v. R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; L. FIORENTINO, C. LA CAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Quaderni di giornale di diritto amministrativo*, n.9, Milano, 2004.

⁴ L'art. 35 della direttiva intitolato «Bandi e Avvisi» al n.4 così recita: Le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato un appalto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione entro 48 giorni dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro. Nel caso di accordi quadro conclusi in conformità all'articolo 32, le amministrazioni aggiudicatrici sono esentate dall'invio di un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo. Le amministrazioni aggiudicatrici inviano un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione entro 48 giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi 48 giorni dopo la fine di ogni trimestre. Nel caso degli appalti pubblici di servizi elencati nell'Allegato II B, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione. Per tali appalti di servizi la Commissione stabilisce, secondo la procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, le norme relative all'elaborazione di relazioni statistiche basate su tali avvisi ed alla pubblicazione di tali relazioni.

Invece in base all'art. 37 della direttiva: «Le amministrazioni aggiudicatrici possono pubblicare in conformità all'articolo 36 avvisi o bandi concernenti appalti pubblici non soggetti all'obbligo di pubblicazione previsto dalla presente direttiva».

L'art. 53 della direttiva, denominato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», che non si applica all'aggiudicazione degli appalti che ricadono nell'allegato II B della medesima, dispone, al n. 2, quanto segue: «Fatte salve le disposizioni del terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'onori (...), la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. (...) L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'onori (...) l'ordine decrescente d'importanza dei criteri».

3. I fatti all'origine del ricorso.

Il procedimento per inadempimento in esame riguarda la legittimità dell'assegnazione di un appalto pubblico avente ad oggetto servizi di interpretariato e di traduzione a varie istituzioni competenti in materia di asilo.

I fatti all'origine della presente causa risalgono al 2006 quando viene bandita da parte del governo Irlandese una gara per l'aggiudicazione di un appalto di fornitura di un servizio⁵. L'avviso precisava la categoria dei servizi richiesti e fissava una data limite (il 9 giugno 2006) per manifestare un interesse a partecipare all'aggiudicazione.

Quanto alle modalità di aggiudicazione, si indicava che sarebbe stata prescelta l'offerta economicamente più vantaggiosa in base a sette criteri esplicitamente elencati che non dovevano intendersi come indicati in ordine di importanza decrescente. La ponderazione dei singoli sette criteri, fissati ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice non era stata quindi precisata, né era tanto meno indicato se tali criteri avrebbero dovuto successivamente costituire oggetto di ponderazione.

Talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

⁵ In GUUE, 16 maggio 2006, S 92. Il numero di riferimento dell'avviso è 2006/S 92-098663.

Dodici società manifestarono interesse a partecipare all'aggiudicazione, tre delle quali stabilite fuori dal territorio irlandese.

Il 22 giugno 2006, in occasione della sua prima riunione, la commissione di gara decideva di modificare la ponderazione relativa dei criteri, prima di procedere, collettivamente, alla valutazione delle offerte presentate.

Successivamente, la commissione procedeva alla valutazione delle offerte e all'aggiudicazione dell'appalto applicando la nuova ponderazione relativa dei sette criteri da ultimo approvata.

La Commissione europea ha ricevuto una denuncia da parte di un concorrente risultato non vincitore. Successivamente la stessa ha deciso di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia europea, in quanto l'Irlanda, attribuendo ai criteri di aggiudicazione di un appalto un peso, successivamente alla scadenza del termine per presentare le offerte, nonché modificando tale peso in seguito ad un primo esame delle offerte presentate, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti sulla base dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, come interpretati dalla Corte di giustizia stessa.

4. La qualificazione giuridica dell'appalto in esame.

La prima cosa necessaria da fare in questo frangente è quella di chiarire quale sia la natura dell'appalto indetto dalle autorità irlandesi, al fine di determinare di conseguenza il regime giuridico ad esso applicabile.

