SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

26 maggio 2011 *

Nella causa C-306/08,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 9 luglio 2008,

Commissione europea, rappresentata dalla sig.ra A. Alcover San Pedro, nonché dai sigg. D. Kukovec e M. Konstantinidis, in qualità di agenti,

ricorrente,

contro

Regno di Spagna, rappresentato dal sig. M. Muñoz Pérez, in qualità di agente,

convenuto,

* Lingua processuale: lo spagnolo.

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dal sig. D. Šváby (relatore), dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig. N. Jääskinen
cancelliere: sig.ra R. Şereş, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 6 maggio 2010,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 16 settembre 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il proprio ricorso la Commissione europea chiede alla Corte di dichiarare che, aggiudicando i «programmi di azione integrati» (in prosieguo: i «PAI») ai sensi, in successione, della legge 15 novembre 1994, n. 6/1994, recante disciplina dell'attività urbanistica nella Comunità autonoma di Valencia (Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (in prosieguo: la «LRAU»), quindi, della legge 30 dicembre 2005, n. 16/2005, recante istituzione del codice urbanistico della Comunità autonoma di Valencia (Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana; in prosieguo: la «LUV»), il Regno di Spagna è venuto

meno agli obblighi ad esso incombenti, rispettivamente, in forza 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 della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/37»), e 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).

Contesto normativo

La normativa dell'Unione

La direttiva 92/50/CEE

2 Il sesto «considerando» 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), così recita:

«[C]onsiderando che gli appalti pubblici di servizi, segnatamente nel settore dei servizi di gestione di proprietà, possono in certi casi includere lavori; che dalla direttiva 71/305/CEE risulta che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori 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».

3 L'art. 8 della direttiva 92/50 dispone:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

4 L'allegato I A della direttiva 92/50 contempla, segnatamente, nella categoria 12, i «[s]ervizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, i servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, i servizi affini di consulenza scientifica e tecnica nonché i servizi di sperimentazione tecnica ed analisi».

La direttiva 93/37

5 L'art. 1 della direttiva 93/37 prevede quanto segue:

«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;

(…)

c) s'intende per "opera" il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi 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.

(…)».

6 L'art. 6, n. 6, della direttiva 93/37 impone alle amministrazioni aggiudicatrici il rispetto del principio di non discriminazione.

7 I successivi artt. 11 e 12 stabiliscono regole comuni di pubblicità in materia e prevedono, segnatamente, la pubblicazione in extenso dei bandi di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, nonché i termini relativi alla ricezione delle offerte ed all'invio dei capitolati d'oneri e dei documenti complementari.

8 Gli artt. 24-29 della direttiva stessa stabiliscono i criteri di selezione qualitativa degli imprenditori applicabili tra cui criteri relativi alla valutazione delle capacità tecniche degli imprenditori medesimi.

La direttiva 2004/18

9 A termini del decimo «considerando» della direttiva 2004/18:

«Un appalto pubblico è considerato appalto pubblico di lavori solo se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione delle attività di cui all'allegato I, anche se l'appalto può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione delle suddette attività. Gli appalti pubblici di servizi, anche nel settore dei servizi di gestione immobiliare, possono in talune circostanze comprendere dei lavori. Tuttavia, se tali lavori sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto, e costituiscono quindi solo una conseguenza eventuale o un complemento del medesimo, il fatto che detti lavori facciano parte dell'appalto non può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori per l'appalto in questione».

10 L'art. 1 della direttiva 2004/18 così dispone:

«1. Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni di cui ai paragrafi da 2 a 15.

2. a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

b) Gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate

dall'amministrazione aggiudicatrice. Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica.

(…)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(…)

3. La "concessione di lavori pubblici" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

4. La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(…)».

11 L'art. 2 della direttiva 2004/18 impone alle amministrazioni aggiudicatrici il rispetto di principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza.

12 Il successivo art. 6 sancisce il divieto di rivelare le informazioni comunicate dagli operatori economici all'amministrazione aggiudicatrice considerate riservate.

13 Il successivo art. 17 dispone che, «[f]atta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

14 Il successivo art. 24 dispone le regole applicabili alla presentazione di varianti da parte degli offerenti, quando il criterio per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

15 L'art. 53 della direttiva medesima stabilisce i criteri di attribuzione degli appalti ed impone all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di precisare, nel caso in cui l'attribuzione venga effettuata all'offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa applicata a ciascuno dei criteri scelti.

16 L'allegato II A della direttiva 2004/18 contempla, segnatamente, nella categoria 12 i «[s]ervizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, i servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, i servizi affini di consulenza scientifica e tecnica nonché i servizi di sperimentazione tecnica ed analisi».

La normativa della Comunità autonoma di Valencia

I PAI

17 La LRAU e la LUV prevedono due regimi di attuazione dello sviluppo urbanistico, vale a dire le azioni singole, nel caso di terreni singoli e che ne implichino l'edificazione, e le azioni integrate, aventi ad oggetto l'urbanizzazione congiunta di due o più terreni sulla base di un programma unico di trasformazione di tali terreni in terreni edificabili (art. 6, nn. 2 e 3, della LRAU nonché artt. 14 e 15 della LUV).

