SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

29 ottobre 2009 *

Nella causa C-536/07,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 30 novembre 2007,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. D. Kukovec e R. Sauer, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica federale di Germania, rappresentata dai sigg. M. Lumma e J. Möller, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis e J. Malenovský, giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak
cancelliere: sig. N. Nanchev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 25 marzo 2009,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 4 giugno 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Col presente ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, avendo il Comune di Colonia concluso il 6 agosto 2004 con la società immobiliare Köln Messe 15 bis 18 GbR, divenuta società immobiliare Köln Messe 8-11 GbR (in prosieguo: la «GKM-GbR»), un contratto intitolato «contratto di affitto avente ad oggetto la locazione di un terreno con quattro sale di esposizione fieristica» senza aver indetto un bando di gara a livello europeo come previsto dalle disposizioni dell'art. 7 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), nel

combinato disposto con l'art. 11 di quest'ultima, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni.

La normativa comunitaria

2 L'art. 1 della direttiva 93/37 così dispone:

«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" (…), gli enti pubblici territoriali (…)

(…)

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;

(…)».

3 L'art. 6 della stessa direttiva prevede quanto segue:

«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 ECU di 5 000 000 di DSP;

(…)».

4 Il successivo art. 7, nn. 2 e 3, elenca i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata. In tal senso, in forza del n. 3, lett. b), di tale articolo, le amministrazioni aggiudicatici possono ricorrere alla detta procedura «per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato».

5 Ai sensi del n. 4 di detto art. 7:

«In tutti gli altri casi, le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono gli appalti di lavori mediante la procedura aperta o la procedura ristretta».

6 L'art. 11 della direttiva 93/37 enuncia gli obblighi di pubblicità cui sono soggette, in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici che devono ricorrere alla procedura aperta o alla procedura ristretta al fine di attribuire gli appalti di lavori.

7 Infine, l'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), così dispone:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "*appalti pubblici di servizi*", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione:

(…)

iii) dei contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari; tuttavia, i

contratti di servizi finanziari conclusi parallelamente, preventivamente o successivamente al contratto di acquisizione o di affitto, qualunque ne sia la forma, rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva;

(…)».

L'operazione controversa e la fase precontenziosa

8 La KölnMesse GmbH (in prosieguo: la «KölnMesse») è una società privata detenuta al 79,02 % dal Comune di Colonia e al 20 % dal Land Nordrhein-Westfalen (Renania settentrionale-Vestfalia), ove il restante 0,98 % è ripartito tra diverse camere e associazioni. Il suo oggetto consiste nell'organizzazione di fiere ed esposizioni intese alla promozione dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

9 Il 18 dicembre 2003 la KölnMesse vendeva alla GKM-GbR, società di investimenti privata, un terreno per la costruzione di quattro sale di esposizione fieristica per un importo pari a EUR 67,4 milioni. Al contratto di vendita di tale terreno veniva integrato un piano urbanistico.

10 Il 6 agosto 2004 il Comune di Colonia e la GKM-GbR concludevano un contratto intitolato «contratto di affitto avente ad oggetto la locazione di un terreno con quattro sale di esposizione fieristica», con il quale la seconda concedeva al primo, per una durata di 30 anni, il godimento di detto terreno nonché degli erigendi edifici a fronte di un canone mensile pari a EUR 1,725 milioni; i primi tredici mesi erano esenti dal canone. Le parti convengono nel designare detto contratto come il «contratto principale». In base a quest'ultimo, la GKM-GbR si è impegnata ad attuare opere di qualità quantomeno media e a cederle al Comune di Colonia, conformemente alle prescrizioni ivi specificate relative alle loro dimensioni, alla loro natura e al loro allestimento. Quest'ultimo era definito negli atti della licenza edilizia del Comune di

Colonia. In base alle stime della KölnMesse e non contestate dalla Commissione, le spese di costruzione di tali opere sono ammontate a circa EUR 235 milioni.

