

SENTENZA DELLA CORTE
(Seconda Sezione)

27 ottobre 2005

Appalti pubblici di lavori – Concessioni di lavori pubblici – Norme di pubblicità - Inadempimento da parte di uno Stato

Nelle cause riunite **C-187/04** e **C-188/04**,

aventi ad oggetto due ricorsi per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, presentati il 22 aprile 2004,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente, assistito dall'avv. G. Bambara, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. M. Fiorilli, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dal sig. J. Makarczyk (relatore), dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. P. Kuris, e J. Klucka, giudici,

avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

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

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con i suoi ricorsi, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, in quanto l'ente pubblico ANAS SpA (in prosieguo: l'«ANAS») ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia, da un lato, e della Pedemontana Veneta Ovest, dall'altro, alla Società per l'autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova pA (in prosieguo: la «società concessionaria») mediante concessione diretta attuata per mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), ed in particolare degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7 di quest'ultima.

Ambito normativo

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

«Ai fini della presente direttiva:

a) gli “appalti pubblici di lavori” sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;

(...)

c) s'intende per “opera” il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica;

d) la “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo;

(...).».

3 L'art. 3, n. 1, di questa direttiva è così formulato:

«Qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 3, 6, 7 e da 9 a 13, nonché all'articolo 15 sono applicabili a tale contratto se il suo valore è pari o superiore a 5 000 000 di ecu».

4 L'art. 7, n. 3, della stessa direttiva è così redatto:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti:

a) quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Una relazione deve essere presentata alla Commissione, su sua richiesta;

b) 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;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate di cui al paragrafo 2. Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza imperiosa non devono in alcun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

d) per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all'imprenditore che esegue tale opera:

- quando tali lavori non possono essere, tecnicamente o economicamente, separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici;
- oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto principale;

(...))»

5 L'art. 11 della direttiva 93/37 stabilisce:

«(...)

3. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

(...)

6. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono redatti conformemente ai modelli che figurano negli allegati IV, V e VI e precisano le informazioni richieste nei suddetti allegati.

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere condizioni diverse da quelle previste agli articoli 26 e 27 allorché domandano informazioni sulle condizioni di carattere economico e tecnico che esse esigono dagli imprenditori per la loro selezione (allegato IV sezione B, punto 11, allegato IV, sezione C, punto 10, e allegato IV, sezione D, punto 9).

7. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono inviati dalle amministrazioni aggiudicatrici, nei termini più brevi e per le vie più appropriate, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 14, i bandi di gara sono inviati per telex, telegramma o fax.

L'avviso di cui al paragrafo 1 è inviato il più rapidamente possibile dopo che sia stata adottata la decisione che autorizza il programma in cui si inquadrano gli appalti di lavori che le amministrazioni aggiudicatrici intendono attribuire.

L'avviso di cui al paragrafo 5 è inviato al più tardi quarantotto giorni dopo la stipulazione del contratto d'appalto in questione».

Fatti all'origine delle controversie e fase precontenziosa del procedimento

6 La costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest sono state affidate dall'ANAS alla società concessionaria mediante due concessioni, attribuite per mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 – in revisione di una precedente

convenzione del 21 dicembre 1972 e successivi atti aggiuntivi – ed approvata con decreto interministeriale del 21 dicembre 1999, poi registrato dalla Corte dei conti in data 11 aprile 2000.

7 Le concessioni di cui trattasi, attribuite senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi della direttiva 93/37, prevedevano una serie di lavori miranti a completare e sviluppare la rete autostradale, ossia la costruzione di due raccordi: il primo, tra l'autostrada A/4 Brescia-Padova e la Valtrompia, costituito da due rami consecutivi, il secondo, tra l'autostrada A/4 (Comune di Montebello-Vicentino) e l'autostrada A/31 (Comune di Thiene).

8 Ritenendo che la Repubblica italiana fosse venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 93/37, la Commissione ha avviato nei confronti di tale Stato membro il procedimento per inadempimento di cui all'art. 226 CE.

