

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
 JÁN MAZÁK
 presentate il 16 dicembre 2008 ¹(1)

Causa C-300/07

**Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik
 contro
 AOK Rheinland/Hamburg**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)]

«Appalto pubblico – Direttiva 2004/18/CE – Appalti pubblici di forniture e servizi – Cassa di assicurazione malattia in regime di convenzione – Organismo di diritto pubblico – Fornitura di scarpe ortopediche ad assicurati»

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, la Sezione Camerale per gli appalti dell'Oberlandesgericht (Corte d'appello regionale) di Düsseldorf (Germania) chiede alla Corte di interpretare la direttiva 2004/18/CE con riferimento alle casse di assicurazione malattia tedesche (2). Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se dette casse mutue siano da considerare organismi di diritto pubblico, e quindi amministrazioni aggiudicatrici, e come debba essere qualificato il contratto di cui trattasi.

I – Contesto normativo

A – Normativa comunitaria

2. L'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18 dispone quanto segue:

«Si considerano "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 da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- b) dotato di personalità giuridica; e
- c) 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 al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, 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.

Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lett. a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi».

3. La parte III, punto 1.1, dell'allegato III della direttiva, riferita alla «Germania», menziona i seguenti enti: «Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/ (assicurazioni sociali: casse malattia, enti di assicurazione infortuni e pensioni)».

4. L'art. 79 della direttiva, intitolato «Modificazioni», prevede che «la Commissione può modificare, secondo la procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, quanto segue (...) d) gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III, allorché ciò si renda necessario in base a quanto notificato dagli Stati membri (...)».

5. L'art. 1 della direttiva, intitolato «Definizioni», dispone quanto segue:

«2. a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

c) Gli "appalti pubblici di forniture" sono appalti pubblici diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

(...)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

Un appalto pubblico avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi di cui all'allegato II è considerato un "appalto pubblico di servizi" quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto.

(...)

4. La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

5. Un "accordo quadro" è un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

(...)».

6. L'art. 32, n. 2, della direttiva prevede che «ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva (...)».

7. L'art. 21 della direttiva prevede che «l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

8. La categoria n. 25 dell'allegato II B si riferisce ai «Servizi sanitari e sociali».

9. L'art. 22 della direttiva prevede che «gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A sia servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55 allorché il valore dei servizi elencati nell'allegato II A risulta superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II B. Negli altri casi sono aggiudicati conformemente all'articolo 23 e all'articolo 35, paragrafo 4».

10. Infine, l'art. 1, n. 4, della direttiva 1999/44/CE (3) prevede che «[a]i fini della presente direttiva sono considerati contratti di vendita anche i contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre».

B – *Normativa nazionale*

11. Il sistema di assistenza sanitaria tedesco e l'organizzazione e il finanziamento delle casse mutue pubbliche in detto paese sono disciplinati nei libri IV e V del Sozialgesetzbuch (codice della previdenza sociale; in prosieguo l'«SGB»). L'art. 1, n. 1, [del libro V] dell'SGB prevede che siffatte casse mutue, in quanto enti collettivi fondati sul principio della solidarietà, abbiano il compito di tutelare, ristabilire e migliorare lo stato di salute degli assicurati.

12. Le casse mutue istituite per legge sono persone giuridiche di diritto pubblico dotate di personalità giuridica e beneficiano del diritto ad autoamministrarsi. Mentre gli assicurati nell'ambito del regime pubblico possono scegliere la cassa mutua pubblica specifica, essi non possono optare tra una cassa mutua pubblica ed una privata. Le casse mutue sono finanziate per mezzo di i) contributi obbligatori degli assicurati; ii) pagamenti diretti dello Stato federale e iii) pagamenti compensativi attraverso il regime di compensazione finanziaria, cui partecipano le varie casse mutue pubbliche, e il meccanismo di compensazione dei fattori di rischio.

13. L'entità dei contributi si basa esclusivamente sul reddito dell'assicurato, entro il limite previsto per il calcolo dei contributi. Altri elementi, come l'età, le malattie pregresse, o il numero dei soggetti a carico, non rilevano a tal fine. In pratica, il datore di lavoro detrae la parte dei contributi a carico dell'assicurato dal suo stipendio e la versa – insieme alla parte di contributo a suo carico – alla cassa mutua. Il pagamento e la riscossione dei contributi sono obbligatori ai sensi delle disposizioni di diritto pubblico.

14. Il tasso di contribuzione non è fissato dallo Stato, ma dalle casse mutue istituite per legge. Dette casse mutue devono calcolare i contributi in modo tale che essi coprano, cumulati con altre risorse, le spese previste per legge, e garantire la disponibilità degli strumenti di intervento e delle riserve legali. La determinazione del tasso di contribuzione necessita dell'autorizzazione dell'organo statale di sorveglianza di ciascuna cassa mutua e l'importo dei contributi, entro certi limiti, è prestabilito dalla legge. Esso deve essere determinato in modo che le entrate non superino o non siano inferiori alle spese. Poiché le prestazioni da fornire sono determinate in misura assolutamente prevalente dalla legge, l'entità della spesa non può essere direttamente influenzata, in maniera significativa, dalle casse mutue.

