CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate l'8 novembre 2006 [1]

I — Introduzione

1. La Commissione ha presentato un ricorso a norma dell'art. 226 CE, in cui chiede alla Corte di giustizia di constatare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 43 CE e 49 CE, nonché delle direttive del Consiglio relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente, di servizi (direttiva 18 giugno 1992, 92/50/CEE [2]); forniture (direttiva 14 giugno 1993, 93/36/CEE [3]); lavori (direttiva 93/37/CEE, anch'essa adottata il 14 giugno 1993 [4]), e nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (direttiva 93/38/CEE, del pari del 14 giugno 1993 [5]).

2. Secondo la Commissione, tale violazione del diritto comunitario deriva dall'adozione degli artt. 2, commi 1 e 5, 17, comma 12, 27, comma 2, 28, comma 4, 30, comma 6 bis, 37 ter, e 37 quater, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici [6], e si traduce nelle seguenti censure: 1) l'esclusione dei contratti misti dalla legge n. 109/94, nel caso in cui i lavori accessori superino il 50% del valore complessivo; 2) l'attribuzione diretta al titolare di una concessione edilizia o al progettista incaricato, qualora le prestazioni non superino le soglie indicate dalla direttiva 93/37; 3) i criteri di affidamento degli incarichi di progettazione, di direzione e di collaudo in relazione ai contratti di importo

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 209, pag. 1; modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1), e dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1); è stato emendata, ad eccezione dell'art. 41, con effetto a partire dal 31 gennaio 2006, con 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).

3 — GU L 199, pag. 1; ugualmente modificata e privata dei suoi effetti in seguito all'adozione delle direttive menzionate alla nota precedente.

4 — GU L 199, pag. 54; anch'essa riformata e revocata dalle direttive citate alla nota 2.

5 — GU L 199, pag. 84; modificata con le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998 (GU L 101, pag. 1), 2001/78, abrogata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).

6 — GURI n. 41, del 19 febbraio 1994, modificata in varie occasioni.

inferiore alle soglie comunitarie; 4) l'assunzione della direzione dei lavori da parte del progettista incaricato, qualora né l'amministrazione aggiudicatrice né altri enti pubblici siano in grado di espletare tale attività; 5) l'affidamento dei servizi di collaudo a terzi, e 6) il regime di concessione per i lavori finanziati con capitale privato.

3. Tali censure aprono due tematiche di interesse generale, che richiedono un approfondimento: i criteri in base ai quali nei contratti misti viene assicurata l'osservanza delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione e il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento nell'assegnazione di appalti con un importo inferiore alle soglie indicate nelle direttive.

II — Ambito normativo

A — *La normativa comunitaria*

1. Il Trattato CE

4. A termini dell'art. 43, primo comma, CE, «nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro».

5. A tenore dell'art. 49, primo comma, CE, «nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario delle prestazioni».

2. Le direttive in materia di appalti

6. Al fine di concretizzare simultaneamente le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi sancite dagli artt. 43 CE e 49 CE sul piano contrattuale, sono state emanate le direttive 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38. Fra tutte le disposizioni contenute in tali direttive si evidenziano quelle che ne definiscono i rispettivi ambiti di applicazione, le quali fissano soglie diverse di esclusione degli appalti il cui valore stimato sia inferiore alle cifre riportate (art. 7 della direttiva 92/50, art. 5 della direttiva 93/36, art. 6 della direttiva 93/37 e art. 14 della direttiva 93/38).

7. Farò riferimento ad altre disposizioni particolari delle suddette direttive nel corso dell'analisi dei motivi di inadempimento.

B — *La normativa italiana*

8. Le summenzionate direttive sono state recepite nell'ordinamento italiano con la legge 109/94, emendata dall'art. 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166 [7].

1. I contratti misti

9. L'art. 2, comma 1, della legge 109/94, che delimita il campo di applicazione di quest'ultima, include nella definizione di lavori pubblici le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere e di impianti, estendendo l'applicazione della legge medesima ai contratti misti di lavori, forniture e servizi, nonché ai contratti di forniture e servizi che comprendano lavori di carattere accessorio per un valore superiore al 50 %.

10. L'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 [8], conferma l'applicazione della legge 109/94 sia per i contratti misti di lavori e servizi, che per i contratti di servizi che comprendono lavori accessori.

2. Le opere di urbanizzazione

11. A tenore dell'art. 2, n. 5, della legge 109/94, quest'ultima non si applica: a) agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia o b) conseguenti agli obblighi di cui all'art. 28, quinto comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 [9], e c) agli interventi a questi assimilabili. Nel caso di più interventi, qualora l'importo delle singole opere ecceda la soglia comunitaria, l'affidamento delle stesse deve avvenire in conformità della direttiva 93/37.

12. Analogamente, dal testo degli artt. 1 e 31 della legge 1150/42 e dagli artt. 3 e 11 della

7 — «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti», GURI n. 181, del 3 agosto 2002.

8 — «Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi», GURI n. 104, del 6 maggio 1995.

9 — «Legge urbanistica», GURI n. 244 del 16 ottobre 1942.

legge 28 gennaio 1977, n. 10 [10], si deduce che il titolare di una concessione può realizzare per proprio conto opere di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale della quota dovuta a titolo di imposta.

3. Le attività di progettazione, direzione e verifica dei lavori negli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie

13. L'art. 17, comma 12, della legge 109/94 autorizza gli organismi competenti ad affidare gli incarichi di progettazione e di direzione dei lavori, il cui importo stimato sia inferiore a EUR 100 000, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), dopo aver verificato l'esperienza e la capacità professionale della persona selezionata e motivando tale scelta.

14. Inoltre, l'art. 30, comma 6 bis, della stessa legge 109/94 stabilisce che la verifica dell'esecuzione dei lavori possa essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o dagli organismi di controllo di cui alla lett. a) del medesimo comma, e che gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possano essere affidati a soggetti che godono della fiducia dell'amministrazione.

4. La direzione dei lavori

15. A tenore dell'art. 27, comma 2, della legge 109/94, qualora le amministrazioni aggiudicatrici non possano espletare, nei casi contemplati all'art. 17, quarto comma, l'attività di direzione dei lavori, essa viene attribuita, nell'ordine: a) alle altre amministrazioni pubbliche; 2) al progettista incaricato ai sensi del citato art. 17, quarto comma, ovvero 3) ad altri soggetti, scelti con le procedure previste dalla normativa nazionale.

5. Le attività di collaudo

16. A norma dell'art. 28, comma 4, della legge 109/94, le operazioni di collaudo sono affidate ad uno, due o tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi. I tecnici sono nominati dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle loro strutture, salvo che nell'ipotesi di carenza di organico con tali caratteristiche, accertata e certificata.

17. Tale disciplina si completa con l'art. 188 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 [11] che dà

10 — «Norme per l'edificabilità dei suoli», GURI n. 27 del 29 gennaio 1977.

11 — «Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni» (GURI n. 98, del 28 aprile 2000).

attuazione alla legge 109/94. Dai commi 1, 3, 8, 9, 11, 12 e 13 della detta disposizione si evince che, entro trenta giorni dalla data di ultimazione dei lavori, le stazioni appaltanti attribuiscono l'incarico del collaudo ai loro collaboratori, che vengono selezionati in considerazione della tipologia e della categoria degli interventi, della loro complessità e del relativo importo, nonché sulla base di criteri previamente stabiliti; qualora nessuno possieda i requisiti necessari, l'organismo appaltante deve rivolgersi a soggetti esterni che figurino all'interno di appositi elenchi redatti dal Ministero dei Lavori pubblici, dalle Regioni o dalle Province autonome; le stazioni appaltanti individuano nell'ambito dei detti elenchi una persona in possesso dei requisiti suindicati, che abbia conseguito la laurea da almeno dieci anni — per il collaudo di lavori di importo pari o superiore a EUR 5 milioni — o da almeno cinque anni — per il collaudo di lavori di importo inferiore ad EUR 1 milione —, sottoponendola ad una serie di divieti. In assenza di elenchi le stazioni appaltanti possono affidare discrezionalmente gli incarichi di collaudo a soggetti comunque in possesso dei requisiti prescritti.

