SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

18 novembre 2004 *

Nella causa C-126/03,

avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE proposto il 20 marzo 2003,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica federale di Germania, rappresentata dal sig. W.-D. Plessing, in qualità di agente, assistito dal sig. H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

convenuta,

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann (relatore), presidente di sezione, dal sig. A. Rosas, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. K. Lenaerts e K. Schiemann, giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed
cancelliere: sig. H. von Holstein, cancelliere aggiunto,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 26 maggio 2004,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 giugno 2004,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, poiché l'appalto relativo al trasporto dei rifiuti a partire dai punti di

scarico nella regione di Donauwald (Germania) sino alla centrale termica di Monaco Nord è stato attribuito dal comune di Monaco di Baviera (Germania) in violazione delle regole di procedura di cui all'art. 8 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), in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, di tale direttiva, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della detta direttiva.

Quadro normativo

2 Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, gli «appalti pubblici di servizi» sono «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice» ad esclusione dei contratti elencati ai punti da i) a ix) di tale disposizione.

3 Ai sensi dell'art. 1, lett. b), della stessa direttiva, sono considerati «amministrazioni aggiudicatrici» «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico».

4 In forza dell'art. 8 della direttiva 92/50, «gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

5 L'art. 11, n. 1, della direttiva 92/50 dispone che, nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure aperte, ristrette o negoziate, quali definite rispettivamente all'art. 1, lett. d), e) e f), di tale direttiva.

Fatti e procedimento precontenzioso

6 Nel 1997 il comune di Monaco di Baviera, gestore della centrale termica di Monaco Nord, stipulava un contratto con un'impresa privata, la società Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «Rethmann»), in forza del quale esso si impegnava ad affidare a tale società il trasporto di rifiuti a partire dai punti di scarico sino alla detta centrale se esso avesse ottenuto l'appalto per lo smaltimento dei rifiuti della regione di Donauwald, appalto che aveva formato oggetto di un bando di gara indetto dalla Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (in prosieguo: l'«AWG Donau-Wald») e a cui il comune di Monaco di Baviera aveva risposto.

7 Avendo ottenuto il detto appalto, il comune di Monaco di Baviera, conformemente all'accordo concluso con la Rethmann, affidava a quest'ultima il trasporto dei rifiuti, senza che tuttavia l'attribuzione di tale attività formasse oggetto di un bando di gara ai sensi della direttiva 92/50.

8 Dopo aver posto la Repubblica federale di Germania in condizione di presentare le sue osservazioni al riguardo, la Commissione, il 25 luglio 2001, inviava un parere motivato a tale Stato membro, rilevando che l'appalto relativo al trasporto dei rifiuti

a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord (in prosieguo: l'«appalto controverso») avrebbe dovuto formare oggetto di un bando di gara pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, conformemente alla direttiva 92/50. Essa invitava il detto Stato membro a conformarsi ai suoi obblighi derivanti dal diritto comunitario entro un termine di due mesi a decorrere dalla notifica di tale parere. A seguito della risposta delle autorità tedesche del 30 ottobre 2001, con cui queste ultime contestavano l'inadempimento, la Commissione ha proposto il presente ricorso.

Sul ricorso

Sull'inadempimento

9 A sostegno del suo ricorso, la Commissione fa valere una sola censura, relativa alla violazione dell'art. 8 della direttiva 92/50, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, di tale direttiva, in quanto il comune di Monaco di Baviera non ha assoggettato il contratto controverso ad una gara d'appalto.

10 A questo proposito, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 8 della direttiva 92/50, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, di quest'ultima, gli appalti pubblici aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A devono essere aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli III-VI di tale direttiva, applicando una procedura aperta, ristretta o negoziata ai sensi della detta direttiva.

11 La nozione di «appalti pubblici di servizi» è definita all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, secondo il quale tali appalti sono contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice.

12 La nozione di «amministrazione aggiudicatrice», dal canto suo, è così definita all'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50: «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico».

13 Di conseguenza, l'art. 8 della direttiva 92/50, in combinato disposto con gli artt. 1, lett. a) e b), e 11, n. 1, di quest'ultima prevede che i contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un prestatore di servizi e un ente locale debbono formare oggetto di una procedura aperta, ristretta o negoziata ai sensi della detta direttiva, qualora abbiano per oggetto servizi elencati nell'allegato I A di quest'ultima.