15. Le differenze di spesa riconducibili alle diverse strutture di rischio degli assicurati vengono ampiamente moderate dal meccanismo di compensazione dei fattori di rischio. Sussiste anche un certo «obbligo di solidarietà» tra le diverse casse mutue. In tal modo lo Stato garantisce indirettamente l'adempimento delle obbligazioni delle singole casse mutue. Le casse mutue hanno il diritto di autoamministrarsi e sono soggette a sorveglianza statale. La sorveglianza giuridica nell'ambito del sistema di assistenza sanitaria tedesco non si limita ad un mero controllo a posteriori.

16. Determinate misure necessitano di autorizzazione da parte degli organi di sorveglianza; ciò vale, ad esempio, per le modifiche dello statuto delle casse mutue, la determinazione dei tassi di contribuzione, l'edificazione e l'acquisto di terreni o lo sviluppo e l'acquisto di software. Gli organi di sorveglianza sono tenuti a verificare la gestione commerciale, contabile ed operativa delle casse mutue. L'organo di sorveglianza statale può esigere l'esibizione di documenti e la trasmissione di informazioni. Il bilancio provvisorio di ogni cassa mutua deve essere tempestivamente trasmesso all'organo di sorveglianza statale.

17. Atteso che, nell'ambito del regime di cui trattasi, tramite la cassa mutua l'assicurato ha diritto non al rimborso delle spese, ma al libero accesso ai servizi corrispondenti, secondo il cosiddetto principio dei «servizi in natura», le casse mutue sono incoraggiate a negoziare con diversi fornitori «contratti di assistenza» multisettoriali o interdisciplinari. Siffatti «contratti integrati di assistenza» vengono stipulati tra le casse mutue e diversi fornitori idonei a fornire il trattamento all'assicurato. Essi stabiliscono la remunerazione per le diverse formule integrate di assistenza, che devono assicurare il pagamento di tutte le prestazioni che l'assicurato può richiedere nell'ambito di tale regime. La cassa mutua è parte del contratto integrato di assistenza e spetta ad essa corrispondere la remunerazione del fornitore. La partecipazione degli assicurati alle diverse formule integrate di assistenza è opzionale ma, una volta che l'assicurato abbia optato per una formula, è obbligato a richiedere i servizi al fornitore con il quale la relativa cassa mutua ha stipulato detto contratto.

II – Fatti e questioni pregiudiziali

18. La AOK Rheinland, fusasi con la AOK Hamburg, ricorrente nel procedimento principale (in prosieguo: la «AOK»), è una cassa mutua istituita per legge che nel giugno 2006 invitava tecnici

ortopedici, mediante comunicato sulla rivista *Orthopädie-Schuhtechnik*, a presentare offerte, nel periodo tra il 1° settembre ed il 31 dicembre 2006, riguardanti la produzione e la consegna di calzature per assistenza integrata ai sensi degli artt. 140 e segg. del SGB V, in casi di sindrome dei piedi urenti derivante da diabete. I servizi da prestare erano suddivisi, in base al costo, in gruppi per i quali l'offerente doveva indicare un prezzo. Conformemente alle «condizioni particolari di contratto», era previsto che il paziente munito di una tessera assicurativa e di un'apposita prescrizione medica doveva rivolgersi direttamente al corrispondente tecnico ortopedico; non era necessaria una dichiarazione di presa in carico delle spese da parte della AOK. La prestazione della controparte consisteva nella fabbricazione e nel controllo di una scarpa ortopedica su misura, nonché nel fornire consulenze approfondite prima della fase di misurazione, nella fase di consegna e nell'ambito dei controlli previsti. A parte i contributi dei pazienti, i pagamenti dovevano essere effettuati dalla AOK.

19. La Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (in prosieguo: la «Oymanns»), un'impresa di articoli ortopedici, presentava un'offerta e, successivamente, contestava talune violazioni del diritto degli appalti. Le contestazioni venivano respinte dalla AOK, che non riteneva applicabili le disposizioni sugli appalti. La Oymanns avviava un procedimento di riesame dell'aggiudicazione di appalti dinanzi alla Vergabekammer (organo amministrativo competente per il riesame), che respingeva la domanda di riesame. La Oymanns proponeva quindi un ricorso contro detta decisione dinanzi al giudice del rinvio.

20. L'Oberlandesgericht Düsseldorf decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. a) Se il requisito del "finanziamento statale", previsto dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), prima alternativa, della direttiva, vada interpretato nel senso che comprende una situazione in cui lo Stato impone l'affiliazione ad un regime di assicurazione malattia, nonché l'obbligo di versare i contributi – il cui ammontare dipende dal reddito – alle rispettive casse mutue, le quali fissano il tasso di contribuzione, ma sono tra loro collegate da un sistema di finanziamento su base solidaristica, descritto in maggiore dettaglio nella motivazione, e l'esecuzione degli obblighi di ciascuna di esse è garantito.

b) Se il requisito previsto dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), seconda alternativa, della direttiva, che prevede che "la gestione [dell'organismo] sia soggetta al controllo di questi ultimi", vada interpretata nel senso che una sorveglianza statale relativa a negozi ancora in corso o a venire – eventualmente accompagnata da altri strumenti di intervento statale descritti nella motivazione – sia sufficiente a soddisfare tale requisito.

