

Corte di giustizia europea, Sez. I, 18/1/2007 n. C-220/05

Sulla nozione di appalto pubblico di lavori e sulla modalità di calcolo del valore dell'appalto.

L'amministrazione aggiudicatrice non è esonerata dal fare ricorso alla gara ai sensi della direttiva 93/37, per il fatto che la normativa nazionale limita la conclusione della convenzione solo con determinate persone giuridiche.

Una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria, in tutto o in parte, di tale opera.

Per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

Un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

Materia: appalti / appalti pubblici di lavori

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)  
18 gennaio 2007 (\*)

«Appalti pubblici - Direttiva 93/37/CE - Aggiudicazione senza previo bando di gara - Convenzione per la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica conclusa tra due amministrazioni aggiudicatrici - Nozioni di "appalti pubblici di lavori" e di "opere" - Modalità di calcolo del valore dell'appalto»

Nel procedimento C-220/05, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal tribunal administratif de Lyon (Francia), con decisione 7 aprile 2005, pervenuta in cancelleria il 19 maggio 2005, nella causa tra

Jean Auroux e a.,

e

Commune de Roanne,  
in presenza di:

Société d'équipement du département de la Loire (SEDL),

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. K. Lenaerts, E. Juhász (relatore), J.N. Cunha Rodrigues e M. Ilešić, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 27 aprile 2006,

considerate le osservazioni presentate:

-per il sig. Auroux e a., dal sig. J. Antoine, avocat;

- per il comune di Roanne, dai sigg. P. Petit e C. Xavier, avocats;

- per il governo francese, dai sigg. G. de Bergues e J.-C. Niollet, in qualità di agenti;

- per il governo lituano, dal sig. D. Kriauciunas, in qualità di agente;

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

- per il governo polacco, dal sig. T. Nowakowski, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. X. Lewis, in qualità di agente,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 giugno 2006,

ha pronunciato la seguente

### Sentenza

1 La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva»).

2 Tale domanda è stata presentata nel contesto di un ricorso di annullamento proposto dal sig. Auroux ed otto altri ricorrenti (in prosieguo: i «ricorrenti nella causa principale») contro la delibera del consiglio comunale del comune di Roanne 28 ottobre 2002, che ha autorizzato il sindaco a sottoscrivere con la Société d'équipement du département de la Loire (in prosieguo: la «SEDL») un contratto d'appalto riguardante la realizzazione di un centro ricreativo a Roanne.

### Contesto normativo

#### Diritto comunitario

3 Ai sensi del secondo 'considerando' della direttiva, «(...) la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

4 Dal sesto 'considerando' della direttiva risulta che gli appalti di lavori il cui ammontare è inferiore ad EUR 5 000 000 possono non essere sottoposti alla concorrenza quale è organizzata dalla direttiva e che le misure di coordinamento non devono essere loro applicate.

5 Secondo il decimo 'considerando' della direttiva, «lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti [dalle] amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri (...)». Lo stesso 'considerando' aggiunge che «le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse (...)».

6 L'art. 1, lett. a) - d), della direttiva prevede:

«Ai fini della presente direttiva:

a) gli "appalti pubblici di lavori" sono 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 pubblico.

(...)

c) s'intende per "opera" il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica;

d) la "concessione di lavori pubblici" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

7 Le «attività di cui all'allegato II», menzionate all'art. 1, lett. a), della direttiva, sono le attività di edilizia e di genio civile corrispondenti alla classe 50 della nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee. Nel novero di tali attività compare espressamente la categoria relativa alla costruzione di immobili.

8 L'art. 6 della direttiva così dispone:

«1. La presente direttiva si applica:

a) agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore al controvalore in [EUR] di 5 000 000 di DSP;

b) agli appalti pubblici di lavori di cui all'articolo 2, paragrafo 1 il cui valore stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a 5 000 000 di [EURO].

(...)