È pacifico che l'appalto controverso rientri effettivamente nella sfera di applicazione della direttiva e che i servizi di interpretariato e di traduzione di cui trattasi ricadano nella categoria dei servizi non prioritari indicati nell'allegato II B della direttiva stessa.

Dal combinato disposto degli artt. 21, 23 e 35, n. 4, della direttiva emerge che, qualora gli appalti riguardino, come nella specie, servizi rientranti nell'allegato II B della direttiva medesima, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare "unicamente" le norme relative alle specifiche tecniche e ad inviare alla Commissione un avviso informativo in merito all'esito della procedura di aggiudicazione degli appalti stessi.

Per contro, non sono applicabili a tali appalti le altre norme relative al coordinamento delle procedure previste dalla direttiva, segnatamente quelle riguardanti gli obblighi di gara con pubblicità preventiva e quelle, di cui all'art. 53 della direttiva medesima, relative ai criteri di attribuzione degli appalti.

È noto tuttavia che il diritto dell'Unione applicabile agli appalti pubblici non è costituito soltanto dalle specifiche disposizioni contenute nelle direttive in

materia. In particolare, la giurisprudenza della Corte ha sempre insistito sulla necessità di non perdere di vista, in tale ambito, l'importanza del diritto primario ovvero quello scaturente dai Trattati dell'Unione.

Si deve ricordare infatti che, secondo il costante insegnamento della Corte, il coordinamento a livello dell'Unione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro⁶. Di conseguenza, qualora un appalto pubblico presenti un interesse transfrontaliero, anche soltanto potenziale, devono trovare applicazione le norme desumibili dai Trattati⁷.

Gli obblighi che derivano in proposito dal diritto primario, e in particolare dai principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, sono essenzialmente due. Da un lato, le amministrazioni devono rispettare i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento. Dall'altro, al fine di permettere la verifica del rispetto di tali principi, l'amministrazione deve sottostare ad un obbligo di trasparenza⁸.

Il punto della questione quindi, non riguarda né l'una né l'altra delle disposizioni della direttiva ma ciò su cui si controverte è se, nelle circostanze specifiche del caso, il comportamento dell'amministrazione irlandese abbia rispettato o meno le regole appena indicate, ossia se vengano rispettati o meno i due requisiti che

⁶ V., ad esempio, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI* in *Raccolta*, p. I-5553, punto 43, e 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione/Irlanda* in *Raccolta*, p. I-9777, punto 27.

⁷ La necessità di un interesse transfrontaliero non è sempre affermata chiaramente dalla giurisprudenza della Corte, che contiene talvolta affermazioni che sembrano implicare un'applicazione incondizionata dei principi desumibili dal Trattato: cfr., ad esempio, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress* in *Raccolta*, p. I-10745, punto 60, e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Vestergaard* in *Raccolta*, p. I-9505, punto 20. In altre pronunce, tuttavia, il requisito è esplicitamente indicato: cfr. ad esempio, in materia di concessioni, sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname* in *Raccolta*, p. I-7287, punto 20, e 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 34. Specificamente sui servizi di interesse non prioritario (quelli, in altri termini, di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18), v. sentenza *Commissione/Irlanda*, cit. alla nota 5 (punto 29). La stessa Commissione ha riconosciuto la necessità di un interesse transfrontaliero nella sua Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (GUUE, 1 agosto 2006, C 179, p. 2, punto 1.3).

⁸ La giurisprudenza in proposito è costante: v., ad esempio, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* in *Raccolta*, p. I-8585, punti 47-49, e sentenza 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 37.

scaturiscono dal diritto primario dell'Unione, ossia il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza.

5. La non subordinazione del principio di trasparenza rispetto alla parità di trattamento.

Per ragioni logiche e di chiarezza dell'argomentazione, inizierò il mio esame dei profili giuridici della vicenda con alcune osservazioni relative al principio di trasparenza nell'ambito degli appalti pubblici. Per poi passare all'esame delle due censure mosse dalla Commissione.

