

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JULIANE KOKOTT

presentate il 15 giugno 2006¹

I — Considerazioni introduttive

allo scadere dei lavori e ne sopporti, nel complesso, il rischio finanziario.

1. Nella presente causa, un tribunale francese, il Tribunal amministrativo di Lione², sottopone alla Corte diverse questioni inerenti all'interpretazione della disciplina comunitaria sugli appalti. Tali questioni sono sorte nel corso di una controversia vertente su di un centro ricreativo nella città francese di Roanne, la cui progettazione e realizzazione è stata affidata ad una società esecutrice ad economia mista senza previa pubblicazione di un bando di gara. L'operazione si contraddistingue soprattutto per il fatto che solamente alcune parti dell'impianto ricreativo progettato sono destinate, una volta realizzate, al comune medesimo, mentre altre parti sono destinate ad essere cedute direttamente a terzi dalla società esecutrice, sebbene il comune vi concorra con una partecipazione finanziaria e diventi proprietario delle parti non ancora cedute a terzi

2. Alla luce delle predette considerazioni, il giudice del rinvio desidera sapere, in primo luogo, quali siano le normative della disciplina comunitaria sugli appalti generalmente applicabili ad una siffatta operazione e, in particolare, come sia da interpretare la nozione di appalto pubblico di lavori. Desidera altresì sapere se, al fine di stabilire il valore dell'appalto si debba considerare il volume complessivo dell'opera, ovvero se, al fine del suo calcolo, si debba considerare esclusivamente il prezzo versato come corrispettivo dall'amministrazione pubblica per la consegna delle parti ad essa destinate, eventualmente maggiorato della partecipazione finanziaria globale versata da detta amministrazione. Da ultimo, desidera chiarire se sia possibile prescindere da una procedura di aggiudicazione qualora la legge nazionale limiti la conclusione della convenzione interessata esclusivamente a determinate persone giuridiche che, se aggiudicatarie, sono a loro volta tenute ad indire procedure di aggiudicazione di eventuali opere successive.

¹ — Lingua originale: il tedesco.

² — Tribunale amministrativo di Lione (in prosieguo anche: il «giudice del rinvio»).

II — Contesto normativo*A — Diritto comunitario*

3. L'art. 1 della direttiva (CEE) del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori³ (in prosieguo: la «direttiva 93/37») stabilisce, in particolare, quanto segue:

«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;

3 — GUL 199, pag. 54. Questa direttiva è stata abrogata e sostituita con la 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; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»). La novella vale tuttavia solamente a decorrere dal 31 gennaio 2006 e non trova pertanto applicazione ai fatti del procedimento principale.

b) si considerando “amministrazioni aggiudicatrici” lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico.

Per “organismo di diritto pubblico” si intende qualsiasi organismo,

— istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

— dotato di personalità giuridica, e

— la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministra-

zione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore al controvalore in ECU di 5 000 000 di DSP;

(...)

(...)

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

3. Quando un'opera è ripartita in più lotti ciascuno dei quali forma l'oggetto di un appalto, per valutare l'importo di cui al paragrafo 1 deve essere preso in considerazione il valore di ciascun lotto. Se il valore cumulato dei lotti è pari o superiore all'importo di cui al paragrafo 1, le disposizioni di tale paragrafo si applicano a tutti i lotti. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'applicazione del paragrafo 1 per i lotti il cui valore di stima, al netto da IVA, sia inferiore a 1 000 000 di ecu, purché l'importo cumulato di questi lotti non superi il 20 % del valore complessivo dei lotti.

(...))»

4. L'art. 6 della direttiva 93/37, come modificato dalla direttiva 97/52⁴, recita:

«1. La presente direttiva si applica

4. Nessuna opera e nessun appalto possono essere scissi al fine di sottrarsi all'applicazione della presente direttiva.

a) agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul

5. Per il calcolo dell'importo di cui al paragrafo 1 e all'articolo 7 viene preso in considerazione, oltre al valore degli importi degli appalti pubblici di lavori, il valore di stima delle forniture necessarie all'esecu-

4 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1).

zione dei lavori, messe a disposizione dell'imprenditore dalle amministrazioni aggiudicatrici.

6. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari fornitori».

5. All'epoca dei fatti qui trattati, la soglia fissata in 5 000 000 DSP era pari ad un controvalore di EUR 6 242 028⁵.

B — *Diritto nazionale*

6. Nella versione vigente all'epoca dei fatti⁶, l'art. L. 300-4 del Code de l'urbanisme⁷ francese (in prosieguo: «art. L. 300-4 versione precedente del Code de l'urbanisme») così recitava:

5 — V. la pubblicazione dei controvalori delle soglie previste dalle direttive sugli appalti pubblici applicabili dal 1° gennaio 2002 (comunicazione della Commissione, GU 2001, C 332, pag. 21, n. 2, terza colonna).

6 — Questa formulazione si fonda sulla legge n. 2000-1208, 13 dicembre 2000, *JORF* 14 dicembre 2000.

7 — Codice urbanistico.

«Lo Stato, gli enti comunali o i loro organismi pubblici possono affidare la progettazione ed esecuzione delle operazioni di pianificazione territoriale previste dal presente libro a tutti i soggetti di diritto, sia pubblici, sia privati, idonei allo scopo.

Allorquando la convenzione è conclusa con un organismo pubblico, una società ad economia mista ai sensi della legge n. 83-597 del 7 luglio 1983 o una società locale ad economia mista, il cui capitale è detenuto per più della metà da uno più dei seguenti soggetti di diritto: Stato, regioni, dipartimenti, comuni o da una loro associazione, essa può assumere la forma di una convenzione pubblica di lottizzazione. In tale circostanza, all'organismo contraente possono essere affidate le acquisizioni per via di espropriazione o prelazione, la realizzazione di tutte le operazioni, nonché tutti gli interventi di pianificazione territoriale e urbanizzazione primaria che concorrono all'operazione globale oggetto della convenzione pubblica di lottizzazione.

Gli organismi precisati al comma precedente possono essere incaricati dello svolgimento degli studi preliminari necessari alla definizione delle caratteristiche dell'operazione nel quadro di un contratto di agenzia, che li autorizza a stipulare contratti di studio a nome e per conto dell'ente o dell'associazione di enti.

(...).

7. Dopo che la Commissione ebbe avviato un procedimento di infrazione avverso la Francia, l'art. L. 300-4 del Code de l'urbanisme è stato così riformulato in forza della legge n. 2005-809⁸:

«Lo Stato e gli enti territoriali, nonché i rispettivi organismi pubblici, hanno facoltà di affidare a tutti i soggetti di diritto idonei allo scopo la realizzazione delle operazioni di pianificazione territoriale previste dal presente libro.

Il concedente è tenuto a sottoporre il rilascio delle concessioni urbanistiche ad una procedura di pubblicazione, che consenta la presentazione di diverse offerte concorrenti, alle condizioni disposte tramite decreto del Conseil d'État.

Il concessionario risponde della direzione tecnica dei lavori e della dotazione delle infrastrutture di base concorrenti all'operazione prevista dalla concessione, nonché della realizzazione degli studi e di tutti i compiti necessari alla loro esecuzione. Il concedente può affidare al concessionario l'incarico di acquistare i beni necessari alla realizzazione dell'operazione, eventualmente anche per via di espropriazione o prelazione. Il concessionario procede alla vendita, alla locazione o alla concessione in uso dei beni immobiliari rientranti nel perimetro della concessione.»

8. L'art. 11 della legge n. 2005-809 dispone inoltre:

«Fatte salve le sentenze passate in giudicato, si convalidano, nella misura in cui la loro legittimità è contestata in base al fatto che la designazione dell'ente cui è affidata la pianificazione del territorio non è stata preceduta da una procedura di pubblicità che consentisse la presentazione di diverse offerte concorrenti:

1. Le concessioni urbanistiche, le convenzioni pubbliche di lottizzazione e le convenzioni di lottizzazione sottoscritte anteriormente alla pubblicazione della presente legge;

(...).