18 Il PAI è lo strumento di sviluppo urbanistico che disciplina l'attuazione di un'azione integrata [art. 12, lett. G), della LRAU nonché art. 39, lett. a), della LUV]. Esso stabilisce l'ampiezza dell'azione integrata e i lavori che devono essere eseguiti, fissa i termini applicabili, stabilisce le condizioni tecniche ed economiche che ne disciplinano la gestione, regolamenta gli impegni e gli obblighi degli agenti urbanizzatori (in prosieguo: l'«urbanizzatore»), definendo i suoi rapporti con i proprietari interessati e con l'amministrazione, e stabilisce le garanzie volte a garantire il rispetto di tali obblighi nonché le sanzioni applicabili (art. 29, n. 2, della LRAU e art. 117, n. 1, della LUV).

19 In particolare, i PAI devono prevedere disposizioni precise ai fini del conseguimento dei seguenti obiettivi indispensabili, vale a dire: urbanizzazione del complesso dei terreni; raccordo ed integrazione dei terreni interessati alla rete delle infrastrutture, dell'energia, delle comunicazioni e dei servizi pubblici esistenti; ottenimento, a favore dell'amministrazione e a titolo gratuito, dei terreni destinati ai servizi pubblici; ottenimento, a favore dell'amministrazione e a titolo gratuito, dello ius aedificandi legalmente previsto, destinato al patrimonio fondiario pubblico; gestione della trasformazione giuridica dei terreni interessati e realizzazione di un'equa ripartizione dei costi e dei benefici tra gli interessati (art. 30 della LRAU e art. 124 della LUV).

20 Mentre l'esecuzione delle azioni singole può essere pubblica o privata, quella di un PAI è sempre pubblica, ove l'amministrazione può decidere se la sua gestione debba essere diretta o indiretta (art. 7, nn. 1 e 2, della LRAU nonché art. 117, n. 4, della LUV). La gestione è diretta quando tutti i lavori e gli investimenti sono finanziati con fondi pubblici e gestiti dall'amministrazione, dai suoi enti, dai suoi organi o dalle sue imprese pubbliche (art. 7, n. 2, della LRAU e art. 117, n. 4, della LUV) senza possibilità di realizzazione di lucro (art. 128, n. 4, della LUV). Per contro, in caso di gestione indiretta, l'amministrazione delega lo status di urbanizzatore ad un singolo, che sia o meno il proprietario dei terreni interessati, selezionato sulla base di un procedimento pubblico di gara (art. 7, n. 2, della LRAU e art. 117, n. 4, della LUV).

La gestione indiretta

21 Nell'ambito della gestione indiretta dei PAI, l'urbanizzatore è l'agente pubblico incaricato dello sviluppo e dell'esecuzione delle azioni di sviluppo urbanistico previste dal PAI, le quali includono, in ogni caso, la redazione della documentazione tecnica stabilita nelle basi, la proposta e la gestione del corrispondente progetto di ricostituzione, nonché il ricorso all'impresa di costruzioni incaricata dell'esecuzione del progetto di sviluppo urbanistico, nei casi ed alle condizioni stabiliti dalla legge. L'urbanizzatore dovrà finanziare il costo degli investimenti, dei lavori, delle strutture e delle compensazioni necessarie all'esecuzione del programma, il quale dovrà essere garantito con modalità e proporzioni sufficienti, il cui costo può essere traslato sulla proprietà dei terreni edificandi per effetto di compensazione con terreni urbanisticamente sviluppati ovvero mediante remunerazione in denaro da parte dei proprietari dei terreni sviluppati a seguito dell'azione integrata (art. 29, n. 9, parte A, della LRAU nonché artt. 119 e 162, n. 1, della LUV). Tali costi includono, segnatamente, i costi dei lavori di urbanizzazione e l'utile conseguito dall'urbanizzatore, il quale è limitato, nel quadro della LUV, al 10 % dei costi di urbanizzazione (art. 67, n. 1, della LRAU e art. 168 della LUV).

22 I proprietari interessati dall'azione integrata possono cooperarvi, conferendo il loro terreno non urbanizzato e ricevendo, a titolo di contropartita, terreni urbanizzati. Essi possono, in particolare, partecipare proporzionalmente ai costi di urbanizzazione cedendo una parte dei loro terreni all'urbanizzazione ovvero versare in denaro, a titolo di remunerazione dell'urbanizzatore, la loro quota dei costi di urbanizzazione (art. 29, n. 9, parte B, della LRAU e art. 162, n. 2, della LUV).

23 I proprietari che si rifiutino espressamente di cooperare possono dar luogo ad espropriazione sulla base del valore originario dei terreni interessati [art. 29, n. 9, parte C), della LRAU e art. 162, n. 3, della LUV].

24 L'amministrazione esercita, d'ufficio o su richiesta dell'urbanizzatore, le prerogative pubbliche quali l'espropriazione o la ricostituzione forzata, qualora ciò risulti necessario ai fini dell'esecuzione del PAI (artt. 29, n. 10, 66 e 68 della LRAU nonché artt. 162, n. 3, e 169 della LUV).