3. Quando un'opera è ripartita in più lotti ciascuno dei quali forma l'oggetto di un appalto, per valutare l'importo di cui al paragrafo 1 deve essere preso in considerazione il valore di ciascun lotto. Se il valore cumulato dei lotti è pari o superiore all'importo di cui al paragrafo 1, le disposizioni di tale paragrafo si applicano a tutti i lotti. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'applicazione del paragrafo 1 per i lotti il cui valore di stima, al netto da IVA, sia inferiore a 1 000 000 di [EURO], purché l'importo cumulato di questi lotti non superi il 20 % del valore complessivo dei lotti.

4. Nessuna opera e nessun appalto possono essere scissi al fine di sottrarsi all'applicazione della presente direttiva.

5. Per il calcolo dell'importo di cui al paragrafo 1 e all'articolo 7 viene preso in considerazione, oltre al valore degli importi degli appalti pubblici di lavori, il valore di stima delle forniture necessarie all'esecuzione dei lavori, messe a disposizione dell'imprenditore dalle amministrazioni aggiudicatrici.

6. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari imprenditori».

#### Diritto nazionale

9 All'epoca dei fatti controversi, l'art. L. 300-4 del code de l'urbanisme (Codice urbanistico francese), nella sua versione derivante dall'art. 8 della legge 13 dicembre 2000, n. 2000-1208 (JORF del 14 dicembre 2000, pag. 19777), così disponeva:

«Lo Stato, gli enti locali o i loro organismi pubblici possono affidare la progettazione ed esecuzione delle operazioni di sistemazione urbanistica previste dal presente libro a tutti i soggetti di diritto, sia pubblici, sia privati, idonei allo scopo.

Allorquando la convenzione è conclusa con un organismo pubblico, una società ad economia mista locale ai sensi della legge n. 83-597 del 7 luglio 1983 o una società ad economia mista, il cui capitale è detenuto per più della metà da uno o più dei seguenti soggetti di diritto pubblico: Stato, regioni, dipartimenti, comuni o da una loro associazione, essa può assumere la forma di una convenzione pubblica di sistemazione urbanistica. In tale circostanza, all'organismo contraente possono essere affidate le acquisizioni per via di espropriazione o prelazione, nonché la realizzazione di tutte le operazioni e tutti gli interventi di sistemazione e urbanizzazione primaria che concorrono all'operazione globale oggetto della convenzione pubblica di lottizzazione.

Gli organismi precisati al comma precedente possono essere incaricati di far svolgere gli studi preliminari necessari alla definizione delle caratteristiche dell'operazione nel quadro di un contratto di mandato, che li autorizzi a stipulare contratti di studio a nome e per conto dell'ente o dell'associazione di enti.

Le disposizioni di cui al capo IV del titolo II della legge 29 gennaio 1993, n. 93-122, relativa alla prevenzione della corruzione ed alla trasparenza nella vita economica e nelle procedure pubbliche non sono applicabili alle convenzioni pubbliche di sistemazione urbanistica concluse in applicazione del presente articolo.

La convenzione pubblica di sistemazione urbanistica può prevedere le condizioni alle quali l'organismo contraente è associato agli studi riguardanti l'operazione e, in particolare, alla revisione o alla modifica del piano urbanistico locale».

10 Dopo che la Commissione delle Comunità europee ebbe avviato un procedimento di infrazione contro la Repubblica francese, l'art. L. 300-4 del code de l'urbanisme è stato modificato nel modo seguente dalla legge 20 luglio 2005, n. 2005-809, relativa alle concessioni urbanistiche (JORF del 21 luglio 2005, pag. 11833):

«Lo Stato e gli enti territoriali, nonché i rispettivi organismi pubblici, hanno facoltà di affidare a tutti i soggetti di diritto idonei allo scopo la realizzazione delle operazioni di sistemazione urbanistica previste dal presente libro.

Il concedente è tenuto a sottoporre il rilascio delle concessioni urbanistiche ad una procedura di pubblicazione, che consenta la presentazione di diverse offerte concorrenti, alle condizioni disposte tramite decreto emesso previo parere del Conseil d'État.

