

Appalti pubblici di lavori: nozione di amministrazione aggiudicatrice rilevante in base alla recente sentenza della Corte di Giustizia europea del 29 ottobre 2009 causa C-536/07.

di DONATELLA DEL VESCOVO

Sommario: 1. Premessa. 2. La direttiva 93/37/CEE. 3. I fatti. 4. L'individuazione della parte contraente. 5. La qualificazione giuridica dell'operazione di cui trattasi. 6. L'oggetto principale dell'operazione in esame. 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Nei casi in cui venga concluso un contratto di appalto con una società, senza applicare la procedura di aggiudicazione di cui alle disposizioni degli artt. 7, n. 4, e 11 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, lo Stato che non applichi tali disposizioni viene meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù della normativa comunitaria.

Con la sentenza in esame¹ la Corte di giustizia delle Comunità europee ha condannato la repubblica federale di Germania e precisamente il Comune di Colonia per la mancata osservanza delle procedure di aggiudicazione di un appalto di lavori di cui alla normativa comunitaria vigente avendo lo stesso concluso un appalto senza indire un bando di gara.

Più nel dettaglio l'art. 7 della direttiva in oggetto impone ai committenti pubblici il rispetto di determinate procedure nell'attribuzione di appalti di lavori pubblici. In tale contesto, la procedura della trattativa privata può essere applicata solamente in casi eccezionali e solamente in presenza di determinate condizioni, laddove, di norma, occorre invece applicare le procedure aperte ovvero quelle ristrette. Inoltre affinché si realizzi nel settore degli appalti pubblici un'effettiva concorrenza occorre che i bandi di gara vengano resi noti, di regola, nell'intera comunità. L'art. 11 della direttiva detta, a questo proposito, le relative disposizioni in materia di pubblicità.

I fatti alla base della controversia sono alquanto complessi e la sentenza rientra in un orientamento costante della Corte di giustizia teso a difendere la competenza della Commissione nel valutare l'opportunità di iniziare un procedimento di

¹ Sentenza del 29 ottobre 2009, causa C-536/07, Commissione c. Germania, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

inadempimento e a ribadire la necessità di un puntuale e pieno rispetto della normativa comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

In particolare il comune di Colonia è stato condannato per aver attribuito un appalto di lavori pubblici ad una società di investimenti privata, avvenuta senza il rispetto della necessaria procedura, segnatamente senza pubblicità. Oggetto dell'appalto è la costruzione di quattro sale di esposizione fieristica destinate ad essere utilizzate da una società, società privata controllata dal comune di Colonia, che chiameremo Società A.

Considerato che, nella specie, non sussistono elementi che legittimino l'attribuzione dell'appalto mediante trattativa privata senza previa pubblicità, la Corte ha necessariamente ritenuto che, con la conclusione del contratto *de quo* da parte del comune di Colonia, quale amministrazione aggiudicatrice, senza previa pubblicità, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma della direttiva.

Le questioni di diritto che sono sollevate nella fattispecie offrono spunti di riflessione sia in merito alle trasgressioni sistematiche delle norme procedurali previste nella direttiva 93/37, sia in merito all'applicazione dell'art.1, lett. a) e b) della stessa direttiva.

2. La direttiva 93/37/CEE.

Anzitutto è opportuno accennare brevemente al contenuto della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori², per avere un quadro normativo complessivo più chiaro.

In base al disposto dell'art. 1 della direttiva 93/37 lett. a) gli "appalti pubblici di lavori" sono definiti come quei contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice; b) si considerano "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico³; c) s'intende per "opera" il risultato di un

² In GUUE, 9 agosto 1993, L 199, p. 54.

³ La definizione di "organismo di diritto pubblico" ha suscitato un vivace dibattito sia a livello comunitario che nazionale: non potendo approfondire il tema in questa sede, si dà atto della definizione della figura

insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.

La direttiva *de quo* è particolarmente complessa e pone molteplici problemi che certamente non è possibile in questa sede esaminare nel dettaglio⁴; è opportuno tuttavia, porre attenzione ad alcuni elementi della direttiva che ritroviamo nella sentenza in esame.

Innanzitutto ai sensi dell'art. 6 della direttiva, questa non si applica, in linea di principio, agli appalti pubblici di lavori il cui valore non superi la soglia di 5.000.000 di euro.