La procedura di attribuzione e di approvazione

— La LRAU

25 A termini dell'art. 44 della LRAU, il procedimento può essere avviato su iniziativa di un ente pubblico o di un singolo, a prescindere che si tratti o meno del proprietario dei terreni da urbanizzare.

26 Ai sensi dell'art. 45, n. 1, della LRAU, ogni singolo può chiedere all'amministrazione di assoggettare ad informazione pubblica un'offerta tecnica di PAI, che deve comprendere una copia della cedola di urbanizzazione approvata dall'amministrazione competente ovvero della sua richiesta relativa ai requisiti minimi di connessione e di integrazione della proposta di azione integrata, nonché il progetto preliminare di urbanizzazione con descrizione dei lavori di urbanizzazione da effettuare.

27 A norma dell'art. 45, n. 2, della LRAU, l'amministrazione può respingere la domanda ovvero assoggettarla ad inchiesta pubblica unitamente, all'occorrenza, ad osservazioni o alternative.

28 L'art. 46 della LRAU prevede che la pubblicazione della proposta di PAI elaborata da un singolo o, in caso di iniziativa pubblica, dall'amministrazione competente, viene effettuata in una gazzetta di informazione generale nonché nella Gazzetta ufficiale della Comunità autonoma di Valencia. A termini della disposizione medesima, nella fase di informazione pubblica sono consentite osservazioni o offerte tecniche. Una volta conclusa la fase di informazione pubblica, le imprese offerenti possono presentare offerte giuridiche e finanziarie. Le osservazioni e le offerte tecniche vengono presentate, in busta aperta, entro un termine di 20 giorni a decorrere dalla pubblicazione della proposta di PAI e le offerte giuridiche e finanziarie, in busta chiusa, nei cinque giorni seguenti la scadenza del detto termine, il quale può essere eventualmente prorogato di 20 giorni.

29 L'art. 46, n. 2, della LRAU indica i documenti facenti parte, da un lato, dell'offerta tecnica, vale a dire, segnatamente, la descrizione dei lavori di urbanizzazione, e, dall'altro, dell'offerta giuridica e finanziaria, ivi comprese le regole dettagliate attinenti ai rapporti tra l'urbanizzatore e i proprietari, gli eventuali accordi già esistenti con questi ultimi, una stima, ancorché preliminare ed approssimativa, dei costi dei lavori di urbanizzazione e la remunerazione dell'urbanizzazione con indicazione degli indici di rettifica rispetto alla stima dei costi dei lavori di urbanizzazione.

30 Ai sensi dell'art. 47 della LRAU, l'amministrazione può respingere tutte le offerte decidendo, eventualmente, di gestire direttamente il PAI, ovvero approvare il PAI, definendone il contenuto con la scelta di un'offerta tecnica e di un'offerta giuridica e finanziaria tra quelle presentate, apportandovi le modifiche parziali che essa ritenga opportune. Al tempo stesso, l'amministrazione può attribuire il PAI ad un'impresa che abbia presentato un'offerta giuridica e finanziaria relativa all'offerta tecnica più adeguata. Tale attribuzione viene effettuata sulla base dei criteri di attribuzione ivi menzionati, tra cui le garanzie o le possibilità di collaborazione dei proprietari interessati per agevolare ed assicurare l'esecuzione dell'azione integrata.

31 L'amministratore e l'urbanizzatore sottoscrivono una convenzione urbanistica contenente, ai sensi dell'art. 32, lett. c), della LRAU, i rispettivi impegni, i termini, le garanzie presentate dall'urbanizzatore nonché le penalità previste in caso di mancato rispetto, da parte di quest'ultimo, dei propri obblighi.

32 L'art. 48 della LRAU prevede una procedura semplificata su iniziativa di un singolo.

33 A termini dell'art. 67, n. 3, della LRAU, i costi inizialmente previsti nel PAI possono essere rivalutati in sede di approvazione del progetto di urbanizzazione per ragioni oggettive non prevedibili dall'urbanizzatore.

— La LUV

34 Ai sensi dell'art. 130 della LUV, il procedimento di attribuzione e di approvazione di un PAI può essere avviato su iniziativa di un ente pubblico o di un singolo, a prescindere che si tratti o meno dei proprietari dei terreni.

35 Ai sensi dell'art. 130, n. 2, della LUV, i singoli possono accludere alla loro domanda un documento di pianificazione in cui è precisata la sistemazione urbanistica, dettagliata o strutturale, di cui sia proposto lo sviluppo nonché i documenti indicati all'art. 131, n. 2, lett. a)-e), della LUV.

36 A termini dell'art. 130, n. 3, della LUV, l'amministrazione può respingere la domanda del singolo ovvero avviare il procedimento di gestione indiretta, ovvero, ancora, decidere di ricorrere alla gestione diretta.

37 Conformemente all'art. 130, n. 5, della LUV, il silenzio dell'amministrazione vale come accordo, qualora l'offerta presentata dal primo offerente implichi l'esecuzione delle direttive di sistemazione urbanistica strutturale vigenti e qualora l'amministrazione non risponda alla domanda entro un termine di tre mesi.