Il concessionario risponde della direzione tecnica dei lavori e della dotazione delle infrastrutture di base concorrenti all'operazione prevista dalla concessione, nonché della realizzazione degli studi e di tutti i compiti necessari alla loro esecuzione. Il concedente può affidare al concessionario l'incarico di acquistare i beni necessari alla realizzazione dell'operazione, eventualmente anche per via di espropriazione o prelazione. Il concessionario procede alla vendita, alla locazione o alla concessione in uso dei beni immobiliari rientranti nel perimetro della concessione».

11 L'art. 11 della detta legge n. 2005-809 dispone inoltre:

«Fatte salve le sentenze passate in giudicato, sono convalidate, nella misura in cui la loro legittimità è contestata in base al fatto che la designazione dell'ente cui è affidata la sistemazione urbanistica non è stata preceduta da una procedura di pubblicità che consentisse la presentazione di diverse offerte concorrenti:

1° le concessioni urbanistiche, le convenzioni pubbliche di sistemazione urbanistica e le convenzioni di sistemazione urbanistica sottoscritte anteriormente alla pubblicazione della presente legge».

La controversia principale e le questioni pregiudiziali

12 Con delibera del 28 ottobre 2002, il consiglio comunale del comune di Roanne ha autorizzato il sindaco a sottoscrivere con la SEDL una convenzione per la realizzazione di un centro ricreativo (in prosieguo: la «convenzione»).

13 La convenzione, conclusa il 25 novembre 2002, prevede la realizzazione del centro ricreativo in fasi successive. La prima fase comporta la costruzione di un cinema multisala e di locali commerciali destinati ad essere ceduti a terzi, nonché di opere destinate ad essere riconsegnate all'amministrazione aggiudicatrice, cioè un parcheggio pubblico, oltre che talune strade di accesso ed aree pubbliche. Le fasi ulteriori, che implicano la sottoscrizione di un addendum alla convenzione, contemplano essenzialmente la costruzione di ulteriori spazi commerciali o di servizio e di un albergo.

14 Secondo il preambolo della convenzione, attraverso la detta operazione il comune di Roanne intende riqualificare un settore urbano poco valorizzato e favorire lo sviluppo delle attività ricreative e del turismo.

15 In virtù dell'art. 2 della convenzione, alla SEDL veniva, in particolare, affidato l'incarico di procedere ad acquisizioni fondiarie, di organizzare un concorso di architettura e/o di ingegneria, di far effettuare studi, di realizzare i lavori di costruzione, di redigere e di aggiornare taluni documenti contabili e di gestione, di reperire fondi, di attuare mezzi efficaci per assicurare la commercializzazione delle opere, oltre che di assicurare in via generale la gestione ed il coordinamento dell'operazione, nonché l'informazione nei confronti del comune.

16 Dall'art. 10, secondo comma, della convenzione risulta che ogni attribuzione di lavori da parte della SEDL a terzi è soggetta al principio di pubblicità e di messa in concorrenza previsti dal code des marchés publics (codice francese degli appalti pubblici) in forza dell'art. 48.1 della legge 29 gennaio 1993, n. 93-122 (JORF del 30 gennaio 1993).

17 Secondo il bilancio previsionale allegato alla convenzione, si prevede che l'importo totale degli introiti ammonterà ad EUR 10 227 103 per la realizzazione della prima fase dell'operazione e ad EUR 14 268 341 per la realizzazione globale dell'operazione. Di quest'ultimo ammontare, un importo di EUR 2 925 000 proverrà dal comune a corrispettivo della cessione del parcheggio automobilistico. Si stima, inoltre, che la SEDL otterrà EUR 8 099 000 a corrispettivo della cessione di opere destinate a terzi. Infine, si è convenuto che il comune di Roanne contribuirà al finanziamento dell'insieme delle opere da realizzare per un importo di EUR 2 443 103 a titolo della prima fase dei lavori e di EUR 3 034 341 per l'insieme dei lavori.