11 Con contratto 11 agosto 2004, intitolato «contratto di sublocazione di un terreno con quattro sale di esposizione fieristica», i cui termini sono in larga misura identici a quelli del contratto principale, il Comune di Colonia concedeva alla KölnMesse il godimento degli erigendi edifici descritti nel contratto principale. L'11 e il 16 agosto 2004, i detti due enti stipulavano un accordo definito «di esecuzione del contratto di sublocazione», con il quale il Comune di Colonia conferiva alla KölnMesse ogni potere per l'esercizio di tutti i suoi diritti e l'adempimento di tutti i suoi obblighi nei confronti della GKM-GbR. La KölnMesse doveva altresì garantire l'integrale esecuzione del contratto principale da parte della GKM-GbR in diretta collaborazione con la KölnMesse.

12 Le parti convengono nel valutare il corrispettivo dovuto dal Comune di Colonia alla GKM-GbR in base al contratto principale, vale a dire i canoni mensili da versare per il periodo di 30 anni del contratto, nell'importo totale di circa EUR 600 milioni.

13 Conformemente a quanto affermato dalla Repubblica federale di Germania, le sale di esposizione fieristica venivano ultimate e consegnate al Comune di Colonia quale locatario principale il 1° dicembre 2005.

14 Il 7 settembre 2005 alla Commissione perveniva una denuncia secondo la quale l'operazione descritta supra avrebbe costituito un appalto pubblico di lavori attribuito senza rispettare le norme comunitarie applicabili.

15 Con lettera 19 dicembre 2005 la Commissione intimava alla Repubblica federale di Germania di presentare osservazioni al riguardo.

16 Con lettera 15 febbraio 2006 la Repubblica federale di Germania faceva valere che la KölnMesse non è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, ragion per cui l'operazione di cui trattasi non rientrerebbe nel diritto comunitario degli appalti pubblici. A tale lettera era allegata una copia dello statuto della KölnMesse.

17 Il 4 luglio 2006 la Commissione inviava alla Repubblica federale di Germania una lettera di diffida complementare con la quale essa richiedeva la trasmissione dei contratti conclusi nell'ambito dell'operazione controversa nonché qualunque altro documento e informazione pertinente.

18 Con lettera 8 settembre 2006 la Repubblica federale di Germania insisteva sulla propria posizione secondo la quale l'operazione controversa non rientrerebbe nel diritto comunitario degli appalti pubblici e trasmetteva alla Commissione, senza gli allegati, i contratti menzionati supra ai punti 10 e 11.

19 Con lettera 18 ottobre 2006 la Commissione inviava alla Repubblica federale di Germania un parere motivato con il quale essa intimava a quest'ultima di conformarsi agli obblighi derivanti dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici nel termine di due mesi a decorrere dal ricevimento del parere medesimo.

20 Con lettera 12 dicembre 2006 la Repubblica federale di Germania contestava nuovamente l'esistenza di un'infrazione al diritto comunitario degli appalti pubblici, sostenendo inoltre che, in ogni caso, il ricorso per inadempimento non fosse ricevibile, atteso che il 1º dicembre 2005, vale a dire già prima dell'invio della lettera di diffida, la costruzione delle sale di esposizione fieristica era stata ultimata e queste ultime erano state consegnate al Comune di Colonia.