III — Fatti e procedimento principale

9. L'operazione di lottizzazione auspicata dal comune francese di Roanne nel 2002 prevedeva la creazione di un centro ricreativo. La prima fase dell'opera si incentrava soprattutto sull'edificazione di un cosiddetto cinema multiplex, oltre che di spazi com-

8 — Legge 20 luglio 2005, *JORF* 21 luglio 2005.

merciali, di un parcheggio pubblico comprendente circa 320 posti auto, nonché di talune strade di accesso ed aree pubbliche. La seconda fase di realizzazione dei lavori prevedeva la costruzione di ulteriori spazi commerciali e di un albergo.

10. La realizzazione dell'opera era stata affidata ad una società esecutrice ad economia mista, la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL). A tale scopo, il 25 novembre 2002 il comune di Roanne stipulava con la SEDL una convenzione pubblica di lottizzazione⁹, che il sindaco era stato precedentemente autorizzato a sottoscrivere con delibera emanata dal Consiglio municipale della città di Roanne il 28 ottobre 2002.

11. Tale convenzione affidava alla SEDL, inter alia, l'incarico di procedere alle acquisizioni fondiari e di reperire fondi, di presentare taluni documenti contabili, di far svolgere talune progettazioni, di organizzare una procedura di selezione degli studi di progettazione, di far eseguire i lavori di costruzione e di garantire il coordinamento dell'operazione, nonché l'informazione nei confronti del comune.

12. Conformemente alla convenzione stipulata, il parcheggio pubblico da realizzare per il centro ricreativo comunale, le strade di accesso e le aree pubbliche sarebbero dive-

nute di proprietà del comune di Roanne. Le altre opere pianificate erano invece destinate ad essere cedute a terzi, fatto che, secondo le stime, avrebbe permesso alla SEDL di realizzare nel complesso, in qualità di società esecutrice dell'opera, ricavi da vendite nell'ordine di EUR 8 099 000.

13. Quanto al parcheggio pubblico, la convenzione prevedeva che il comune avrebbe dovuto versare alla SEDL un corrispettivo pari a EUR 2 925 000. Il comune avrebbe altresì contribuito al finanziamento di tutte le opere da realizzare con una partecipazione fissata in EUR 2 443 103 per la prima fase dei lavori e in EUR 3 034 341 per la totalità dei lavori¹⁰. Inoltre, nell'ipotesi in cui taluni terreni e opere non venissero ceduti a terzi dalla SEDL allo scadere della convenzione, il comune di Roanne ne sarebbe divenuto automaticamente proprietario; il comune si sarebbe pertanto surrogato nei contratti sottoscritti dalla SEDL, vincolandosi ai debiti sino ad allora contratti dalla medesima. Nel complesso, il comune di Roanne si assumeva altresì esplicitamente il rischio finanziario dell'operazione¹¹.

14. La conclusione della convenzione pubblica di lottizzazione con la SEDL non è stata preceduta da alcun avviso al pubblico o gara d'appalto dell'opera.

10 — In un'appendice della convenzione pubblica di lottizzazione, presentata alla Corte dal governo francese, è preventivato inoltre un importo pari a EUR 210 000 cui dovrebbero concorrere gli altri partecipanti (i cosiddetti «partenaires du pôle d'échanges»).

11 — Così recita ad esempio l'art. 25-1 della convenzione pubblica di lottizzazione: «(...) le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante ...».

9 — Convention publique d'aménagement.

15. I ricorrenti nella causa principale sono membri dell'opposizione del Consiglio comunale di Roanne. L'istanza da loro presentata al Tribunale amministrativo di Lione mira ad ottenere l'annullamento della delibera del Consiglio comunale del 28 ottobre 2002 e lamenta, inter alia, una violazione della lettera della disciplina comunitaria in materia di appalti. Essi ritengono che avrebbe dovuto aver luogo una procedura di aggiudicazione ai sensi della direttiva 93/37.

IV — Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

16. Con sentenza 7 aprile 2005, il Tribunale amministrativo di Lione ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte le tre questioni pregiudiziali esposte in appresso:

- 1) se una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di lottizzazione, nell'ambito della quale tale seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e ultimata la quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 1 della direttiva 14 giugno 1993, 93/37/CEE, come modificata;
- 2) in caso di soluzione affermativa della prima questione, se, ai fini della valutazione del summenzionato limite di 5 000 000 di diritti speciali di prelievo, fissato dall'art. 6 della predetta direttiva, debba essere considerato esclusivamente il prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero la somma di tale prezzo e delle partecipazioni finanziarie, ancorché queste ultime siano solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere o, infine, se debba essere considerato l'importo complessivo dei lavori, per cui i beni non ceduti allo scadere del contratto divengono automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice che prosegue, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accolla i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice;
- 3) in caso di soluzione affermativa delle prime due questioni: se la prima amministrazione aggiudicatrice sia dispensata, per concludere una siffatta convenzione, dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla direttiva medesima, sulla base del rilievo che tale convenzione può essere aggiudicata esclusivamente a determinate persone giuridiche e che le medesime procedure verranno applicate dalla seconda autorità aggiudicatrice ai fini dell'attribuzione dei propri appalti di lavori.

17. Dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte e orali, oltre alla città di Roanne, convenuta nel procedimento principale, il governo francese, nonché la Commissione delle Comunità europee. Il governo lituano, il governo austriaco, il governo polacco hanno poi presentato osservazioni scritte. I ricorrenti nel procedimento principale, pur non avendo presentato la loro memoria nei termini, hanno comunque presentato osservazioni orali dinanzi alla Corte.

V — Analisi

A — Sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale

18. La città di Roanne e il governo francese esprimono dubbi sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale.

19. Il comune di Roanne sostiene, in primo luogo, che le questioni pregiudiziali non sarebbero essenziali al fine della decisione della causa, avendo il legislatore francese dichiarato a posteriori che le convenzioni pubbliche di lottizzazione, come quella controversa nella causa di specie, sono espressamente valide (la cosiddetta «*validation législative*»). Non sarebbe pertanto

possibile metterne in dubbio la legittimità per aver mancato di indire una procedura di aggiudicazione.

20. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle specifiche circostanze del caso, da un lato, la necessità di una pronuncia pregiudiziale al fine della pronuncia della propria sentenza e, dall'altro, la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte. La Corte ha ritenuto di non poter statuire su una questione sollevata da un giudice nazionale solamente qualora appaia «*in modo manifesto*» che l'interpretazione chiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa a qua, ovvero qualora il problema sia di natura generale o ipotetica e la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte¹². Fatte salve tali ipotesi, in linea di principio la Corte è tenuta a statuire sulle questioni pregiudiziali inerenti all'interpretazione di norme comunitarie¹³.

21. Nella causa di specie non è per nulla *manifesto* che le questioni sollevate dal Tribunale amministrativo di Lione sull'inter-

12 — V. solo le sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman* (Racc. pag. I-4921, punti 59-61), 18 novembre 2003, causa C-216/01, *Budějovický Budvar* (Racc. pag. I-13617, punto 47), 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW* e a. (Racc. pag. I-4983, punto 34) e 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *International Air Transport Association* (Racc. pag. I-403, punto 24).

13 — Sentenze *Bosman* (punto 59), *Budějovický Budvar* (punto 47) e *International Air Transport Association* (punto 24), tutte citate alla nota 11.

pretazione della direttiva 93/37 manchino di rilevanza per la soluzione della causa principale.

22. È corretto affermare che l'art. 11 della legge n. 2005-809 conferisce a posteriori validità a particolari convenzioni pubbliche di lottizzazione, ancorché non concluse con la necessaria procedura di aggiudicazione.