18 Dagli artt. 22-25 della convenzione risulta che, alla sua scadenza, la SEDL redigerà un bilancio di fine esercizio che dovrà essere approvato dal comune di Roanne. Ogni eccedenza figurante su tale bilancio dovrà essere versata al comune. Inoltre, quest'ultimo diverrà automaticamente proprietario dell'insieme dei terreni e delle opere destinati ad essere ceduti a terzi e non ancora rivenduti. Il comune di Roanne garantirà anche l'esecuzione dei contratti in corso, esclusi i contratti di lavoro, e subentrerà nei debiti contratti dalla SEDL.

19 Con atto introduttivo depositato dinanzi al tribunal administratif de Lyon l'11 dicembre 2002, i ricorrenti della causa principale hanno proposto un ricorso di annullamento contro la delibera del consiglio comunale del 28 ottobre 2002. Con tale ricorso essi contestano la validità della detta delibera sia sotto il profilo del diritto nazionale sia sotto il profilo del diritto comunitario. Con riferimento a quest'ultimo, essi hanno affermato che la conclusione della convenzione avrebbe dovuto essere preceduta da una misura di pubblicità e da una messa in concorrenza in conformità agli obblighi derivanti dalla direttiva.

20 E' in tale contesto che il tribunal administratif de Lyon ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di sistemazione urbanistica, nell'ambito della quale tale seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 1 della direttiva (...);

2) In caso di soluzione affermativa alla prima questione, se, ai fini della valutazione del summenzionato limite di 5 000 000 di diritti speciali di prelievo, fissato dall'art. 6 della detta direttiva, occorra tener conto esclusivamente del prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della somma di tale prezzo e delle partecipazioni versate, ancorché queste ultime siano solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere, o, infine, dell'importo complessivo dei lavori, ove i beni non ceduti allo scadere del contratto divengono automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice, che prosegue, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accolla i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice;

3) In caso di soluzione affermativa alle prime due questioni: se la prima amministrazione aggiudicatrice sia dispensata, per concludere una siffatta convenzione, dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla direttiva medesima, sulla base del rilievo che tale convenzione può essere aggiudicata esclusivamente a determinate persone giuridiche e che le medesime procedure verranno applicate dalla seconda autorità aggiudicatrice ai fini dell'attribuzione dei propri appalti di lavori».

Sulla ricevibilità delle questioni

21 Il comune di Roanne e il governo francese affermano preliminarmente che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile.

22 Il comune di Roanne sostiene che, promulgando la legge n. 2005-809, il legislatore francese ha convalidato retroattivamente le convenzioni pubbliche di sistemazione urbanistica che sono state concluse senza essere state precedute da una procedura di pubblicità e di messa in concorrenza. Considerato che il giudice del rinvio sarebbe tenuto ad applicare la normativa francese ed a considerare che la convenzione sia stata convalidata dalla detta legge, la richiesta interpretazione del diritto comunitario non sarebbe più necessaria per risolvere la controversia principale.

23 Il governo francese afferma che la domanda di pronuncia pregiudiziale qualifica a torto la convenzione di cui trattasi come convenzione di sistemazione urbanistica ai sensi dell'art. L. 300-4 del codice urbanistico, nella sua versione in vigore all'epoca dei fatti. A sua avviso si tratta in realtà di una semplice costruzione di opere. Ne deriverebbe che la questione se una convenzione riguardante la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva sarebbe irricevibile perché priva di un nesso con l'oggetto e la situazione in fatto della controversia.

24 E' pacifico che sia il comune di Roanne sia il governo francese concludono per l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale basandosi su considerazioni relative all'interpretazione del diritto francese ed alla qualificazione dei fatti all'origine della causa principale alla luce di tale diritto.