9 Dopo aver indirizzato a tale Stato, in data 18 ottobre 2002, una lettera di costituzione in mora alla quale le autorità italiane non hanno risposto, la Commissione, in data 11 luglio 2003, ha emesso un parere motivato, invitando tale Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi entro due mesi a decorrere dalla sua notifica. Poiché le autorità italiane non hanno dato seguito a tale parere, la Commissione ha deciso di introdurre il presente ricorso.

10 Con ordinanza 19 ottobre 2004 del presidente della Corte, le cause C-187/04 e C-188/04 sono state riunite ai fini dell'eventuale fase orale del procedimento e della sentenza.

Sui ricorsi

Argomenti delle parti

11 A sostegno dei suoi ricorsi, la Commissione fa valere che le concessioni relative alla costruzione e alla gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest affidate alla società concessionaria rientrano nell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37. Essa sostiene inoltre che le autostrade oggetto dei lavori di cui trattasi costituiscono opere ai sensi dell'art. 1, lett. c), della detta direttiva.

12 Dopo aver ricordato che il costo dei contratti di costruzione e di gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest supera ampiamente il limite stabilito dalla direttiva 93/37, la Commissione fa valere che i detti contratti avrebbero dovuto costituire oggetto di pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, ai sensi degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7, della direttiva 93/37.

13 Il governo italiano fa presente, in primo luogo, che, secondo l'interpretazione delle disposizioni nazionali pertinenti, i lavori consistenti nell'ammodernamento, nell'ampliamento o nel completamento delle autostrade in funzione, quali, tra l'altro, i raccordi autostradali e i collegamenti tra le varie autostrade, costituiscono opere che rientrano negli interventi ricompresi nel normale esercizio della concessione originaria. Pertanto, la direttiva 93/37 non troverebbe applicazione.

14 In secondo luogo, esso fa valere che solo mediante la razionalizzazione e l'assorbimento di una parte dei costi da parte della società concessionaria, il cui azionariato è costituito prevalentemente da enti locali, è possibile procedere all'investimento necessario alla realizzazione dei raccordi autostradali di cui trattasi.

15 A tal riguardo, il governo italiano sostiene che, se i raccordi di cui trattasi costituissero oggetto di una concessione autonoma, questa non consentirebbe il recupero dei costi di investimento,

qualunque fosse la durata della concessione prevista. Di conseguenza, un eventuale bando di gara per l'attribuzione della concessione autonoma nella presente fattispecie si tradurrebbe nell'assenza di concorrenti o porterebbe al fallimento dell'aggiudicatario della concessione.

16 In terzo luogo, tale governo contesta la qualificazione dei lavori relativi ai raccordi autostradali di cui è causa come opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, in quanto l'infrastruttura autostradale di cui trattasi sarebbe priva di una funzione tecnica ed economica autonoma.

17 Per quanto riguarda l'argomento del governo italiano secondo cui la realizzazione dei raccordi autostradali rientrerebbe nell'esercizio delle concessioni originarie, la Commissione fa valere che, in quanto, nella fattispecie, l'amministrazione aggiudicatrice ha rinegoziato la concessione originaria approvando anche un nuovo piano finanziario, i lavori di cui trattasi non possono essere qualificati come semplici interventi rientranti nelle concessioni originarie, poiché queste ultime sono state sostituite da nuove concessioni.

18 Per quanto riguarda la nozione di «opera» ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, e più in particolare la funzione tecnica o economica autonoma che quest'opera dovrebbe esplicare di per sé, la Commissione precisa, da un lato, che la funzione tecnica autonoma non comporta necessariamente che l'opera sia priva di connessioni con altre opere e, dall'altro, che la funzione economica deve riferirsi all'opera stessa e non alla sua gestione. Pertanto, la mancanza di remuneratività della concessione, derivante dalla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di imporre tariffe che consentono solo di sostenere il costo di manutenzione della detta opera, non potrebbe giustificare il mancato rispetto delle norme di pubblicità.