6. Le opere finanziate con capitale privato

18. Gli artt. 7 bis, 37 ter e 37 quater della legge 109/94 riguardano l'affidamento dei lavori pubblici finanziati, in tutto o in parte, da soggetti privati.

19. L'art. 37 bis autorizza la presentazione di proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità e la stipula dei relativi contratti che comprendono il finanziamento e la gestione dei lavori, procedura in vista della quale l'amministrazione competente deve pubblicare un avviso indicativo con sufficiente anticipo.

20. L'art. 37 ter delinea la procedura per la selezione del promotore. In primo luogo, vengono valutate le proposte presentate, sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano. Dopo aver verificato l'assenza di elementi ostativi all'esecuzione del progetto e sentiti i promotori che ne facciano richiesta, l'amministrazione aggiudicatrice provvede ad individuare le proposte che ritiene di pubblico interesse; in tale caso, conformemente all'art. 37 quater, primo comma, si applica una procedura ristretta al fine di ottenere due offerte aggiuntive. La concessione viene aggiudicata al termine di una procedura negoziata che prevede l'esame della proposta del promotore e delle altre due, con la particolarità, contenuta nell'art. 37 ter, in fine, che essa verrà aggiudicata al promotore, il quale, nel corso della procedura, avrà avuto modo di adeguare la propria proposta ai cambiamenti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

III — Procedimento precontenzioso

21. Poiché aveva ricevuto denunce sugli effetti della legge 109/94, e dopo aver preso conoscenza del progetto di modifica di tale legge, il 12 aprile 2002 la Commissione contattava le autorità italiane, informandole del fatto che alcune disposizioni della legge controversa erano incompatibili con il diritto comunitario.

22. Con lettera in data 17 giugno 2002 e, successivamente, in una riunione tenutasi a Roma il 23 luglio dello stesso anno, tale Stato membro si dichiarava disposto a modificare le parti controverse della legge 109/94.

23. Una volta approvata la riforma del suddetto provvedimento con la legge 166/2002, la Commissione ha ritenuto che alcune disposizioni di quest'ultima fossero ancora in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, ed ha perciò inviato, in data 19 dicembre 2003, una lettera di diffida alle autorità italiane. Ritenendo non soddisfacente la risposta fornita dalle medesime, il 15 ottobre 2003 la Commissione ha emesso un parere motivato, per poi adire la Corte di giustizia, chiedendo una dichiarazione di inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE.

IV — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

24. Nel ricorso, pervenuto in cancelleria il 24 settembre 2004, si chiede alla Corte di giustizia di dichiarare che «la Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui agli articoli 2, comma 1; 17, comma 12; 27, comma 2; 30, comma 6 bis; 37 ter e 37 quater, comma 1 della legge n. 109 del 11 febbraio 1994, come modificata, da ultimo, dall'articolo 7 della legge n. 166 del 1° agosto 2002; 2, comma 5 della legge n. 109/94, come da ultimo modificata dalla legge n. 166/2002, in combinato disposto con le leggi n. 1150 del 1942 e n. 10 del 1977 e successive modifiche e integrazioni; 28, comma 4, della legge n. 109/94, in combinato disposto con l'articolo 188 del D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999 e 7 della citata legge n. 166/2002, nonché l'articolo 3, comma 3, del decreto legislativo n. 157 del 17 marzo 1995, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù delle direttive 93/37/CEE, 93/36/CEE , 92/50/CEE e 93/38/CEE nonché in virtù degli artt. 43 e 49 del Trattato CE e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento che ne costituiscono il corollario». La Commissione chiede inoltre di condannare la convenuta alle spese.

25. Nel controricorso, depositato in cancelleria il 16 dicembre 2004, lo Stato convenuto chiede il rigetto del ricorso della Commissione e, in subordine, l'approvazione delle modifiche apportate alla normativa italiana contestata nel parere motivato, respingendo la censura relativa «all'art. 2, comma 5, della legge 109/94».

26. Il 26 gennaio 2005 è stata presentata una replica ed il successivo 16 marzo una controreplica.

27. Con ordinanza 6 aprile 2004 il Presidente della Corte di giustizia ha ammesso l'intervento dei Paesi Bassi — che hanno presentato le proprie memorie il 14 luglio 2005 — e della Finlandia — che le ha presentate il 18 luglio 2005 — a sostegno dell'Italia [12], la quale, a sua volta, ha presentato osservazioni relative alle memorie di intervento, in data 14 settembre 2005.

28. Essendosi conclusa la fase scritta del procedimento, poiché nessuna delle parti interessate ha chiesto l'apertura di una fase orale, lo stato degli atti all'11 luglio 2006 ha permesso l'elaborazione delle presenti conclusioni.

V — I contratti misti

29. L'autonomia della volontà facilita la comparsa di nuove forme contrattuali che combinano gli elementi di diverse tipologie [13] al fine di raggiungere nel miglior modo possibile le finalità delle parti.

30. Esistono innumerevoli combinazioni possibili, sotto il profilo del contenuto degli obblighi contrattuali [14], poiché può darsi che un solo negozio giuridico ne incorpori diversi, che esista una pluralità di oggetti e che, in all'interno di tale trama, ciascun negozio comporti diverse prestazioni.

31. La difficoltà principale consiste nel selezionare le disposizioni applicabili, dalle quali dipendono determinati effetti, come il fatto di sottomettere l'appalto a procedure più rigorose o quello di escludere alcuni offerenti.

32. Tale delimitazione può basarsi sul criterio della combinazione, che utilizza disposizioni di provenienza diversa negli elementi di uno stesso contratto, oppure nel criterio dell'assorbimento, che applica

12 — Anche la Francia era stata ammessa ad intervenire, tuttavia non ha presentato osservazioni.

13 — Per Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pag. 456, il «tipo», come figura del pensiero, si utilizza «per ottenere una caratterizzazione piú concreta di determinate categorie di rapporti giuridici, in particolare, in materia di diritti soggettivi e di obblighi contrattuali».

14 — Moreno Molina, J.A., e Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, pag. 36, segnalano che tali contratti offrono una ricca e complessa casistica.

la disciplina giuridica del contratto al quale appartiene l'elemento di maggior rilievo [15].

33. Il primo criterio evidenzia la singolarità di ciascun tipo; tuttavia, considerato che comporta numerosi inconvenienti di ordine pratico, non viene comunemente usato, salvo, per esempio, nei contratti che, sotto una formale apparenza unitaria, raggruppano una pluralità di oggetti.

34. Il secondo criterio viene generalmente applicato in situazioni che presentano una maggiore complessità, come quelle contemplate espressamente dalle direttive, che si basano sull'oggetto del contratto:

— se si tratta di forniture e di servizi, sempreché il valore dei servizi superi quello dei prodotti oggetto dell'appalto, è di applicazione la direttiva 92/50 [16];

— nel caso degli appalti di forniture, anche qualora la fornitura di prodotti implichi, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione, si applica la direttiva 93/36 [17];

— nel caso degli appalti di servizi che includono attività accessorie, ci si attiene alla direttiva 92/50 [18];

— quando l'appalto ha ad oggetto la concessione di lavori, devono venire rispettate precise regole di pubblicità indicate dalla direttiva 93/37 [19].

35. Inoltre, la direttiva 92/50 prevede che, qualora un appalto abbia per oggetto sia servizi elencati nell'allegato I A, sia servizi elencati nell'allegato I B, il valore dei servizi determina le disposizioni di riferimento per l'aggiudicazione dell'appalto [20] (art. 10) [21]. La direttiva 93/38 contiene una disposizione simile (art. 17).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales,* Ed. Tirant lo Blanch, Valenza, 2003, pag. 91.