23. L'oggetto della causa a qua, più che concernere la questione della validità della *Convenzione* conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL, riguarda invece la validità della *delibera del Consiglio municipale* di Roanne, che a monte investe il sindaco di Roanne del potere di sottoscrivere siffatta Convenzione. Si tratta quindi, in sostanza, di una controversia interna all'amministrazione comunale, incentrata principalmente sui poteri degli organi comunali di Roanne¹⁴. Per statuire su tale controversia può essere senz'altro importante sapere quali sarebbero state le norme della disciplina comunitaria sugli appalti da applicare, anche nell'ipotesi in cui fosse confermata la validità esterna della convenzione conclusa con la SEDL. In ogni caso, non sembra possibile poter escludere a priori la possibilità di annullare

una delibera consiliare anche laddove non fosse possibile impugnare una convenzione pubblica di lottizzazione conclusa con una società esecutrice in forza della medesima. Compete peraltro in via esclusiva ai giudici nazionali valutare gli effetti di un'eventuale invalidità della delibera consiliare sull'efficacia della convenzione tra la città di Roanne e la SEDL.

24. L'obiezione mossa dal comune di Roanne in ordine alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali è pertanto destituita di fondamento.

25. Il governo francese ritiene inoltre che le questioni pregiudiziali non rilevino ai fini della decisione, giacché concernenti una convenzione pubblica di lottizzazione. Secondo il governo francese, infatti, un centro ricreativo comunale come quello controverso nella causa principale non costituirebbe affatto un'operazione di lottizzazione. Di conseguenza, le questioni pregiudiziali sollevate sarebbero di natura meramente ipotetica.

14 — Non vertendo la controversia a qua sulla validità della convenzione pubblica quadro, il giudice del rinvio non si deve confrontare con la questione della inapplicabilità dell'art. 11 della legge n. 2005-809 qualora se ne stabilisse l'*incompatibilità* con il diritto comunitario (in merito all'obbligo in capo ai giudici nazionali di disapplicare qualsiasi disposizione contrastante della legge nazionale, v. la giurisprudenza costante dalla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (Racc. pag. 629, punti 21 e 24), recentemente confermata dalla sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e.a. (Racc. pag. I-3565, punto 72, con ulteriori riferimenti).

26. Non convince neppure questa obiezione. Non conta infatti il modo in cui la conven-

zione conclusa con la SEDL venga qualificata secondo il diritto nazionale, né importa stabilire se il comune di Roanne e il giudice del rinvio assumano a torto o a ragione che si tratti di una convenzione pubblica di lottizzazione¹⁵. Questo perché, in un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, la Corte è tenuta solamente a pronunciarsi sull'interpretazione della normativa comunitaria e non sull'interpretazione da darsi alle disposizioni nazionali; alla Corte non spetta neppure stabilire se l'interpretazione datane dal giudice del rinvio sia corretta¹⁶. Quanto al contesto fattuale e normativo in cui si inseriscono le questioni pregiudiziali, la Corte è tenuta a considerare quanto stabilito dal giudice del rinvio¹⁷.

27. Tuttavia, anche se la Convenzione tra il comune di Roanne e la SEDL non dovesse invero qualificarsi come convenzione pubblica di lottizzazione, nel caso di specie la Corte disporrebbe di sufficienti elementi di fatto e di diritto sulla causa a qua per risolvere sensatamente le questioni concernenti l'interpretazione della direttiva 93/37 sollevate dal giudice del rinvio. Come già affermato, si tratta altresì di questioni che sorgono in occasione di un contenzioso concreto, concernente la validità di una

delibera del Consiglio municipale di Roanne, e che pertanto non possono essere affatto considerate come ipotetiche.

28. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pertanto ricevibile.

B — Analisi dei contenuti delle questioni pregiudiziali

1) Sulla prima questione: nozione di appalto pubblico di lavori

29. Con la prima questione il giudice del rinvio vuole sostanzialmente sapere se si possa configurare un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/37, nel caso in cui una prima amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la progettazione e realizzazione di un centro ricreativo quale operazione di lottizzazione, di cui solo alcune parti sono destinate, una volta realizzate, alla prima amministrazione aggiudicatrice, mentre altre parti sono destinate ad essere vendute direttamente a terzi dalla seconda amministrazione aggiudicatrice, ma in cui allo scadere del progetto la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, assumendosi, nel complesso, il rischio finanziario.

15 — In questo senso, v. anche la sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 36). Ai sensi della medesima, non occorre ricercare la qualificazione che il diritto interno attribuisce ad un determinato contratto per stabilire se il contratto di specie sia un contratto pubblico ai sensi delle direttive sulla disciplina comunitaria sugli appalti.

16 — Sentenze 12 gennaio 2006, causa C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (Racc. pag. I-589, punto 20) e 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze (Racc. pag. I-289, punto 63).

17 — Sentenze Turn- und Sportunion Waldburg (citata alla nota 16, punto 21) e 30 giugno 2005, causa C-28/04, Tod's e Tod's France (Racc. pag. I-5781, punto 14, con ulteriori rinvii).

30. Dalla definizione data dall'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 si evince che un appalto pubblico di lavori concerne determinati lavori, ulteriormente precisati dalla direttiva e che formano l'oggetto di un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un imprenditore.

— l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di un'opera, dove per opera s'intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica [art. 1, lett. c), della direttiva 93/37]; o

a) Oggetto del contratto: caratteri distintivi rispetto ad un appalto pubblico di servizi e altri appalti pubblici

— l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera [tramite terzi²⁰] rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

31. Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, un appalto pubblico di lavori può avere per oggetto i seguenti tre tipi di lavori¹⁸:

32. Stando alle affermazioni del giudice del rinvio, il centro ricreativo comunale da realizzare a Roanne avrebbe dovuto comprendere innanzi tutto un cinema multiplex e locali commerciali, poi un parcheggio pubblico, talune strade di accesso e talune aree pubbliche; una seconda fase di lavori prevedeva la realizzazione di ulteriori locali commerciali e di un albergo.

— l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II della direttiva 93/37¹⁹;

33. La realizzazione di un siffatto centro ricreativo necessita di lavori ai sensi delle tre varianti previste dall'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37: in primo luogo, si tratta di un lavoro che, per essere eseguito, necessita di molte delle attività di cui all'allegato II della

18 — V. anche sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi e a., «Scala di Milano» (Racc. pag. I-5409, punto 58).

19 — L'allegato II della direttiva 93/37 comprende un elenco delle attività professionali corrispondenti alla nomenclatura generale delle attività economiche nella Comunità europea (NACE). Vi figura, inter alia, la posizione NACE 501.1 «Imprese generali di costruzione di immobili», facente parte del gruppo NACE «Costruzione d'immobili (d'abitazione ed altri)».

20 — L'espressa aggiunta «durch Dritte» non trova riscontro nelle altre versioni linguistiche della direttiva.

direttiva 93/37²¹. In secondo luogo, nel caso di specie, la SEDL realizza il centro ricreativo ricorrendo a prestazioni d'opera di terzi rispondenti ai requisiti precisati dal comune di Roanne²² e sottoposti alla sua vigilanza²³. In terzo luogo, un centro ricreativo del tipo qui controverso rappresenta anche il risultato di un complesso di lavori, risultato che, alla luce dell'auspicato miglioramento dell'infrastruttura cittadina²⁴, esplica una funzione economica²⁵; si tratta pertanto di un'opera ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, lett. a), e 1, lett. c), della direttiva 93/37²⁶. Ciascuno dei summenzionati aspetti è pertanto chiara evidenza del fatto che la realizzazione di un centro ricreativo come quello progettato dal comune di Roanne rientra in via di principio nel campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37.

34. Nel caso in esame, tuttavia, la convenzione pubblica di lottizzazione conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL esula, a fronte del suo oggetto, dalla mera *realizzazione* del centro ricreativo comunale. Alla SEDL è

affidato, *inter alia*, l'incarico di procedere alle acquisizioni fondiarie e di reperire fondi, di presentare taluni documenti contabili, di far svolgere taluni studi, di organizzare una procedura di selezione degli studi di progettazione, nonché di garantire il coordinamento dell'operazione e l'informazione nei confronti del comune. Alla SEDL è inoltre affidata la commercializzazione della maggior parte delle opere da realizzare.