2. Nel caso in cui la prima questione pregiudiziale – sub a) o sub b) – sia risolta affermativamente, se le lett. c) e d) dell'art. 1, n. 2, della direttiva vadano interpretate nel senso che la messa a disposizione di beni prodotti ed adeguati individualmente in termini di forma, secondo le esigenze dei rispettivi clienti, e sul cui uso gli stessi clienti devono essere consigliati, debba essere qualificata come "appalto di forniture" o "appalto di servizi". Se a tal fine debba essere preso in considerazione solo il valore delle rispettive prestazioni.

3. Qualora la messa a disposizione di cui alla seconda questione debba o possa essere considerata un "servizio", se l'art. 1, n. 4, della direttiva – a differenza di un "accordo quadro" ai sensi dell'art. 1, n. 5, della direttiva – vada interpretato nel senso che per "concessione di servizi" si intende anche il conferimento di un appalto in cui

- la decisione sul se e in quali casi l'appaltatore riceva incarichi specifici non viene presa dall'appaltante, bensì da terzi,
- il pagamento dell'appaltatore è effettuato dall'autorità appaltante, in quanto solo quest'ultima, secondo la legge, è debitrice della remunerazione ed è obbligata alla prestazione di servizi nei confronti dei terzi, e
- l'appaltatore, prima di ricevere la richiesta di terzi, non è tenuto a prestare, né offrire, alcun servizio».

21. Hanno presentato osservazioni scritte la Oymanns, la AOK e la Commissione. Nel corso dell'udienza del 19 giugno 2008 sono state sentite le difese orali svolte dalle parti.

III – Valutazione

A – *Prima questione*

22. Con la sua prima questione, l'Oberlandesgericht Düsseldorf chiede, in sostanza, se le casse mutue siano da considerare organismi di diritto pubblico ai sensi della direttiva 2004/18, dal momento che in Germania si discute se le casse mutue istituite per legge, malgrado la loro menzione nell'allegato III della direttiva, siano da considerare organismi di diritto pubblico.

1. Principali argomenti delle parti

23. La *Oymanns*, ricorrente nella causa principale, sostiene che il fatto che le casse mutue tedesche figurino nell'allegato III della direttiva 2004/18 costituisce una presunzione inconfutabile del fatto che il legislatore comunitario abbia considerato dette casse mutue organismi di diritto pubblico. La *Oymanns* sostiene, sostanzialmente, che le casse mutue sono finanziate in modo maggioritario dallo Stato e che la loro gestione è sorvegliata dallo Stato.

24. La *AOK*, convenuta nella causa principale, sostiene che l'elenco di cui all'allegato III della direttiva 2004/18 è meramente indicativo. Per quanto concerne il finanziamento statale, esso deve provenire direttamente da risorse pubbliche. Infine, la *AOK* sostiene, sostanzialmente, che le autorità pubbliche esercitano un mero controllo giuridico.

25. La *Commissione* rileva che le casse mutue sono citate espressamente nell'allegato III della direttiva e ritiene, pertanto, che debbano essere considerate organismi di diritto pubblico. Inoltre, la Commissione sostiene, in sostanza, che le casse mutue in questione soddisfano le condizioni per essere considerate tali.

2. Valutazione

26. Ai sensi dell'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18, per stabilire che le casse mutue di cui trattasi nella causa principale costituiscono amministrazioni aggiudicatrici, esse devono soddisfare le condizioni per essere qualificate come organismi di diritto pubblico.

27. A tale riguardo, come constatato dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nell'ambito della causa Bayerischer Rundfunk e a. (4), «la costante giurisprudenza di questa Corte di giustizia richiede che al concetto comunitario autonomo di "amministrazione aggiudicatrice" venga data interpretazione funzionale (5) e ampia (6), tenuto conto dell'obiettivo di evitare il rischio di dare preferenza agli offerenti o candidati nazionali in qualsiasi gara di appalto promossa dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché della possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato sia guidato da motivazioni estranee al suo carattere economico» (7).

28. Innanzitutto, le casse mutue tedesche istituite per legge sono menzionate espressamente nell'allegato III della direttiva. L'allegato di cui trattasi contiene un elenco non esaustivo di organismi di diritto pubblico degli Stati membri, che «soddisfano i criteri di cui [all'art. 1, n. 9]» della direttiva.

29. Occorre ricordare che gli Stati membri non possono modificare unilateralmente l'allegato III della direttiva. L'art. 1, n. 9, della direttiva prevede che gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi di organismi di diritto pubblico. Dall'art. 79 della direttiva (8) risulta che solo la Commissione ha facoltà di modificare «gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III, allorché ciò si renda necessario in base a quanto notificato dagli Stati membri». In tal caso, la Commissione è obbligata ad applicare la procedura di comitologia (9). Dai documenti del fascicolo risulta che, finora, la procedura di comitologia non è stata avviata per quanto concerne le casse mutue tedesche.

30. Alla luce di tutti i suesposti elementi, ritengo che il fatto che le casse mutue tedesche figurino nell'allegato III della direttiva dia luogo alla presunzione che esse debbano essere considerate amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva (10). Anche se l'elenco contenuto nell'allegato III non ha carattere esaustivo, adottando tale elenco il legislatore comunitario ha indicato taluni organismi che, a suo avviso, devono essere considerati organismi di diritto pubblico (11). Inoltre, l'elenco nell'allegato III può essere modificato solo conformemente alla procedura di comitologia di cui sopra (12).