21 A seguito di tale presa di posizione, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

22 La Repubblica federale di Germania solleva un'eccezione d'irricevibilità basata sul fatto che alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, ossia il 18 dicembre 2006, il contratto di cui trattasi avrebbe cessato di produrre effetti giuridici, in quanto la costruzione delle opere previste dal ricorso si era conclusa già da lungo tempo. A tale riguardo, la Repubblica federale di Germania rimanda ad un verbale di consegna («Übernahmeprotokoll») concluso, dopo tre giorni di trattative, il 30 novembre 2005, vale a dire, quindi, ancor prima dell'emanazione della lettera di diffida, tra il Comune di Colonia e la GKM-GbR, il che dimostrerebbe che le opere di cui trattasi sono state validamente cedute dalla seconda e accettate dal primo in tale data. Tali opere, d'altronde, sarebbero state utilizzate secondo la loro destinazione a decorrere dal mese di gennaio 2006. Il 16 gennaio 2006, infatti, nei locali interessati, si sarebbe tenuta l'inaugurazione ufficiale della fiera internazionale del mobile.

23 Al riguardo occorre ricordare che, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte in materia di appalti pubblici, un ricorso per inadempimento è irricevibile se, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, il contratto in questione aveva esaurito già tutti i suoi effetti (v., tra l'altro, sentenze 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-4713, punto 18, e la giurisprudenza ivi citata, nonché 11 ottobre 2007, causa C-237/05, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-8203, punto 29).

24 Nella specie, si deve pertanto verificare se, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, ossia il 18 dicembre 2006, il contratto di cui trattasi fosse, quantomeno

in parte, in fase di esecuzione o se, invece, esso fosse già stato interamente eseguito in modo da aver esaurito i suoi effetti.

25 Con i termini «contratto in questione» o, conformemente ad un'altra formulazione utilizzata nella giurisprudenza, «appalto controverso» (v., per esempio, sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 33, e la giurisprudenza ivi citata), la Corte considera l'operazione di cui trattasi nel suo insieme, inserita nel suo contesto generale e in funzione delle sue caratteristiche di fondo.

26 Nella fattispecie, è pacifico che l'operazione che lega il Comune di Colonia alla GKM-GbR e alla KölnMesse avesse quale obiettivo finale quello di mettere a disposizione di quest'ultima società, controllata in misura largamente maggioritaria dal Comune di Colonia, per un lungo periodo, le sale di esposizione che sarebbero state costruite dalla GKM-GbR. Allo stesso tempo, il Comune di Colonia s'impegnava nei confronti della GKM-GbR, tramite un contratto di locazione, a versare mensilmente a quest'ultima una certa somma di denaro a titolo di canone, ove tale trasferimento di fondi era in realtà destinato al finanziamento della costruzione delle opere di cui trattasi, come, del resto, ammette la Repubblica federale di Germania.

27 Lo scopo e le modalità di esecuzione di tale operazione risultano, in particolare, dal contratto di locazione cosiddetto «principale», concluso il 6 agosto 2004, con il quale la GKM-GbR si è impegnata a costruire le opere conformemente alle prescrizioni dettagliate del Comune di Colonia, ai fini della loro locazione, nonché dal contratto di sublocazione e dall'«accordo di esecuzione del contratto di sublocazione», con i quali il Comune di Colonia ha concesso alla KölnMesse il godimento delle opere erigende.

28 L'operazione in esame comporta pertanto una componente «costruzione» e una componente «locazione» o «finanziamento». A tale riguardo, indipendentemente dal fatto di accertare quale sia l'elemento preponderante o l'obiettivo principale di tale operazione e se il Comune di Colonia abbia agito semplicemente come garante nei confronti della GKM-GbR, cosa il cui esame riguarda il merito della causa, si deve rilevare che tali diversi componenti dell'operazione costituiscono un insieme indissociabile. Infatti, la costruzione delle opere, come concepita ed eseguita, non avrebbe avuto senso in mancanza del contratto di locazione, e quest'ultimo non avrebbe potuto avere esistenza autonoma senza la futura realizzazione delle opere, come prevista in detto contratto. Di conseguenza, non può essere accolta la tesi della

Repubblica federale di Germania secondo la quale il contratto principale conterrebbe parti rilevanti e parti non rilevanti o neutre in relazione al presente ricorso.