Inoltre l'art. 7, n. 1, recita che per attribuire gli appalti pubblici di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure aperte, le procedure ristrette e le procedure negoziate, adattate alla direttiva stessa. L'art. 7, n. 2, contiene quindi un elenco dei casi in cui gli appalti di lavori possono essere attribuiti mediante la procedura negoziata dopo aver pubblicato un bando di gara, mentre al n. 3 sono previsti i casi in cui gli appalti di lavori possono essere attribuiti mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara. In tutti gli altri casi, l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva medesima, attribuisce gli appalti di lavori mediante la procedura aperta o la procedura ristretta.

Infine ai sensi dell'art. 11 della direttiva 93/37: 1. Le amministrazioni aggiudicatrici rendono note, mediante un avviso indicativo, le caratteristiche essenziali degli

contenuta nell'art. 1 lett. b) rispettivamente delle direttive 93/36, 93/37, 92/50, secondo la quale per organismo di diritto pubblico deve intendersi "qualsiasi organismo istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata prevalentemente dallo Stato o sia soggetta al controllo di quest'ultimo". Per un quadro riassuntivo della problematica si veda G. GRECO, *Il sistema comunitario degli appalti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 1333 e ss.

⁴ Sulla disciplina comunitaria degli appalti si rinvia, oltre ai numerosi manuali esistenti, a M. OTTANI, *Gli appalti pubblici*, in A. MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994; F. LAURIA, *I Pubblici appalti*, Milano, 1998; A. NOBILE, *Gli appalti pubblici di servizi*, Roma, 1997; V. SALVATORE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, dir. amm., *Quaderni*, 5, Milano, 2002; GAROFOLI-SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; A. BARONE, *Gli appalti pubblici*, in A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, Torino, 2006, p. 653. Per un'analisi dei cambiamenti avvenuti con le due nuove direttive del 2004 che hanno unificato in due testi tutta la disciplina degli appalti pubblici v. C. BOVIS, *Public Procurement in the European Union: a critical analysis of the new regime.*, in *Leg. Issues Economic Integration*, 2006, n. 33, p. 29 ss.; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, 19.1, p. 97; MASSARI, GRECO, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti*, Repubblica di S. Marino, 2006.

appalti di lavori che intendono attribuire ed i cui importi eguagliano o superano la soglia indicata all'articolo 6, paragrafo 1; 2. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono attribuire un appalto di lavori pubblici mediante procedure aperta, ristretta o negoziata nei casi previsti all'articolo 7, paragrafo 2, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

3. *I fatti.*

Il presente ricorso per inadempimento verte sulla costruzione, decretata dal comune di Colonia, di quattro nuove sale di esposizione fieristica, inclusi accessori e connessa infrastruttura, da parte di una impresa privata, che chiameremo Impresa B. Quale gestore di dette sale di esposizione era prevista sin dall'inizio la Società A, società privata le cui quote sono detenute al 79% dal comune di Colonia e il cui oggetto, secondo lo statuto societario, consiste nell'organizzazione e nella realizzazione di fiere ed esposizioni intese alla promozione dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

In sostanza un'impresa privata – l' Impresa B – ha edificato, quale committente, le sale di esposizione, compresa la necessaria infrastruttura, per poi cederle in locazione al comune di Colonia. In un secondo momento, il comune di Colonia ha ceduto le sale espositive locate in sublocazione alla Società A, la quale, attraverso l'organizzazione e la realizzazione di fiere ed esposizioni, avrebbe dovuto realizzare i profitti necessari a coprire le somme dovute dal comune di Colonia all' Impresa B. Tale modello di finanziamento dava luogo ad una complessa costruzione contrattuale e immobiliare, incentrata sul comune di Colonia.

Il 7 settembre 2005 alla Commissione perveniva una denuncia secondo la quale l'operazione descritta *supra* avrebbe costituito un appalto pubblico di lavori attribuito senza rispettare le norme comunitarie applicabili in quanto le amministrazioni aggiudicatrici coinvolte in tale progetto immobiliare avrebbero omesso di indire a livello europeo, con procedura aperta ovvero con procedura ristretta, il bando di gara per la costruzione e la locazione o altro genere di cessione delle sale di esposizione fieristica. Il comune di Colonia dal canto suo ribadiva che, si sarebbe limitato a porre in essere, in relazione al progetto immobiliare di cui trattasi, solo operazioni non assoggettate alla normativa europea in materia di appalti.