31. In proposito, vorrei rilevare che la posizione del legislatore comunitario riflette una sentenza

del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) del 31 gennaio 2008 (13), in cui tale corte ha precisato che le casse mutue locali sono organismi di diritto pubblico.

32. Nondimeno, intendo dimostrare che le casse mutue tedesche devono, in ogni caso, essere considerate amministrazioni aggiudicatrici.

33. La definizione di «amministrazioni aggiudicatrici» di cui all'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18 riprende la formulazione delle direttive antecedenti in materia di appalti pubblici. Di fatto, la direttiva costituisce, in larga misura, una rielaborazione o un consolidamento delle disposizioni di tutte le direttive precedenti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (14).

34. La Corte ha osservato che, conformemente alla giurisprudenza, le condizioni previste dall'art. 1, n. 9, della direttiva, e precisamente, che l'organismo sia a) istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica e c) finanziato in modo maggioritario dallo Stato (...), sono cumulative (15). Per quanto concerne la terza condizione, di «stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato», tuttavia, la Corte ha osservato che i diversi criteri che la soddisfano sono alternativi (16).

35. Risulta dal fascicolo del Tribunale che, nel caso in esame, è pacifico che le prime due condizioni, delle tre sopra menzionate, sono soddisfatte.

36. A motivo di ciò, intendo pertanto concentrare la mia attenzione sul terzo elemento, riguardante una sufficiente connessione con lo Stato. Con riferimento a tale condizione è necessario, in particolare, verificare se le casse mutue sono i) finanziate dallo Stato e/o ii) soggette al controllo di quest'ultimo.

37. Innanzitutto, per quanto concerne la prima alternativa, il finanziamento statale, dalla sentenza Bayerischer Rundfunk e a. (17) risulta che non solo il finanziamento diretto dello Stato, ma anche il finanziamento indiretto è sufficiente per soddisfare tale requisito. Nel particolare contesto della radiodiffusione, la Corte ha osservato che l'espressione «finanziata in modo maggioritario dallo Stato» deve essere interpretata nel senso che sussiste un finanziamento siffatto qualora: i) si sia in presenza di attività di organismi radiotelevisivi pubblici, investiti di una missione di interesse pubblico, indipendenti dalle autorità statali, autogestiti e organizzati in modo tale che sia esclusa qualsiasi influenza delle dette autorità, e ii) tali attività siano finanziate in prevalenza mediante un canone a carico di coloro che detengono un apparecchio ricevente, canone che sia imposto, calcolato e riscosso secondo le norme delle convenzioni statali a tal fine stipulate e che non deriva da una transazione contrattuale conclusa tra tali organismi e i consumatori.

38. La causa in esame presenta un'analogia, per il fatto che le casse mutue sono finanziate per mezzo di contributi obbligatori stabiliti per legge. Al riguardo, a mio parere, è irrilevante accertare se un organismo percepisca i mezzi finanziari direttamente dallo Stato, per mezzo di un'imposta o indirettamente (18), per mezzo di contributi obbligatori stabiliti per legge.

39. Dai documenti del fascicolo risulta che tale argomento è confermato dal fatto che, nel corso di riforme previste in Germania (dirette a semplificare la riscossione dei contributi e il meccanismo di compensazione dei fattori di rischio) si è pensato di rimettere la riscossione dei contributi ad un'unità centrale nazionale (fondo sanitario) che dovrebbe poi fornire alle casse mutue (in base alla ponderazione del rischio) i contributi calcolati per ciascun affiliato.

40. Si deve sottolineare che la stragrande maggioranza della popolazione in Germania (circa il 90%) è assicurata presso una cassa mutua, come prescritto dalla legge, e che il finanziamento di siffatte casse mutue è garantito dall'affiliazione obbligatoria e da contributi. La Commissione rinvia alle informazioni fornite dal Ministero federale tedesco della Sanità, secondo il quale i contributi rappresentano il 95% delle entrate delle casse mutue.

41. Inoltre, l'entità dei contributi dipende esclusivamente dal reddito dell'assicurato, entro il limite previsto per il calcolo dei contributi. In aggiunta a ciò, dal momento che il loro finanziamento è garantito dallo Stato, le casse mutue beneficiano di una posizione privilegiata rispetto alla concorrenza (e precisamente le casse mutue private). L'obbligo di fornire le prestazioni è indipendente dall'effettivo versamento dei contributi assicurativi. Per tale motivo, i servizi prestati dalle casse mutue non costituiscono una «specifica controprestazione» per i servizi prestati in ambito sanitario, ai sensi della giurisprudenza della Corte (19).

42. Il giudice del rinvio opera una distinzione tra il caso in esame e la fattispecie nella causa Bayerischer Rundfunk e a. (20) nel senso che qui il contributo non è fissato dallo Stato, ma dalle casse mutue istituite per legge.

43. A tale riguardo si deve ricordare che, come risulta dall'ordinanza di rinvio, la determinazione del tasso di contribuzione richiede l'approvazione degli organi di sorveglianza statali. Inoltre, la legge stabilisce con precisione come effettuare il calcolo di detti tassi e statuisce che le entrate che ne risultano non possono essere inferiori o superare le spese. Poiché la stragrande maggioranza delle prestazioni da fornire è determinata per legge, l'ammontare della spesa, e conseguentemente l'entità del tasso di contribuzione, in larga parte, non possono essere direttamente influenzati dalle casse mutue.