35. In virtù dei predetti incarichi supplementari, nel contratto stipulato tra il comune di Roanne e la SEDL confluiscono anche elementi propri dei servizi. Alla luce di tale premessa, si pone la questione di una distinzione tra appalti pubblici di lavori, da un lato, e appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50²⁷, dall'altro. Sul punto si sono espresse anche diverse parti del procedimento.

36. Dei predetti elementi propri dei servizi solo la *progettazione* dell'opera si lascia inequivocabilmente attribuire al campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37, premesso che l'appalto concerne *contemporaneamente* sia la progettazione, sia l'esecuzione dell'opera [v. art. 1, lett. a), della direttiva 93/37]. Ciò vale per una

21 — V. supra, par. 31 di queste conclusioni, primo trattino.

22 — V. supra, paragrafo 31 di queste conclusioni, terzo trattino. V. anche i seguenti paragrafi 50 e 51 delle presenti conclusioni.

23 — Dall'ordinanza di rinvio risulta in merito segnatamente che i progetti della SEDL devono essere sottoposti all'approvazione del comune di Roanne, nonché che il comune di Roanne può esigere dalla SEDL la produzione di tutti i documenti, sorvegliare i cantieri, accedere ai medesimi e far valere le proprie eccezioni nei confronti della SEDL.

24 — Nell'ordinanza di rinvio l'opera è designata espressamente quale operazione di lottizzazione.

25 — A tale riguardo, con riferimento alla realizzazione di tratte autostradali, v. le sentenze 12 settembre 2000, causa C-276/97, Commissione/Francia (Racc. pag. I-6251, punto 32) e 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione/Italia (non pubblicata nella Raccolta, punto 28).

26 — V. supra, paragrafo 31 di queste conclusioni, secondo trattino.

27 — Direttiva (CEE) del Consiglio, 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L. 209, pag. 1, in prosieguo: la «direttiva 92/50»). Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2004/18, che vale tuttavia solamente a decorrere dal 31 gennaio 2006 e pertanto la novella non rileva per i fatti del procedimento principale.

convenzione pubblica di lottizzazione come quella conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL, giacché essa affida espressamente alla SEDL sia la progettazione, sia l'esecuzione dei lavori.

37. Con riguardo a tutti gli altri elementi propri dei servizi, è d'uopo presupporre l'esistenza di un *contratto misto*, la cui qualificazione giuridica dipenderà dal peso dei singoli elementi costitutivi. Si potrà parlare di un appalto pubblico di lavori solo qualora la progettazione e l'esecuzione dell'opera rappresentino l'oggetto principale del contratto rispetto agli altri incarichi affidati all'aggiudicatario; la progettazione e l'esecuzione dell'opera non possono essere di carattere meramente accessorio²⁸.

38. Spetta al giudice del rinvio procedere a tale accertamento²⁹. La Corte è tuttavia competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione atti a facilitargli il giudizio, che gli possano servire da orientamento³⁰.

28 — A tale riguardo il sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, la cui sostanza viene confermata anche dal decimo 'considerando' della direttiva 2004/18. Sull'esigenza di una valutazione in funzione dell'elemento di maggior peso al fine di delimitare il campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37 dalle altre direttive in materia di appalti, v. anche la sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional* (Racc. pag. I-1329, punti 26-29).

29 — Sentenza *Gestión Hotelera Internacional* (citata alla nota 28, punto 28); v. anche sentenza 19 gennaio 2006 nella causa C-265/04, *Bouanich* (Racc. pag. I-923, punto 54).

30 — Giurisprudenza costante; v. ad es. la sentenza *Scala di Milano* (citata alla nota 18, punto 48).

39. In linea di principio, il valore della prestazione pattuita può rappresentare un punto di riferimento per calcolare l'oggetto principale di un contratto misto e per valutare il peso dei suoi elementi. Nella misura in cui sia possibile calcolare un prezzo singolo per ciascuna delle prestazioni da erogare, il valore della progettazione e dei lavori sarà pertanto da rapportare a quello delle altre prestazioni da svolgere. Non è tuttavia possibile prescindere da una considerazione oggettiva dell'appalto nel suo complesso, essendo solo così possibile accertare se i lavori formino l'oggetto principale del contratto, oltre che quantitativamente, anche qualitativamente³¹.

40. Nella presente causa non viene esplicitato il valore preventivato per le singole prestazioni che la SEDL si è impegnata a fornire³². Tutto dipende, pertanto, da una considerazione oggettiva dell'insieme del-

31 — Mentre la distinzione tra appalti pubblici di servizi e appalti pubblici di fornitura si effettua, conformemente all'art. 2 della direttiva 92/50, unicamente in base al valore dei servizi e prodotti interessati (v. in merito, la recente sentenza 11 maggio 2006, causa 340/04, *Carbotermo e a.*, Racc. pag. I-4137, punto 31), manca una corrispondente norma che distingua tra appalti pubblici di servizi e appalti pubblici di lavori. Quanto all'ultimo caso, il sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50 si orienta verso i «criteri qualitativi» (i lavori devono costituire «l'oggetto dell'appalto»); siffatto orientamento verso i criteri qualitativi si palesa ancor meglio nel decimo 'considerando' della direttiva 2004/18, che parla di «lavori (...) accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto» che sono «conseguenza eventuale o un complemento del medesimo».

32 — È stato definito un prezzo a titolo di corrispettivo solamente per il parcheggio pubblico destinato al comune di Roanne. Per il resto si prevede solamente una partecipazione di finanziamento globale per l'intera operazione del comune di Roanne. Il comune di Roanne diventa inoltre proprietario delle parti del centro ricreativo non cedute a terzi allo scadere dei lavori, e si impegna a subentrare negli obblighi sino ad allora contratti.

l'appalto: alla SEDL è stata affidata la realizzazione di un centro ricreativo comunale quale operazione di lottizzazione. L'incarico di procedere alle acquisizioni fondiarie e di reperire fondi è di natura propedeutica all'operazione. Lo stesso vale per la selezione degli studi di progettazione affidata alla SEDL. Per quanto concerne inoltre l'incarico di coordinare l'operazione, l'obbligo di informazione nei confronti del comune e la presentazione di taluni documenti contabili, si tratta di obblighi meramente accessori, destinati unicamente ad accompagnare l'effettiva progettazione e costruzione del centro ricreativo da parte della SEDL. Anche l'incarico di commercializzare gran parte del centro ricreativo appare di rilevanza secondaria, se confrontato con la sua progettazione e realizzazione.

41. Il giudice del rinvio presuppone quindi a ragione che la realizzazione di opere, come quelle qui controverse, non possa considerarsi di natura meramente accessoria a fronte delle modalità e della rilevanza degli altri lavori ipotizzati. Secondo gli elementi di fatto della causa a qua noti alla Corte, la progettazione e la realizzazione del centro ricreativo costituirebbero piuttosto la sostanza dell'appalto che il comune di Roanne ha affidato alla SEDL.

42. A sfavore di una qualificazione di una convenzione come quella qui controversa come appalto di lavori non depone, in particolare, il fatto che il centro ricreativo da realizzare sia stato inteso come operazione di lottizzazione, né tantomeno il fatto che a realizzazione conclusa solamente una

parte relativamente irrilevante di tale centro ricreativo, costituita da un parcheggio pubblico, da talune vie di accesso e da talune aree pubbliche, diventi di proprietà del comune, mentre il resto delle opere è ceduto a terzi. La nozione di appalto pubblico di lavori non dipende infatti dall'uso cui l'opera da realizzare viene destinata. La Corte, ad esempio, ha già statuito che tale nozione non comprende solo gli appalti che hanno il compito di soddisfare bisogni di interesse generale³³. Altrettanto irrilevante è l'intenzione dell'amministrazione aggiudicatrice di adibire l'opera realizzanda ad uso proprio, ovvero di renderla accessibile alla collettività o a singoli terzi interessati.

