Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

13 giugno 2013 *

«Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Nozione di "appalto pubblico" — Articolo 1, paragrafo 2, lettera a) — Contratto concluso tra due enti pubblici territoriali — Trasferimento da un ente all'altro dell'onere di pulizia di alcuni suoi locali dietro pagamento di un corrispettivo»

Nella causa C-386/11,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania) con decisione del 6 luglio 2011, pervenuta in cancelleria il 20 luglio 2011, nel procedimento

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG

contro

Kreis Düren,

con l'intervento di:

Stadt Düren,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (relatore) e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: V. Trstenjak

cancelliere: M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 7 febbraio 2013,

considerate le osservazioni presentate:

— per la Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, da L. Wionzeck, Rechtsanwalt;

— per il Kreis Düren, da R. Gruneberg e A. Wilden, Rechtsanwälte;

— per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da W. Ferrante, avvocato dello Stato;

— per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;

* Lingua processuale: il tedesco.

— per la Commissione europea, da A. Tokár, G. Wilms e C. Zadra, in qualità di agenti,

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

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

2 Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Piepenbrock») e il Kreis Düren (distretto di Düren, Germania) riguardo a una bozza di contratto con cui quest'ultimo trasferirebbe alla Stadt Düren (città di Düren) l'onere della pulizia di edifici ubicati sul territorio della stessa, ma appartenenti al Kreis Düren e da esso utilizzati, dietro pagamento di un corrispettivo.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Ai sensi del considerando 2 della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato [CE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. (...)».

4 L'articolo 1 di detta direttiva così dispone:

«(...)

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.(...)

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.

(...)

8. I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o di opere, prodotti o servizi.

Il termine “operatore economico” comprende l’imprenditore, il fornitore, il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo.

(...)».

5 I servizi di pulizia di edifici sono servizi ai sensi della direttiva 2004/18, conformemente all’allegato II A, categoria 14, della stessa.

Il diritto tedesco

6 L’articolo 28, paragrafo 2, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) dispone:

«Ai comuni deve essere garantito il diritto di regolamentare, sotto la propria responsabilità e nell’osservanza della legge, tutti gli affari della comunità locale. Nei limiti delle funzioni loro attribuite, anche i raggruppamenti di comuni hanno diritto all’autonomia amministrativa conformemente alla legge. (...)».

7 L’articolo 23 della legge sulla cooperazione tra comuni del Land Renania Settentrionale - Palatinato (Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein - Westfalen; in prosieguo: il «GkG NRW») è redatto nei seguenti termini:

«1) I comuni e i raggruppamenti di comuni possono pattuire che una delle parti contraenti si assuma la responsabilità di singole mansioni delle altre parti o si impegni a svolgere tali mansioni per le altre parti.

2) Ove una parte si assuma la responsabilità di una mansione delle altre, il diritto-dovere di espletare tale mansione è trasferito ad essa. Ove una parte si impegni a svolgere una mansione per le altre parti, i diritti e i doveri di queste ultime in quanto titolari della mansione restano impregiudicati.

3) Il contratto può prevedere un diritto di partecipazione delle altre parti all’adempimento ovvero allo svolgimento delle mansioni; altrettanto vale per l’assunzione di personale.

4) Il contratto deve prevedere un adeguato indennizzo, in linea di principio da calcolarsi in modo da coprire le spese maturate a seguito dell’assunzione della mansione o del suo svolgimento.

5) Qualora sia a tempo indeterminato o rechi un termine di validità superiore a 20 anni, il contratto deve stabilire a quali condizioni e in quale forma le parti possono recedere».

8 È sottolineato nella decisione di rinvio che, da un lato, il GkG NRW in tal modo distingue fra i contratti «di mandato», con i quali un ente si impegna a svolgere determinate mansioni per conto di un altro ente, e i contratti «di delega», che operano un trasferimento di competenza, con i quali un ente si accolla determinate mansioni che incombono a un altro ente. Dall’altro lato, la giurisprudenza nazionale considera che i contratti «di mandato» sono soggetti alla normativa sugli appalti pubblici se presentano carattere oneroso.