25 Orbene, come risulta da costante giurisprudenza, il procedimento istituito dall'art. 234 CE si basa su una netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ove quest'ultima è autorizzata a pronunciarsi soltanto sull'interpretazione o la validità degli atti comunitari considerati dal detto articolo. In tale contesto non spetta alla Corte né pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale né stabilire se l'interpretazione datane dal giudice del rinvio sia corretta (v., in tal senso, sentenze 22 ottobre 1974, causa 27/74, Demag, Racc. pag. 1037, punto 8; 16 aprile 1991, causa C-347/89, Eurim-Pharm, Racc. pag. I-1747, punto 16, nonché 12 gennaio 2006, causa C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Racc. pag. I-589, punto 20).

26 Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte (v. sentenze 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN e Wienstrom, Racc. pag. I-14527, punto 74, e 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punto 33). Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire.

27 Ne deriva che gli argomenti di irricevibilità sollevati dal comune di Roanne e dal governo francese devono essere respinti e che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata ricevibile.

Sulla prima questione

28 Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, essenzialmente, se la convenzione costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva.

29 In conformità con la definizione che compare nella detta disposizione, gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra, da un lato, un imprenditore e, dall'altro, un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva, ed aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera come definita dalla direttiva, ovvero l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

30 Nelle loro osservazioni scritte il comune di Roanne nonché il governo francese e quello polacco affermano che la convenzione non risponde a tale definizione e non costituisce pertanto un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva.

31 Secondo il comune di Roanne, la convenzione non costituisce, considerato il suo oggetto, un appalto pubblico di lavori, in quanto, come convenzione pubblica di sistemazione urbanistica, il suo oggetto eccederebbe quello della realizzazione dei lavori. Infatti, in conformità alla normativa francese, simili

convenzioni riguarderebbero la realizzazione globale di un progetto urbanistico o di talune politiche urbanistiche in tutti i loro elementi e, in particolare, l'elaborazione del progetto, la gestione amministrativa e giuridica, l'acquisto dei terreni mediante espropriazione e l'attuazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti.

32 Nello stesso ordine di idee, il governo polacco osserva che, in conformità alla convenzione, la SEDL si impegna a realizzare un progetto di investimento che implica diversi compiti. Tale governo sottolinea al riguardo che la SEDL non sarebbe l'imprenditore che realizzerà i lavori previsti dal contratto ma si impegna esclusivamente a preparare ed a gestire un appalto pubblico di lavori. Ritenendo che l'elemento più importante del contratto consista nell'appaltare opere e nel vigilare sulla loro realizzazione, il governo polacco sostiene che la convenzione vada qualificata come «appalto pubblico di servizi» ai sensi dell'art. 1 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).

33 Il governo francese sostiene che la parte del centro ricreativo relativa alla realizzazione dei lavori che dovranno essere venduti a terzi non costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva. Infatti, tale governo osserva che, proprio in ragione del fatto che tale parte è destinata a terzi, non si può ritenere che essa risponda alle esigenze del comune. Esso aggiunge che soltanto la costruzione del parcheggio per conto del comune di Roanne potrebbe, in linea di massima, costituire un appalto pubblico di lavori. Orbene, neppure la detta costruzione ricadrebbe nell'ambito di applicazione della direttiva, in quanto il parcheggio sarà ceduto al comune soltanto dopo la sua costruzione, secondo un procedimento particolare previsto dal diritto francese detto di «vendita a lavori ultimati», in modo tale che si tratterebbe essenzialmente di un semplice acquisto immobiliare il cui oggetto non consisterebbe tanto nei lavori, quanto nella vendita di opere da costruire.

34 I governi lituano ed austriaco, nonché la Commissione ritengono che la convenzione costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1 della direttiva. In particolare, la Commissione afferma che, sebbene la convenzione includa taluni compiti da svolgere che costituiscono prestazione di servizi, l'oggetto principale di essa è la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva.