Successivamente la Commissione intimava alla Repubblica federale di Germania di presentare osservazioni al riguardo. La Germania faceva valere che il contratto concluso tra il comune di Colonia e l' Impresa B non costituisce un appalto di lavori ma solo una garanzia finanziaria ossia una convenzione accessoria al contratto principale concluso tra l' Impresa B e la Società A, ragion per cui l'operazione di cui

trattasi non rientrerebbe nel diritto comunitario degli appalti pubblici. La Commissione inviava allora alla Repubblica federale di Germania un parere motivato con il quale si intimava a quest'ultima di conformarsi agli obblighi derivanti dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici nel termine di due mesi a decorrere dal ricevimento del parere medesimo. Di fronte alla reiterata contestazione della Repubblica federale di Germania dinanzi all'esistenza di un'infrazione al diritto comunitario degli appalti pubblici la Commissione europea ha presentato ricorso dinanzi alla Corte di giustizia, dichiarando che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma dell'art. 7, nel combinato disposto con il successivo art. 11, della direttiva 93/37/CEE, avendo il comune di Colonia concluso con la Società A il contratto del 6 agosto 2004 senza aver indetto un bando di gara a livello europeo come previsto dalle menzionate disposizioni. La Commissione infatti ritiene che il contratto è sostanzialmente inteso alla realizzazione di opere edili – e specificamente alla costruzione delle sale di esposizione fieristica, accessori e infrastruttura inclusi – dovendo essere quindi qualificato come appalto di lavori, e che il comune di Colonia dovrebbe essere considerato quale controparte diretta dell' Impresa B nonché quale amministrazione aggiudicatrice rilevante.

4. *L'individuazione della parte contraente.*

Passiamo all'analisi dei tre punti nevralgici dell'intera controversia, ossia innanzitutto l'individuazione della parte contraente del contratto di locazione oggetto della disputa, in seguito la qualificazione giuridica dell'operazione di cui trattasi ed infine individueremo l'oggetto dell'operazione in esame.

In merito alla prima questione la Corte sostiene l'idea della Commissione secondo cui l'ente da prendere in considerazione come parte contraente dell' Impresa B è soltanto il comune di Colonia. È pacifico, infatti, che il contratto principale del 6 agosto 2004 sia stato concluso dal comune di Colonia con l' Impresa B e che il comune di Colonia abbia poi concluso un «contratto di sublocazione» con la Società A.

Richiamandosi alla definizione funzionale della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» operata dalla giurisprudenza della Corte⁵ la Germania invece sosteneva che la Società A avrebbe dovuto essere qualificata nella specie, sotto il

⁵ Sentenze 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes*, in *Raccolta*, p. 4635, punto 11; 10 novembre 1998, causa C-360/96, *BFI Holding*, in *Raccolta*, p. I-6821, punto 62; 1° febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione/Francia*, in *Raccolta*, p. I-939, punto 43; nonché 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Raccolta*, p. I-11617, punto 53.

profilo funzionale e sulla scorta di una valutazione complessiva dal punto di vista della normativa in materia d'appalto, come la vera amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con l' Impresa B.

A tal proposito ci sembra d'uopo rilevare che anche se è vero che la Corte ha già da tempo chiarito che la nozione di amministrazione aggiudicatrice deve essere interpretata non in modo formale bensì funzionale non rileva, ai fini della qualificazione di un ente nazionale come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, l'eventualità che tale *status* sia collegato, nella normativa nazionale pertinente, a determinate caratteristiche istituzionali⁶.

Da un lato occorre sottolineare che le trattative per la conclusione di questo contratto sono state condotte unicamente dal comune di Colonia⁷, e le dettagliate prescrizioni relative alla realizzazione delle opere redigende sono state aggiunte nel contratto dal comune di Colonia⁸, inoltre è solo il comune di Colonia che si è impegnato ad assumere l'onere finanziario nel caso in cui la Società A non riuscisse

⁶ V., sostanzialmente, sentenza *Beentjes* (cit., punto 11), nella quale la Corte ha sottolineato che alla nozione di Stato impiegata nell'art. 1 della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GUCE, 16 agosto 1971, L 185, p. 5), deve essere data un'interpretazione funzionale, in quanto la finalità della direttiva, consistente nell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, risulterebbe compromessa se l'applicazione della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici sia stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato istituito per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientri formalmente nell'amministrazione statale.