16 — Art. 1, n. 2, lett. d), secondo paragrafo, della direttiva 2004/18.

17 — Art. 1, n. 2, lett. c), secondo paragrafo, della direttiva 2004/18.

18 — Art. 1, n. 2, lett. d), terzo paragrafo, della direttiva 2004/18.

19 — Art. 1, n. 3, e titolo III (artt. 56-65) della direttiva 2004/18.

20 — L'avvocato generale Mischo, ai paragrafi 31-36 delle conclusioni relative alla causa C-411/00, Felix Swoboda, decisa con sentenza 14 novembre 2002 (Racc. pag. I-10567), segnala le differenze tra questa ipotesi, in cui si devono determinare le disposizioni applicabili all'interno della stessa direttiva, e le ipotesi anteriori, in cui si tratta di individuare la direttiva applicabile. In questa scia la sentenza ha evidenziato che la direttiva 92/50 «fornisce un criterio univoco di determinazione della disciplina applicabile ad un appalto comprendente servizi differenti», che è fondato sul valore dei servizi (punto 52), respingendo la tesi secondo cui ci si deve basare sull'«oggetto principale del contratto» (punto 49).

21 — Art. 22 della direttiva 2004/18.

36. Ciononostante, le alternative poc'anzi descritte non esauriscono la gamma delle ipotesi possibili, talché, a fronte delle lacune lasciate dalle direttive che, peraltro, non stabiliscono una disciplina comune per tutti i tipi di appalti [22], il legislatore nazionale deve definire il regime applicabile alla maggior parte degli esempi di contratti misti, disponendo, al riguardo, di un ampio margine discrezionale, che è limitato dalle direttive e dal Trattato.

37. È opportuno rilevare che le direttive si basano sull'oggetto principale dell'appalto mentre, qualora uno stesso appalto abbia più oggetti o preveda varie prestazioni, prendono a riferimento il criterio del maggior rilievo economico. L'uso di entrambi i criteri consente di delineare l'ambito di applicazione ratione materiae di tale normativa.

38. In effetti, l'oggetto principale si configura come l'elemento essenziale attorno al quale ruota il contratto [23]. Così, la sentenza della Corte di giustizia 19 aprile 1994, Gestión Hotelera Internacional [24], prendendo in esame un appalto avente ad oggetto tanto la cessione di beni quanto l'esecuzione di lavori [25], ha considerato inammissibile il fatto di privilegiare tali lavori nel caso in cui abbiano carattere accessorio, sebbene spetti al giudice nazionale accertare tale circostanza (punti 26-29). Tuttavia, occorre considerare le sfumature di tale sentenza, poiché la qualifica dei lavori e delle opere come «accessori» [sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50 e art. 1, lett. a), in fine, della direttiva 93/36] non rende decisiva tale qualità agli effetti della definizione del sistema. Di conseguenza, si deve interpretare tale sentenza nel senso che le obbligazioni secondarie non sono idonee a determinare le norme applicabili, le quali, pertanto, devono essere individuate in base al criterio della prevalenza [26].

39. Quanto al criterio relativo al valore, esso costituisce un dato imparziale non certo irrilevante quando si tratta di individuare l'oggetto o la prestazione di maggior rilievo, tenuto conto della sua funzione primaria, che è quella di escludere o di includere i contratti dalla sfera di applicazione delle direttive. In tale contesto, la sentenza 18 novembre 1999, Teckal [27], interpretando a contrario l'art. 2 della direttiva 92/50, ha affermato che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo

22 — Indipendentemente da ciò che avviene nel diritto civile nazionale, Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, pag. 382, esaminando tale problema nell'ambito di questo ramo del diritto, cita l'art. 1323 del codice civile italiano, a termini del quale «tutti contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare (…), sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo» [Titolo II del libro delle obbligazioni].

23 — Art. 1, lett. a), delle direttive 93/36 e 93/37; art. 1, n. 4, della direttiva 93/38; decimo 'considerando' e art. 1, n. 2, della direttiva 2004/18.

24 — Causa C-331/92, Racc. pag. I-1329.

25 — Secondo quanto espone l'avvocato Lenz al punto 19 delle sue conclusioni relative a tale causa, la questione pregiudiziale verteva sull'aggiudicazione della concessione per l'apertura e la gestione di una casa da gioco, nonché sulla concessione della gestione di un hotel, subordinata all'obbligo di eseguire opere di ristrutturazione.

26 — Greco, G., in «Contratti "misti" e appalti comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, pag. 1265, sostiene che il criterio della prevalenza è più idoneo a individuare la disciplina applicabile nella maggior parte dei casi riguardanti contratti misti rispetto al criterio del carattere accessorio, che si dimostra in molti casi insufficiente.

27 — Causa C-107/98, Racc. pag. I-8121.

prodotti e servizi, esso rientra nell'ambito della disciplina dei contratti di forniture, qualora il «valore» dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi (punto 38); tale giurisprudenza è stata confermata nella sentenza 11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei [28] (punti 31-47).

41. Pertanto, il ricorso per violazione dell'ordinamento comunitario offre un'ampia copertura ratione materiae, poiché non è limitato al diritto derivato, in cui le direttive costituiscono il terreno più adatto per questo tipo di procedimenti.

42. Alla luce di tali riflessioni si capisce come il ricorso in esame non insista sulla violazione di disposizioni concrete delle direttive sugli appalti da parte della legislazione italiana, e si concentri piuttosto sulla violazione dei principi comunitari immanenti agli artt. 43 CE e 49 CE.

VI — Il rispetto dei principi comunitari negli appalti esclusi

A — *Il ricorso di inadempimento per violazione dei principi di diritto comunitario*

40. Dal disposto dell'art. 10 CE si desume che l'appartenenza alla Comunità comporta due obblighi per gli Stati membri: un obbligo positivo di adottare «tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti (…)» dal Trattato «ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità»; e un altro, negativo, di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi» perseguiti. Gli artt. 226 CE e 227 CE autorizzano la Commissione e gli Stati membri ad adire la Corte di giustizia quando reputino che uno degli Stati membri abbia mancato a tali obblighi.

43. In altre parole, muovendo dal dato che il regime giuridico degli appalti pubblici si differenzia, in virtù dell'assoggettamento alle direttive, per i termini specificati dalla normativa nazionale di esecuzione, la Commissione fonda la propria denuncia sulla mancanza di una previsione esplicita che assicuri il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento nell'aggiudicazione degli appalti esclusi dall'applicazione delle direttive in base al valore.

B — *I principi di trasparenza e di parità di trattamento nei contratti esclusi*

44. Ho avuto modo di rilevare in precedenti conclusioni che l'obiettivo di sviluppo di una

28 — Causa C-340/04 (Racc. pag. I-4137).

concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici si può raggiungere solo se coloro che aspirano ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto si trovano su un piano di parità, senza segno alcuno di preferenze ingiustificate; a tal fine non basta che la procedura si conformi a criteri equilibrati, ma è altresí necessario che la pubblicità sia la norma [29].

45. La Corte di giustizia ha considerato in altre occasioni l'incidenza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento nell'affidamento degli appalti che, a causa del valore, rimangono esclusi dall'applicazione delle direttive e, di conseguenza, dalle norme di trasposizione.

46. Nella sentenza 7 dicembre 2000, Teleaustria e Telefonadress [30], si è rilevato che, nel caso dei contratti esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, «gli enti aggiudicatori che li stipulano [sono] cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità» (punto 60). A tenore della sentenza 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia e 3-S, 31, il ricordato principio di non discriminazione [31] «implica un obbligo di trasparenza» che consenta all'amministrazione aggiudicatrice di assicurarne il rispetto (punto 31) e che garantisca, a tenore della prima sentenza citata, «in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione» (punto 62). Per tale ragione, come si è dichiarato nella sentenza 13 ottobre 2005, Parking Brixen [32], la totale mancanza di gara «non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza» (punto 50), sebbene, la sentenza 21 luglio 2005, Coname [33], indichi che la trasparenza non comporta necessariamente «un obbligo di fare ricorso ad una gara» (punto 21).