38 Ai sensi dell'art. 131, n. 2, della LUV, la decisione di avviare il procedimento di gestione indiretta di un PAI implica parimenti l'approvazione delle specifiche particolari che disciplinano la procedura di attribuzione del PAI stesso. Queste devono precisare l'ammissibilità di varianti, definire gli aspetti per i quali gli offerenti possono proporre varianti e fissare i requisiti minimi cui queste devono rispondere.

39 A termini dell'art. 132, nn. 2 e 4, della LUV, la gara pubblica di attribuzione del PAI dev'essere pubblicata, quantomeno, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* nonché nella Gazzetta ufficiale della Comunità autonoma di Valencia, indipendentemente dal valore stimato del PAI.

40 Conformemente all'art. 133 della LUV, le offerte presentate devono contenere i documenti relativi alle capacità richieste, all'offerta tecnica nonché all'offerta giuridica e finanziaria.

41 I criteri di valutazione della capacità tecnica e professionale degli offerenti sono indicati nell'art. 123 della LUV.

42 Il contenuto dell'offerta tecnica è precisato all'art. 126 della LUV.

43 Il contenuto dell'offerta giuridica e finanziaria è, dal canto suo, precisato all'art. 127 della LUV, a termini del quale tale offerta deve comprendere le regole poste a disciplina dei rapporti tra l'urbanizzatore e i proprietari interessati e, in particolare, le modalità della sua remunerazione nonché informazioni sufficienti che consentano ai proprietari di conoscere le conseguenze economiche loro derivanti dall'offerta di cui trattasi. L'offerta giuridica e finanziaria deve indicare, in particolare, i costi di urbanizzazione previsti, l'utile dell'urbanizzatore ed il coefficiente di scambio applicabile in caso di pagamento mediante terreni.

44 L'art. 135, n. 3, della LUV enuncia i criteri di attribuzione di PAI che dovranno essere valutati per quanto attiene all'offerta tecnica.

45 L'art. 135, n. 4, della LUV indica i criteri di attribuzione del PAI che dovranno essere valutati per quanto attiene all'offerta giuridica e finanziaria, segnatamente, l'importo dei costi di urbanizzazione nonché la minore proporzione di terreni da edificare o dei diritti di edificazione messi a disposizione dell'urbanizzatore per effetto di ricostituzione forzata ovvero la maggiore proporzione di terreni propri o di soci da assoggettare al rispetto degli obblighi di edificazione specifici derivanti dall'approvazione del PAI.

46 L'art. 137 della LUV contiene le disposizioni applicabili all'attribuzione ed all'approvazione del PAI. A norma dell'art. 137, n. 5, della LUV, qualora il PAI modifichi la sistemazione urbanistica strutturale, l'approvazione da parte dell'amministrazione è subordinata all'autorizzazione definitiva del governo regionale.

47 L'art. 138 della LUV esige che il contratto con l'urbanizzatore venga sottoscritto sotto forma di un documento amministrativo entro il mese seguente la data di attribuzione dell'appalto. L'articolo medesimo indica gli elementi che devono figurarvi.

48 A termini dell'art. 143, n. 4, lett. d), della LUV, in caso di risoluzione del contratto con l'urbanizzatore, l'amministrazione può chiedere agli offerenti che abbiano presentato offerte giuridiche e finanziarie relative all'offerta tecnica accolta di proseguire l'esecuzione del programma e, in subordine, bandire una gara sulla base dell'offerta tecnica accolta in esito al primo bando di gara.

49 Ai sensi dell'art. 155, nn. 6 e 7, della LUV, l'amministrazione può apportare modifiche al progetto di urbanizzazione contenuto nell'offerta accolta all'atto dell'attribuzione di un PAI qualora i cambiamenti così introdotti rappresentino un aumento che non superi il 20 % dei costi dei lavori di urbanizzazione.

50 Conformemente all'art. 168, n. 3, della LUV, l'importo massimo dei costi di urbanizzazione non può essere aumentato salvo sua rivalutazione, la quale non può implicare un aumento della parte dei costi di urbanizzazione corrispondente all'utile dell'urbanizzatore.

51 Per quanto attiene all'esecuzione di lavori di urbanizzazione, la LUV esige che questa sia affidata ad un'impresa di costruzioni scelta dall'urbanizzatore nell'ambito di una gara pubblica, conformemente alle regole che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Né l'urbanizzatore interessato né le imprese ad esso collegate possono partecipare a tale gara pubblica.

52 In virtù della prima disposizione transitoria della LUV, i PAI avviati prima dell'entrata in vigore di quest'ultima, vale a dire il 1º febbraio 2006, sono disciplinati dalla LRAU sempreché, anteriormente a tale data, abbiano costituito oggetto di approvazione comunale ovvero sempreché sia giunto a scadenza il termine massimo ai fini dell'emanazione di una decisione espressa in merito a tale approvazione.