44. Di conseguenza, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, ritengo che le casse mutue soddisfino la terza condizione (prima alternativa), dal momento che sono finanziate prevalentemente dallo Stato.

45. Per quanto riguarda la seconda alternativa, e precisamente la connessione con lo Stato derivante dal controllo, nella sentenza Adolf Truley la Corte ha osservato che, ai sensi della giurisprudenza, «sembra non potersi considerare che il criterio del controllo della gestione è soddisfatto nel caso di un mero controllo a posteriori perché, per definizione, un tale controllo non consente alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato in materia di appalti pubblici» (21). Tuttavia, come risulta dalle considerazioni nei paragrafi 17-19 delle presenti conclusioni e come affermato dal giudice del rinvio, il controllo della gestione nell'ambito del sistema di casse mutue tedesche istituite per legge non si limita ad un «mero controllo» ai sensi di detta giurisprudenza.

46. Nella sentenza Adolf Truley la Corte ha confermato (22) che «soddisfa per contro detto criterio [del controllo della gestione] una situazione in cui (...) le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità», come sembra verificarsi nella causa principale. La Commissione ha giustamente evidenziato che la soddisfazione del criterio del controllo della gestione viene già garantita dal carattere esaustivo della normativa applicabile, in particolare l'SGB V. Quest'ultimo disciplina anche i rapporti giuridici tra le casse mutue e i diversi prestatori di servizi, quali medici, dentisti, farmacisti, ecc. La legge definisce le funzioni delle casse mutue, le relative modalità di svolgimento e il modo in cui esse devono finanziarsi. Infine, gli organi di sorveglianza possono intervenire direttamente nell'organizzazione delle casse mutue.

47. Contrariamente alla tesi della AOK, secondo cui non può effettivamente configurarsi un controllo della gestione dal momento che le autorità pubbliche non hanno competenza ad annullare le decisioni di aggiudicazione delle casse, ritengo che la questione rilevante in questa sede sia se sussista una dipendenza generale da un'amministrazione aggiudicatrice, piuttosto che se sussista un'influenza esercitata rispetto a contratti specifici. Di conseguenza, non dovrebbe essere necessario dimostrare che il controllo di gestione esistente riguarda la procedura di aggiudicazione degli appalti (23).

48. Posso tracciare diversi paralleli con la sentenza Commissione/Francia (24). Innanzitutto, come in detta causa, anche la fattispecie in esame riguarda una situazione in cui l'attività delle casse mutue è «disciplinata molto severamente». In secondo luogo, come la Corte ha inoltre osservato in tale causa, anche nel caso di specie è evidente che «dal momento che le norme sulla gestione sono molto particolareggiate, la semplice sorveglianza del loro rispetto può, da sola, portare a conferire un'influenza importante ai pubblici poteri». In terzo luogo, come nella presente causa, l'organo di sorveglianza ha il potere di «disporre lo scioglimento di [una cassa mutua], (...) di sospendere gli organi dirigenti [assumendo la gestione] e di nominare un amministratore provvisorio». In quarto luogo, nella summenzionata sentenza, la Corte ha osservato che, anche ammettendo che l'esercizio dei poteri di cui sopra, conferiti all'autorità competente, «rimanga effettivamente eccezionale, esso implica ciò nondimeno un controllo permanente che da solo permette la scoperta di (...) carenze da parte degli organi dirigenti».

49. Infine, il fatto che il criterio del controllo della gestione sia soddisfatto nella causa in esame è confermato anche da una sentenza del Bundesverfassungsgericht (25), citata dal giudice del rinvio, in cui detto tribunale ha affermato che alle casse mutue «è concesso solo in misura eccezionalmente modesta il diritto di autoamministrarsi inteso come esercizio di potere discrezionale nello svolgimento di attività di cui si assume la responsabilità» ed è loro «negata, in modo estensivo,

un'autonomia statutaria, organizzativa e in materia di fissazione di contributi e prestazioni».

50. Da quanto sopra, consegue che le casse mutue in questione soddisfano anche (la seconda alternativa della) terza condizione, dal momento che sono soggette al controllo della gestione da parte dello Stato.

51. Ne risulta, pertanto, che le casse mutue tedesche in questione nella causa principale costituiscono organismi di diritto pubblico in quanto elencate come tali nell'allegato III della direttiva 2004/18 e, in ogni caso, soddisfano le condizioni previste dalla giurisprudenza della Corte per essere così qualificate.

B – Seconda questione

52. Risolta affermativamente la prima questione, con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la fornitura di cui trattasi rientri in un «appalto di forniture» o in un «appalto di servizi». L'importanza di tale questione risiede nel fatto che una qualificazione nella categoria dell'«appalto di forniture» si risolverebbe nell'applicazione integrale delle disposizioni della direttiva 2004/18.

1. Principali argomenti delle parti

53. La Oymanns afferma sostanzialmente che la fornitura di beni prodotti individualmente deve essere considerata, nel complesso, come fornitura di prodotti.

54. La AOK sostiene, in sostanza, che la questione pertinente è come determinare il valore dell'elemento «forniture» e dell'elemento «servizi» che, congiuntamente, danno luogo ad un contratto misto. In una fattispecie quale quella in questione, a prescindere dall'elemento «valore», è necessario determinare quale fornitura sia «caratteristica del contenuto dell'appalto».