47. Tali affermazioni, ribadite in occasioni successive [34], si basano, quindi, su una distinzione tra gli appalti inclusi nei rispettivi ambiti di applicazione delle direttive, che vengono assoggettati alle procedure ivi previste, e gli appalti esclusi dalle direttive, cui si applicano solamente i principi fondamentali [35] del diritto comunitario.

29 — Paragrafi 24-29 e 21-26 delle mie conclusioni relative alle cause riunite C-285/99 e C-286/99, definite, rispettivamente, con le sentenze 27 novembre 2001, Lombardini e Mantovani (Racc. pag. I-9233), e 24 novembre 2005, causa C-331/04, ATI EAC e a. (Racc. pag. I-10109).

30 — Causa C-324/98 (Racc. pag. I-10745). Tale sentenza ha affrontato in primo luogo il problema relativo all'inclusione del contratto di cui trattavasi, considerato il suo oggetto specifico — «la produzione e la pubblicazione di elenchi di abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici)» (punto 19) —, nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38 e non in quello della direttiva 92/50 (punti 31-40).

31 — Causa C-275/98 (Racc. pag. I-8291).

32 — Causa C-458/03 (Racc. pag. I-8612).

33 — Causa C-231/03 (Racc. pag. I-7287).

34 — V., inter alia, la sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, (Racc. pag. I-3303, punto 18).

35 — Nella stessa scia giurisprudenziale, v. l'ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punti 19-21).

C — *Portata dell'obbligo di rispettare i principi di trasparenza e di uguaglianza*

1. Il riferimento alle direttive

48. Avendo riconosciuto l'esistenza di un obbligo di rispettare i principi di trasparenza e di uguaglianza nell'affidamento degli appalti che sfuggono all'applicazione delle disposizioni specifiche in materia, occorre ora delimitare tale obbligo, e chiarire se esso debba essere concretamente enunciato nel diritto scritto.

49. La Corte di giustizia non ha sciolto questo nodo nella citata sentenza Coname, nonostante lo studio particolareggiato esposto dall'avvocato generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni. Tuttavia, vi sono attualmente svariati casi pendenti in cui la Corte potrebbe riprendere tale discussione [36].

50. A differenza dei suddetti casi, che riguardano appalti specifici, la fattispecie in esame ha carattere più ampio, e richiede pertanto un riferimento alle direttive ed al Trattato.

51. Come ha messo in risalto la sentenza 11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau [37], l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici consiste non soltanto nella libera circolazione dei servizi, ma anche nell'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (punto 44) [38].

52. Tuttavia, la lettura delle direttive rivela la mancanza di una codificazione completa in seno all'Unione [39], poiché, da un lato, le direttive riguardano essenzialmente la fase dell'aggiudicazione, sebbene incidano anche sulle altre fasi, come l'esecuzione; dall'altro, escludono determinati appalti e, infine, non recano le disposizioni generali cui devono conformarsi i contratti esclusi.

53. È comprensibile che la normativa comunitaria si limiti a disciplinare la preparazione, la procedura e le forme di aggiudicazione

36 — Cause C-507/03, Commissione/Irlanda, e C-532/03, Commissione/Irlanda, in cui si contesta l'aggiudicazione di alcuni appalti di servizi senza la previa pubblicazione del relativo avviso; l'avvocato generale Stix-Hackl ha presentato le sue conclusioni in entrambe le cause il 14 settembre 2006. Si cita inoltre il procedimento C-195/04, Commissione/Finlandia, in cui si è tenuta un'udienza lo scorso 8 giugno; in tale causa la violazione si riferisce all'affidamento di un appalto per la fornitura di attrezzature da cucina per uso istituzionale.

37 — Causa C-26/03 (Racc. pag. I-1).

38 — Sebbene realizzino scopi diversi, come la salvaguardia degli interessi economici dell'amministrazione, depurando i prezzi; v., García-Trevijano Garnica, J.A., «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», in *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas,* a cura di Pendás, B., Ed. Praxis, Barcellona, 1995, pag. 258.

39 — Millett, T., «Les marchés publics en droit communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* n° 452, ottobre-novembre 2001, pag. 630. Piñar Mañas, J.L., nell'opera colletiva *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004, pag. 79, osserva che, ciononostante, attraverso le direttive «si sta ponendo in essere un regime comune degli appalti».

degli appalti, come indicato nel titolo stesso delle direttive, in quanto si tratta delle fasi che incidono maggiormente sulla libera circolazione dei beni, sulla libertà di stabilimento, sulla libera prestazione dei servizi nonché sui principi derivanti da tali libertà.

54. Allo stesso modo, si spiega l'esclusione da tale disciplina di alcuni appalti specifici, a causa del loro oggetto delicato — come gli appalti segreti o quelli soggetti a forti misure di sicurezza —, per il fatto che rientrano nell'ambito di applicazione di altre direttive — come quelle relative alle telecomunicazioni — oppure per il loro valore — considerato poco rilevante —.

55. Meno comprensibile è invece la mancanza di una normativa comune applicabile a tutti gli appalti pubblici, che rechi disposizioni sulla parità di trattamento, sul divieto di discriminazione, sulla trasparenza e sulla pubblicità, pur con le debite eccezioni [40], poiché tali indicazioni avrebbero l'effetto di rafforzare gli obiettivi comunitari, senza creare inconvenienti irrimediabili.

40 — L'art. 2 della direttiva 2004/18 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici trattano «gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio», e agiscono «con trasparenza»; gli artt. 4-6 dettano alcuni criteri generali per tutti gli appalti pubblici, in particolare, con riferimento agli «operatori economici», alle «condizioni relative agli accordi conclusi in seno all'Organizzazione mondiale del commercio» ed alla «riservatezza»; tuttavia, ai sensi dell'art. 7, tali disposizioni si applicano soltanto agli appalti pubblici «che non sono esclusi».

56. Il legislatore nazionale ha il potere di colmare tale silenzio; tuttavia nessuno gli richiede di istituire regole che non sono state adottate neppure nel diritto comunitario derivato. Così, è opportuno ricordare che l'art. 249 CE prevede che «la direttiva vincol[i] lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi», il che significa che la trasposizione dovrà comprendere l'intera direttiva, ma solo questa.

57. Pertanto, allo stato attuale del diritto comunitario, né la finalità delle direttive, né il loro contenuto o l'effetto utile, richiedono che gli ordinamenti degli Stati membri facciano un riferimento esplicito ai principi che hanno ispirato tali strumenti normativi, in relazione agli appalti pubblici esclusi dal loro l'ambito di applicazione.

2. Il riferimento al Trattato

58. La sentenza 5 dicembre 1989, Commissione/Italia [41], ha affermato che gli artt. 43 CE e 49 CE costituiscono un'espressione particolare del principio di parità di trattamento

41 — Causa C-3/88, Racc. pag. 4035.

(punto 8), che, come ha dichiarato la sentenza 25 aprile 1996, Commissione/Belgio [42], significa che tutti gli interessati devono disporre delle stesse possibilità nella formulazione dei termini della loro offerta, a prescindere dalla cittadinanza (punti 33 e 54).

59. La pubblicità delle gare di appalto diventa un principio chiave per i principi del Trattato, che, ciononostante, non reca indicazioni sul modo in cui realizzare i bandi di gara. Al riguardo, la giurisprudenza ha lasciato carta bianca, salvo alcune indicazioni minime. Così, nell'ambito della giurisprudenza già citata, la sentenza Parking Brixen ha affermato che «spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni concedenti, se le modalità di gara siano adeguate alla specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta» (punto 50, che cita a sua volta i punti 61 e 62 della sentenza Teleaustria e Telefonadress) [43], concetto, questo, che è trasferibile a qualunque tipo di appalto.