43. L'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 deve essere piuttosto interpretato alla luce delle finalità di questo corpus normativo³⁴, che, in materia di appalti pubblici di lavori, mira ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi e ad aprire i mercati interessati ad una concorrenza effettiva³⁵. Tali obiettivi possono essere parimenti compromessi qualora l'amministrazione aggiudicatrice, a scopo di lottizzazione o per ragioni di politica sociale, appalti un'opera che va poi a beneficio, in parte o in toto, della collettività o di terzi

33 — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 32); nello stesso senso, sentenze 18 novembre 2004, causa C-126/03, Commissione/Germania (Racc. pag. I-11197, punto 18) e 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punto 26).

34 — Sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punti 52, 54 e 75).

35 — V., segnatamente, il secondo e decimo 'considerando' della direttiva 93/37, nonché sentenze Scala di Milano (citata alla nota 18, punti 52 e 75), 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Impresa Lombardini (Racc. pag. I-9233, punti 34 e 35), 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punti 51 e 89) e 7 ottobre 2004, causa C-247/02, Sintesi (Racc. pag. I-9215, punto 35); parimenti la sentenza Carbotermo (citata alla nota 31, punto 58).

privati. Il rischio di una distorsione della concorrenza conseguentemente alla predilezione di singoli operatori economici rispetto ad altri sussiste, invero, ogni qual volta un'amministrazione aggiudicatrice decida di affidare dei lavori ad un imprenditore, indipendentemente dalle ragioni e dal contesto di realizzazione dell'opera, nonché dall'uso cui la medesima è destinata.

44. Anche il fatto che la SEDL sia incaricata di procurare il terreno edificabile e che il comune di Roanne acquisisca dalla SEDL³⁶ le parti del centro ricreativo che le competono, ossia il parcheggio pubblico, le strade di accesso e le aree pubbliche, *solamente* allo scadere dei lavori, non sottrae una convenzione pubblica di lottizzazione come quella di specie al campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37. Questo perché l'oggetto della convenzione conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL, in base a quanto a noi noto, non si limita affatto alla consegna di un centro ricreativo finito; essa prevede espressamente anche la previa progettazione e realizzazione dell'opera secondo i requisiti fissati dal comune, cosa che la SEDL si è obbligata contrattualmente ed espressamente a fare. Per contro, il comune di Roanne non ha deliberato soltanto l'acquisto di un'opera finita, ma ne ha già commissionato la realizzazione.

36 — Nella dizione francese, si tratta di una cosiddetta «vente en l'état futur d'achèvement».

45. Per le stesse ragioni, la convenzione controversa non può neppure essere, del resto, qualificata come «*appalto pubblico di fornitura*» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93-36³⁷. Come menzionato, i necessari lavori di progettazione e costruzione non sono affatto qualificabili come mere prestazioni accessorie, bensì costituiscono la sostanza della convenzione conclusa. In siffatta circostanza, la normativa specifica è costituita dalle prescrizioni in materia di appalti pubblici di lavori³⁸.

46. Infine, il fatto che la SEDL abbia facoltà di cedere direttamente a terzi gran parte del centro ricreativo, non è motivo sufficiente per qualificare la convenzione come «*concessione di lavori pubblici*» ai sensi dell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37. Sebbene la triangolazione tra il comune di Roanne, la SEDL e i terzi acquirenti, che con i loro pagamenti concorrono sostanzialmente alla remunerazione della SEDL, possa ricordare una concessione, va bene sottolineare che una concessione pubblica si contraddistingue anche per il fatto che la parte contraente dell'amministrazione aggiudicatrice sopporta il rischio economico dell'impresa³⁹. Ciò manca nel caso di specie, essendosi, infatti, il comune di Roanne obbligato contrattual-

37 — Direttiva del Consiglio, 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»). Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2004/18; tuttavia soltanto a decorrere dal 31 gennaio 2006, cosicché tale modifica legislativa manca di rilevanza per i fatti della causa a qua.

38 — Art. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 93/36; v. anche la sentenza *Gestión Hotelera Internacional* (citata alla nota 28, punti 25 e 26).

39 — A tale riguardo, per la distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni pubbliche di servizi, v. la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* (Racc. pag. I-8585, punto 40).

mente a rilevare le parti del centro ricreativo non cedute allo scadere della convenzione e a sopportare altresì il rischio finanziario della convenzione.

mente — al comune di Roanne non osta ad una qualificazione del comune di Roanne come amministrazione aggiudicatrice di un'opera⁴⁰.

47. Alla luce delle predette considerazioni, una convenzione come quella conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL si qualifica, conformemente al suo oggetto, come appalto pubblico di lavori e rientra nel campo d'applicazione *ratione materiae* della direttiva 93/37.

b) Contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice

48. L'ipotesi di un appalto pubblico di lavori presuppone altresì che, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, l'esecuzione dei lavori sia stata pattuita con un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice e un imprenditore.

49. In quanto ente territoriale, il comune di Roanne è *l'amministrazione aggiudicatrice* [v. art. 1, lett. b), della direttiva 93/37]. La circostanza che il centro ricreativo possa essere inizialmente realizzato dalla SEDL in nome proprio e sia poi ceduto — parzial-

50. La direttiva 93/37 non precisa ulteriormente il concetto di «*imprenditore*». Nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa include qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento; costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato⁴¹. Tale definizione si presta ad essere applicata anche all'ambito degli appalti pubblici. Questo perché anche in detto settore, conformemente alle finalità della direttiva 93/37, tese a realizzare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché a sviluppare una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici⁴², la nozione di imprenditore è da intendersi in maniera ampia. Ciò è confermato anche dalla definizione di legge datane dall'art. 1, n. 8, della direttiva 2004/18, applicabile nelle cause future. Conformemente a tale norma, per imprenditori in materia di appalti si intendono persone fisiche o giuridiche, enti pubblici, o raggruppamenti di tali persone e/o enti che offrano sul mercato la realizzazione delle prestazioni in questione.

40 — Sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punto 95).

41 — Giurisprudenza costante; v. le recenti sentenze Cassa di risparmio di Firenze, citata alla nota 16, punti 107 e 108, e 23 marzo 2006, causa C-237/04, Enirisorse (Racc. pag. I-2843, punti 28 e 29), con i rispettivi ulteriori rinvii.

42 — Secondo 'considerando' e prima frase del decimo considerando della direttiva 93/37. V. anche il paragrafo 43 delle presenti conclusioni.

51. Sussiste un mercato per le prestazioni connesse alla progettazione e alla realizzazione di opere analoghe a quelle di cui ha bisogno il comune di Roanne nella fattispecie. In tale mercato possono proporsi quali offerenti, oltre alle imprese private, anche le società esecutrici ad economia mista. Una siffatta società può pertanto essere un imprenditore ai sensi della direttiva 93/37.

52. Il fatto che la SEDL possa non realizzare direttamente con mezzi propri la progettazione e la realizzazione delle opere, ma dipenda essa stessa in larga misura, se non addirittura completamente, dalle prestazioni erogate da subappaltatori, non preclude, a priori, una qualificazione della società esecutrice come imprenditore⁴³. Questo perché ai sensi di siffatta norma, l'opera può essere eseguita «con qualsiasi mezzo»⁴⁴. Che ciò permetta di ricorrere a subappaltatori è particolarmente evidente nella formulazione tedesca della norma, dove si esplicita che l'opera può essere eseguita «tramite terzi».