Il procedimento precontenzioso e il ricorso della Commissione

53 A seguito di denunce, la Commissione comunicava al Regno di Spagna, con lettera di diffida in data 21 marzo 2005, che varie disposizioni della LRAU relative all'attribuzione dei PAI apparivano, a suo parere, in contrasto con la direttiva 93/37 nonché con la direttiva 92/50. Il Regno di Spagna rispondeva a tale lettera di diffida con comunicazione del 31 marzo 2005, facendo valere che l'attribuzione dei PAI non costituiva un appalto rientrante nella sfera di applicazione delle direttive medesime. Esso si richiamava,, inoltre, al progetto di adozione della LUV, nell'ambito del quale avevano avuto luogo contatti e scambi di corrispondenza tra esso e la Commissione.

54 Insoddisfatta dalle spiegazioni fornite dal Regno di Spagna e ritenendo che l'attribuzione dei PAI in applicazione della LRAU costituisse un inadempimento alle menzionate direttive, la Commissione emanava, in data 15 dicembre 2005, un parere motivato cui il Regno di Spagna doveva conformarsi entro il termine di tre settimane con scadenza il 6 gennaio 2006.

55 Nella propria risposta al parere motivato, datata 26 gennaio 2006, il Regno di Spagna richiamava l'attenzione sull'emanazione della LUV che aveva abrogato la LRAU, la cui entrata in vigore era prevista per il 1º febbraio 2006. A seguito di scambi con la Commissione, lo Stato membro medesimo formulava, con lettera del 17 marzo 2006, osservazioni complementari.

56 Alla luce della persistenza dell'infrazione asserita e dell'intervenuta scadenza del termine fissato ai fini della trasposizione della direttiva 2004/18, la Commissione inviava al Regno di Spagna, in data 10 aprile 2006, una lettera di diffida complementare cui detto Stato membro rispondeva con comunicazione del 7 luglio 2006.

57 Ritenendo che, da un lato, la LUV e, dall'altro, l'attribuzione dei PAI ai sensi della LRAU nel periodo compreso tra il 21 marzo 2005 ed il 31 gennaio 2006 costituissero violazione, segnatamente, della direttiva 2004/18, la Commissione emanava un parere motivato complementare in data 12 ottobre 2006.

58 Considerato che il Regno di Spagna aveva insistito sulla propria posizione nella risposta, datata 11 gennaio 2007, al parere motivato complementare, la Commissione proponeva il presente ricorso, con cui chiede alla Corte di dichiarare che il Regno di Spagna:

— attribuendo i PAI in applicazione della LRAU, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi degli artt. 1, n. 6, 11, 12 e 24-29 della direttiva 93/37, e,

— attribuendo i PAI in applicazione della LUV, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi degli artt. 2, 6, 24, 30, 31, n. 4, lett. a), e 53 della direttiva 2004/18.

Sulla domanda di riapertura della fase orale del procedimento

59 Con lettera del 22 novembre 2010, la Commissione ha chiesto la riapertura della fase orale del procedimento deducendo, sostanzialmente, che la questione della partecipazione finanziaria dell'amministrazione competente, esaminata dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni, costituisce un elemento essenziale della controversia e richiede chiarimenti supplementari.

60 A tal riguardo si deve rammentare che la Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale ovvero su domanda delle parti, riaprire la fase orale del procedimento, ai sensi dell'art. 61 del proprio regolamento di procedura, qualora ritenga di non essere sufficientemente istruita ovvero che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti (v., segnatamente, sentenza 8 settembre 2009, causa C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, Racc. pag. I-7633, punto 31 nonché la giurisprudenza ivi richiamata).

61 Per contro, né lo Statuto della Corte né il suo regolamento di procedura prevedono la facoltà per le parti di depositare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale (v. sentenza Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, cit. supra, punto 32).

62 La Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene di disporre, nella specie, di tutti gli elementi necessari per decidere la controversia ad essa sottoposta e che questa non debba essere esaminata con riguardo ad argomenti non dibattuti dinanzi ad essa. Pertanto, non occorre procedere alla riapertura della fase orale del procedimento.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

63 Il Regno di Spagna solleva l'irricevibilità parziale del ricorso per quanto attiene alla violazione della direttiva 93/37 ad opera della LRAU. A tal riguardo, il Regno di Spagna ritiene censurabile il fatto che il primo parere motivato abbia imposto l'adeguamento

della LRAU alla direttiva 93/37 in luogo del riferimento alla direttiva 2004/18, il cui termine di trasposizione nell'ordinamento nazionale era prossimo alla scadenza.

64 A parere del Regno di Spagna, la LRAU ha cessato di essere applicata con l'entrata in vigore della LUV e la Commissione non ha accertato l'approvazione di un numero rilevante di PAI in base alla LRAU nel corso del periodo di vacatio legis della LUV. Inoltre, il Regno di Spagna ritiene che, nel caso in cui, come nella specie, le normative nazionale e comunitaria siano state abrogate più di due anni prima della proposizione del ricorso, non sussista più interesse al proseguimento del procedimento.

65 A tal riguardo si deve rilevare che il giudizio sull'eventuale esistenza del preteso inadempimento dev'essere condotto con riguardo alla normativa vigente al 6 gennaio 2006, data di scadenza del termine fissato nel primo parere motivato del 15 dicembre 2005. Orbene, risulta che, a tale data, sia la LRAU sia la direttiva 93/37 erano in vigore.