60. La sentenza Coname ha riaffermato i suddetti aspetti, durante l'esame dell'attribuzione diretta da parte di un ente locale italiano del servizio riguardante il mantenimento, la gestione e la manutenzione degli impianti di distribuzione di gas metano. Poiché si trattava di un'attribuzione esclusa dalla disciplina delle direttive sugli appalti, la Corte si è riferita al diritto primario (punto 16), affermando che la mancanza di trasparenza dava origine ad una discriminazione indiretta vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (punti 17-19), che poteva essere giustificata qualora, a causa di «circostanze particolari, come un valore economico molto limitato si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene» non avrebbe interesse alla concessione controversa e che, pertanto, «gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime» (punto 20).

61. In un'ottica più ampia, l'avvocato generale Stix-Hackl, nelle conclusioni della causa Coname, dubita che le libertà fondamentali esigano requisiti uniformi per tutti gli appalti (paragrafo 70), e propone un regime semplificato che valuti le diverse categorie di aggiudicazioni sulla base della loro rilevanza per il mercato interno (paragrafo 75 e segg.).

62. Da quanto esposto nei precedenti paragrafi si desume che, da un lato, la parità di trattamento e la trasparenza che emergono dal Trattato devono essere sempre osservate,

42 — Causa C-87/94, Racc. pag. I-2043.

43 — Al paragrafo 43 delle conclusioni relative a tale causa, l'avvocato generale Fennelly spiega che «il rispetto sostanziale del principio di non discriminazione in base alla nazionalità implic[a] che il rilascio di concessioni rispetti un grado minimo di pubblicità e di trasparenza», ma non richiede «che l'amministrazione aggiudicatrice applichi in via analogica le disposizioni delle più attinenti direttive comunitarie».

non essendo necessario ribadirle espressamente in disposizioni di diritto derivato [44] e, dall'altro, che, allo stato attuale del diritto, incombe a ciascuno Stato membro stabilire il grado di divulgazione delle offerte, entro alcuni limiti.

D — *Corollario*

63. Alla luce di tale esegesi, ritengo che né le direttive né il Trattato impongano ai membri della Comunità di prevedere espressamente nei loro ordinamenti disposizioni generali applicabili agli appalti esclusi dalla relativa disciplina comunitaria, che ribadiscano l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, o di pubblicità, che la libera concorrenza esige. Gli Stati membri che decidono di farlo agiscono in base ad una loro precisa volontà e non in forza di un obbligo derivante dalla loro appartenenza all'Unione.

64. In caso contrario, si verrebbero a creare notevoli problemi di ordine pratico, già menzionati nelle citate conclusioni relative alla causa Coname, riguardanti, ad esempio, la scelta del mezzo di pubblicazione o il contenuto minimo del bandi di gara (paragrafi 96 e 97), poiché le stesse direttive operano una differenziazione in base alla rilevanza economica delle prestazioni. Un obbligo in tal senso si discosterebbe inoltre dagli orientamenti della giurisprudenza, che, nella detta sentenza, ha ammesso alcune ipotesi di attribuzione diretta, senza il ricorso ad una gara (paragrafo 21).

65. In ogni caso, esiste la possibilità di assicurarsi che i suddetti principi vengano rispettati nei singoli atti, come hanno confermato le citate sentenze Parking Brixen e Coname [45].

VII — Analisi dei motivi di inadempimento

A — *Considerazioni preliminari*

66. All'inizio di queste conclusioni ho rilevato che la Commissione contesta all'Italia l'inosservanza degli obblighi che le incombono in materia di appalti pubblici, per aver sottratto determinate aggiudicazioni alle regole e ai dettami della pertinente normativa comunitaria; e questo, fondamentalmente, in due modi: in primo luogo, adottando il valore dei lavori di carattere accessorio come unico criterio per determinare l'assoggettamento dei contratti misti alla disciplina comunitaria;

44 — Nononostante ciò, il legislatore italiano ha riaffermato tali principi nella riforma del 2005, di cui parlerò infra.

45 — Cause pendenti C-507/03, C-532/03 e C-195/04, cit. supra, alla nota 36.

in secondo luogo, per aver omesso di specificare, sempre con riguardo agli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie, il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE.

67. Il governo convenuto, sebbene neghi che, in concreto, le disposizioni del suo ordinamento giuridico riguardanti la realizzazione di lavori eseguiti dai privati per ottenere una deduzione dei relativi contributi di concessione siano contrarie al diritto comunitario, adduce che le altre incompatibilità denunciate dalla ricorrente sono state eliminate attraverso le modifiche apportate con la legge 18 aprile 2005, n. 62, Legge comunitaria 2004 [46].

68. In proposito è sufficiente ricordare che la giurisprudenza esige di valutare la sussistenza dell'inadempimento in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, e che la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi [47].

69. Di conseguenza, nel procedimento in esame, occorre prendere come riferimento la normativa vigente all'epoca in cui è scaduto il termine di due mesi concesso nel parere motivato del 15 ottobre 2003 e non la legislazione approvata successivamente.

B — *La delimitazione dei contratti misti*

70. Ai contratti misti di lavori, forniture e servizi, nonché ai contratti misti di forniture e di servizi che comprendono lavori di carattere accessorio, si applicano le disposizioni della legge italiana che ha recepito le direttive comunitarie, qualora i lavori assumano un valore superiore al 50 % del prezzo (art. 2, comma 1, della legge 109/94 e, con un testo analogo, art. 3, comma 3, del decreto legislativo n. 157/95). La valutazione economica di una porzione all'interno di un contratto di questo tipo costituisce pertanto l'unico criterio che determina l'applicazione della legge 109/94.

71. La Commissione, richiamandosi alla citata sentenza Gestión Hotelera Internacional, sostiene che l'assoggettamento o meno alla legge deve dipendere dall'oggetto principale dell'appalto, definito inter alia, e non esclusivamente, in base all'importo delle prestazioni, poiché, altrimenti, si avrebbe l'effetto di escludere gli appalti a componente mista con un valore stimato superiore alle soglie stabilite dalle direttive 92/50 e 93/36, sebbene inferiore ai margini previsti

46 — «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee», supplemento ordinario a la GURI n. 96, del 27 aprile 2005.

47 — Sentenze 27 novembre 1990, causa C-200/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4299, n. 13); 2 maggio 1996, causa C-133/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2323, punto 17); 30 gennaio 2002, causa C-103/00, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-1147, punto 23), e 13 marzo 2003, causa C-333/01, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-2623, punto n. 8).

dalla direttiva 93/37, per il semplice fatto che i lavori, benché di carattere accessorio, rappresentano la maggior parte dell'intero valore dell'appalto.

72. Lo Stato convenuto cita una circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [48] e la riforma della legge 109/94, in cui si invita, nel caso di appalti misti, a non prendere in considerazione l'importo dei lavori accessori, talché l'aspetto finanziario avrebbe ancora un carattere prevalente, ma non sarebbe più l'unico criterio da utilizzare al fine di individuare la disciplina applicabile.

73. Ritengo che, per le ragioni già esposte in precedenza, si debba prescindere dalle modifiche annunciate, e che, inoltre, come viene affermato nella replica, una circolare amministrativa non può invalidare una norma di legge, poiché, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia «semplici prassi amministrative, per loro natura modificabili a volontà dell' amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate come una valida esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato [49].

74. Dopo tali precisazioni, è evidente che le direttive ostano a che il valore dei lavori costituisca sempre il criterio fondamentale per determinare il regime giuridico applicabile agli appalti misti, poiché così facendo, si avrebbe l'effetto di sottrarre alla disciplina comunitaria contratti il cui oggetto principale consiste nella prestazione di servizi o di forniture, semplicemente a causa del minor valore delle obbligazioni contrattuali primarie.