29 Pertanto, ai fini della valutazione della ricevibilità del ricorso, l'operazione di cui trattasi deve essere considerata nel suo insieme e in funzione di tutti i suoi parametri e componenti.

30 In tal senso, il contratto in oggetto, vale a dire l'operazione controversa considerata nel suo insieme, non aveva esaurito tutti i suoi effetti alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato per il fatto che la costruzione delle opere di cui trattasi era conclusa. Infatti, in tale data, l'elemento «locazione» dell'operazione continuava a produrre i suoi effetti.

31 Alla luce delle suesposte considerazioni si deve ritenere che il ricorso della Commissione sia ricevibile.

Nel merito

Argomenti delle parti

32 La Commissione fa valere che tra la KölnMesse e la GKM-GbR non esiste alcun rapporto contrattuale, né diritti od obblighi. Secondo la Commissione, l'ente da prendere in considerazione nella specie quale parte contraente della GKM-GbR è solo il Comune di Colonia. Infatti, in forza del contratto principale, sarebbe unicamente quest'ultimo ad aver assunto veri e propri impegni nei confronti della GKM-

GbR. Peraltro, la KölnMesse non avrebbe potuto realizzare un siffatto progetto di costruzione senza l'intervento del Comune di Colonia e la GKM-GbR non avrebbe accettato la realizzazione di detto progetto senza la copertura finanziaria di quest'ultima. Inoltre, la KölnMesse non sarebbe divenuta debitrice della GKM-GbR.

33 Per quanto riguarda la natura giuridica dell'operazione di cui trattasi, la Commissione sostiene che quest'ultima costituisce un appalto pubblico di lavori. Essa, infatti, rileva, in primo luogo, che il Comune di Colonia, amministrazione aggiudicatrice in quanto ente territoriale, ha concluso per iscritto un contratto a titolo oneroso con la GKM-GbR, che ha agito in qualità d'imprenditore, per la realizzazione da parte di quest'ultima di opere di un valore ampiamente superiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, opere che dovevano essere messe a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. In secondo luogo, riguardo all'oggetto dell'operazione, la realizzazione delle opere in esame, le quali erano destinate esclusivamente all'organizzazione di fiere, non risulterebbe dall'iniziativa propria della GKM-GbR. Dal contratto principale emergerebbe altresì che tali opere sono state eseguite conformemente alle dettagliate prescrizioni imposte dal Comune di Colonia, non costituendo queste ultime una mera descrizione dell'allestimento nell'ambito di un contratto di locazione. Di conseguenza, si tratterebbe, nella specie, della realizzazione di opere rispondenti alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 1, lett. a), ultima parte del periodo, della direttiva 93/37.

34 La Commissione deduce che questa conclusione non può essere inficiata dal fatto che il contratto principale comprende altresì elementi propri di un contratto di locazione, vale a dire la cessione del godimento delle opere a fronte di versamenti rateizzati che costituirebbero la remunerazione della costruzione di tali opere. Infatti, non si potrebbe distinguere tra una parte «lavori» del contratto e una parte «locazione» o «finanziamento» del medesimo, nel senso che la prima parte ricadrebbe nella direttiva 93/37 e la seconda, in quanto prestazione di servizi, nella direttiva 92/50. In ogni caso, ricorda la Commissione, conformemente alla giurisprudenza della Corte, è l'oggetto principale del contratto a determinare la sua qualificazione e tale oggetto principale è, nella specie, la realizzazione di un'opera.

35 La Commissione, in ultimo luogo, rileva che, in base alla giurisprudenza della Corte, la questione se il Comune di Colonia stesso avesse l'intenzione di utilizzare esso stesso l'erigenda opera ovvero se esso intendesse metterla a disposizione di un terzo è

irrilevante ai fini della qualificazione dell'operazione di cui trattasi come appalto pubblico di lavori, al pari della questione se il detto comune sarà proprietario del terreno e delle sale di esposizione alla scadenza del contratto principale. La Commissione conclude che il Comune di Colonia, pertanto, avrebbe dovuto avviare una procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi conformemente alle disposizioni degli artt. 7, n. 4, e 11 della direttiva 93/37.