⁷ La fattispecie dovrebbe probabilmente essere valutata diversamente qualora il comune di Colonia avesse operato già *ab initio* per conto della Società A e le avesse ceduto successivamente tutti i diritti e gli obblighi risultanti dal contratto del 6 agosto 2004. Nella sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* (in *Raccolta*, p. I-73, punti 42 e ss.), la Corte ha rilevato che un appalto pubblico di lavori attribuito da un'amministrazione aggiudicatrice non è più soggetto alle disposizioni della direttiva 93/37 nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'ultimazione dell'opera, abbia trasferito i propri diritti ed obblighi risultanti dal bando di gara ad un'impresa che non costituisca un'amministrazione, fintantoché dal contesto globale si evinca che l'appalto sia stato attribuito per conto di tale impresa e si riferisca, inoltre, ad un progetto che già in origine rientrava integralmente nello suo scopo sociale. V. al riguardo parimenti: C. BOVIS, *Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, in *CMLR*, 1999, p. 205, 212.

⁸ Con l'accordo di esecuzione, il comune di Colonia ha delegato alla Società A l'esecuzione e l'esercizio integrale di tutti i diritti e gli obblighi assunti dal comune di Colonia verso l'Impresa B; l'esercizio di diritti costitutivi era tuttavia possibile solo previo consenso del comune di Colonia. Tale costruzione contrattuale non comporta, dunque, la cessione da parte del comune di Colonia dei propri diritti ed obblighi alla Società A, bensì solo la possibilità, per la Società A, di esercitare tali diritti ed obblighi in nome del comune di Colonia nei confronti dell' Impresa B. Il comune di Colonia si era inoltre riservato il diritto di recedere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, dall'accordo di esecuzione e di vietare alla Società A di esercitare in proprio nome nei confronti dell' Impresa B i diritti e gli obblighi contrattuali.

a pagare il canone di locazione⁹ e bisogna evidenziare che è solo e soltanto nei confronti di quest'ultimo che l' Impresa B ha assunto i propri impegni. D'altronde la Corte ha constatato che contrariamente alla tesi tedesca, non esiste alcun rapporto contrattuale tra la Società A e l' Impresa B per cui risulta irrilevante la considerazione esposta dal governo tedesco che le opere in questione sarebbero destinate unicamente alle attività della Società A¹⁰.

Dall'altro lato non sembra opinabile la considerazione della Corte laddove dichiara che sarebbe contrario alla realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nel settore degli appalti pubblici consentire alle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso un'interpretazione eccessivamente estensiva della nozione funzionale di amministrazione aggiudicatrice, di celare l'identità del vero ente aggiudicatore mediante complesse costruzioni contrattuali e di ricavarne un vantaggio sotto il profilo procedurale. A questo aggiungiamo che qualora un'interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice propria della normativa in materia di appalti, implichi che una parte non legittimata direttamente dal contratto di appalto operi quale «vera amministrazione aggiudicatrice (funzionale)» al posto della «parte contraente che attribuisce ufficialmente l'appalto», molti ricorsi per inadempimento in materia di appalti pubblici rischierebbero di fallire a causa del divieto procedurale (applicato in maniera particolarmente rigida nei ricorsi per inadempimento¹¹) di modificare o estendere l'oggetto della controversia¹².

⁹ Tale patto emerge in particolare da una «*Letter of intent*» del comune di Colonia alla Società A datata 8 dicembre 2003, nella quale veniva stabilito espressamente che il canone locativo che la Società A era tenuta a versare al comune di Colonia avrebbe dovuto essere adeguato alla mutata situazione economica dell'impresa qualora, dopo il 2012, la Società A non fosse riuscita a compensare i costi aggiuntivi mediante la creazione di manifestazioni complementari. Tale affermazione veniva confermata espressamente in una «*Letter of intent*» del comune di Colonia alla Società A datata 14 luglio 2004, secondo la quale il comune di Colonia acconsentiva in maniera vincolante, a determinate condizioni economiche, ad un adeguamento del canone di (sub)locazione che la Società A era tenuta versarle per le erigende nuove sale di esposizione fieristica.

¹⁰ V., in tal senso, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux e a.*, in *Raccolta*, p. I-385, punti 33, 35 e 42

¹¹ V. essenzialmente H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Monaco di Baviera 2003, § 23, punto 37, p. 426.