75. Le stesse direttive si riferiscono all'oggetto dell'appalto, senza confonderlo con la causa o con le relative prestazioni [50], sebbene queste ultime lo identifichino e, qualora gli oggetti siano vari, li classificano sulla base degli importi delle prestazioni, giacché le direttive medesime delimitano il proprio campo di applicazione in base ad importi monetari facilmente constatabili.

76. Non è possibile invertire i termini né basarsi, come nel caso delle disposizioni italiane controverse, sull'aspetto economico di prestazioni collaterali, con la conseguenza che l'inadempimento deve ritenersi fondato nei termini così delineati.

48 — Circolare 18 dicembre 2003, n. B1/2316 (GURI n. 79, del 3 aprile 2004).

49 — Sentenze 24 marzo de 1994, causa C-80/92, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1019, punto 20); 26 ottobre 1995, causa C-151/94, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-3685, punto 18; 17 maggio 2001, causa C-159/99, Commissione/Italia (Racc. pag. I-4007, punto 32); 17 gennaio 2002, causa C-394/00, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-581, punto 11); 27 febbraio 2003, causa C-415/01, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2081, punto 21), e 20 novembre 2003, causa C-296/01, Commissione/Francia (Racc. pag. I-13909, punto 54).

50 — Al paragrafo 37 delle conclusioni relative alla causa Gestión Hotelera Internacional, l'avvocato generale Lenz osserva che un'obbligazione principale e intrasmissibile non costituisce necessariamente l'oggetto principale del contratto.

C — *Le opere di urbanizzazione*

77. Gli interventi eseguiti dai privati: a) per dedurre contributi connessi alle concessioni edilizie, b) conseguenti ad obblighi di legge e c) gli interventi assimilabili a questi, non soggiacciono all'applicazione della legge 109/94; tuttavia, se l'importo delle singole opere è superiore alla soglia comunitaria, l'affidamento delle stesse deve avvenire in conformità della direttiva 93/37 (art. 2, comma 5, della legge 109/94).

78. La Commissione sostiene, da un lato, che tali disposizioni, in combinato disposto con la legge 1150/42 e con la legge 10/77, consentono l'affidamento diretto dei lavori di urbanizzazione al titolare della licenza edilizia o di un piano di lottizzazione, senza garantire l'osservanza dei principi di trasparenza e di uguaglianza sanciti dal Trattato CE, che devono essere rispettati anche nel caso di interventi il cui valore sia inferiore alle soglie comunitarie. D'altra parte, essa aggiunge che, al fine di valutare se vengono raggiunte le dette soglie, occorre prendere in considerazione tutti gli interventi previsti nell'appalto e non solamente alcuni di essi.

79. Il governo italiano nega decisamente che la legislazione controversa comporti la violazione addebitata. In primo luogo, esso cita due circolari, rispettivamente, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] e del Dipartimento per le Politiche Comunitarie [52], indicando le disposizioni adottate per adeguare tali strumenti alle norme comunitarie. In secondo luogo, il detto governo reputa eccessivo considerare che, in sede di trasposizione delle norme comunitarie nel diritto interno, occorra indicare il riferimento ad ogni pertinente disposizione del Trattato e alla giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia. In terzo luogo, esso sottolinea il carattere particolare degli interventi di urbanizzazione ad opera del costruttore, che si sostituisce alle amministrazioni locali. Infine, esso dissente dall'interpretazione della sentenza 12 luglio 2001, resa nella causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. [53], suggerita dalla Commissione, poiché, a suo avviso, non ha esaminato le opere di carattere eterogeneo eseguite da un privato per conto dell'amministrazione.

1. Sui principi di trasparenza e di uguaglianza

80. In base a quanto esposto in precedenza, emerge che non si possono censurare le norme nazionali per la mancata menzione di

51 — Circolare n. 462, del 18 dicembre 2001, «Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi» (GURI n. 300, del 28 dicembre 2001).

52 — Circolare n. 8756, del 6 giugno 2002, «Normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"» (GURI n. 178, 31 luglio 2002).

53 — Racc. pag. I-5409.

un obbligo generale di osservanza dei principi di trasparenza e di uguaglianza; dato il carattere plasmabile di tale obbligo, l'accertamento della sua violazione dipende dalle circostanze in cui viene effettuata ciascuna aggiudicazione .

81. La Repubblica italiana non ha commesso pertanto l'inadempimento contestato.

84. Come ho già rilevato, il governo italiano segnala le peculiarità del settore urbanistico e le caratteristiche del regime di aggiudicazione controverso, ma trascura il fatto che la valutazione di tale sistema nel presente procedimento deve basarsi sulle direttive in materia di appalti pubblici. Se si pone l'accento su un piano giuridico — il piano nazionale — senza prendere in considerazione l'altro — quello comunitario —, si distorce la situazione. Inoltre, ho già messo in rilievo che la sentenza resa nella causa Ordine degli Architetti e a. ha affermato che le caratteristiche proprie della materia urbanistica non sono sufficienti ad escludere l'applicazione delle direttive (punto 66).

2. Sull'ambito di applicazione della normativa italiana

82. La seconda obiezione formulata dalla ricorrente in merito all'affidamento diretto di opere al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione riguarda il fatto che è d'obbligo applicare le procedure di gara allorché l'accordo tra l'amministrazione e il soggetto privato riguardi opere il cui importo, valutato singolarmente, superi le soglie comunitarie.

83. Secondo la Commissione, tale regola costituirebbe una violazione della direttiva 93/37, poiché comporta che un appalto il cui valore globale superi le soglie comunitarie venga esonerato dall'applicazione delle direttive, a causa degli importi inferiori alle dette soglie, corrispondenti alle singole opere che ne formano oggetto.

85. La direttiva 93/37, all'art. 1, fornisce indicazioni su cosa debba intendersi per «appalti pubblici di lavori» [lett. a)] [54] e per «opera» [lett. c)]; [55] l'art. 6, n. 3, si riferisce al caso in cui un'opera sia ripartita in più lotti, ciascuno dei quali formi l'oggetto di un appalto, e l'art. 6, n. 4, vieta la frammentazione di appalti ed opere al fine di sottrarre i medesimi all'applicazione della direttiva [56].

54 — «[S]ono 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».

55 — «[I]l risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica».

56 — Obblighi analoghi sono previsti dall'art. 7 della direttiva, dall'art. 5 della direttiva 93/36, dall'art. 14 della direttiva 93/38 e, infine dall'art. 9 della direttiva 2004/18, dedicato ai «metodi di calcolo del valore stimato degli appalti pubblici degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione».

86. Vengono così forniti concetti e criteri che devono essere interpretati alla luce del diritto comunitario [57], nel cui ambito va collocata la sentenza Ordine degli Architetti e a., già ricordata, a termini della quale «la realizzazione diretta [da parte del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato], di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione» deve essere assoggettata alla direttiva 93/37 «nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi».

87. Tuttavia, occorre puntualizzare il contenuto di tale pronuncia, poiché i lavori pubblici che implicano opere di urbanizzazione vengono eseguiti direttamente dall'amministrazione, ovvero da un terzo, in applicazione della legge o di una convenzione, caso in cui esiste un contratto regolato dalla disciplina comunitaria [58], e il proprietario, agendo come alter ego dell'amministrazione [59], è tenuto a rispettare gli stessi obblighi in materia di pubblicità e di concorrenza [60].

88. Inoltre, la direttiva 93/37 concretizza la nozione di «opera», la cui esistenza, conformemente alla sentenza 5 ottobre 2000, nella causa C-16/98, Commissione/Francia [61], deve essere valutata in relazione alla funzione economica e tecnica del risultato dei lavori di cui trattasi (punto 36). Il valore totale ottenuto sommando i diversi lotti — se esistono —, determina l'assoggettamento alle disposizioni comunitarie, senza che, come ho già segnalato, le caratteristiche peculiari della materia urbanistica possano servire come motivi oggettivi per giustificare un frazionamento dell'appalto.