36 La Repubblica federale di Germania replica che l'unico ente che, nel caso di specie, viene in considerazione quale parte contraente della GKM-GbR è la KölnMesse, considerato che, in realtà, sono queste due società ad essere legate dal rapporto contrattuale principale. Infatti, nel contesto di una valutazione funzionale della situazione complessiva, solo la KölnMesse sarebbe il conduttore e la GKM-GbR il locatore, attraverso il contratto di sublocazione, il quale sarebbe stato previsto e concluso contemporaneamente al contratto principale e formulato in modo sostanzialmente identico a quest'ultimo, e con il quale tutti i diritti e gli obblighi risultanti dal contratto principale sarebbero stati trasferiti alla KölnMesse.

37 Inoltre, sarebbe la KölnMesse che, allo scopo di prendere in locazione le sale di esposizione erigende su un terreno di sua proprietà, avrebbe previsto e realizzato l'operazione di cui trattasi, e sarebbe in definitiva essa che avrebbe il godimento delle opere in questione e che, a tale titolo, verserebbe la remunerazione convenuta. L'assenza di legami contrattuali diretti tra la KölnMesse e la GKM-GbR risulta dall'operazione triangolare per la quale si è optato da un punto di vista funzionale, ove il Comune di Colonia sarebbe stato integrato nei rapporti contrattuali tra i due primi enti in quanto garante e non come debitore in solido.

38 La Repubblica federale di Germania, di conseguenza, ritiene che solo la KölnMesse, in quanto reale parte contraente della GKM-GbR, e non il Comune di Colonia avrebbe dovuto essere valutata sotto il profilo dei criteri in funzione dei quali viene accertato se un ente rientri nella nozione di «amministrazione aggiudicatrice», ai fini dell'eventuale applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici. Il ricorso della Commissione, poiché riguarda unicamente il detto comune, dovrebbe essere pertanto respinto.

39 Per quanto riguarda la natura giuridica dell'operazione in oggetto, la Repubblica federale di Germania sostiene che il contratto concluso tra il Comune di Colonia e la GKM-GbR non costituisce un appalto di lavori bensì solo una garanzia finanziaria, vale a dire una convenzione accessoria alla convenzione principale conclusa tra la GKM-GbR e la KölnMesse.

40 Ai fini della qualificazione giuridica di un appalto composto da più elementi atti a rientrare in differenti norme comunitarie in materia di appalti pubblici, occorrerebbe tener conto, conformemente alla giurisprudenza della Corte, dell'oggetto principale del contratto di cui trattasi, e, per poter ritenere che si tratti di un appalto pubblico di lavori, sarebbe necessario che tale oggetto consista nella realizzazione di un'opera. Tale Stato membro, al riguardo, si riferisce alla sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (Racc. pag. I-1329). Orbene, nella fattispecie, secondo la Repubblica federale di Germania, la realizzazione di un'opera non avrebbe costituito l'oggetto principale dei contratti. Infatti, sia il contratto principale sia il contratto di sublocazione non sarebbero in alcun modo «contratti di costruzione» ma, formalmente e sostanzialmente, «contratti di locazione», nell'ambito dei quali la parte contraente otterrebbe a titolo oneroso soltanto il diritto di godimento sugli edifici interessati. Da un punto di vista funzionale, la costruzione contrattuale in oggetto, con l'intervento del Comune di Colonia, sarebbe diretta a finanziare il progetto concepito dalla KölnMesse.

41 Il fatto che l'oggetto principale del contratto di cui trattasi consista nella locazione degli edifici in esame sarebbe dimostrato altresì, da un lato, dal confronto tra il costo della locazione per una durata di 30 anni, ossia circa EUR 600 milioni, e il costo della costruzione di questi edifici che ammonterebbe solo a circa EUR 235 milioni, e, dall'altro, dalla mancanza della clausola contrattuale relativa ad un'opzione di acquisto o ad un obbligo di riscatto riguardante gli edifici medesimi da parte del Comune di Colonia o della KölnMesse alla scadenza della locazione. Di conseguenza, la GKM-GbR sopporterebbe in definitiva il rischio economico dell'operazione in esame.

42 Pertanto, secondo la Repubblica federale di Germania, a prescindere dalla questione se l'oggetto fondamentale del contratto principale sia un servizio di locazione o un servizio di finanziamento, si tratterebbe di due situazioni che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50, la cui eventuale violazione non costituirebbe oggetto del presente procedimento.

Giudizio della Corte

43 Per determinare, in primo luogo, l'ente che deve essere considerato quale parte contraente della GKM-GbR e che, in tal modo, deve essere valutato in base ai criteri che definiscono la nozione di amministrazione aggiudicatrice, si deve rilevare che il ricorso della Commissione riguarda il contratto di locazione cosiddetto «principale», concluso il 6 agosto 2004 tra il Comune di Colonia e la GKM-GbR.

44 Nonostante tale elemento, la Repubblica federale di Germania deduce che, sotto il profilo di una valutazione funzionale dell'operazione complessiva, la KölnMesse costituirebbe la parte contraente effettiva della GKM-GbR ed il vero conduttore per effetto del contratto di sublocazione. È la KölnMesse, infatti, che avrebbe previsto e realizzato l'operazione di cui trattasi, ha, in definitiva, il godimento delle opere in esame e versa come corrispettivo la remunerazione convenuta.

45 Tuttavia, è pacifico che il contratto principale del 6 agosto 2004 è stato concluso tra la GKM-GbR e il Comune di Colonia senza alcuna menzione della KölnMesse. Va altresì rilevato che le trattative per la conclusione di detto contratto sono state condotte dal Comune di Colonia, in nome e per conto propri. Inoltre, le dettagliate prescrizioni relative alla realizzazione delle opere in questione sono state incluse in tale contratto dal Comune di Colonia ed è solo nei confronti di quest'ultimo che la GKM-GbR ha assunto i propri impegni. Parimenti, le trattative che hanno condotto alla stesura del verbale di consegna delle opere in oggetto del 30 novembre 2005 sono state condotte dal Comune di Colonia e tale verbale è stato firmato da quest'ultimo e dalla GKM-GbR, senza alcuna menzione della KölnMesse.

46 Pertanto, la KölnMesse non appare e non interviene affatto nei rapporti contrattuali tra la GKM-GbR e il Comune di Colonia.

47 La constatazione che non esiste alcun rapporto contrattuale tra la KölnMesse e la GKM-GbR non è messa in discussione dal contratto di vendita, da parte della prima alla seconda, del terreno su cui sono state edificate le opere in esame. Tale contratto, infatti, non è pertinente nell'ambito dell'operazione controversa, consistendo quest'ultima nella costruzione e nella locazione di dette opere.

48 Del pari, il contratto di sublocazione dell'11 agosto 2004 e l'accordo di esecuzione di detto contratto, recante la stessa data, non possono inficiare la precedente constatazione, considerato che essi riguardano unicamente i rapporti tra la KölnMesse e il Comune di Colonia, e restano privi di qualsivoglia rilevanza sul piano dei rapporti contrattuali tra quest'ultimo e la GKM-GbR né su quello degli impegni reciproci da essi assunti.

49 Né è tantomeno rilevante il fatto che, eventualmente, l'operazione di cui trattasi sia stata inizialmente ideata dalla KölnMesse, considerato che quest'ultima non è affatto considerata nel contratto principale concluso con la GKM-GbR.