¹² Secondo giurisprudenza costante, l'oggetto del ricorso proposto a norma dell'art. 226 CE è definito dal procedimento precontenzioso previsto da tale disposizione, cosicché il parere motivato della Commissione e il ricorso devono fondarsi sulle stesse censure. È pur vero che questo requisito non implica che debba sussistere una perfetta coincidenza nelle formulazioni fra il ricorso e gli addebiti sollevati nell'ingiunzione e nel dispositivo del parere motivato. È tuttavia sempre necessario che l'oggetto della controversia non venga ampliato o modificato. Una riduzione di tale oggetto è invece possibile (sentenze 9 novembre 1999, causa C-365/97, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, p. I-7773, punti 23 e 25;

La Corte pertanto conclude che l'unica parte contraente dell' Impresa B è il comune di Colonia, che in quanto ente territoriale costituisce un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art.1 lett.b), della direttiva 93/37.

5. *La qualificazione giuridica dell'operazione di cui trattasi.*

Una volta accertato che il Comune di Colonia debba essere considerato l'amministrazione aggiudicatrice e controparte dell' Impresa B, occorre a questo punto individuare se il contratto principale del 6 agosto 2004, oggetto della controversia, concluso tra il comune di Colonia e l' Impresa B, presenti gli elementi essenziali di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art.1, lett. a), della direttiva 93/37.

Secondo giurisprudenza costante, la definizione di appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 rientra nell'ambito del diritto comunitario¹³. Per risolvere la questione se all' Impresa B sia stato aggiudicato un appalto pubblico di lavori non rileva, dunque, né il diritto tedesco né la denominazione contrattuale scelta dalle parti del contratto, ma occorre fare prevalentemente riferimento, al fine della qualificazione giuridica di siffatti contratti, all'effettivo contenuto del contratto¹⁴.

12 giugno 2003, causa C-229/00, Commissione/Finlandia, in *Raccolta*, p. I-5727, punti 44 e 46, nonché 14 luglio 2005, causa C-433/03, Commissione/Germania, in *Raccolta*, p. I-6985, punto 28). La Commissione può inoltre precisare i suoi addebiti iniziali nel ricorso, a condizione, tuttavia, di non modificare l'oggetto della controversia (sentenza 26 aprile 2007, causa C-195/04, Commissione/Finlandia, in *Raccolta*, p. I-3351, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata).

¹³ Sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux*, in *Raccolta*, p. I-385, punto 40.

¹⁴ Il principio in forza del quale, in presenza di un *contractus simulatus*, la qualificazione giuridica del contratto di cui trattasi avviene sulla base del contenuto effettivo degli accordi, si riscontra già nella massima di diritto romano *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (Cod. Iust. 4, 22 titolo). In tale contesto, anche l'art. 117, n. 2, del codice civile tedesco (*BGB*) prevede che se un negozio apparente dissimula un altro negozio giuridico, si applicano le disposizioni valide per il negozio dissimulato. Nel caso dei negozi non soggetti ad un obbligo di forma vale dunque, conformemente alla regola *falsa demonstratio non nocet*, il negozio giuridico dissimulato, voluto concordemente dalle parti (v. al riguardo: K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9^a ed., Monaco di Baviera 2004, § 35, punto 34). Una disposizione analoga a quella tedesca è contenuta anche nell'art. 50, n. 2, dell'*Obligacijski zakonik sloveno* (codice delle obbligazioni) [v. al riguardo: M. DOLENC, in M. JUHART, N. PLAVŠAK, (ed.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1^o vol., GV založba, Lubiana 2003, commento all'art. 50, pag. 207]. In senso analogo, l'art. 916, n. 1, secondo periodo dell'*ABGB* austriaco stabilisce che un eventuale negozio dissimulato deve essere valutato alla luce della sua vera natura. Tale orientamento di base è parimenti ravvisabile negli ordinamenti giuridici francese e belga, nei quali i giudici, nell'ambito della qualificazione giuridica dei contratti, possono discostarsi dalle denominazioni contrattuali scelte dalle parti, al fine di stabilire la vera natura giuridica dei contratti di cui trattasi e quindi anche la legge applicabile (per la Francia, v. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^a ed., Parigi, 2006, punto 3615. Per il Belgio, v. L. CORNELIS, *Allgemeine*