Procedimento principale e questione pregiudiziale

9 Il Kreis Düren è un raggruppamento di comuni di cui fa parte la Stadt Düren. In adempimento di una serie di contratti la Piepenbrock ha garantito la pulizia degli edifici appartenenti a detto Kreis.

10 Quest'ultimo ha stabilito con la Stadt Düren una bozza di contratto di diritto pubblico con il quale intende trasferire l'onere della pulizia dei propri edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici ubicati nel territorio della Stadt Düren a quest'ultima, inizialmente per una fase pilota della durata di due anni.

11 L'articolo 1 di tale bozza di contratto è redatto nei seguenti termini:

«1) Il Kreis Düren conferisce alla Stadt Düren, con effetto liberatorio, le mansioni ad esso incombenti di pulizia dei propri edifici siti nel territorio di quest'ultima.

2) Le mansioni di pulizia comprendono la pulizia degli edifici e dei vetri nei locali adibiti ad uffici, nei locali amministrativi e negli istituti scolastici del Kreis Düren.

3) La Stadt Düren prende in carico le mansioni descritte ai paragrafi 1 e 2 sotto la propria esclusiva responsabilità. Il diritto-dovere di espletare tali mansioni è trasferito in capo alla Stadt Düren (articolo 23, paragrafi 1, prima alternativa, e 2, primo periodo, del GkG NRW). La Stadt Düren si accolla gli obblighi del Kreis e se assume la responsabilità esclusiva.

4) La Stadt Düren è autorizzata a ricorrere a terzi per espletare le mansioni ad essa attribuite ai sensi del paragrafo 1».

12 La bozza di contratto in parola prevede un indennizzo per le spese sostenute dalla Stadt Düren, conformemente all'articolo 23, paragrafo 4, del GkG NRW, calcolato secondo un'aliquota di compenso orario.

13 Dagli atti di causa risulta peraltro che detta bozza di contratto riserva al Kreis Düren il diritto di recedere in caso di inadempimento da parte della Stadt Düren.

14 Emerge infine dalla decisione di rinvio che le mansioni di pulizia di cui trattasi sarebbero eseguite dalla Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, una controllata della Stadt Düren.

15 La Piepenbrock ha proposto un ricorso affinché sia fatto divieto al Kreis Düren di stipulare un tale contratto senza una gara di appalto, facendo valere che l'assolvimento a titolo oneroso delle mansioni di cui trattasi costituisce una prestazione che risponde alle condizioni del mercato e può essere fornita da operatori privati. Peraltro, nel contesto di specie, non si tratterebbe di un affidamento «in house», che sfugge all'applicazione della normativa sugli appalti pubblici conformemente alla sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Racc. pag. I-8121), giacché non sussisterebbero i presupposti di applicazione di tale eccezione, né sarebbe pertinente un rinvio alla sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania (C-480/06, Racc. pag. I-4747), atteso che mancherebbe tra i due enti pubblici interessati una «collaborazione orizzontale».

16 La Piepenbrock è risultata soccombente in primo grado, in quanto la bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale verterebbe su un contratto «di delega», conformemente all'articolo 23 del GkG NRW, il quale non sarebbe soggetto alla normativa sugli appalti pubblici. La medesima società ha interposto appello contro tale decisione dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore di Düsseldorf), sostenendo l'irrilevanza di detta qualifica di contratto di delega alla luce delle caratteristiche della bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale.

17 Il Kreis Düren fa valere, al contrario, che una tale attribuzione di mansioni di diritto pubblico costituisce una decisione sull'organizzazione nazionale interna la quale non è soggetta alla normativa sugli appalti pubblici.