66 Quanto al momento scelto dalla Commissione per agire nei confronti del Regno di Spagna, è sufficiente rammentare che spetta alla Commissione, nell'ambito del compimento della missione affidatale dall'art. 211 CE, vigilare sull'applicazione delle disposizioni del Trattato e verificare se gli Stati membri abbiano agito in conformità a tali disposizioni. Qualora ritenga che uno Stato membro non le abbia rispettate, ad essa spetta valutare l'opportunità di agire contro tale Stato, determinare le disposizioni da questo violate e scegliere il momento in cui iniziare il procedimento per inadempimento nei suoi confronti, mentre le considerazioni sulle quali si fonda tale decisione non possono avere alcuna incidenza sulla ricevibilità del suo ricorso (v. sentenze 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 27; 8 dicembre 2005, causa C-33/04, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-10629, punto 66, e 19 maggio 2009, causa C-531/06, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4103, punto 23).

67 Alla luce delle suesposte considerazioni, l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Regno di Spagna dev'essere respinta.

Nel merito

Argomenti delle parti

68 La Commissione ritiene che vari aspetti della procedura di attribuzione e di approvazione dei PAI in gestione indiretta prevista dalla LRAU e dalla LUV siano in contrasto, rispettivamente, con gli artt. 1, 6, n. 6, 11, 12 e 24-29 della direttiva 93/37 nonché con gli artt. 2, 6, 24, 30, 31, n. 4, lett. a), e 53 della direttiva 2004/18.

69 La Commissione sostiene che il rapporto esistente tra l'amministrazione e l'urbanizzatore costituisce, ai sensi delle direttive 93/37 e 2004/18, un appalto pubblico il cui oggetto principale, come emerge dalla descrizione di un'azione integrata, consiste nell'esecuzione di lavori pubblici di infrastruttura e di urbanizzazione.

70 Il fatto che l'esecuzione materiale di tali lavori debba essere, nell'ambito della LUV, affidata dall'urbanizzatore ad un imprenditore-costruttore nulla toglierebbe alla qualificazione del contratto quale appalto di lavori, considerato che è l'urbanizzatore colui che si impegna nei confronti dell'amministrazione ad effettuare i lavori stessi.

71 Quanto all'onerosità dell'attribuzione e dell'approvazione dei PAI, la Commissione osserva che la LRAU e la LUV hanno istituito un sistema che prevede un

contratto bilaterale tra l'urbanizzatore ed il comune per effetto del quale la controparte di quest'ultimo si trova in rapporto diretto con l'esecuzione dei lavori pubblici e con la prestazione di taluni servizi connessi. Peraltro, l'urbanizzatore riceve da parte dei proprietari dei terreni un corrispettivo in denaro ovvero il suo equivalente in terreni.

72 A parere della Commissione, l'onerosità del contratto trova espressione nella decisione dell'amministrazione di approvazione del PAI e di selezione dell'urbanizzatore nonché nell'esercizio, da parte della medesima, delle proprie prerogative pubbliche volte a garantire il rispetto delle disposizioni del PAI approvato.

73 La Commissione aggiunge che l'amministrazione, nel caso in cui decida di gestire direttamente il PAI, deve realizzare essa stessa i progetti e sborsare le somme necessarie per l'esecuzione dei lavori. In tale ipotesi, essa sostiene spese che ripercuote successivamente sui proprietari, mentre, laddove opti per la gestione indiretta, l'amministrazione non sborsa nulla, senza peraltro nemmeno percepire alcunché. L'istituzione ne trae la conclusione che l'amministrazione, qualora opti per la gestione indiretta, cessa effettivamente di riscuotere talune entrate, laddove il fatto che essa non sopporti nemmeno talune spese nulla toglierebbe a tale rilievo.

74 Infine, la Commissione sottolinea che, come emergerebbe segnatamente dalle sentenze 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409, punti 77 e 84), nonché 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a. (Racc. pag. I-385, punti 45 e 57), i pagamenti effettuati da terzi sono rivelatori dell'onerosità dell'operazione.

75 Nella propria replica la Commissione osserva che il Tribunal Supremo ha espresso un'interpretazione diametralmente opposta a quella sostenuta nella specie dal Regno di Spagna e che si allinea essenzialmente alla tesi dell'istituzione medesima.

76 Il Regno di Spagna sostiene, dal canto suo, che il rapporto esistente tra l'amministrazione e l'urbanizzatore costituisce, alla luce delle caratteristiche della sua remunerazione, non un appalto pubblico di lavori, bensì una concessione di servizi pubblici non ricompresa nella sfera di applicazione delle direttive 93/37 e 2004/18 e che, conseguentemente, l'attribuzione dei PAI è soggetta ai principi del diritto primario dell'Unione.

77 A parere di detto Stato membro, la Commissione è incorsa in una confusione tra il PAI ed il progetto di sistemazione urbanistica, mentre l'esecuzione dei lavori pubblici non costituisce l'oggetto esclusivo né fondamentale del PAI. L'approvazione del PAI, per mezzo dell'aggiudicazione, implica parimenti il finanziamento e la gestione della ricostituzione nonché l'assegnazione dei lavori di sistemazione urbanistica a prestatori di servizi. L'urbanizzatore sarebbe, quindi, parimenti il responsabile finanziario dell'esecuzione dei lavori nonché il soggetto incaricato di effettuare i passi amministrativi necessari al fine di garantire la gratuità delle operazioni per l'amministrazione e la corretta ripartizione, tra i proprietari, dei relativi costi e benefici immobiliari.