A tal proposito necessita richiamare la precedente giurisprudenza della Corte. Nella sentenza resa il 18 gennaio 2007 nella causa *Auroux*, la Corte affermò che un accordo mediante il quale il comune francese di *Roanne* aveva affidato ad una società esecutrice ad economia mista la costruzione di un centro ricreativo, costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva, anche se parti importanti di tale centro ricreativo erano destinate alla vendita a terzi e le parti destinate al comune dovevano essere vendute al medesimo solo a seguito della loro realizzazione. L'argomento secondo il quale né la parte del centro che sarebbe stata destinata alla vendita a terzi, né la parte che avrebbe dovuto essere venduta al comune solo a seguito della sua realizzazione, potrebbero costituire l'oggetto di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva veniva respinto dalla Corte sulla base dell'irrilevanza della previsione che il comune di *Roanne* fosse o divenisse proprietario dell'intera opera o di una parte della medesima¹⁵.

Ma al contrario veniva ribadito dalla Corte che per qualificare un contratto come appalto di lavori ai sensi della normativa comunitaria, l'elemento rilevante è dato dall'accertamento oggettivo che il contratto ha principalmente ad oggetto la costruzione di un'opera a titolo oneroso.

Questa nozione di appalto pubblico di lavori deve essere interpretata alla luce degli obiettivi della direttiva 93/37, ossia la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti di lavori pubblici¹⁶ nonché lo sviluppo di una concorrenza effettiva in tale settore¹⁷. Tali obiettivi possono risultare compromessi, qualora l'amministrazione aggiudicatrice decida di affidare dei lavori ad un imprenditore, indipendentemente dalle ragioni e dal contesto di realizzazione dell'opera, nonché dall'uso cui la medesima è destinata¹⁸.

Quindi una volta appurato che per qualificare un contratto come appalto di lavori l'elemento rilevante è dato dall'accertamento oggettivo che il contratto ha principalmente ad oggetto la costruzione di un'opera a titolo oneroso, occorre

theorie van de verbintenis, Anversa, 2000, punto 229). Anche ai sensi dell'art. 1281, n. 2, del *Código Civil* spagnolo, l'intenzione manifesta delle parti del contratto prevale, in caso di contraddizione, sulla lettera del contratto di cui trattasi. Da questa disposizione il *Tribunal Supremo*, nella sentenza 28 maggio 1990 (una sintesi è riprodotta in O. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, 4ª ed., Madrid 2006, punto 4.230), ne ha desunto che non la denominazione contrattuale scelta dalle parti bensì piuttosto gli obblighi contrattuali concordati risultano determinanti per la qualificazione del contratto.

¹⁵ Sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux*, cit, punto 47).

¹⁶ Secondo 'considerando' della direttiva 93/37.

¹⁷ Decimo 'considerando' della direttiva 93/37.

¹⁸ In tal senso l'avvocato generale *Kokott* nelle sue conclusioni relative alla sentenza *Auroux*, cit., in *Raccolta*, 2007, p. I-385, paragrafo 43.

verificare se il contratto principale del 6 agosto 2004, accanto ad elementi propri del diritto delle locazioni, disciplinasse anche l'esecuzione delle sale di esposizione fieristica, nel rispetto dei requisiti indicati dal comune di Colonia.

Ora, la Corte non può fare a meno di notare che, sebbene il contratto principale del 6 agosto 2004 sia stato intitolato dalle parti come «contratto di sublocazione avente ad oggetto l'affitto di un bene immobile con quattro sale di esposizione fieristica», al momento della conclusione del contratto, le opere «locate» dovevano ancora essere ultimate, cosicché l'obbligo di costruire le sale di cui trattasi, accessori e infrastruttura inclusi, era implicitamente ma incontestabilmente fissato nel contratto principale. Un indizio importante era costituito già dal titolo dell'art. 2 di tale contratto, il quale così recita: «esecuzione, allestimento e uso del bene locato». Al riguardo, l'«esecuzione del bene locato» rimanda inequivocabilmente alla costruzione delle sale di esposizione fieristica.

I giudici di Lussemburgo pertanto ritengono che il contratto principale del 6 agosto 2004 presenti, pertanto, le caratteristiche essenziali di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

6. *L'oggetto principale dell'operazione in esame.*

Arrivati a questo punto non dobbiamo tuttavia dimenticare che il contratto principale, accanto all'obbligo di esecuzione dei lavori dell'impresa B, fissa espressamente, disciplinandolo fin nei dettagli, anche l'obbligo di quest'ultima di cedere al comune di Colonia, ad un momento determinato, le erigende opere. Una siffatta forma di cessione a lungo termine dell'uso deve essere qualificata come locazione e, quindi, come prestazione di servizi, cosicché il contratto principale contiene sia una componente di costruzione di opere edili sia una componente di prestazione di servizi. Ma in quale delle due diverse normative sarà ricompreso il contratto in oggetto? Nel senso che la costruzione di opere ricadrebbe nella direttiva 93/37 e la prestazione di servizi nella direttiva 92/50¹⁹.

Dobbiamo a questo proposito affermare che il contratto principale avendo ad oggetto tanto la realizzazione di opere edili quanto la prestazione di servizi deve pertanto essere qualificato, sotto il profilo del diritto in materia di appalti, come contratto misto. Ora sappiamo che secondo una giurisprudenza costante²⁰, è l'oggetto principale di un contratto a determinare, quale direttiva comunitaria sulle

¹⁹ Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 in GUCE, del 24 luglio 1992, L 209, p.1.

²⁰ Sentenze 21 febbraio 2008, Commissione/Italia, cit., punto 47, nonché *Auroux*, cit., punto 37. V., parimenti, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, in *Raccolta*, p. I-1329, punto 29.

procedure d'appalto debba, in linea di principio, trovare applicazione. In base a tale giurisprudenza infatti un contratto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera ai sensi della direttiva. Tali lavori, infatti, non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto.

Al riguardo occorre sottolineare che le prescrizioni del comune di Colonia per la costruzione delle sale di esposizione fieristica da parte dell' Impresa B – per quanto risulta dagli atti processuali – eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un immobile di nuova costruzione, il che sposta l'accento in direzione di un appalto pubblico di lavori²¹. La Corte infatti a questo proposito sottolinea che da tale contratto e dai suoi allegati risulta che vi sia una descrizione precisa degli erigendi edifici, della loro qualità e delle loro attrezzature, e che queste prescrizioni eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un immobile di nuova costruzione. Questo porta a concludere che l'obiettivo primario del contratto principale era la costruzione delle sale di esposizione in questione conformemente alle esigenze precisate dal comune di Colonia. Inoltre, dette sale costituiscono un'«opera» ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, considerato che esse sono di per se destinate a soddisfare una funzione economica, ed il loro valore è di gran lunga superiore alla soglia prevista all'art. 6 della stessa direttiva. Tale conclusione non è rimessa in discussione dall'argomento della Repubblica federale di Germania relativo al fatto che l'importo totale che deve essere versato all' Impresa B a titolo di canoni, il quale, in definitiva, ammonterà a circa 600 milioni di euro, è assai superiore al costo della costruzione delle opere, che è pari a circa 235 milioni di euro, il che dimostrerebbe la prevalenza dell'elemento «servizi» dell'operazione in oggetto. Secondo la Corte infatti, l'elemento determinante ai fini della qualificazione di un appalto come quello di cui trattasi è costituito dall'oggetto principale di quest'ultimo

21 v. al riguardo P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2^a ed., Oxford 2007, p. 246 e ss., secondo il quale, per ricondurre un contratto inteso alla cessione dell'uso di un immobile nella nozione di appalto pubblico di lavori, risulta determinante la circostanza che l'opera sia stata costruita secondo le indicazioni dettagliate dell'amministrazione aggiudicatrice e che il committente non avrebbe realizzato l'opera di cui trattasi senza i precisi assenti dell'amministrazione aggiudicatrice. In tal senso anche K. ESCHENBRUCH, *Immobilienleasing und neues Vergaberecht*, BB-Beilage Nr. 5, 2000, p.8, 11, secondo il quale, in caso di «locazione finanziaria immobiliare», occorrerebbe muovere dal presupposto dell'esistenza di un appalto di lavori qualora l'amministrazione aggiudicatrice influisca in maniera decisiva sull'architettura (il design) dell'edificio o intervenga in maniera altrimenti determinante sulla progettazione dell'oggetto, senza limitarsi a prescrivere taluni requisiti specificamente inerenti all'utente.

e non dall'importo del corrispettivo dell'imprenditore o dalle modalità di pagamento dello stesso.

Nell'ambito di un esame obiettivo dell'insieme dell'appalto, e segnatamente della costruzione contrattuale oggetto del caso di specie, non si può fare a meno di condividere la conclusione della Corte in base alla quale l'obiettivo principale del contratto concluso fra l'Impresa B e il comune di Colonia risiedeva non tanto nella cessione temporanea dell'uso delle opere erigende, bensì piuttosto nella loro costruzione. La conclusione del contratto principale del 6 agosto 2004 è pertanto intesa principalmente alla realizzazione di opere edili da parte del comune di Colonia, e la cessione a lungo termine dell'uso delle erigende opere serviva sostanzialmente quale costruzione giuridica di supporto per finanziare tale prestazione.

In considerazione delle osservazioni che precedono, i giudici comunitari pervengono dunque alla conclusione che gli elementi di un appalto pubblico di lavori contenuti nel contratto del 6 agosto 2004 costituiscono l'oggetto principale di tale contratto, cosicché esso rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37.

La Corte ha dunque dichiarato che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma della direttiva 93/37/CEE, e condannato la Repubblica federale di Germania alle spese.

7. Conclusioni.

La sentenza in esame non offre ad onor del vero soluzioni giuridiche particolarmente innovative; essa offre tuttavia l'occasione per riflettere sull'esatta osservanza del diritto comunitario degli appalti in Europa.

Infatti, indipendentemente dalle cause che hanno generato l'inosservanza della normativa in questione, tale inosservanza produce sempre il medesimo risultato: l'appalto viene aggiudicato *contra legem* comunitaria. Di qui l'importanza dei controlli che dovrebbero essere effettuati sia a livello comunitario che a livello nazionale anche se nella realtà, la situazione si presenta assai deludente.

Come si è appena illustrato nella sentenza, nella materia in esame riveste un rilievo fondamentale la pubblicazione di un bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale UE, che costituisce, o per lo meno dovrebbe costituire, la prova che le amministrazioni e gli enti si sono esattamente conformati alle disposizioni comunitarie.

La realtà è invece assai diversa: in sede comunitaria non vengono effettuati controlli di sorta mentre la Commissione, dal canto suo, ritiene che in base al principio di sussidiarietà, la responsabilità in materia sia anzitutto delle amministrazioni nazionali; di conseguenza non è raro il caso di avvisi che

prevedono ancora l'esclusione aprioristica delle offerte anormalmente basse ovvero non indicano i criteri di aggiudicazione²², o come nel caso in esame procedure negoziate senza la pubblicazione di un bando di gara, e così via.

Tuttavia il problema principale della disciplina comunitaria sugli appalti rimane il corretto recepimento da parte degli Stati membri, di una puntuale osservanza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche e soprattutto dei controlli che Commissione e Stati membri, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, devono esercitare, onde evitare che i fondi pubblici nazionali e i fondi comunitari vengano spesi in modo non corretto o addirittura illecito e che i contribuenti, loro malgrado finanzino addirittura la criminalità.

²² Al riguardo, l'Italia ha avuto diversi problemi nel recepimento delle direttive e ha cercato, anche in questo caso, di ridurre al massimo la discrezionalità dell'amministrazione attraverso il ricorso a meccanismi di esclusione automatica delle offerte ritenute eccessivamente basse rispetto a delle "soglie di anomalia" calcolate sulla base di criteri matematici. Diverse sono state le pronunce della Corte di Giustizia in proposito, da ultima la sentenza del 27 novembre 2001 pronunciata nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini S.p.a. e Impresa Ing. Mantovani S.p.a. contro ANAS S.p.a.* (in seguito "sent. Lombardini"), in cui la Corte, rifacendosi alla precedente sentenza del 22 giugno 1989 relativa alla causa C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa contro Comune di Milano ed Impresa Ing. Lodigiani Spa*, ha stabilito che "il diritto comunitario non si oppone, in via di principio, a che un criterio matematico venga utilizzato al fine di determinare quali offerte appaiano anormalmente basse, purché tuttavia il risultato al quale perviene l'applicazione di tale criterio non sia immutabile e sia rispettato il requisito di una verifica in contraddittorio di tali offerte": cfr. punto 73 della sent. Lombardini. Si veda il commento di R. DE NICTOLIS, apparso nella rivista *Urb. app.*, n. 1/2002, p. 230 e ss.