89. Le precedenti riflessioni evidenziano che le opere di urbanizzazione assoggettate alla direttiva devono osservare anche le regole dettate da quest'ultima per calcolare l'importo degli appalti; pertanto, devono essere respinte le disposizioni, come quella di cui all'art. 2, comma 5, della legge 109/94, che alterano tali regole, proponendo un unico criterio generale che provoca l'effetto dannoso di un allontanamento dai postulati comunitari e perciò impedisce ad imprese di altri Stati membri, per cause oggettive che si riferiscono al valore delle opere, di

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., «Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001», in *Cuadernos de Derecho local*, n. 4, 2004, pag. 19 e segg.

58 — L'avvocato generale Léger, nelle conclusioni relative al procedimento in cui è stata pronunciata la sentenza Ordine degli Arcghitetti e a., rileva giustamente che, quando «l'operatore chiamato a realizzare i lavori di urbanizzazione è individuato puramente e semplicemente dalla legge» alla convenzione manca un elemento essenziale del rapporto contrattuale (paragrafo 68).

59 — Fernández Rodríguez, T.R., «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto "proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Documentación Administrativa*, n^{os} 261-262, settembre 2001-aprile 2002, pag. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, H., op. cit., pag. 28.

61 — Causa C-16/98, racc. pag. I-8315. Anche se tale sentenza aveva esaminato la sentenza 93/38, possiamo estendere i ragionamenti elaborati in quella sede alle disposizioni analoghe della direttiva 93/37.

presentare offerte nelle gare d'appalto di loro interesse [62].

90. Di conseguenza, la citata disposizione della legge italiana viola la direttiva 93/37.

92. La Commissione sostiene che, anche nei casi che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme europee sugli appalti, si impone l'osservanza dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, che vengono invece violati quando l'attribuzione avviene senza il rispetto delle forme minime di pubblicità, difetto, questo, che non può essere sanato con il ricorso ad una procedura di verifica dell'esperienza e della capacità dei prestatori selezionati o dall'obbligo di motivare la scelta di questi ultimi.

D — *L'affidamento delle attività di progettazione, di direzione e di vigilanza dei lavori negli appalti con un valore inferiore alle soglie comunitarie*

93. Il governo convenuto cita la riforma della legge 109/94, che introduce un riferimento esplicito ai detti principi, e ribadisce l'argomentazione precedente circa l'irrazionalità delle indicazioni richieste dalla ricorrente.

91. Per gli appalti il cui importo stimato sia inferiore alle soglie indicate nelle direttive, la legge 109/94 consente alle stazioni appaltanti di affidare gli incarichi di progettazione, direzione e verifica dell'esecuzione dei lavori a soggetti di loro fiducia (artt. 17, comma 12, e 30, comma 6 bis).

94. Poiché la discussione su questo punto è stata impostata in termini simili a quella riguardante l'art. 2, comma 5, della legge 109/94, l'esperienza consiglia di risolvere tale questione allo stesso modo, e cioè nel senso che, al momento attuale, l'ordinamento comunitario non impone che l'obbligo di rispettare i citati principi nell'aggiudicazione degli appalti esclusi dalla normativa comunitaria venga messo specificamente per scritto, ai fini dell'attribuzione dei suddetti incarichi, fatto salvo l'esame di ciascuna procedura specifica e di una eventuale denuncia di una violazione dei detti principi dinanzi ai giudici nazionali o comunitari.

62 — Sentenza Commissione/Francia, cit. supra, alla nota 61 (in particolare, punti 38-47). Nelle sue conclusioni relative a tale causa l'avvocato generale Jacobs sostiene che una serie di operazioni da realizzare nel corso di un periodo determinato su un insieme di reti che condividono una stessa funzione economica e tecnica deve essere considerata come a sua volta diretta ad adempiere una comune funzione economica e tecnica (paragrafo 72); tale ragionamento può essere esteso agli interventi di urbanizzazione, del pari alle considerazioni espresse nella sentenza 14 settembre 2004, causa C-385/02, Commisione/Italia (Racc. pag. I-8121), secondo cui «non basta affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore» (punto 21).

95. Non risulta, pertanto, che gli artt. 17, comma 12 e 30, comma 6 bis, della legge 109/94 costituiscano la violazione del diritto comunitario contestata nel presente procedimento.

E — *L'affidamento della direzione dei lavori*

96. La direzione dei lavori è affidata all'amministrazione aggiudicatrice; tuttavia, qualora essa non possa espletare tale attività, e nemmeno possano farlo altre amministrazioni pubbliche, la direzione dei lavori viene affidata al progettista incaricato (art. 27, n. 2, della legge 109/94).

97. La Commissione critica il carattere generale di tale regola che disattende le direttive 92/50 e 93/38, intese a far sì che le attività di direzione vengano affidate nel rispetto della pubblicità ed in condizioni di concorrenza, sia quando il valore dell'appalto supera le soglie comunitarie, perché così è stabilito, sia quando ne resta al di sotto, in forza dei principi del Trattato.

98. Il governo italiano pone in rilievo gli inconvenienti che il suo sistema riesce ad evitare; tuttavia aggiunge che, per porre fine alle obiezioni sollevate, ha modificato la legge 109/94, adottando alcune cautele per il caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice affidi l'incarico della direzione dei lavori al progettista, sempre che sia indicato nel bando di gara e che il relativo importo sia stato incluso nel bilancio.

99. La proiezione dei principi di trasparenza e di uguaglianza sugli appalti che non raggiungono le soglie comunitarie merita osservazioni identiche a quelle già esposte in precedenza a proposito di obiezioni analoghe, poiché poggia sugli stessi elementi. In linea con quanto già esposto, non si constata la violazione rilevata dalla Commissione.

100. Un diversa conclusione meritano gli appalti che, per il loro valore, sono assoggettati alle procedure di selezione, tenuto conto della chiarezza delle norme comunitarie in proposito. In tali casi occorre accettare scrupolosamente ogni disposizione, per quanto comodo possa sembrare il fatto di omettere le procedure prescritte, poiché l'art. 11, n. 1, della direttiva 92/50 e l'art. 4 della direttiva 93/38 sono categorici nell'assoggettare l'aggiudicazione alle procedure ivi definite — aperta, ristretta e negoziata — [63], talché, come ha affermato la giurisprudenza,

63 — V., inoltre, l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/36 e l'art. 7, n. 1, della direttiva 93/37.

solo le eccezioni espressamente previste sono ammissibili [64].

101. Le attività di direzione dei lavori figurano nella categoria 12 dell'allegato I A della direttiva 92/50 e nell'allegato XVI A della direttiva 93/38, per cui devono essere affidate conformemente alle pratiche prescritte da tali direttive.

102. Per tutte le suesposte ragioni, è indubbio che l'art. 27, comma 2, della legge 109/94 viola le direttive 92/50 e 93/38.

F — *L'affidamento delle operazioni di collaudo*

103. Le operazioni di collaudo sono effettuate da tecnici appartenenti alle strutture delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, salvo che, nell'ipotesi di carenza di personale qualificato accertata e certificata (art. 28, n. 4, della legge 109/94), vengono affidate a soggetti esterni, inclusi in appositi elenchi istituiti presso le amministrazioni pubbliche (art. 188 del decreto del Presidente della Repubblica 554/99).

104. La censura della Commissione ribadisce gli argomenti esposti nel paragrafo VII E di queste conclusioni, rinviando alle procedure prescritte dalle direttive 92/50 e 93/38, qualora il valore dell'appalto superi le soglie pertinenti, e richiamando i principi del Trattato, per gli altri casi.

105. Il governo italiano invoca in sua difesa la futura modificazione delle suddette disposizioni regolamentari (precisamente, dell'art. 188, commi 8-11, del decreto del Presidente della Repubblica 554/99) [65].