78 Il Regno di Spagna fa parimenti valere che non sussiste onerosità per l'amministrazione, considerato che la remunerazione dell'urbanizzatore proviene esclusivamente dai proprietari.

79 Innanzi tutto, l'obbligo del proprietario di finanziare i costi di sistemazione urbanistica e, pertanto, di remunerare l'urbanizzatore non scaturirebbe da una decisione unilaterale dell'amministrazione, bensì dalla sua decisione, volontaria, di partecipare alla ricostituzione e di accedere, in tal modo, al godimento di nuovi terreni edificabili.

80 Inoltre, la LRAU e la LUV non prevedrebbero alcuna garanzia di pagamento a carico di fondi pubblici da cui far discendere l'esistenza di un contratto oneroso tra l'amministratore e l'urbanizzatore, il quale è responsabile nei confronti dell'amministrazione stessa in caso di mancato rispetto, da parte dell'imprenditore-costruttore o dei proprietari, dei loro rispettivi obblighi.

81 Infine, la scelta della gestione indiretta in luogo di quella diretta non implicherebbe la sussistenza di una causa onerosa né ciò deriverebbe tantomeno dall'esercizio, da parte dell'amministrazione, delle proprie prerogative pubbliche ai fini della ricostituzione o dell'espropriazione.

82 Alla luce di tali considerazioni, il Regno di Spagna sostiene che l'urbanizzatore dev'essere qualificato non come «aggiudicatario» di un appalto stricto sensu, bensì quale «concessionario», ove la sua remunerazione dipende dallo sfruttamento commerciale dei terreni edificabili e non da un prezzo fisso garantito dall'amministrazione. In particolare, l'urbanizzatore rivestirebbe le caratteristiche di un concessionario di servizi, tenuto conto che la gestione economica della ricostituzione costituisce la funzione più pertinente dal punto di vista economico.

83 Il Regno di Spagna deduce, peraltro, che la tesi della Commissione risulta in contrasto con l'effetto utile delle direttive 93/37 e 2004/18.

Giudizio della Corte

84 In limine, si deve rilevare che il presente ricorso verte unicamente sull'aggiudicazione di contratti di urbanizzazione conformemente alle normative adottate in successione dalla Comunità autonoma di Valencia sulla base delle proprie competenze regionali in materia di urbanizzazione, occupazione dei suoli e sistemazione urbanistica del territorio.

85 Più in particolare, la Commissione contesta al Regno di Spagna l'attribuzione dei PAI, vale a dire le azioni integrate aventi ad oggetto l'urbanizzazione congiunta di più terreni conformemente ad un programma unico di trasformazione di tali terreni in lotti edificabili, in applicazione, da un lato, della LRAU e, dall'altro, della LUV, e ciò in violazione, rispettivamente, delle direttive 93/37 e 2004/18.

86 Le censure formulate dalla Commissione vertono unicamente sulla procedura di approvazione dei PAI in gestione indiretta, la quale, conformemente alle normative in esame, implica la delega, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice competente ad un singolo, dello status di urbanizzatore, selezionato sulla base di una procedura di gara pubblica, a prescindere dal fatto che questi sia o meno il proprietario dei terreni interessati.

87 A tal riguardo, la Commissione sostiene che i contratti di urbanizzazione di cui trattasi devono essere qualificati come «appalti pubblici di lavori» e devono, conseguentemente, rispettare i requisiti fissati dalla direttiva 93/37 e, successivamente, dalla direttiva 2004/18. Ciò emerge, per quanto attiene alle censure formulate nei confronti della LRAU, dal fondamento normativo del ricorso limitato alla violazione della sola direttiva 93/37 e, per quanto attiene alle censure formulate nei confronti della LUV, dal parere motivato complementare, come la Commissione afferma nel proprio ricorso e ha confermato all'udienza.

88 Per quanto attiene alla nozione di «appalti pubblici di lavori», ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 e dell'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18, si deve rilevare che essa riguarda i contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra, da un lato, uno o più operatori economici e, dall'altro, una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto o l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II della direttiva 93/37 ed all'allegato I della direttiva 2004/18 o di un'opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37 e dell'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18, ovvero l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

89 Peraltro, dal sedicesimo «considerando» della direttiva 92/50 e del decimo «considerando» della direttiva 2004/18, in combinato disposto, rispettivamente, con l'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 e con l'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18, emerge che un contratto può essere considerato quale «appalto pubblico di lavori» solamente qualora il suo oggetto risponda alla definizione esposta al punto precedente e qualora

lavori accessori che non costituiscono oggetto del contratto non possano giustificare la sua classificazione come appalto pubblico di lavori.

90 Emerge inoltre 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 che determina quale complesso di norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici debba, in linea di principio, essere applicato (v., in tal senso, sentenza Auroux e a., cit. supra, punto 37).

91 Tale determinazione deve avvenire tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto in opposizione a quelli che rivestono solo carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto (sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 49).