L'Irlanda sosteneva che il principio di trasparenza in materia di appalti ha natura sussidiaria rispetto ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione: di conseguenza, a suo avviso, una volta accertato che tali due principi non sono stati violati, esaminare il rispetto del principio di trasparenza sarebbe superfluo.

La Corte rigetta questo ragionamento dell'Irlanda. Infatti secondo il suo giudizio è vero che, nella logica che ispira la costante giurisprudenza in materia, il principio di trasparenza ha una funzione accessoria rispetto a quelli di parità di trattamento e di non discriminazione. Tuttavia, tale accessoria non è una subordinazione, con la conseguenza prefigurata dal governo irlandese. Al contrario, l'obbligo di trasparenza è accessorio nel senso che il suo rispetto permette di accertare se gli altri due obblighi "principali" sono stati rispettati.

Se l'amministrazione non agisce in modo trasparente, diviene difficile, se non impossibile, verificare se essa abbia eventualmente violato gli obblighi di parità di trattamento e di non discriminazione.

Inoltre, il rispetto dell'obbligo di trasparenza è una condizione preliminare indispensabile per garantire che tutti i potenziali offerenti siano informati in modo adeguato dall'appalto, così da rispettare la parità di trattamento⁹.

Di conseguenza, il rispetto del principio di trasparenza deve essere sempre verificato. Anzi, da un punto di vista logico si potrebbe ritenere, semmai, che la sua verifica debba essere preliminare a quella del rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

6. La rilevanza della ponderazione dei criteri di aggiudicazione fatta successivamente alla presentazione delle offerte.

I giudici europei una volta analizzati i fatti rigettano il ricorso della Commissione europea, la quale contestava all'Irlanda il fatto di avere definito il peso dei vari criteri di aggiudicazione soltanto dopo la scadenza del termine per presentare le

⁹ V. sentenza *Coname*, cit. alla nota 6, punto 17.

offerte. Tale individuazione tardiva avrebbe violato secondo l'Istituzione europea i principi di parità di trattamento e di trasparenza.

L'Irlanda dal canto suo, pur riconoscendo che la commissione di gara designata dall'amministrazione aggiudicatrice ha attribuito una ponderazione relativa ai criteri di attribuzione successivamente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, contesta peraltro che tale determinazione del valore ponderato dei singoli criteri abbia violato i principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Ora è chiaro che la direttiva non imponeva di indicare preventivamente il peso dei criteri di aggiudicazione. Come infatti la stessa Commissione riconosce, l'art. 40 della direttiva, che prevede un obbligo di questo tipo al suo n. 5, lett. e)¹⁰, non era applicabile all'appalto in questione. In effetti, a voler essere

¹⁰ L'articolo 40 intitolato «Inviti a presentare offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare», così recita:

1. Nel caso delle procedure ristrette, del dialogo competitivo e delle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara a norma dell'Articolo 30, le amministrazioni aggiudicatrici invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo.
2. L'invito ai candidati contiene:- una copia del capitolato d'oneri, o del documento descrittivo e di ogni documento complementare, - oppure l'indicazione dell'accesso al capitolato d'oneri e agli altri documenti di cui al primo trattino, quando sono messi a diretta disposizione per via elettronica conformemente all'Articolo 38, paragrafo 6.
3. Qualora il capitolato d'oneri, il documento descrittivo e/o i documenti complementari siano disponibili presso un'entità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice responsabile della procedura di aggiudicazione, l'invito precisa l'indirizzo del servizio al quale possono essere richiesti il capitolato d'oneri, il documento descrittivo e detti documenti e, se del caso, il termine ultimo per la presentazione di tale richiesta, nonché l'importo e le modalità di pagamento della somma dovuta per ottenere detti documenti. I servizi competenti inviano senza indugio la documentazione in questione agli operatori economici non appena ricevuta la richiesta.
4. Sempre che siano state richieste in tempo utile, le informazioni complementari sui capitoli d'oneri, sul documento descrittivo o sui documenti complementari sono comunicate dalle amministrazioni aggiudicatrici o dai servizi competenti almeno sei giorni prima del termine ultimo stabilito per la ricezione delle offerte. Nel caso delle procedure ristrette o negoziate accelerate, tale termine è di quattro giorni.
5. Inoltre, l'invito a presentare un'offerta, a partecipare al dialogo o a negoziare precisano come minimo quanto segue: a) un riferimento al bando di gara pubblicato; b) il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue in cui devono essere redatte; c) in caso di dialogo competitivo, la data stabilita e l'indirizzo per l'inizio della fase della consultazione, nonché la lingua o le lingue utilizzate; d) l'indicazione dei documenti eventualmente da allegare a sostegno delle dichiarazioni verificabili fornite dal candidato conformemente all'Articolo 44, oppure ad integrazione delle informazioni previste da tale Articolo e secondo le stesse modalità stabilite negli articoli 47 e 48; e) la ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, oppure, all'occorrenza, l'ordine decrescente di importanza di tali criteri, se essi non figurano nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo.

precisi, nel presente caso la direttiva non imponeva neppure una previa indicazione dei criteri di aggiudicazione, che pure è stata effettuata dalle autorità irlandesi.

Il giudizio della Corte a questo proposito mi sembra possa essere accettato anche perché l'obbligo di indicare anticipatamente i criteri di aggiudicazione non è ricavabile neppure dalla giurisprudenza. In particolare, si può richiamare per analogia una pronuncia della Corte che, in una fattispecie interamente soggetta alle direttive sugli appalti pubblici, ha riconosciuto la legittimità del comportamento di un'amministrazione che aveva ponderato gli elementi di un criterio di aggiudicazione dopo la presentazione delle offerte, ma prima dell'apertura delle buste contenenti le stesse¹¹.

Ci si deve chiedere, naturalmente, se l'obbligo di indicare già nell'avviso il peso dei vari criteri di aggiudicazione possa essere considerato una conseguenza naturale del dovere di rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Non mi sembra tuttavia, in particolare alla luce della giurisprudenza della Corte, che tale possa essere il caso.

Infatti nella giurisprudenza relativa agli appalti soggetti all'integrale disciplina delle varie direttive in materia è considerato espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza l'obbligo di informare previamente i concorrenti dei criteri di aggiudicazione (obbligo, è bene ricordarlo, esplicitamente previsto dalle norme in tali casi)¹². Sempre secondo tale giurisprudenza, inoltre, dai predetti principi derivano l'obbligo di interpretare i criteri di aggiudicazione in modo uniforme nel corso di tutta la procedura¹³ e il divieto di modificare in corso di gara i criteri di aggiudicazione¹⁴.

Tuttavia, secondo la Corte sebbene possa essere vero che l'obbligo di indicare la ponderazione relativa per ogni singolo criterio di aggiudicazione nella fase della pubblicazione del bando di gara, come ora previsto dall'art. 53, n. 2, della direttiva, risponde all'esigenza di garantire il rispetto del principio di parità di

¹¹ Sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC e a.* in *Raccolta*, p. I-10109, punto 32.

¹² Sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Commissione/Belgio* in *Raccolta*, p. I-2043, punto 88, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.* in *Raccolta*, p. I-11617, punto 98, nonché 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC e Viaggi di Maio e a.*, in *Raccolta*, p. I-10109, punti 22-24. È interessante notare che, nelle direttive applicabili nelle cause decise con le sentenze appena citate, si chiedeva all'amministrazione di indicare previamente il peso dei criteri di aggiudicazione solo «possibilmente», elencandoli nell'ordine di importanza ad essi attribuita (cfr. l'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37/CEE e l'art. 27, n. 2 della direttiva 90/531/CEE).

¹³ Sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction* in *Raccolta*, p. I-7725, punto 43.

¹⁴ Sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN e Wienstrom* in *Raccolta*, p. I-14527, punto 93.

trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, non può legittimamente ritenersi che la portata di tale principio e di tale obbligo, in assenza di specifica disposizione in tal senso nella direttiva, si estenda sino al punto di esigere che, nell'ambito di appalti non soggetti ad una disposizione come quella contenuta nell'art. 53 della direttiva stessa, la ponderazione relativa dei criteri utilizzati dall'amministrazione aggiudicatrice venga determinata previamente e comunicata ai potenziali offerenti nel momento in cui essi vengono invitati a presentare le loro offerte.

È chiaro che, nella direttiva 2004/18, l'obbligo di indicare previamente il peso dei criteri di aggiudicazione negli appalti interamente soggetti all'applicazione della direttiva stessa risponde anch'esso all'esigenza di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Tuttavia, mi sembra necessario evitare di considerare automaticamente identica la portata che i principi in parola hanno negli appalti soggetti alla direttiva e negli appalti ad essa non soggetti (o, come qui, solo in parte soggetti). Se infatti si ritenesse che la trasparenza imposta agli appalti esclusi dall'applicazione della direttiva fosse necessariamente identica a quella imposta agli appalti che vi sono soggetti, si aprirebbero le porte per applicare in modo surrettizio la direttiva a tutta una serie di fattispecie alle quali il legislatore ha esplicitamente ritenuto di non doverla applicare.

Nel caso in esame l'amministrazione irlandese ha pubblicato un avviso, e ha indicato in esso i criteri di aggiudicazione, pur senza specificarne il peso relativo. Ritengo, sostenendo il giudizio della Corte, che non vi sia stata una violazione dei principi del divieto di discriminazione, della parità di trattamento e della trasparenza. L'amministrazione aggiudicatrice infatti, ha fornito più informazioni di quante la direttiva le imponesse di comunicare, e non ha creato disparità tra i potenziali concorrenti.

Infatti in base alla giurisprudenza, l'obiettivo dell'obbligo di trasparenza è, in principio, quello di garantire ad ogni potenziale offerente un livello di pubblicità adeguata oltre che un controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione¹⁵. Nel presente caso, la scelta di pubblicare il bando sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea deve essere senza dubbio considerata

¹⁵ V., ad esempio, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, cit. alla nota 6, punto 62; v. anche, per analogia, in materia di concessioni di servizi, sentenze 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant* in *Raccolta*, p. I-8457, punto 25, e 3 giugno 2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 41 e giurisprudenza ivi citata.

adeguata a pubblicizzare in modo sufficiente la procedura concorrenziale per l'aggiudicazione dell'appalto.

Infine ritornando ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento, il fatto di ponderare i criteri solo dopo la presentazione delle offerte non ha, di per sé, creato alcuna differenza di trattamento tra gli offerenti, che sono stati posti su un piano di parità.

7. È possibile la modificazione dei criteri di ponderazione successivamente ad un primo esame?

Non è possibile secondo la Corte modificare la ponderazione dei criteri di aggiudicazione dopo un primo sommario esame delle offerte presentate.

I giudici europei così accolgono la seconda censura della Commissione europea nei confronti dell'Irlanda. Infatti la modifica del peso dei criteri è effettivamente avvenuta. La commissione di gara non aveva ancora iniziato i propri lavori, ma i componenti della stessa avevano potuto visionare, a titolo individuale, le offerte presentate.

Ho già ricordato più sopra che il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte, considera incompatibile con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione ogni modifica dei criteri di aggiudicazione che avvenga nel corso della procedura. Questo è proprio ciò che si è verificato nel presente caso.

Non intacca tale constatazione il fatto che la commissione di gara abbia iniziato i propri lavori, in quanto organo collegiale, solo dopo la modifica finale dei criteri di aggiudicazione. L'effetto utile del principio che impone di non modificare i criteri nel corso della procedura sarebbe infatti completamente obliterato se non si considerasse a tutti gli effetti come parte della procedura una fase in cui, preliminarmente alla riunione della commissione di gara, i membri della stessa prendono visione delle offerte presentate dai concorrenti.

È infatti ad avviso della Corte indispensabile, al fine di garantire la parità di trattamento dei concorrenti, che il peso dei criteri di aggiudicazione sia determinato prima che le offerte siano esaminate, anche se solo a titolo individuale dai membri della commissione di gara. Le operazioni di ponderazione dei criteri, da un lato, e di valutazione delle offerte, dall'altro, devono rimanere rigidamente separate. Una eventuale «riflessione comune» dei membri della commissione di gara sul peso da riconoscere ai vari criteri avrebbe dovuto avvenire, per essere legittima, prima di qualunque esame delle offerte.

La Corte respinge infatti gli argomenti del governo irlandese imperniati sul fatto che il vincitore della gara non sarebbe cambiato neppure assegnando ai vari

criteri il peso originariamente stabilito, anziché quello determinato dalla successiva modifica.

Ricordo che secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito dei ricorsi per inadempimento non esiste alcuna condizione relativa all'interesse ad agire¹⁶. L'obiettivo della procedura è quello di accertare l'esistenza o meno di una violazione del diritto dell'Unione, e non quello di esaminare le conseguenze che da tale violazione derivano. Pertanto, il fatto che la procedura avrebbe avuto un uguale risultato applicando ai criteri di aggiudicazione il peso ad essi inizialmente attribuito non ha alcuna conseguenza per valutare la fondatezza o meno dell'inadempimento.

Si deve infatti concludere che, in un contesto di tal genere, come la Corte ha già avuto modo di affermare, i principi di parità di trattamento e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione implicano che l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di attenersi alla stessa interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura¹⁷.

8. Conclusioni.

La sentenza in esame segue un orientamento costante della Corte di giustizia europea teso a tutelare i partecipanti ad una gara d'appalto da irregolarità nella procedura di aggiudicazione.

Infatti indipendentemente dalle cause che hanno portato all'inosservanza della normativa il risultato è sempre il medesimo, ossia un appalto aggiudicato *contra legem* comunitaria. Da qui l'importanza dei controlli che dovrebbero essere effettuati non solo in sede europea ma anche e soprattutto in sede nazionale.

Come si è appena illustrato nella sentenza, nella materia in esame, riveste un rilievo fondamentale il principio di trasparenza, che costituisce, o per lo meno dovrebbe costituire la prova che le amministrazioni e gli enti si sono esattamente conformati alle disposizioni comunitarie. La Corte infatti in merito alla procedura di aggiudicazione dell'appalto rileva che (punti da 57 a 60), "la modificazione del valore ponderato dei criteri di aggiudicazione dell'appalto controverso ha avuto luogo ben dopo la comunicazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della ponderazione relativa di tali criteri, sotto forma di uno schema di valutazione, ai membri della commissione di gara

¹⁶ V., ad esempio, sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, *Commissione/Grecia* in *Raccolta*, p. I-4713, punti 14-16 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ v., per analogia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN e Wienstrom*, in *Raccolta*, p. I-14527, punto 92.

affinché potessero effettuare un primo esame delle offerte presentate. Perciò i membri della commissione di gara non hanno solo avuto modo di esaminare, individualmente, le offerte anteriormente alla prima riunione della commissione stessa in qualità di organo collegiale, ma sono stati invitati ad effettuare tale esame iniziale al fine di facilitare la valutazione collettiva in seno alla commissione medesima". La Corte quindi ribadendo che i principi di parità di trattamento e di trasparenza sottintendono un obbligo dell'ente aggiudicante di attenersi alla stessa interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura conclude statuendo che "Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, essi non devono subire alcuna modifica nel corso del procedimento d'aggiudicazione", e di conseguenza accoglie il ricorso su questa censura e lo respinge quanto al resto.