35 Gli argomenti sollevati dal comune di Roanne oltre che dal governo francese e polacco non possono essere accolti.

36 È certamente vero che, oltre all'esecuzione dei lavori, la convenzione affida alla SEDL compiti supplementari che hanno, come diversi intervenienti fanno osservare, il carattere di una prestazione di servizi. Tuttavia, in contrasto con quanto sostenuto dal comune di Roanne, dal solo fatto che la convenzione comporti elementi che eccedono l'esecuzione dei lavori non risulta che essa esula dall'ambito di applicazione della direttiva.

37 Infatti, deriva dalla giurisprudenza della Corte che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria degli appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata (v. sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Racc. pag. I-1329, punto 29).

38 Con riferimento all'applicazione di tale giurisprudenza alla fattispecie, occorre sottolineare che, in contrasto con quanto fatto valere dal governo polacco nelle sue osservazioni, ai sensi della convenzione, l'impegno della SEDL non si limita all'amministrazione ed all'organizzazione dei lavori ma si estende anche alla realizzazione dei lavori ivi previsti. Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata, l'art. 1, lett. a), della direttiva non richiede che il soggetto che conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita, perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore incaricato di un appalto pubblico di lavori (v., in tal senso, sentenze 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, Racc. pag. I-1289, punto 13, e 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*, Racc. pag. I-8607, punto 26). Ne deriva che, per valutare se l'oggetto principale della convenzione sia l'esecuzione di un'opera, è irrilevante che la SEDL non esegua essa stessa i lavori ma li faccia eseguire da subappaltatori.

39 Occorre respingere l'argomento del governo francese, secondo cui, in ragione delle considerazioni esposte al punto 33, non si può ritenere che l'oggetto della convenzione sia la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva.

40 Per quanto riguarda la qualificazione giuridica del parcheggio fornita dal governo francese, occorre constatare che la definizione di appalto pubblico di lavori rientra nell'ambito del diritto comunitario. Dal momento che l'art. 1, lett. a), della direttiva non contiene alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per la determinazione del suo senso e della sua portata, la qualificazione giuridica del contratto in diritto francese non è pertinente al fine di accertare se la convenzione rientri nell'ambito d'applicazione della direttiva (v., per analogia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 36).

41 Risulta dall'art. 1, lett. c), della direttiva che l'esistenza di un'opera deve essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati (v. sentenza 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione/Italia, non pubblicata nella Raccolta, punto 26). Come risulta chiaramente da numerose disposizioni della convenzione, la realizzazione del centro ricreativo è destinata ad accogliere attività commerciali e servizi, sì da far ritenere che la convenzione adempia una funzione economica.

42 Inoltre, si deve ritenere che la realizzazione del centro ricreativo risponda alle esigenze specificate dal comune di Roanne nella convenzione. Occorre sottolineare che, al riguardo, l'opera contemplata dalla convenzione è il centro ricreativo in tutti i suoi elementi, comprendente la costruzione di un cinema multisala, di locali di servizio connessi alle attività ricreative, di un parcheggio ed eventualmente di un albergo. Risulta da numerose disposizioni della convenzione che, con la realizzazione del centro ricreativo nel suo insieme, il comune di Roanne cerca di riqualificare e di rivitalizzare il quartiere della stazione.

43 Per quanto riguarda gli altri elementi rientranti nella definizione di «appalti pubblici di lavori», prevista all'art. 1, lett. a), della direttiva, va osservato, in primo luogo, che è pacifico che il comune di Roanne, essendo un ente locale, ha lo status di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva e che esiste un contratto redatto in forma scritta.

44 In secondo luogo è pacifico che la SEDL, in quanto operatore economico attivo sul mercato e che si impegna a realizzare i lavori previsti dalla convenzione, deve essere qualificata come imprenditore ai sensi della direttiva. Come si è ricordato al punto 38 di questa sentenza, è irrilevante al riguardo che la SEDL faccia ricorso a subappaltatori per garantire la progettazione e l'esecuzione dei lavori (v., in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409, punto 90).