92 Nella specie, si deve rilevare che la Commissione si limita a far valere l'argomento secondo cui i contratti di urbanizzazione controversi devono essere qualificati come «appalti pubblici di lavori» in base al rilievo che l'oggetto principale del PAI è costituito, ai sensi degli artt. 1, lett. c), della direttiva 93/37 e 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18, da un'«opera» di urbanizzazione di due o più terreni da cui deriva la realizzazione di un accesso stradale asfaltato, della distribuzione di acqua potabile e di energia elettrica, dell'evacuazione delle acque reflue raccolte lungo i marciapiedi e di una rete di illuminazione pubblica. A tal riguardo, l'istituzione rileva che i servizi forniti dall'urbanizzatore, quali la redazione di documentazione tecnica, l'elaborazione e la gestione del progetto di rilottizzazione o, ancora, nella vigenza della LUV, la selezione dell'imprenditore cui affidare i lavori, sono strumentali ed accessori.

93 Si deve parimenti osservare che il Regno di Spagna contesta la valutazione della Commissione secondo cui il PAI dovrebbe essere qualificato come «opera», ai sensi delle direttive 93/37 e 2004/18, e afferma che l'esecuzione di tale opera non ne costituisce

l'oggetto esclusivo né tantomeno fondamentale. A tal riguardo, il detto Stato membro deduce che l'urbanizzatore è parimenti il responsabile finanziario dell'esecuzione dei lavori ed è anche incaricato di effettuare i passi necessari al fine di garantire la gratuità delle operazioni per l'amministrazione, nonché la corretta ripartizione dei costi ivi afferenti e dei correlativi benefici immobiliari tra i proprietari dei terreni da edificare che provvedono al finanziamento. Inoltre, lo Stato membro medesimo sostiene che i contratti di cui trattasi devono essere qualificati come «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

94 Orbene, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito di un procedimento per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, spetta alla Commissione provare la sussistenza dell'asserito inadempimento. Essa deve infatti fornire alla Corte gli elementi necessari affinché questa accerti l'esistenza di tale inadempimento, senza potersi basare su alcuna presunzione (sentenza 27 gennaio 2011, causa C-490/09, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-247, punto 49 e giurisprudenza ivi richiamata).

95 A tal riguardo e per quanto attiene alla natura delle attività poste a carico dell'urbanizzatore, si deve necessariamente rilevare che, malgrado gli elementi di analisi forniti dal Regno di Spagna, la Commissione non ha cercato di fondare le proprie affermazioni e di contestare quelle dello Stato membro convenuto sulla base di un approfondito esame degli elementi medesimi.

96 Non risulta, infatti, minimamente provato che i lavori consistenti nel raccordo e nell'integrazione dei terreni di cui trattasi alla rete di infrastrutture, di energia, di comunicazioni e di servizi pubblici esistenti costituiscano l'oggetto principale del contratto concluso tra la collettività e l'urbanizzatore nell'ambito di un PAI in gestione indiretta. Infatti, la realizzazione del PAI da parte dell'urbanizzatore comprende, come emerge segnatamente dai punti 21 e 23 supra, attività che non possono essere qualificate come «lavori» ai sensi delle direttive invocate dalla Commissione nel proprio ricorso, vale a dire l'elaborazione del piano di sviluppo, la proposta e la gestione del corrispondente progetto di ricostituzione, l'ottenimento gratuito, a favore dell'amministrazione, di terreni destinati a divenire fondi pubblici e patrimonio fondiario

pubblico della collettività, la gestione della trasformazione giuridica dei terreni interessati o, ancora, la realizzazione dell'equa ripartizione dei costi e utili tra gli interessati nonché le operazioni di finanziamento e di garanzia del costo degli investimenti, dei lavori, delle installazioni e delle compensazioni necessari ai fini dell'esecuzione del PAI. Ciò vale parimenti nel caso in cui l'urbanizzatore, come precisato all'art. 119, n. 1, della LUV, debba organizzare la gara pubblica destinata a designare l'imprenditore-costruttore cui affidare l'esecuzione dei lavori di urbanizzazione.

97 Si deve, peraltro, rilevare che talune attività previste dal PAI, nella vigenza tanto della LRAU quanto della LUV, come enunciato al punto precedente, sembrano corrispondere, alla luce della loro natura, alle attività contemplate alla categoria 12 degli allegati I A della direttiva 92/50 e II A della direttiva 2004/18, relative ai servizi previsti, rispettivamente, dall'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 e dall'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva 2004/18.

98 Ne consegue che la Commissione non ha dimostrato che l'oggetto principale del contratto concluso tra il comune e l'urbanizzatore ricada nella sfera degli appalti pubblici di lavori ai sensi della direttiva 93/37 ovvero della direttiva 2004/18, il che costituisce requisito preliminare ai fini della dichiarazione del preteso inadempimento.

99 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il ricorso della Commissione dev'essere respinto.

Sulle spese

100 A termini dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La Commissione, essendo rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese, conformemente alla domanda formulata in tal senso dal Regno di Spagna.

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

1) Il ricorso è respinto.

2) La Commissione europea è condannata alle spese.

Firme