50 Parimenti, è irrilevante la considerazione che le opere in questione sarebbero destinate ad essere utilizzate per le attività della KölnMesse, la quale avrebbe, in definitiva, il godimento delle medesime e che, a tal titolo, verserebbe un corrispettivo mensile (v., in tal senso, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a., Racc. pag. I-385, punti 33, 35 e 42). In tale contesto si deve rilevare, d'altronde, che dai documenti intitolati «lettera d'intenti» dell'8 dicembre 2003 e del 14 luglio 2004, non contestati dalla Repubblica federale di Germania, risulta che il Comune di Colonia si è impegnato ad assumere l'onere finanziario dell'operazione in esame nel caso in cui, successivamente al 2012, la KölnMesse non riuscisse a far fronte ai costi dei canoni.

51 Di conseguenza, un'interpretazione funzionale dell'operazione controversa, come suggerita dalla Repubblica federale di Germania, non può mettere in discussione la constatazione secondo la quale, in base al contratto principale, il Comune di Colonia è l'unica parte contraente della GKM-GbR, considerato e accettato in quanto tale da quest'ultima, né può condurre a sostituire la KölnMesse al Comune di Colonia nell'esecuzione degli impegni contrattuali di quest'ultimo.

52 Pertanto, si deve concludere che, nel costesto dell'operazione in oggetto, l'unica controparte contrattuale della GKM-GbR è il Comune di Colonia. Quest'ultimo, in quanto ente territoriale, costituisce un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37.

53 In secondo luogo, occorre esaminare la questione della qualificazione giuridica dell'operazione di cui trattasi al fine di verificare se quest'ultima costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi della normativa comunitaria.

54 A tale riguardo, va ricordato anzitutto che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale qualificazione giuridica rientra nell'ambito del diritto comunitario e che la qualificazione data nel diritto nazionale non è pertinente a tal fine (v., in tal senso, citata sentenza Auroux e a., punto 40, e la giurisprudenza ivi citata). Parimenti, nemmeno la qualificazione di un contratto fornita dalle parti contraenti è determinante.

55 Va poi sottolineato che la definizione della nozione di «appalto pubblico di lavori» contenuta nell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 include tutte le operazioni nelle quali un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dalla sua qualifica formale, è concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice e un imprenditore, e ha ad oggetto la realizzazione, da parte di quest'ultimo, di un'«opera» ai sensi dell'art. 1, lett. c), della stessa direttiva. Il criterio essenziale, a tale riguardo, è che tale opera sia realizzata conformemente alle esigenze precisate dall'amministrazione aggiudicatrice, essendo indifferenti i mezzi utilizzati ai fini della realizzazione.

56 Riguardo all'oggetto dell'operazione in esame, va rilevato che il contratto principale concluso il 6 agosto 2004 tra il Comune di Colonia e la GKM-GbR, viene formalmente qualificato come «contratto di locazione» e che, effettivamente, esso contiene elementi rientranti in un contratto di locazione. Tuttavia, è giocoforza constatare che, in tale data, la costruzione delle opere di cui trattasi non era stata nemmeno avviata. Pertanto, tale contratto non poteva avere come obiettivo immediato la locazione d'immobili la cui costruzione non era ancora iniziata. In tal senso, l'obiettivo primario di tale contratto poteva logicamente essere solo la costruzione di dette opere che dovevano

successivamente essere messe a disposizione del Comune di Colonia tramite un rapporto contrattuale qualificato come «contratto di locazione».

57 Orbene, conformemente alla giurisprudenza della Corte, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto, è l'oggetto principale del contratto a determinare le norme comunitarie applicabili.

58 Si deve rilevare, inoltre, che le opere di cui trattasi sono state realizzate conformemente alle prescrizioni ben dettagliate indicate dal Comune di Colonia nel contratto principale. Da tale contratto e dai suoi allegati risulta che dette prescrizioni, le quali si riferiscono ad una descrizione precisa degli erigendi edifici, della loro qualità e delle loro attrezzature, eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un immobile di nuova costruzione di una certa portata.

59 Di conseguenza, è giocoforza concludere che l'obiettivo primario del contratto principale era la costruzione delle sale di esposizione in questione conformemente alle esigenze precisate dal Comune di Colonia. Inoltre, dette sale costituiscono un'«opera» ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, considerato che esse sono di per sè destinate a soddisfare una funzione economica, ed il loro valore è di gran lunga superiore alla soglia prevista all'art. 6 della stessa direttiva. Inoltre, tale contratto è stato concluso a titolo oneroso, avendo la GKM-GbR agito, nella specie, come imprenditore, indipendentemente dalla circostanza che essa abbia fatto realizzare quest'opera in subappalto (v., in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409, punto 90), e il Comune di Colonia è un'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, detto contratto deve essere qualificato come appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

60 Tale conclusione non è rimessa in discussione dall'argomento della Repubblica federale di Germania relativo al fatto che l'importo totale che deve essere versato alla GKM-GbR a titolo di canoni, il quale, in definitiva, ammonterà a circa EUR 600 milioni, è assai

superiore al costo della costruzione delle opere, che è pari a circa EUR 235 milioni, il che dimostrerebbe la prevalenza dell'elemento «servizi» dell'operazione in oggetto.

61 Infatti, l'elemento determinante ai fini della qualificazione di un appalto come quello di cui trattasi è costituito dall'oggetto principale di quest'ultimo e non dall'importo del corrispettivo dell'imprenditore o le modalità di pagamento di quest'ultimo. Inoltre, un raffronto diretto tra i due summenzionati importi, considerati in cifre assolute, non è possibile, poiché l'importo approssimativo di EUR 600 milioni verrà pagato tramite versamenti mensili rateizzati per quasi 30 anni, mentre l'importo di EUR 235 milioni corrisponde al valore del costo dei lavori alla loro ultimazione alla fine dell'anno 2005. In realtà, l'importo di EUR 600 milioni, considerato in valore attualizzato nel momento di conclusione dei lavori, si avvicina notevolmente all'importo di EUR 235 milioni. In ogni caso, anche se una parte di detto importo di EUR 600 milioni dovesse rappresentare il corrispettivo di un elemento specifico della locazione, tale parte sarebbe necessariamente di scarsa importanza e non potrebbe influire sulla qualificazione dell'appalto in esame.

62 Parimenti, non è rilevante ai fini della qualificazione dell'appalto in oggetto il fatto che il contratto principale non preveda eventualmente un'opzione o un obbligo di riscatto da parte del Comune di Colonia o della KölnMesse riguardante gli edifici costruiti (v., in tal senso, citata sentenza Auroux, punto 47).

63 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve concludere che il contratto principale del 6 agosto 2004, considerato nel contesto generale dell'operazione di cui trattasi, costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, il quale avrebbe dovuto essere aggiudicato conformemente alle norme degli artt. 7, n. 4, e 11 della direttiva stessa. Il ricorso della Commissione dev'essere quindi accolto.

64 Pertanto, si deve rilevare che, avendo il Comune di Colonia concluso con la GKM-GbR il contratto del 6 agosto 2004 senza applicare la procedura di aggiudicazione di appalto

di cui alle disposizioni degli artt. 7, n. 4, e 11 della direttiva 93/37, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni.

Sulle spese

65 Ai sensi 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 chiesto la condanna della Repubblica federale di Germania, che è risultata soccombente, quest'ultima va condannata alle spese.

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

1) **Avendo il Comune di Colonia concluso con la società immobiliare Köln Messe 15 bis 18 GbR, divenuta società immobiliare Köln Messe 8-11 GbR, il contratto del 6 agosto 2004 senza applicare la procedura di aggiudicazione di appalto di cui alle disposizioni degli artt. 7, n. 4, e 11 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni.**

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

Firme