14 Nella fattispecie, occorre constatare che l'appalto controverso è un appalto pubblico ai sensi degli artt. 8 e 11 della direttiva 92/50, appalto che avrebbe dovuto essere aggiudicato conformemente ai titoli da III a VI di tale direttiva.

15 Infatti, il contratto concluso tra il comune di Monaco di Baviera e la Rethmann, in forza del quale tale società si è impegnata ad effettuare il trasporto dei rifiuti a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord, ha per oggetto un servizio rientrante nell'allegato I A della detta direttiva e che è reso da un'impresa ad un ente locale. Si tratta quindi di un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice.

16 A questo proposito, l'argomento fatto valere dal governo tedesco per escludere la qualificazione dell'appalto controverso come appalto pubblico ai sensi degli artt. 8 e 11 della direttiva 92/50 non può essere accolto.

17 Innanzi tutto, il governo tedesco fa valere che, per quanto riguarda l'appalto controverso, il comune di Monaco di Baviera non è un'«amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50 e che tale appalto non è un «appalto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della stessa direttiva. Secondo tale governo, il detto appalto non rientra nell'ambito delle attività di interesse generale del comune di Monaco di Baviera, ma in quello di un'attività economica indipendente, chiaramente distinta e soggetta alla concorrenza, ossia la gestione della centrale termica di Monaco Nord.

18 A questo proposito, occorre rispondere che, ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, gli enti locali sono, per definizione, amministrazioni aggiudicatrici. Ora, risulta dalla giurisprudenza che l'art. 1, lett. a), della stessa direttiva non fa distinzione tra gli appalti stipulati da un'amministrazione aggiudicatrice per compiere la sua missione di soddisfare esigenze di interesse generale e quelli che non hanno alcuna relazione con tale missione [v., per analogia, a proposito 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), sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punto 32]. Analogamente, è senza importanza che l'amministrazione aggiudicatrice intenda operare direttamente come prestatore di servizi e che l'appalto controverso miri, in tale ambito, alla subfornitura di una parte delle attività ad un terzo. Infatti, non è escluso che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice riguardante la scelta di tale terzo si basi su considerazioni diverse da quelle economiche. Ne consegue che, a prescindere dalla natura e dal contesto dell'appalto controverso, quest'ultimo costituisce un «appalto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

19 Per quanto riguarda l'argomento secondo il quale l'attività di trasporto di rifiuti effettuata dalla Rethmann forma, in definitiva, oggetto di una duplice gara d'appalto, basta rilevare che tale attività rientra, in effetti, in due appalti pubblici distinti, e cioè quello attribuito dal comune di Monaco di Baviera e quello riguardante in senso più lato lo smaltimento dei rifiuti della regione di Donauwald, attribuito dall'AWG Donau-Wald, ognuno dei quali doveva formare oggetto di un bando di gara, e che l'applicazione della direttiva 92/50 porta quindi a sottoporre il servizio fornito dalla Rethmann a due bandi di gara successivi.

20 Per quanto riguarda l'argomento secondo il quale, nel caso di specie, non vi sarebbe impiego di risorse pubbliche del comune di Monaco di Baviera, occorre rilevare che tale impiego non è un elemento che configuri l'esistenza o meno di un appalto pubblico ai sensi degli artt. 8 e 11 della direttiva 92/50.

21 Il governo tedesco sostiene inoltre che, in quanto appalto stipulato a fini di rivendita a terzi, l'appalto controverso è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 in forza dell'art. 1, lett. a), sub ii), di quest'ultima, in combinato disposto con l'art. 7 della direttiva settoriale del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84). Al riguardo, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 34 delle sue conclusioni, occorre rilevare che l'art. 1, lett. a), sub ii), della direttiva 92/50 esclude dal suo ambito di applicazione gli appalti stipulati nei settori interessati dalla direttiva 93/38, poiché il legislatore comunitario ha voluto che i detti appalti rientrino unicamente nell'ambito di applicazione di quest'ultima direttiva. L'eccezione prevista all'art. 7 della direttiva settoriale 93/38 è pertanto applicabile solo nell'ipotesi in cui l'appalto controverso ricada nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Ora, in quanto tale appalto non rientra nelle attività di cui all'art. 2, n. 2, della direttiva settoriale 93/38, l'eccezione prevista all'art. 7 di questa stessa direttiva non può essere applicabile nel caso di specie.

22 Per giunta, il governo tedesco fa valere che sarebbe stato impossibile, in pratica, aggiudicare l'appalto controverso conformemente ai titoli III-VI della direttiva 92/50 nei limiti in cui, per poter fornire la prova della sua capacità tecnica ai sensi dell'art. 32, n. 2, lett. c) e h), di tale direttiva in occasione della procedura di gara d'appalto indetta dall'AWG Donau-Wald, il comune di Monaco di Baviera avrebbe dovuto comunicare, all'atto della presentazione della sua offerta, il nome del subfornitore. A questo proposito, è vero che spetta ad un prestatore, che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, dimostrare, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, di poter disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che sono necessari all'esecuzione dell'appalto ma che non gli appartengono in proprio (v., in questo senso, sentenze 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia, Racc. pag. I-8607, punto 29; 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409, punto 92, e 18 marzo 2004, causa C-314/01, Siemens e ARGE Telekom, Racc. pag. I-2549, punto 44). Ora, nella fattispecie, sarebbe stato comunque possibile per il comune di Monaco di Baviera espletare una procedura ristretta accelerata ai sensi dell'art. 20 della direttiva 92/50 tra l'indizione della gara d'appalto e la presentazione della sua offerta.

23 Il governo tedesco rileva che l'appalto controverso, in forza dell'art. 11, n. 3, lett. d), della direttiva 92/50, avrebbe potuto essere aggiudicato ricorrendo ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara. A questo proposito, occorre ricordare che, in quanto deroga alle norme dirette a garantire il carattere effettivo dei diritti riconosciuti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50 dev'essere interpretato restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 58). Così, l'applicazione del detto art. 11, n. 3, lett. d), è subordinata a tre condizioni cumulative. Essa presuppone la sussistenza di un evento imprevedibile, di un'eccezionale urgenza incompatibile con i termini richiesti da altre procedure e di un nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e la situazione di eccezionale urgenza che ne deriva [v., per quanto riguarda la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), sentenze 2 agosto 1993, causa

C-107/92, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4655, punto 12, e 28 marzo 1996, causa C-318/94, Commissione/Germania, Racc. pag. I-1949, punto 14]. Nella fattispecie, come è stato constatato al punto 22 della presente sentenza, sarebbe stato possibile per il comune di Monaco di Baviera espletare una procedura ristretta accelerata (v., per quanto riguarda la direttiva 71/305, sentenze 18 marzo 1992, causa C-24/91, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-1989, punto 14, e Commissione/Italia, cit., punto 13). Ne consegue che la Repubblica federale di Germania non ha dimostrato che esistesse una situazione di eccezionale urgenza.

24 Alla luce di quanto precede, occorre constatare che, poiché l'appalto relativo al trasporto dei rifiuti a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord è stato attribuito dal comune di Monaco di Baviera in violazione delle regole di procedura previste all'art. 8 della direttiva 92/50, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, di tale direttiva, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della detta direttiva.

Sulle conseguenze di una sentenza che accerta un inadempimento

25 Il governo tedesco sostiene che, nel caso in cui l'inadempimento sia accertato, la Repubblica federale di Germania non sarebbe obbligata a risolvere il contratto già concluso.

26 A questo proposito, basta rispondere che, se, nell'ambito del procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, la Corte è unicamente tenuta a constatare che una disposizione del diritto comunitario è stata violata, risulta dall'art. 228, n. 1, CE che lo Stato membro interessato è tenuto ad adottare i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta.

Sulle spese

27 In forza dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha concluso per la condanna della Repubblica federale di Germania che è risultata soccombente, quest'ultima va condannata alle spese.

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

1) **Poiché l'appalto relativo al trasporto dei rifiuti a partire dai punti di scarico nella regione di Donauwald sino alla centrale termica di Monaco Nord è stato attribuito dal comune di Monaco di Baviera in violazione delle regole di procedura previste all'art. 8 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, di tale direttiva, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della detta direttiva.**

2) **La Repubblica federale di Germania è condannata alle spese.**

Firme