53. Pertanto, anche se una società esecutrice offre di progettare e realizzare un'opera ricorrendo a subappaltatori, essa si qualifica comunque come imprenditore ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37. In siffatta circostanza la società esecutrice è più di un mandatario (in francese: «mandataire») del-

l'amministrazione aggiudicatrice, che si limita ad assistere quest'ultima nella ricerca delle imprese idonee e a svolgere attività di coordinamento. Chi si impegna personalmente alla progettazione e all'esecuzione di un'opera⁴⁵ è un imprenditore ai sensi della direttiva 93/37.

54. Del resto, la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 non presuppone necessariamente l'intenzione di ricerca del profitto. Ciò trova conferma già nel fatto che anche le amministrazioni aggiudicatrici possono essere aggiudicatarie di appalti pubblici di lavori⁴⁶. A fronte di un calo delle commesse, anche le imprese private possono essere interessate a partecipare ad appalti che, pur non promettendo utili, ovvero promettendo utili di scarso margine, contribuiscono in ogni modo a coprire i costi fissi. Alla luce di tali premesse, il fatto che in forza della convenzione pubblica di lottizzazione la SEDL si sia impegnata a trasferire al comune di Roanne le eventuali eccedenze risultanti dalla realizzazione e commercializzazione del centro ricreativo comunale, non significa, a priori, che la SEDL manchi, nel presente caso, della qualità di imprenditore⁴⁷.

43 — Sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punto 90). In ordine alla inclusione di subappaltatori, v. anche — con riguardo agli appalti pubblici di servizi — sentenze 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia (Racc. pag. I-8607, punti 26 e segg.) e Commissione/Germania (citata alla nota 33, punto 18).

44 — V. a tale riguardo anche supra, il n. 31 di queste conclusioni, terzo trattino.

45 — Nella convenzione pubblica di lottizzazione (v. l'art. 2, paragrafo 4, della medesima) la SEDL si è, da parte sua, espressamente impegnata a realizzare le opere: «(...) l'Aménageur s'engage, pour sa part, à (...) réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, (...)».

46 — Sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punto 50, secondo paragrafo) e 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE (Racc. pag. I-11037, punto 40); sullo stesso punto, le sentenze Commissione/Germania (citata nella nota 33, punti 18 e 19) e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-139, punti 38-40).

47 — Art. 22, secondo comma, della convenzione pubblica di lottizzazione.

55. La convenzione pubblica di lottizzazione del 25 novembre 2002 rappresenta un *contratto in forma scritta* concluso tra il comune di Roanne e la SEDL. Il fatto che la convenzione di lottizzazione abbia carattere pubblicistico e possa conferire alla SEDL l'esercizio di determinati poteri d'impero, come quelli in materia di espropriazione, non osta alla sua classificazione come *contratto* ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37⁴⁸.

56. Nel caso qui esaminato è possibile escludere a priori anche l'esistenza di un affidamento in-house o quasi in-house⁴⁹ ai sensi della giurisprudenza Teckal⁵⁰, essendo la SEDL una società ad economia mista; essa non può pertanto essere controllata come un servizio interno dagli enti territoriali che partecipano al suo capitale⁵¹.

57. Un contratto è considerato essere «*a titolo oneroso*» ogni qual volta l'amministrazione aggiudicatrice è debitrice di un corri-

spettivo per le prestazioni erogate dall'imprenditore⁵². Conformemente alle finalità della direttiva 93/37, volta ad aprire i mercati e a contribuire alla realizzazione della libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici⁵³, la nozione di carattere oneroso va interpretata nel senso ampio del termine. Oltre a comprendere corrispettivi monetari, include anche un qualsivoglia tipo di impegno ad erogare una controprestazione assunto dalla pubblica amministrazione a motivo della realizzazione delle opere, quale può essere, ad esempio, l'impegno a stanziare contributi concreti per il finanziamento di un'opera, ovvero contributi a copertura di eventuali passività sorte in fase d'esecuzione dei lavori.

58. Nel caso di specie, il comune di Roanne, oltre ad essersi impegnato a stanziare EUR 2 925 000 per la cessione del parcheggio pubblico, ha altresì acconsentito ad una partecipazione finanziaria destinata al finanziamento di tutte le opere da realizzare, fissata in EUR 2 443 103 per la prima quota e in EUR 3 034 341 per la totalità dei lavori. La convenzione prevede inoltre che il comune di Roanne diventi automaticamente proprietario dei terreni e delle opere non ancora cedute a terzi al termine dei lavori e che il comune prosegua l'esecuzione dei contratti in corso, assumendosi inoltre i debiti contratti sino ad allora dalla SEDL. Tutti i suddetti obblighi hanno il carattere di controprestazioni erogate dall'amministra-

48 — Sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punto 73).

49 — V. in merito il par. 2 delle mie conclusioni del 1 marzo 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585).

50 — Sentenze Teckal (citata alla nota 46, punto 50, seconda frase) e 8 maggio 2003, causa C-349/97, Spagna/Commissione (Racc. pag. I-3851, punto 204, quarta frase), sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (citata alla nota 33, punto 49, seconda frase), 13 gennaio 2005, Commissione/Spagna (citata alla nota 46, punto 38), 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-8705, punto 34) e Carbotermo (citata alla nota 31, punto 33); v. anche — in merito a fattispecie che esulano dal campo di applicazione delle direttive in materia di appalti — le sentenze Parking Brixen (citata alla nota 39, punti 58, 59 e 62) e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punti 24 e segg.).

51 — Sentenze Stadt Halle e RPL Lochau (citata alla nota 33, punto 49), Commissione/Austria (zitiati alla nota 50, punto 46) e ANAV (citata alla nota 50, punto 31).

52 — Sul punto v. la sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punto 77).

53 — Secondo 'considerando' e prima frase del decimo 'considerando' della direttiva 93/37. V. anche il paragrafo 43 di queste conclusioni.

zione aggiudicatrice a fronte della progettazione e realizzazione del centro ricreativo affidate alla SEDL. Una convenzione pubblica di lottizzazione come quella di specie rappresenta pertanto un contratto a titolo oneroso.

2) Sulla seconda questione: calcolo delle soglie

c) Conclusione limitata alla questione

59. Alla luce delle predette considerazioni, una convenzione pubblica di lottizzazione, come quella controversa nella causa principale, soddisfa tutti i presupposti di un appalto pubblico di lavori. La prima questione pregiudiziale deve essere pertanto risolta come segue:

Costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/37 una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la progettazione e la realizzazione di un'opera di lottizzazione consistente in un centro ricreativo, in virtù della quale, ultimata l'opera, solo alcune sue parti siano rimesse alla prima e altre parti siano cedute direttamente a terzi dalla seconda amministrazione aggiudicatrice e in forza della quale, ultimata l'opera, la prima amministrazione aggiudicatrice diventa automaticamente proprietaria delle parti non cedute a terzi, sopportando il complessivo rischio finanziario.

60. La seconda questione sottoposta dal giudice del rinvio concerne il valore dell'appalto ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52.

61. La difficoltà di calcolo del valore dell'appalto deriva, nel caso di specie, dal fatto che le entrate della SEDL derivanti dalla progettazione e realizzazione del centro ricreativo si compongono di diversi elementi. In primo luogo, il comune di Roanne stanziava l'importo di EUR 2 925 000 per la realizzazione del parcheggio pubblico. In secondo luogo, il comune di Roanne si impegna con una partecipazione finanziaria globale per tutte le opere da realizzare, fissata in EUR 2 443 103 per la prima quota e in EUR 3 034 341 per la totalità del progetto. In terzo luogo, infine, la SEDL percepisce il corrispettivo per la cessione a terzi delle parti del centro ricreativo non destinate al comune di Roanne; la convenzione pubblica di lottizzazione fissa in EUR 8 099 000 i ricavi realizzabili dalle cessioni.

62. Il giudice del rinvio vuole in sostanza sapere quali dei predetti aspetti debbano essere considerati al fine del calcolo del valore dell'appalto; solo così è possibile valutare se la soglia di 5 000 000 diritti speciali di prelievo sia stata o non superata nel caso di specie. Il tenore letterale dell'art. 6 della direttiva 93/37 non offre alcuna indicazione in merito. Dalle finalità della predetta direttiva si evincono tuttavia impor-

tanti aspetti dai quali non è possibile prescindere al fine del calcolo del valore dell'appalto.

possibile verificare se un appalto pubblico di lavori possa essere di particolare interesse per un imprenditore di provenienza estera⁵⁷ e debba pertanto essere sottoposto alla speciale procedura di aggiudicazione contemplata da questa direttiva per garantire l'apertura del mercato e la concorrenza.

63. Come esposto in precedenza, la direttiva 93/37 mira, nel complesso, ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi e ad aprire i mercati interessati ad una concorrenza effettiva⁵⁴. La soglia prevista dall'art. 6 di tale direttiva consente di identificare gli appalti pubblici di lavori che possono essere di particolare interesse per gli imprenditori degli altri Stati membri⁵⁵. Infatti la direttiva 93/37 prescrive l'esecuzione di speciali procedure di aggiudicazione degli appalti segnatamente per salvaguardare gli interessi di siffatti imprenditori ed assicurarne la parità di trattamento rispetto agli offerenti sul territorio nazionale⁵⁶.

65. Dalla prospettiva di un potenziale offerente rileva a tale riguardo soprattutto il *volume complessivo* dell'appalto pubblico di lavori, ossia il fatturato globale realizzabile dall'imprenditore⁵⁸. Qualora la natura dell'appalto pubblico di lavori sia tale che solo alcune parti delle opere da realizzare sono destinate alla stessa amministrazione aggiudicatrice, mentre altre devono essere cedute direttamente a terzi, al fine del calcolo del valore dell'appalto sono da considerare anche le quote destinate ai terzi.

64. Con riferimento all'art. 6 della direttiva 93/37 è pertanto decisivo adottare il punto di vista di un potenziale offerente. Solo così è

66. Per contro, è ininfluenza che il fatturato realizzabile dall'imprenditore provenga in tutto o solo in parte dai mezzi dell'amministrazione aggiudicatrice, o che i corrispettivi siano in parte ottenuti direttamente da terzi. Infatti, fintantoché la società aggiudicatrice concede in appalto l'intera operazione, ivi

54 — Secondo 'considerando' e prima frase del decimo 'considerando' della direttiva 93/37. V. anche il par. 43 delle presenti conclusioni.

55 — V., in questo senso, il sesto 'considerando' della direttiva 93/37.

56 — Anche al di sotto delle soglie, le libertà fondamentali impongono un minimo di pubblicità [principio della trasparenza, v. sul punto le sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punti 16-22), Parking Brixen (citata alla nota 39, punti 46-50) e ANAV (citata alla nota 50, punti 18-22)]; tuttavia con meno requisiti rispetto a quelli previsti per il campo d'applicazione delle direttive in materia di appalti (v. in merito le mie conclusioni nella causa Parking Brixen, citate alla nota 49, paragrafo 37).

57 — Questo aspetto è sottolineato anche dalla sentenza 5 ottobre 2000, causa C-16/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8315, punti 44 e 46) in ordine ad una problematica affine nel contesto della direttiva (CEE) del Consiglio, 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

58 — Questo assunto informa, da ultimo, anche l'art. 6, nn. 3-5, della direttiva 93/37, secondo cui è d'uopo tener conto di tutta l'opera o appalto di lavori, evitando ripartizioni in lotti che sottrarrebbero in parte o completamente l'opera o l'appalto di lavori ad una procedura di aggiudicazione.

includere le parti eventualmente destinate a terzi, contribuendovi con un'eventuale partecipazione finanziaria, il pericolo di un pregiudizio degli offerenti esteri sussiste in relazione all'intera operazione, circostanza che nel complesso può pregiudicare la realizzazione degli obiettivi di apertura dei mercati e della concorrenza.

68. Per contro, se al fine del calcolo del valore dell'appalto non si considerassero, oltre agli effettivi impegni di pagamento assunti dalla città di Roanne⁶⁰, anche i corrispettivi da realizzarsi con le cessioni a terzi pari a EUR 8 099 000, anziché i soli rischi di finanziamento sopportati a tale riguardo dal comune⁶¹, il valore dell'appalto così calcolato non rifletterebbe completamente la cifra d'affari realizzabile e, con ciò, neppure l'interesse dell'opera per i potenziali offerenti.

69. Alla luce delle predette considerazioni, la seconda questione pregiudiziale deve essere risolta come segue:

67. Applicando le predette considerazioni alla fattispecie risulta che non basta considerare il prezzo pari a EUR 2 925 000 versato a titolo di corrispettivo dal comune di Roanne per il parcheggio pubblico e la partecipazione finanziaria prevista, fissata in EUR 3 034 341⁵⁹. Sono da considerare invece anche tutte le probabili entrate realizzabili dall'assegnatario con la cessione a terzi delle parti del centro ricreativo, pari ad ulteriori EUR 8 099 000. Ciò vale a maggior ragione per la fattispecie in esame, avendo il comune di Roanne contribuito in misura considerevole anche al finanziamento dalle parti del centro ricreativo destinate a terzi.

al fine del calcolo del valore dell'appalto ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificato dalla direttiva 97/52, deve essere considerato il volume totale dell'appalto, così come apprezzabile dal punto di vista dell'imprenditore. Non è sufficiente considerare esclusivamente il prezzo delle singole parti dell'opera rimesse all'amministrazione aggiudicatrice e l'entità della partecipazione finanziaria versata dalla medesima, nonché gli eventuali rischi di responsabilità assunti dalla medesima.

59 — Per quanto noto, già dall'inizio si era previsto di affidare l'esecuzione di entrambe le fasi alla medesima impresa. Risulta pertanto determinante il contributo di finanziamento stanziato dal comune per l'intero progetto (più che mai a fronte di quanto disposto dall'art. 6, n. 3, della direttiva 93/37, secondo cui deve essere sommato il valore di più lotti). Dovrebbero essere peraltro considerati anche gli EUR 210 000 menzionati alla nota 10, il cui stanziamento spetterebbe agli ulteriori partecipanti.

60 — Quindi EUR 2 925 000 per il parcheggio pubblico nonché una partecipazione di finanziamento pari a EUR 3 034 341 per l'intero progetto (v. nota 59).

61 — E cioè la rimessa automatica al comune di Roanne delle parti non ancora cedute a terzi del centro ricreativo, una volta ultimata l'opera, nonché l'assunzione da parte del comune di Roanne di tutti i debiti correnti.

3. Sulla terza questione: dispensa dal ricorso alle procedure di aggiudicazione

70. Con la terza questione il giudice del rinvio vuole sostanzialmente sapere se sia possibile prescindere da una procedura di aggiudicazione ai sensi della direttiva 93/37, allorché, secondo il diritto interno, la convenzione del caso possa essere aggiudicata esclusivamente a determinate persone giuridiche che, loro volta, sono tenute ad applicare procedure di aggiudicazione ai fini dell'assegnazione in subappalto.

71. Secondo costante giurisprudenza, le direttive sulla disciplina degli appalti sono da applicarsi anche qualora l'impresa assegnataria sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice⁶². In via di principio, è pertanto necessario svolgere una procedura di aggiudicazione anche in siffatta circostanza.

72. Infatti, anche laddove l'imprenditore aggiudicatario fosse tenuto a svolgere a sua volta delle procedure di aggiudicazione per la successiva selezione dei subappaltatori, circostanza che si verifica, ad esempio, quando il predetto imprenditore è il capo-commessa, siffatte procedure di aggiudicazione succes-

sive concernerebbero, di norma, solamente singoli lotti dell'intero appalto. Inoltre, i contratti stipulati con i subappaltatori potrebbero, a fronte del loro minore valore, non superare le soglie vigenti e non rientrare così nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti. Per di più, in tal modo la funzione di coordinamento svolta dalle imprese capo-commessa potrebbe essere costantemente sottratta all'esecuzione di una procedura di aggiudicazione. Le eventuali procedure di aggiudicazione successive indette per i subappaltatori non possono pertanto compensare l'assenza iniziale di una procedura di aggiudicazione della commessa all'impresa capo-commessa.

73. Questo è quanto avviene nella fattispecie: infatti, pur essendo previsto che la SEDL affidi determinati incarichi di progettazione e realizzazione del centro ricreativo comunale di Roanne a subappaltatori in applicazione di procedure di aggiudicazione, la convenzione pubblica di lottizzazione affida alla SEDL anche altri incarichi che esulano da quanto sopra, che sono, segnatamente, le funzioni di coordinamento e la responsabilità globale di cui è investita al fine di realizzare il centro ricreativo. Non sussiste, pertanto, una coincidenza tra l'oggetto del contratto della convenzione pubblica di lottizzazione conclusa tra il comune di Roanne e la SEDL e l'oggetto degli eventuali subappalti aggiudicati dalla SEDL ai suoi subappaltatori.

74. Alla luce di siffatte premesse, si consolida l'ipotesi che una convenzione pubblica

62 — Sentenze Teckal (citata alla nota 46, punto 42, seconda frase, e punto 51) e ARGE (citata alla nota 46, punto 40); nello stesso senso, sentenze Commissione/Germania (citata alla nota 33, punti 18 e 19) e Commissione/Spagna del 13 gennaio 2005 (citata alla nota 46, punti 38-40).

di lottizzazione quale la presente non avrebbe dovuto essere conclusa senza previa procedura di aggiudicazione.

75. Non vi osta neppure la sentenza Scala di Milano; in tale circostanza la Corte dispensava un comune dall'applicare prima dell'attribuzione di un appalto pubblico di lavori le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 93/37, affermando che l'effetto utile della direttiva 93/37 risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante e il titolare della concessione ad applicare a sua volta le predette procedure⁶³.

76. Come successivamente chiarito dalla Corte, siffatta considerazione era giustificata esclusivamente a fronte delle particolari circostanze applicabili alla causa Scala di Milano; la fattispecie ivi discussa si caratterizzava per il fatto che l'aggiudicatario dell'appalto pubblico di lavori era individuato a priori dalla legge in virtù della sua qualità di proprietario dei terreni oggetto della lottizzazione e di concessionario e il comune, quale amministrazione aggiudicatrice, non aveva il potere di incaricare un altro imprenditore⁶⁴.

77. Nulla fa però intendere che nella causa a qua il comune di Roanne vedesse così ristretta la sua facoltà di scelta della parte contraente e che la legge individuasse a priori la SEDL come aggiudicataria.

78. È pur vero che il diritto francese vigente all'epoca dei fatti limitava la conclusione delle convenzioni pubbliche di lottizzazione esclusivamente ad una particolare categoria di soggetti. Dall'art. L. 300-4, paragrafo 2, nella formulazione precedente del Code de l'urbanisme, si evince, infatti, che all'epoca le uniche parti contraenti ammesse erano gli enti pubblici francesi e determinate società ad economia mista francesi. Ciò non significa tuttavia che, come nel caso della Scala di Milano, la legge potesse designare a priori un unico imprenditore come possibile aggiudicatario.

79. Sussiste tuttavia un'altra ragione per cui l'esistenza di una disposizione quale possa essere quella dell'art. L. 300-4, paragrafo 2, nella formulazione precedente del Code de l'urbanisme, non giustificerebbe la rinuncia ad una procedura di aggiudicazione conformemente alla direttiva 93/37: limitando le possibili categorie di parti contraenti a poche persone giuridiche, che si contraddistinguono per il fatto di essere o enti pubblici francesi o controllate dai medesimi, una siffatta disposizione precluderebbe in limine alle amministrazioni aggiudicatrici di considerare imprenditori esteri quali parti con-

63 — Sentenza Scala di Milano (citata alla nota 18, punto 100).

64 — Sentenza Commissione/Francia (citata alla nota 15, punto 57).

traenti delle convenzioni pubbliche di lottizzazione. Così facendo, si pregiudicherebbe l'apertura dei mercati per diversi importanti appalti di lavori. Ciò contrasterebbe con le finalità della direttiva, volte ad abbattere gli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici e ad aprire i mercati interessati ad una concorrenza effettiva⁶⁵.

diritto esclusivo ai sensi della predetta norma in relazione alla progettazione e realizzazione di centri ricreativi comunali.

80. Soltanto l'art. 6 della direttiva 92/50 consente di dispensare dall'applicazione di una procedura di aggiudicazione qualora ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice siano stati aggiudicati appalti pubblici di servizi in base a diritti esclusivi di cui detto ente beneficia. Essendo una deroga, tale norma deve essere tuttavia interpretata in modo restrittivo⁶⁶ e non può estendersi per analogia ad altre direttive in materia di appalti⁶⁷. Del resto, le società esecutrici ad economia mista, quali la SEDL, non beneficiano, per quanto noto, di un

81. Nel caso di specie, non è necessario stabilire se l'art. 11 della direttiva 2004/18 possa, in futuro, produrre risultati diversi, sulla base del rilievo che i fatti della causa principale esulano dall'efficacia temporale di tale direttiva.

82. La terza questione pregiudiziale deve essere pertanto risolta come segue:

65 — V. soprattutto il secondo e il decimo 'considerando' della direttiva 93/37, nonché il principio di non discriminazione sancito dall'art. 6, n. 6, della medesima. Nello stesso senso anche la sentenza Commissione/Francia (citata alla nota 15, punti 60, 61 e 68).

66 — In merito al principio di una interpretazione restrittiva delle deroghe ai principi vigenti in materia di appalti, v. la sentenza Commissione/Spagna del 13 gennaio 2005 (citata alla nota 50, punto 48), nonché le sentenze Stadt Halle e RPL Lochau (citare alla nota 33, punto 46) e ANAV (citata alla nota 50, punto 26).

67 — In questo senso, sentenze Teckal (citata alla nota 46, punto 44) e Carbotermo (citata alla nota 31, punto 33).

Non è possibile prescindere da una procedura di aggiudicazione ai sensi della direttiva 93/37 per il solo motivo che la legge nazionale limita la conclusione della convenzione interessata esclusivamente a determinate persone giuridiche, che, se aggiudicatarie, sono loro volta tenute ad indire procedure di aggiudicazione per l'assegnazione in subappalto.

VI — Conclusione

83. Alla luce delle considerazioni che precedono, si propone alla Corte di fornire al Tribunale amministrativo la seguente soluzione:

- 1) una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la progettazione e la realizzazione di un'opera di lottizzazione consistente in un centro ricreativo, in virtù della quale, ultimata l'opera, alcune parti sono rimesse alla prima e altre parti sono cedute direttamente a terzi dalla seconda amministrazione aggiudicatrice e in forza della quale, ultimata l'opera, la prima amministrazione aggiudicatrice diventa automaticamente proprietaria delle parti non cedute a terzi, sopportando il rischio finanziario complessivo, costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1 della direttiva (CEE) del Consiglio, 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori;
- 2) al fine del calcolo del valore dell'appalto ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, deve essere considerato il volume totale dell'appalto, così come apprezzabile dal punto di vista dell'imprenditore. Non è sufficiente tenere conto esclusivamente del prezzo delle singole parti dell'opera rimesse all'amministrazione aggiudicatrice e dell'entità della partecipazione finanziaria versata dalla medesima, nonché degli eventuali rischi di responsabilità assunti dalla medesima;
- 3) non è possibile prescindere da una procedura di aggiudicazione ai sensi della direttiva 93/37 per il solo motivo che la legge nazionale limita la conclusione della convenzione interessata esclusivamente a determinate persone giuridiche che, se aggiudicatrici, sono a loro volta tenute ad indire procedure di aggiudicazione per l'assegnazione in subappalto.