18 Il giudice del rinvio sottolinea tale caratteristica della bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale, interrogandosi sulla rilevanza, quanto all'applicazione della normativa sugli appalti pubblici, del carattere pubblicistico di detto contratto.

19 Esso constata, in primo luogo, che le mansioni di cui trattasi non hanno ad oggetto l'esercizio di pubblici poteri, ai sensi degli articoli 51, primo comma, TFUE e 62 TFUE, e non sono sottratte, quindi, a tal titolo, alle disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi né agli atti di diritto derivato volti ad attuare dette libertà, quali la direttiva 2004/18.

20 Constata, in secondo luogo, che alla bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale non si applica l'eccezione evidenziata nella succitata sentenza Teckal, visto che il Kreis Düren non esercita sulla Stadt Düren, né peraltro sulla società Dürener Reinigungsgesellschaft, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

21 In terzo luogo, il giudice del rinvio rileva che il contesto della controversia di cui è investito differisce dalle circostanze della causa definita dalla citata sentenza Commissione/Germania, in quanto la bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale non prevede alcuna collaborazione tra gli enti pubblici interessati, bensì una pura e semplice delega di mansioni dall'uno all'altro, così come consente il GkG NRW.

22 Il medesimo giudice si domanda, tuttavia, se, sulla scorta di detta sentenza Commissione/Germania, altri tipi di contratti tra enti territoriali oltre a quello considerato in detta sentenza non siano sottratti alla normativa sugli appalti pubblici. Si domanda, quindi, se occorra distinguere tra i contratti relativi alle funzioni pubbliche in quanto tali, come lo smaltimento di rifiuti, e quelli che ne riguardano solo indirettamente lo svolgimento, come – nel caso di specie – la pulizia di locali utilizzati per l'espletamento di una tale funzione.

23 Il giudice del rinvio si domanda altresì se i contratti di collaborazione intercomunale non siano sottratti in linea generale alla normativa sugli appalti pubblici quali «atti amministrativi di organizzazione interna». Esso rileva, al riguardo, che l'organizzazione amministrativa degli Stati membri esula dalla competenza dell'Unione europea e, inoltre, che l'autonomia amministrativa dei comuni, e dunque la possibilità che i comuni addivengano spontaneamente a collaborazioni, è sancita dall'articolo 28, paragrafo 2, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania.

24 Per contro, il giudice del rinvio osserva che l'oggetto della bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale è in pratica identico ad un qualunque appalto soggetto alla direttiva 2004/18 con il quale la Stadt Düren si vedrebbe affidare l'esecuzione a titolo oneroso di servizi di pulizia. Esso s'interroga, in proposito, sulla rilevanza del distinguo operato dal GkG NRW fra i contratti «di mandato» e quelli «di delega» – il contratto de quo sarebbe ascrivibile a tale seconda categoria – considerato che, quando un contratto verte su mansioni ausiliarie che non riguardano direttamente l'attività dei comuni verso l'esterno, il fatto che esso operi un trasferimento di competenze è meramente formale, giacché i due i tipi di contratto possibili comportano in concreto, sotto il profilo economico, le medesime conseguenze. Per questo motivo detto giudice ritiene che, nelle circostanze del procedimento principale, il ricorso a un contratto «di delega» possa costituire una «costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di pubblici appalti», come si legge al punto 48 della citata sentenza Commissione/Germania.

25 L'Oberlandesgericht Düsseldorf ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se per "appalto pubblico" nell'accezione dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva [2004/18] debba intendersi anche un contratto fra due enti pubblici territoriali con il quale uno di essi attribuisce all'altro una competenza strettamente delimitata a fronte di un rimborso spese, in particolare quando la mansione attribuita non riguarda l'attività sovrana in quanto tale, bensì solo operazioni ausiliarie».

Sulla questione pregiudiziale

26 Con la sua questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18, e sia a tal titolo soggetto alle disposizioni di detta direttiva, un contratto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, con il quale un ente pubblico conferisce ad un altro ente pubblico il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, con la possibilità, per tale secondo ente, di ricorrere a terzi per l'esecuzione di detto compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, ferma restando la sua facoltà di controllare l'esecuzione dello stesso.

27 Si deve, infatti, considerare che, con la bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale, il Kreis Düren si riserva una tale facoltà di controllo, tant'è che a termini di detto contratto esso ha il diritto di recedere in caso di inadempimento da parte della Stadt Düren.

28 Occorre rammentare che, in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di detta direttiva, costituisce un appalto pubblico.

29 Al riguardo, in primo luogo, è ininfluente, per un verso, la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice e, per altro verso, che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale o che non assicuri una presenza continua sul mercato (sentenza del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, punto 26).

30 In secondo luogo, attività come quelle costituenti l'oggetto della bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale sono servizi di pulizia di edifici di cui all'allegato II A, categoria 14, della direttiva 2004/18.

31 In terzo luogo, un contratto deve essere considerato concluso «a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, anche se il corrispettivo previsto è limitato al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 29).

32 Salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, un contratto come quello proposto nel procedimento principale appare, da un lato, presentare tutte le caratteristiche summenzionate e costituire, pertanto, in linea di principio, un appalto pubblico.

33 Dall'altro lato, un tale contratto non appare riconducibile a nessuno dei due tipi di appalto che, sebbene conclusi da enti pubblici, sono nondimeno sottratti all'applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

34 Si tratta, in primo luogo, dei contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso, citate sentenze Teckal, punto 50, e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., punto 32).

35 Ebbene, è pacifico che nessuna di tali condizioni è soddisfatta nell'ambito di un contratto come quello proposto nel procedimento principale. Emerge, infatti, dalla decisione di rinvio che, nel contesto del procedimento principale, anzitutto, nessun ente ne detiene un altro. L'ente che conferisce l'esecuzione di una mansione all'altro, poi, benché si riservi il diritto di controllare detta esecuzione, non esercita sul secondo ente alcun controllo che possa dirsi analogo a quello che esercita sui propri servizi. Infine, la parte più importante delle proprie attività tale secondo ente non la realizza per il primo ente.

36 In secondo luogo, si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (v. sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 34).

37 In tale ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili sempreché tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun operatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 35).

38 I criteri summenzionati sono cumulativi, sicché un appalto tra enti pubblici può eccezionalmente esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora il contratto che lo constata soddisfi tutti i suddetti criteri (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 36).

39 Ora, dagli accertamenti eseguiti dal giudice del rinvio risulta che la bozza di contratto di cui trattasi nel procedimento principale non sembra finalizzata ad istituire una cooperazione tra i due enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune.

40 Dai medesimi accertamenti risulta pure, peraltro, che detto contratto consente di ricorrere a un terzo per l'espletamento della missione che esso contempla, di modo che tale terzo potrebbe trovarsi avvantaggiato rispetto alle altre imprese attive sul medesimo mercato.

41 Tutto ciò considerato, occorre rispondere alla questione sollevata che un contratto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, con il quale, senza instaurare una cooperazione tra gli enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune, un ente pubblico conferisce ad un altro il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, riservandosi al contempo la facoltà di controllare l'esecuzione di tale compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, con la possibilità, peraltro, per il secondo ente di ricorrere a terzi che siano eventualmente in grado di operare sul mercato per l'esecuzione dello stesso, costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18.

Sulle spese

42 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa 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 (Quinta Sezione) dichiara:

Un contratto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, con il quale, senza instaurare una cooperazione tra gli enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune, un ente pubblico conferisce ad un altro il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, riservandosi al contempo la facoltà di controllare l'esecuzione di tale compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, con la possibilità, peraltro, per il secondo ente di ricorrere a terzi che siano eventualmente in grado di operare sul mercato per l'esecuzione dello stesso, costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Firme