Giudizio della Corte

19 Dall'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37 risulta che le norme di pubblicità relative agli appalti di lavori si applicano anche nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto di concessione di lavori pubblici.

20 In via preliminare, occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 1, lett. a) e d), della direttiva 93/37, una concessione di lavori pubblici è un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra, da un lato, un imprenditore e, dall'altro, un'amministrazione aggiudicatrice definita nello stesso articolo sub b), e avente per oggetto l'esecuzione di un certo tipo di lavori, la cui controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

21 Orbene, occorre constatare, in primo luogo, che, nella fattispecie, alla società concessionaria è stato accordato, come controprestazione della costruzione di raccordi autostradali, il diritto di gestire l'opera e di riscuotere un pedaggio da parte degli utenti. Di conseguenza, i contratti di cui trattasi costituiscono «concessioni di lavori pubblici» ai sensi dell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37.

22 In secondo luogo, in relazione al loro valore, è pacifico che i contratti relativi alla costruzione e alla gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest rientrano nel campo di applicazione della direttiva 93/37.

23 In terzo luogo, per quanto riguarda gli argomenti del governo italiano secondo cui, da un lato, in forza delle disposizioni nazionali pertinenti, i lavori di cui trattasi sarebbero opere che rientrano negli interventi compresi nel normale esercizio della concessione originaria ai quali non si applicherebbe la direttiva 93/37, e, dall'altro, un eventuale bando di gara per l'attribuzione della

concessione autonoma si sarebbe tradotto in una mancanza di concorrenti, occorre ricordare che si può far ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara solo nei casi tassativamente elencati all'art. 7, n. 3, di tale direttiva.

24 A tal riguardo occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, le disposizioni di una direttiva che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti di lavori pubblici devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenze 18 maggio 1995, causa C-57/94, Commissione/Italia, Racc. pag. I-1249, punto 23; 28 marzo 1996, causa C-318/94, Commissione/Germania, Racc. pag. I-1949, punto 13, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punto 48).

25 Ora, il governo italiano non ha dimostrato l'esistenza di una situazione che giustificasse l'applicazione di una delle eccezioni previste dalla direttiva 93/37, in particolare di quelle che figurano all'art. 7, n. 3, lett. a) e d), della stessa.

26 In quarto luogo, dall'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37 risulta che l'esistenza di un'opera dev'essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati.

27 Ora, come rileva il governo italiano, la costruzione e la gestione di due nuovi raccordi autostradali sono, da un punto di vista tecnico, destinate a collegare le zone scelte al fine di risolvere i gravi problemi di viabilità cui devono far fronte i comuni. Il risultato dell'insieme dei lavori di genio civile di cui trattasi esplica quindi di per sé la funzione tecnica.

28 Per quanto riguarda la funzione economica cui fa riferimento la direttiva 93/37, occorre constatare che un concessionario di autostrada, in quanto mette a disposizione degli utenti contro corrispettivo un'infrastruttura autostradale, svolge un'attività economica (v., in tal senso, sentenza 12 settembre 2000, causa C-276/97, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6251, punto 32). La mancanza di una redditività autonoma delle concessioni di cui è causa non è tale da privare l'insieme dei lavori di cui trattasi del carattere di opera ai sensi della direttiva 93/37.

29 In ogni caso, affinché il risultato dei lavori possa essere qualificato come opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, è sufficiente che sia esplicita una delle due funzioni sopra menzionate.

30 Da quanto precede risulta che le censure della Commissione sono fondate.

31 In tale contesto, occorre constatare che, in quanto l'ente pubblico ANAS ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest alla società concessionaria mediante concessioni dirette non precedute da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 93/37, e più in particolare dei suoi artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7.

Sulle spese

32 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 ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

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

- 1) **In quanto l'ente pubblico ANAS SpA ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest alla Società per l'autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova pA mediante concessioni dirette non precedute da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, e più in particolare degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7 di quest'ultima.**
- 2) **La Repubblica italiana è condannata alle spese.**