45 Infine, è manifesto che la convenzione è stata conclusa a titolo oneroso. L'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata all'imprenditore a motivo della realizzazione delle opere previste dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., punto 77). Secondo le disposizioni della convenzione, la SEDL riceve un importo da parte del comune di Roanne come corrispettivo della cessione del parcheggio. Il comune si impegna anche a partecipare alle spese di tutte le opere da realizzare. Infine, in forza della convenzione, la SEDL ha diritto a incassare dai terzi il corrispettivo della cessione delle opere realizzate.

46 Risulta dall'esame della convenzione che il suo oggetto principale, come ha sostenuto la Commissione, è l'esecuzione di un complesso di lavori intesi alla realizzazione di un'opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva, in particolare un centro ricreativo. Gli elementi di servizi previsti dalla convenzione, quali l'acquisto fondiario, la ricerca dei finanziamenti, l'organizzazione di un concorso di architettura e/o di ingegneria, nonché la commercializzazione degli immobili fanno parte del compimento della detta opera.

47 Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la prima questione dichiarando che una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della



direttiva, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria in tutto o in parte di tale opera.

Sulla seconda questione

48 Con la seconda questione, il giudice del rinvio interroga la Corte sulle modalità di determinazione del valore dell'appalto in questione, allo scopo di giudicare se sia raggiunta la soglia prevista dall'art. 6 della direttiva.

49 Il giudice del rinvio propone tre possibili basi di calcolo di tale soglia. Con la prima, il valore dell'appalto dovrebbe essere determinato esclusivamente sul fondamento degli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice a corrispettivo delle opere che le saranno consegnate. Con la seconda, il valore dell'appalto sarebbe costituito dalla totalità degli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice, cioè il corrispettivo delle opere che le saranno consegnate nonché la partecipazione finanziaria versata per il complesso delle opere da realizzare. Con la terza, la determinazione del valore dell'appalto dovrebbe prendere in considerazione il valore totale dei lavori, il che include gli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice nonché quelli ricevuti da terzi a corrispettivo delle opere realizzate per loro conto.

50 Va anzitutto osservato che, secondo il dettato dell'art. 6 della direttiva, le disposizioni di essa si applicano agli appalti pubblici di lavori il cui valore raggiunge la soglia prevista dal detto articolo. Esso non stabilisce alcuna regola che limiti gli importi da prendere in considerazione per determinare il valore di un appalto a quelli che provengono dall'amministrazione aggiudicatrice.

51 Inoltre, dedurre simile regola dal detto art. 6 sarebbe in contrasto con lo spirito e la finalità della direttiva.

52 Come risulta dal secondo e dal decimo 'considerando', la direttiva mira a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori, al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva (sentenza *Ordine degli Architetti e a.*, cit., punto 52). Come precisato nel decimo 'considerando', lo sviluppo di tale concorrenza richiede una pubblicità a livello comunitario dei bandi di gara che contenga sufficienti informazioni per permettere agli imprenditori della Comunità europea di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse. Al riguardo, la soglia prevista dall'art. 6 della direttiva serve a garantire che gli appalti pubblici che hanno un valore sufficientemente elevato da giustificare una partecipazione intracomunitaria siano portati a conoscenza dei potenziali offerenti.

53 Dato che l'obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l'accesso agli appalti pubblici che presentano per loro interesse, ne consegue che è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6 della direttiva.

54 E' al riguardo manifesto che, se il valore di un appalto è costituito dagli introiti provenienti sia dall'amministrazione aggiudicatrice sia da terzi, l'interesse del potenziale offerente in tale appalto si ricollega al valore globale di esso.

55 Per contro, la tesi secondo cui soltanto gli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice dovrebbero essere presi in considerazione nel calcolo del valore di un appalto ai sensi dell'art. 6 della direttiva pregiudicherebbe la finalità di quest'ultima. Ne deriverebbe che l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe in grado di attribuire un appalto che abbia un valore globale superiore alla soglia fissata al detto art. 6 e che potrebbe interessare altri imprenditori attivi sul mercato, senza applicare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva.