106. Indipendentemente dai buoni propositi per il futuro, dichiarati dal governo convenuto, tale censura va incontro alla stessa sorte della precedente, in quanto non richiede obiezioni con riguardo agli artt. 43 CE e 49 CE; inoltre, gli incarichi di collaudo corrispondenti alla categoria 12 dell'allegato I A della direttiva 92/50 e dell'allegato XVI A della direttiva 93/38 devono essere affidati conformemente alle direttive.

107. Per le suesposte ragioni, ritengo che l'art. 28, comma 4, della legge 109/94, in combinato disposto con l'art. 188 del decreto

64 — Sentenza 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-5923, punto 10), e le sentenze già citate Teckal (punto 43), e Carbotermo e Consorzio Alisei (punto 45).

65 — Nella controreplica, esso informa che la Corte costituzionale, con sentenza n. 302/03 (punto 5.1), ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 8-10 del suddetto decreto.

del Presidente della Repubblica 554/99, sia in contrasto con le direttive 92/50 e 93/38.

G — *Interventi realizzabili con capitali privati*

108. Le amministrazioni aggiudicatrici consentono a soggetti privati la realizzazione di opere pubbliche suscettibili di sfruttamento commerciale. In una prima fase, i privati — nel ruolo di promotori — vengono invitati dalle amministrazioni, tramite avviso, a presentare proposte dirette alla stipulazione di contratti di concessione, nei quali i promotori si fanno carico, per intero o parzialmente, delle spese afferenti alla realizzazione dell'opera, ricevendo in contropartita la gestione dei lavori. Una volta che le proposte presentate siano state valutate, ne vengono individuate alcune di pubblico interesse, durante una seconda fase, in cui si apre, per ciascuna delle proposte individuate, una procedura ristretta, finalizzata ad ottenere due offerte aggiuntive, da utilizzarsi come riferimenti nella procedura negoziata; quest'ultima si conclude con l'attribuzione della relativa concessione al promotore che si sia dimostrato capace di adeguare la propria proposta alle modifiche indicate dall'ente appaltante (artt. 37 bis, 37 ter y 37 quater della legge 109/94).

109. La Commissione imputa alla Repubblica italiana, da una parte, una violazione del principio della parità di trattamento, individuata nel sistema poc'anzi descritto, dalla quale il promotore ricaverebbe due vantaggi rispetto a tutti gli altri concorrenti, anche qualora la sua proposta iniziale non sia la migliore, in quanto è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata e gode di una specie di diritto di prelazione. Tale violazione potrebbe essere evitata qualora tutti i partecipanti venissero messi a conoscenza dei detti privilegi e dei criteri di valutazione; tuttavia non è previsto che il bando iniziale includa obbligatoriamente tali informazioni; d'altra parte, poiché la pubblicazione del bando è stata resa obbligatoria soltanto a partire dal 18 agosto 2002, data di entrata in vigore della legge 166/2002, le procedure avviate prima di tale data sfociano nell'adozione di decisioni contrarie ai precetti generali del diritto comunitario.

110. Il governo convenuto sostiene che ambedue le censure sono riflesse nella riforma della legge 109/94, la quale introduce nel bando una menzione dei vantaggi accordati al promotore e che dispone la regolarizzazione delle pratiche pendenti al 31 gennaio 2004 che omettano tale menzione.

111. Sebbene il governo italiano non smentisca quanto viene affermato nel ricorso, spetta alla Commissione provare l'asserito inadempimento, senza potersi basare su alcuna presunzione [66], benché, una volta che siano stati apportati elementi

66 — Sentenze 25 maggio 1982, causa 96/81, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. 1791, punto 6); 12 settembre 2000, causa C-408/97, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-6417, punto 15), e 26 aprile 2005, causa C-494/01, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-3331, punto 41).

sufficienti, spetta allo Stato membro contestare in maniera sostanziale e dettagliata i dati presentati [67].

112. In via di principio, entrambe le censure appaiono fondate. La prima, in quanto, come spiega la Commissione, la legislazione nazionale controversa attribuisce al promotore degli interventi alcuni vantaggi che gli altri soggetti interessati ignorano e non possono neutralizzare; già in passato, la ricordata sentenza 25 aprile 1996, Commissione/Belgio, ha rilevato che, quando un ente aggiudicatore tiene conto di una modifica apportata alle offerte iniziali di un solo offerente, quest'ultimo è avvantaggiato rispetto ai suoi concorrenti, il che viola il principio della parità di trattamento degli offerenti e nuoce alla trasparenza della procedura (punto 56). Inoltre, la ricorrente cita ad esempio alcuni casi in cui il bando non reca menzione dei detti privilegi né fissa criteri oggettivi di selezione [68].

113. La seconda censura risulta fondata per il carattere tardivo di una regolarizzazione a posteriori di una situazione illegittima.

67 — Sentenza 9 novembre 1999, causa C-365/97, Commissione/Italia (Racc. pag. I-7773, punti 84-86).

68 — Punto 87 del ricorso e nota in calce alla pagina n. 12, che lo illustra.

114. Alla luce di tali argomenti, dobbiamo considerare dimostrato che gli artt. 37 ter e 37 quater, primo comma, della legge 109/94 violano il principio della parità di trattamento derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE.

H — *Conseguenze*

115. Da quanto esposto nei precedenti paragrafi si deduce che:

— l'art. 2, primo comma, della legge 109/94 non si conforma alle direttive 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38;

— l'art. 2, comma 5, della legge 109/94, in combinato disposto con le leggi 1150/1942 e 10/1977, viola la direttiva 93/37;

— l'art. 27, comma 2, della legge 109/94 viola le direttive 92/50 e 93/38;

— l'art. 28, comma 4, della legge 109/94, in combinato disposto con l'art. 188 del decreto del Presidente della Repubblica 554/99, infrange le direttive 92/50 e 93/38;

— gli artt. 37 ter e 37 quater, primo comma, della legge 109/94 non si conformano agli artt. 43 CE e 49 CE.

116. Al contrario, l'art. 2, comma 5, e l'art. 17, comma 12, l'art. 27, comma 2, e l'art. 30, comma 6 bis, della legge 109/94 non violano gli artt. 43 CE e 49 CE.

VIII — Sulle spese

117. A tenore dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Ai sensi dell'art. 69, n. 3, del medesimo regolamento, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, la Corte può ripartire le spese ovvero decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.

118. In quanto la Commissione e la Repubblica italiana hanno entrambe chiesto la reciproca attribuzione delle spese processuali, e poiché propongo il parziale accoglimento del ricorso, il suddetto Stato membro deve sopportare la metà delle spese della Commissione, la quale, a sua volta, deve farsi carico della metà delle spese sopportate dalla parte convenuta nel presente procedimento.

119. In conformità dell'art. 69, n. 4, primo comma, del citato regolamento, gli Stati membri intervenuti nella causa sopportano le proprie spese.

IX — Conclusione

120. In base alle precedenti considerazioni, propongo alla Corte di giustizia di:

1) dichiarare che la Repubblica italiana, avendo adottato gli artt. 37 ter e 37 quater, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è venuta meno agli obblighi che

le incombono in forza degli artt. 43 CE e 49 CE; che inoltre, avendo adottato l'art. 2, comma 1, della citata legge n. 109/94, è venuta meno agli obblighi derivanti dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, e dalle tre direttive 14 giugno 1993, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente, di servizi, di lavori e di forniture, nonché nel settore dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni; inoltre, che tale Stato membro è venuto meno agli obblighi derivanti dalla suddetta direttiva 93/37, avendo mantenuto in vigore l'art. 2, comma 5, della medesima legge, e, infine, che è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza delle summenzionate direttive 92/50 e 93/38, avendo adottato gli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4, della detta legge n. 109/94;

2) respingere il ricorso per il resto;

3) condannare la Repubblica italiana a sopportare la metà delle spese della Commissione;

4) condannare la Commissione a sostenere la metà delle spese della Repubblica italiana;

5) ordinare alla Repubblica di Finlandia e al Regno dei Paesi Bassi di sopportare ognuno le proprie spese.