55. La Commissione ritiene, sostanzialmente, che la delimitazione tra fornitura pubblica di prodotti e fornitura pubblica di servizi sia disciplinata dal secondo comma dell'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva, che stabilisce il criterio di valore quantitativo.

2. Valutazione

56. Innanzitutto, contrariamente al giudice del rinvio, ritengo la giurisprudenza Auroux e a. (26) – secondo la quale la distinzione tra un appalto pubblico di servizi e un appalto pubblico di lavoro deve essere determinata in base all'oggetto principale del contratto (un criterio qualitativo) – non applicabile al fine di distinguere tra appalti di forniture e appalti di servizi.

57. Piuttosto, al riguardo, l'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva prevede che «un appalto pubblico avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi (...) è considerato un "appalto pubblico di servizi" quando il *valore* dei servizi in questione [un elemento quantitativo] supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto» (il corsivo è mio) (27). L'interpretazione secondo cui il valore è l'unico criterio per determinare se l'appalto riguardi forniture pubbliche o servizi pubblici è confermata inoltre dal testo dell'art. 22 della direttiva.

58. Poiché la questione del valore è una questione di fatto, deve essere trattata dal giudice del rinvio. Tuttavia, la regola generale è che l'appalto è considerato appalto di fornitura se il valore del corrispettivo dei beni è pari o superiore al valore dei servizi. Diversamente, l'appalto è un appalto pubblico di servizi (28).

59. Occorre quindi determinare come la produzione di scarpe modellate individualmente si inserisca nel contesto della prestazione complessiva (che consiste, tra l'altro, nella fabbricazione di scarpe e nei servizi correlati).

60. Nondimeno, mi sembra, prima facie, che la produzione di scarpe su misura debba essere considerata parte della fornitura. Per tale motivo, il giudice del rinvio ritiene che, in base ad una stima provvisoria, il valore della fornitura di scarpe sarebbe più elevato del valore della prestazione di servizi, nonostante l'estensione degli obblighi di consulenza. Inoltre, il giudice del rinvio rileva giustamente che l'art. 1, n. 4, della direttiva 1999/44 considera contratti di vendita anche i contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare, indipendentemente dal fatto che si tratti di beni

standard o modellati secondo le concrete modalità di produzione (cosiddetti «beni infungibili»). Ciò conferma che la valutazione dipende dal valore relativo della scarpa prodotta e da quello della consulenza.

61. Inoltre, la Commissione giustamente osserva che il regolamento (CE) n. 2195/2002 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (29), in cui le scarpe ortopediche sono citate in diverse occasioni, comporta la presunzione che esse costituiscano «prodotti», anche se richiedono una consulenza (30). Infine, coerentemente con l'art. 1, n. 2, lett. d), secondo comma, si può inoltre sostenere che l'appalto di cui trattasi nella causa principale è un appalto pubblico di forniture (fornitura di prodotti, in casu, scarpe) che, incidentalmente, comprende anche una forma molto particolare di «operazioni di messa in uso» (fornitura di servizi, in casu, consulenza dettagliata sull'impiego del prodotto). Altri esempi potrebbero includere: un appalto per un sistema di elaborazione dati, che spesso comprende sia hardware (beni) che software personalizzato o un appalto per la fornitura sia dei prodotti (ad esempio veicoli) che della loro manutenzione (31).

62. Pertanto, la seconda questione deve essere risolta nel senso che la fornitura di beni prodotti ed adeguati individualmente in termini di forma, secondo le esigenze dei rispettivi clienti, e sul cui uso gli stessi clienti devono essere consigliati, deve essere considerata oggetto di un «appalto di forniture» o di un «appalto di servizi», in funzione del valore dei particolari servizi da prendere in considerazione, questione di fatto che deve essere trattata dal giudice del rinvio.

C – Terza questione

63. Qualora la fornitura di cui alla seconda questione sia considerata un «servizio», con la sua terza questione il giudice del rinvio intende sostanzialmente sapere se una «concessione di servizi» – a differenza di un «accordo quadro» – sia applicabile in circostanze quali quelle di cui alla causa principale. Il giudice del rinvio osserva che una qualificazione in termini di «appalto di servizi» sulla base del diritto nazionale condurrebbe all'applicazione di determinate disposizioni in materia di appalti, con la conseguenza che il ricorso della Oymann dovrebbe essere accolto, almeno parzialmente, mentre in caso di qualificazione nella categoria di «concessione di servizi» esso dovrebbe essere integralmente respinto.

1. Principali argomenti delle parti

64. La Oymanns sostiene che il contratto integrato di assistenza costituisce un accordo quadro, nel senso che si limita a definire la disciplina generale applicabile ai singoli contratti che saranno successivamente stipulati, con particolare riferimento ai prezzi.

65. La AOK afferma, in sostanza, che la fornitura prevista nell'ambito del contratto integrato di assistenza costituisce una concessione di servizi; l'accordo quadro non è applicabile nella misura in cui la cassa mutua – concludendo il suo contratto con il fornitore – perde il controllo sul resto della procedura.

66. La Commissione sostiene, sostanzialmente, che l'accordo tra la cassa mutua e un fornitore costituisce un accordo quadro.

2. Valutazione

67. Da un lato, la direttiva definisce una «concessione di servizi» come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

68. Dall'altro, un «accordo quadro» è definito come «un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste».

69. In primo luogo, concordo con la Oymanns nel ritenere che l'accordo di cui trattasi non possa essere una concessione di servizi, dal momento che sulla cassa mutua, e non sul paziente, salvo modesti contributi, grava la remunerazione. A tale riguardo si richiama la sentenza Parking Brixen (32). Il contratto integrato di assistenza non può essere classificato come concessione di servizi, dal momento che quest'ultima comporta un trasferimento del diritto di sfruttare un

determinato servizio e il concessionario assume tutti o gran parte dei rischi economici collegati allo sfruttamento. Nella fattispecie in questione, al fornitore non viene richiesto di fornire alcun servizio prima di stipulare un contratto individuale con un assicurato. Di conseguenza, esso non acquisisce a titolo di controprestazione alcun diritto anteriore di sfruttamento di un servizio (33). Il fornitore è tenuto a prestare il servizio su richiesta dell'assicurato, senza tuttavia alcuna possibilità di negoziare il prezzo, né la propria remunerazione, che è concordata con la cassa mutua e corrispostagli da quest'ultima. Di conseguenza, il fornitore non sopporta alcun rischio economico ai sensi della giurisprudenza comunitaria di cui sopra.

70. Ritengo che la Commissione qualifichi correttamente l'accordo tra la cassa mutua e un fornitore come esempio quasi classico di accordo quadro, in quanto stabilisce le condizioni concernenti la prestazione dei servizi e la consulenza che sarà fornita nel corso di un periodo di tempo specificato. Soltanto in base ai successivi contratti individuali il fornitore è tenuto a fornire le scarpe e la cassa mutua è tenuta a corrispondere la remunerazione. Il fatto che il fornitore non sappia in anticipo se e in quale misura l'assicurato richiederà i suoi servizi, costituisce precisamente una delle caratteristiche di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 1, n. 5, della direttiva. Aggiungo ancora che, anche se il giudice del rinvio qualificasse la fornitura di cui trattasi come oggetto di un «appalto di servizi», ritengo che l'accordo concernente la fornitura in questione debba comunque essere considerato un accordo quadro e non una concessione di servizi.

71. In base alle considerazioni che precedono, occorre risolvere la terza questione dichiarando che, qualora la fornitura di beni di cui alla seconda questione sia considerata un «servizio», l'art. 1, n. 4, della direttiva – a differenza dell'«accordo quadro» di cui all'art. 1, n. 5, della direttiva – deve essere interpretato nel senso che l'accordo concernente una fornitura di beni come quella di cui trattasi nella causa principale non deve essere considerato una «concessione di servizi».

IV – Conclusioni

72. Sono pertanto del parere che la Corte debba statuire sulle questioni proposte dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania) come segue:

- 1) Le casse mutue tedesche di cui trattasi alla causa principale costituiscono organismi di diritto pubblico in quanto elencate come tali nell'allegato III della 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 e, in ogni caso, soddisfano le condizioni previste dalla giurisprudenza della Corte per essere qualificate come tali;
- 2) la fornitura di beni prodotti ed adeguati individualmente in termini di forma, secondo le esigenze dei rispettivi clienti, e sul cui uso gli stessi clienti devono essere consigliati, deve essere considerata oggetto di un «appalto di forniture» o di un «appalto di servizi», in funzione del valore dei particolari servizi da prendere in considerazione, questione di fatto che deve essere trattata dal giudice del rinvio;
- 3) qualora la fornitura dei beni di cui alla seconda questione sia considerata un «servizio», l'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 – a differenza dell'«accordo quadro» di cui all'art. 1, n. 5, di detta direttiva – deve essere interpretato nel senso che l'accordo concernente una fornitura di beni come quella di cui trattasi nella causa principale non deve essere considerato una «concessione di servizi».

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004 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»).

3 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GU L 171, pag. 12).

4 – Conclusioni relative alla sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06

(Racc. pag. I-11173, paragrafo 66).

5 – V. sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06, Ing. Aigner (Racc. pag. I-2339, punto 37), che rinvia alla sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punti 36 e 37, e giurisprudenza ivi citata. L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer rinvia, in questo punto del suo passaggio, tra l'altro, alle sentenze 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 41), e 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-11697, punto 73).

6 – Nella sentenza Adolf Truley, cit., al punto 43, la Corte ha osservato che «alla luce di tale duplice obiettivo della liberalizzazione del mercato e della trasparenza, la nozione di organismo di diritto pubblico deve essere intesa estensivamente». L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer rinvia, in questo punto del suo passaggio, a: Wollenschläger, F., «Der Begriff des "öffentlichen Auftraggebers" im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes» [La nozione di amministrazione aggiudicatrice pubblica alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia], EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht), n. 8/2005, pag. 345.

7 – L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer rinvia qui alla seguente giurisprudenza: sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 17); 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 52), e Adolf Truley, cit. alla nota 5, punto 42.

8 – Intitolato «Modificazioni».

9 – L'art. 79 della direttiva fa riferimento alla procedura di cui all'art. 77, intitolato «Comitato consultivo», che prevede l'applicazione degli artt. 3 e 7 della decisione del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/468/CE, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (GU L 184, pag. 23), tenendo conto delle disposizioni dell'art. 8 della stessa.

10 – In generale, a un'autorità dovrebbe essere data la possibilità di sollevare argomenti per dimostrare perché non debba (più) essere considerata organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva, tuttavia ciò non è stato determinato nel caso di specie.

11 – Tale lettura appare coerente con la sentenza Adolf Truley, cit. alla nota 5, in cui la Corte ha osservato, al punto 44, che «se un determinato organismo non figura nell'elenco contenuto all'allegato I della direttiva 93/37, occorre verificare, per ogni fattispecie, la situazione giuridica e di fatto di tale organismo al fine di valutare se soddisfi o meno un bisogno di interesse generale». V. inoltre Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, seconda edizione, Oxford University Press, 2007, pag. 102, sez. 2.21: «È stato chiaramente ritenuto necessario redigere un elenco di tali organismi in tutti gli Stati membri che, *in quel momento*, si consideravano compresi in tale concetto. Ciò suggerisce che gli elenchi (...) indicano quelle entità che, *quantomeno* [il corsivo è mio] esse, devono essere considerate persone di diritto pubblico». Trepte rileva inoltre che la Corte ha utilizzato gli organismi inclusi negli elenchi contenuti nell'allegato per fornire esempi dei tipi di organismi considerati e cita le sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 51), e 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e

C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, punto 37).

12 – V. il parere dell'avvocato generale Alber nella causa *University of Cambridge*, cit. alla nota 7, paragrafo 20. Un'interpretazione analoga in Chiti, M.P., «The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law», *European Public Law*, vol. 8, 4^a ed., 2002, pag. 489. V. inoltre sentenza Adolf Truley, cit. alla nota 5, punto 39, in cui la Corte ha osservato che «il grado di precisione [dell'elenco] varia notevolmente da uno Stato membro all'altro».

13 – 1 BvR 2156/02.

14 – V. sentenza Ing. Aigner, cit. alla nota 5, punto 51, che cita, in tal senso, la sentenza *Bayerischer Rundfunk e a.*, cit. alla nota 4, punto 30.

15 – V. sentenza Ing. Aigner, cit. alla nota 5, punto 36, che rinvia alla sentenza 1^o febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 40) e giurisprudenza ivi citata. V. inoltre sentenza Adolf Truley, cit. alla nota 5, punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

16 – V. sentenza Adolf Truley, cit. alla nota 5, punto 68, che rinvia, tra l'altro, alla sentenza *University of Cambridge*, cit. alla nota 7, punto 20, e Commissione/Francia, cit. alla nota 15, punto 44.

17 – Cit. alla nota 4.

18 – V., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1998, causa C-306/97, *Connemara Machine Turf* (Racc. pag. I-8761, punto 34). V. inoltre, ad esempio, Brown, A., «Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU Procurement Directives: *Bayerischer Rundfunk (C-337/06)*», *Public Procurement Law Review*, n. 4/2008, pag. NA 127.

19 – Sentenza *University of Cambridge*, cit. alla nota 7, punto 21.

20 – Cit. alla nota 4.

21 – Cit. alla nota 5, punto 70.

22 – *Idem*, punto 74.

23 – V. Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, Londra, 2005, pag. 260, sez. 5.7. In tal senso, l'avvocato generale Alber ha affermato, nelle sue conclusioni relative alla sentenza *University of Cambridge*, cit. alla nota 7, paragrafo 37, che «in effetti, la Corte di giustizia ha statuito, nelle sentenze *Connemara Machine Turf* (...) e *Commissione/Irlanda* (...) che ai fini dell'attribuzione della qualifica di amministrazione aggiudicatrice in Irlanda è necessario che sussista un controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (laddove per il resto si è ritenuto sufficiente che tale controllo venga effettuato indirettamente, vale a dire anche senza una norma espressa in tal senso)».

24 – Cit. alla nota 15, punti 50, 52, 54 e 56.

25 – Sentenza 9 giugno 2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

26 – Sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05 (Racc. pag. I-385, punti 37 e 46).

27 – Per una causa attinente a prodotti e servizi v., ad esempio, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121).

28 – V. Arrowsmith, S., cit. alla nota 23, pag. 332, sez. 6.73; e Trepte, P., cit. alla nota 11, pag. 235, sez. 4.107.

29 – Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 5 novembre 2002 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV) (GU L 340, pag. 1).

30 – Inoltre, il diritto tedesco statuisce che le scarpe di questo tipo costituiscono «dispositivi accessori», indipendentemente dal fatto che siano prodotti in serie o su misura (art. 128 dell'SGB V, categoria 31 «Scarpe»).

31 – V. Arrowsmith, S., cit. alla nota 23, pagg. 331-332, sez. 6.73.

32 – Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 (Racc. pag. I-8585, punti 39 e 40).

33 – Nella sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria Verlag (Racc. pag. I-10745, punto 30) (concernente la precedente direttiva 93/38/CEE), la Corte ha definito il diritto di sfruttare un servizio quale «diritto di sfruttare la propria prestazione di servizi». Nel caso in esame, l'appaltatore non deve creare, né mantenere, infrastrutture dispendiose (uffici, personale, macchinari), il cui costo debba essere ammortizzato grazie alla remunerazione percepita per i singoli contratti.