56 Va infine ricordato che, in forza dell'art. 3 della direttiva, le concessioni di lavori pubblici sono soggette alle regole di pubblicità previste dalla direttiva nel caso in cui sia raggiunta la soglia di cui alla detta disposizione. Dato che una caratteristica essenziale di tali concessioni è che il corrispettivo dei lavori provenga in tutto o in parte da terzi, sarebbe in contrasto con l'obiettivo e con il sistema che sono a fondamento della direttiva escludere, nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, gli importi provenienti da terzi dal calcolo del valore dell'appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva.

57 Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che, per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

Sulla terza questione

58 Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, essenzialmente, se, nel concludere una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice sia dispensata dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che hanno esse stesse la qualità di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

59 Va osservato, preliminarmente, che le sole deroghe consentite all'applicazione della direttiva sono quelle in essa espressamente menzionate (v., per analogia, sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 43, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 45).

60 Ora, la direttiva non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che esclude dal suo ambito di applicazione gli appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici (v., per analogia, citate sentenze Teckal, punto 44, nonché Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 46).

61 Va osservato che l'art. 11 della 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 (GU L 134, pag. 114), prevede una deroga con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici che acquistano in particolare lavori facendo ricorso ad una centrale di committenza, come definita all'art. 1, n. 10, della medesima direttiva. Tuttavia, tale disposizione non è applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui alla causa principale.

62 Ne deriva che l'amministrazione aggiudicatrice non è esonerata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che intende concludere l'appalto di cui trattasi con una seconda amministrazione aggiudicatrice (v., per analogia, sentenze Teckal, cit., punto 51; 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. pag. I-11037, punto 40, nonché 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 47). Tale constatazione non pregiudica, peraltro, l'obbligo di tale ultima amministrazione aggiudicatrice di applicare a sua volta le procedure di pubblicazione del bando di gara previste dalla direttiva (v., per analogia, sentenza Teckal, cit., punto 45).

63 Vero è che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, il ricorso alla gara d'appalto non è obbligatorio per appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, nell'ipotesi in cui, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono (v. sentenze Teckal, cit., punto 50, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punti 38 e 39).

64 Orbene, il fatto che la SEDL sia una società ad economia mista al capitale della quale partecipano fondi privati esclude che si possa ritenere che il comune di Roanne eserciti su di essa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi. Infatti, la Corte ha dichiarato che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 49 e 50). Quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori.

65 Risulta dalle osservazioni del comune di Roanne oltre che da quelle del governo francese e polacco che, a loro avviso, l'effetto utile della direttiva sarebbe tuttavia salvaguardato in casi in cui, come nella fattispecie, una seconda amministrazione aggiudicatrice è tenuta a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per ogni appalto susseguente. Al fine di garantire una concorrenza effettiva, sarebbe irrilevante che simile procedura sia organizzata da una prima amministrazione aggiudicatrice o da una seconda.

66 Occorre ricordare, anzitutto, che la direttiva non contiene disposizioni che consentono di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, neanche supponendo che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a questo scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva.

67 Inoltre, nella fattispecie, non è previsto dalla convenzione che la SEDL sia tenuta a subappaltare la totalità dell'appalto iniziale ad imprenditori successivi. Peraltro, come l'Avvocato Generale ha osservato giustamente al paragrafo 72 delle sue conclusioni, qualora una seconda amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso a subappaltatori, c'è il frequente rischio che l'oggetto di ogni appalto successivo rappresenti soltanto una quota dell'appalto totale. Ne può derivare che il valore degli appalti susseguenti aggiudicati da una seconda amministrazione aggiudicatrice sia inferiore a quello previsto all'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva. Così, attraverso l'attuazione di una serie di appalti successivi, l'applicazione della direttiva potrebbe essere elusa.

68 Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la terza questione dichiarando che un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

#### Sulle spese

69 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 (Prima Sezione) dichiara:

1) Una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria, in tutto o in parte, di tale opera.

2) Per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

3) Un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

Firme

Lingua processuale: il francese.

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )