

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
Verica Trstenjak
presentate il 4 giugno 2009 ¹(1)

Causa C-536/07

**Commissione delle Comunità europee
contro
Repubblica federale di Germania**

«Inadempimento di uno Stato membro – Art. 226 CE – Appalti pubblici – Direttiva 93/37/CEE – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori – Enti fieristici – Conclusione di un contratto di locazione avente ad oggetto la costruzione di opere da parte di un'amministrazione aggiudicatrice – Utilizzazione delle opere da parte di un ente fieristico – Conclusione di un contratto di sublocazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice con tale ente fieristico»

Indice

I – Introduzione

II – Contesto normativo

III – Fatti

IV – Fase precontenziosa

V – Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

VI – Argomenti sostanziali delle parti

A – Sulla ricevibilità del ricorso

B – Sulla fondatezza del ricorso

VII – Analisi giuridica

A – Sulla ricevibilità del ricorso

B – Sulla fondatezza del ricorso

1. Osservazioni preliminari

2. La posizione del comune di Colonia quale amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con la GKM-GbR

a) Il comune di Colonia deve essere considerato l'amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con la GKM-GbR

b) In via subordinata: nell'eventualità in cui la Kölnmesse GmbH dovesse essere considerata

la «vera» amministrazione aggiudicatrice della GKM-GbR

3. Il contratto principale del 6 agosto 2004 quale appalto misto di lavori e di servizi
4. Determinazione dell'oggetto principale del contratto misto principale del 6 agosto 2004
5. Conclusione

VIII – Sulle spese

IX – Conclusione

I – Introduzione

1. La causa in esame è scaturita da un ricorso per inadempimento della Commissione ai sensi dell'art. 226 CE, con cui essa chiede alla Corte di giustizia delle Comunità europee di dichiarare che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 7 nel combinato disposto con l'art. 11 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (2), per aver il comune di Colonia concluso con la società immobiliare Köln Messe 15-18 GbR (in prosieguo: la «GKM-GbR») un contratto avente ad oggetto la costruzione e la successiva cessione trentennale dell'uso di quattro sale di esposizione fieristica, accessori ed infrastruttura inclusi, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo come previsto da tali disposizioni.

2. Nell'esame di tale ricorso occorre anzitutto acclarare se gli effetti della contestata violazione della normativa in materia di appalti si fossero esauriti integralmente prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato della Commissione, con la conseguenza che il ricorso dovrebbe essere respinto in quanto irricevibile. Successivamente si dovrà verificare se si sia in presenza o meno di un appalto pubblico di lavori ai sensi della normativa in materia di appalti, con il comune di Colonia in veste di amministrazione aggiudicatrice.

II – Contesto normativo

3. Il secondo e il decimo 'considerando' della direttiva 93/37 così recitano:

«considerando che la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti;

(...)

considerando che lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti alle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; che le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse; che pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni; (...).

4. L'art. 1 della direttiva 93/37 stabilisce:

«Ai fini della presente direttiva:

- a) gli "appalti pubblici di lavori" sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;
- b) si 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'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.
- c) s'intende per «opera» il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica;
- (...)
- e) le "procedure aperte" sono le procedure nazionali in cui ogni imprenditore interessato può presentare un'offerta;
- f) le "procedure ristrette" sono le procedure nazionali in cui soltanto gli imprenditori invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un'offerta;
- g) le "procedure negoziate" sono le procedure nazionali in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto;
- (...)».

5. Ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/37, questa non si applica, in linea di principio, agli appalti pubblici di lavori il cui valore non superi EUR 5 000 000.

6. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva 93/37, per attribuire gli appalti pubblici di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure aperte, le procedure ristrette e le procedure negoziate menzionate all'art. 1, adattate alla direttiva stessa. L'art. 7, n. 2, contiene quindi un elenco dei casi in cui gli appalti di lavori possono essere attribuiti mediante la procedura negoziata dopo aver pubblicato un bando di gara, mentre al n. 3 sono previsti i casi in cui gli appalti di lavori possono essere attribuiti mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara. In tutti gli altri casi, l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 7, n. 4, della direttiva medesima, attribuisce gli appalti di lavori mediante la procedura aperta o la procedura ristretta.

7. L'art. 11 della direttiva 93/37 così recita:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici rendono note, mediante un avviso indicativo, le caratteristiche essenziali degli appalti di lavori che intendono attribuire ed i cui importi eguagliano o superano la soglia indicata all'articolo 6, paragrafo 1.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono attribuire un appalto di lavori pubblici mediante procedura aperta, ristretta o negoziata nei casi previsti all'articolo 7, paragrafo 2, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

(...)».

8. L'art. 1 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (3) stabilisce quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

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

(...)

iii) dei contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi parallelamente, preventivamente o successivamente al contratto di acquisizione o di affitto, qualunque ne sia la forma, rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva;

(...)».

III – Fatti

9. Il presente ricorso per inadempimento verte sulla costruzione, decretata dal comune di Colonia, di quattro nuove sale di esposizione fieristica, accessori e connessa infrastruttura inclusi, da parte di una impresa privata, la GKM-GbR. Quale gestore di dette sale di esposizione era prevista sin dall'inizio la Kölnmesse GmbH, società privata le cui quote sono detenute al 79 % dal comune di Colonia e al 20 % dal Land Nordrhein-Westfalen (Renania settentrionale-Vestfalia) e il cui oggetto, secondo lo statuto societario, consiste nell'organizzazione e nella realizzazione di fiere ed esposizioni intese alla promozione dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

10. I primi progetti per la costruzione delle quattro sale di esposizione fieristica sull'area espositiva di Colonia erano stati sviluppati già negli anni '90 dalla Kölnmesse GmbH. Sulla base della constatazione che le «Rheinhallen» (sale 1, 2, 3 e 5), dalla stessa utilizzate a fini espositivi in veste di titolare del diritto di superficie del comune di Colonia, non erano più conformi ai requisiti ad esse imposti, la Kölnmesse GmbH redigeva, negli anni 2000/01, un piano generale che prevedeva, inter alia, la costruzione di quattro nuove sale di esposizione fieristica entro il 2012. Questo piano generale veniva ripreso nel 2003 dal comune di Colonia, in quanto quest'ultimo intendeva mettere a disposizione dell'emittente televisiva RTL, a partire dall'inizio del 2008, le «Rheinhallen» utilizzate dalla Kölnmesse GmbH, al fine di impedire l'abbandono di Colonia minacciato da tale emittente. Alla luce di tali circostanze, la Kölnmesse GmbH e il comune di Colonia concordavano di anticipare la costruzione, prevista nel piano generale, delle quattro nuove sale di esposizione fieristica, accessori ed infrastruttura inclusi.

11. Per finanziare questo progetto immobiliare, il comune di Colonia e la Kölnmesse GmbH hanno infine optato per un modello di finanziamento in cui non il comune di Colonia o la Kölnmesse GmbH stessa, bensì piuttosto un'impresa privata – la GKM-GbR – edificherebbe, quale committente, le sale di esposizione, compresa la necessaria infrastruttura, per poi cederle in locazione al comune di Colonia. In un secondo tempo, il comune di Colonia cederebbe le sale espositive locate in sublocazione alla Kölnmesse GmbH, la quale, attraverso l'organizzazione e la realizzazione di fiere ed esposizioni, dovrebbe realizzare i profitti necessari a coprire le somme dovute dal comune di Colonia alla GKM-GbR.

12. Tale modello di finanziamento dava luogo ad una complessa costruzione contrattuale e immobiliare, incentrata sul comune di Colonia. Il 6 agosto 2004, esso concludeva in un primo momento con la GKM-GbR un contratto indicato come «contratto di locazione avente ad oggetto, inter alia, l'affitto di un bene immobile composto da quattro sale di esposizione fieristica, un'opera "entrata nord", un viale e una strada di collegamento davanti al parcheggio, cinque opere di collegamento fra le aree espositive, parcheggi e adiacenze a Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße» (in prosieguo: il «contratto principale»), ai sensi del quale la GKM-GbR cederebbe in locazione al comune di Colonia l'area adibita a fiera con le sale espositive N8, N9, N10 e N11, che avrebbero dovuto essere costruite su tale area, incluse le opere di collegamento, l'infrastruttura e un parcheggio con almeno 505 posti macchina con annesse opere esterne. Era previsto che il contratto iniziasse a decorrere dal 1° dicembre 2005 con una regolare durata di 30 anni. Quale corrispettivo, il comune di Colonia si impegnava a versare un canone mensile pari a EUR 1 725 000; per i primi tredici mesi del periodo di locazione non era dovuto alcun canone.

13. Su questa base, il comune di Colonia stipulava, l'11 agosto 2004, un «contratto di sublocazione» (4) con la Kölnmesse GmbH, nel quale veniva disciplinata la sublocazione a quest'ultima delle sale espositive in questione, opere di collegamento incluse, a condizioni perlopiù identiche (in prosieguo: il «contratto di sublocazione»). In forza di tale contratto, per la sublocazione delle sale espositive, degli accessori e della connessa infrastruttura, veniva concordata una durata regolare complessiva di 30 anni nonché un canone mensile pari a EUR 1 730 000; per i primi 13 mesi del periodo di locazione non era dovuto alcun canone.

14. Al fine di semplificare la gestione dei rapporti contrattuali risultanti dal contratto principale e dal contratto di sublocazione, il comune di Colonia e la Kölnmesse GmbH concludevano inoltre, in data 11/16 agosto 2004, un accordo di esecuzione del contratto di sublocazione, mediante il quale il comune di Colonia delegava alla Kölnmesse GmbH l'attuazione e l'esercizio della maggior parte dei diritti e degli obblighi assunti dal comune di Colonia nei confronti della GKM-GbR, e ciò al fine di semplificare lo svolgimento delle concertazioni e dei colloqui concernenti l'acquisizione con la GKM-GbR, la consegna di istruzioni tecniche, l'esercizio di diritti e obblighi in relazione a lavori residui, a vizi e in generale per evitare inconvenienti giuridici per le parti nell'ambito dei loro reciproci rapporti. Restava tuttavia espressamente esclusi i «canoni di locazione», i quali dovevano essere versati separatamente all'interno del rispettivo rapporto contrattuale. Inoltre, l'esercizio di diritti costitutivi del comune di Colonia da parte della Kölnmesse GmbH (recesso, risoluzione ecc.) è sempre subordinato al previo consenso del comune stesso.

15. In vista della conclusione di tali contratti, tanto il comune di Colonia quanto la Kölnmesse GmbH, avevano già proceduto, alla fine del 2003, alla vendita all'investitore privato dei terreni necessari per la costruzione delle nuove sale di esposizione fieristica, cosicché tali terreni, al momento della conclusione dei «contratti di locazione», erano di proprietà della GKM-GbR.

16. Il 30 novembre 2005 la GKM-GbR cedeva ufficialmente le sale di esposizione al comune di Colonia.

IV – Fase precontenziosa

17. In seguito ad una denuncia prevenutale il 7 settembre 2005, secondo la quale nell'attribuzione dell'appalto di lavori per le nuove sale di esposizione fieristica a Colonia sarebbe stato violato il diritto comunitario, la Commissione, con lettera 13 dicembre 2005, informava la Repubblica federale di Germania dell'eventualità che quest'ultima avesse violato l'art. 7, nel combinato disposto con il successivo art. 11 della direttiva, in quanto le amministrazioni aggiudicatrici coinvolte in tale progetto immobiliare avrebbero omesso di indire a livello europeo, con procedura aperta ovvero con procedura ristretta, il bando di gara per la costruzione e la locazione o altro genere di cessione delle sale di esposizione fieristica. Il governo della Repubblica federale di Germania veniva pertanto invitato a presentare proprie osservazioni ai sensi dell'art. 226 CE entro un termine di due mesi e di produrre i contratti conclusi fra le parti nonché altri eventuali documenti pertinenti.

18. Nella sua risposta 15 febbraio 2006, la Repubblica federale di Germania comunicava che la Kölnmesse GmbH non era un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, cosicché non si sarebbe in presenza di una violazione del diritto comunitario. In risposta alla lettera di diffida complementare della Commissione 28 giugno 2006, nella quale alla Repubblica federale erano state richieste ulteriori informazioni nonché l'invio di tutti i documenti pertinenti, la Repubblica federale di Germania, con lettera 8 settembre 2006, ribadiva sostanzialmente la propria posizione quanto al ruolo di amministrazione aggiudicatrice della Kölnmesse GmbH e aggiungeva che il comune di Colonia si sarebbe limitato a porre in essere, in relazione al progetto immobiliare di cui trattasi, solo operazioni non assoggettate alla normativa in materia di appalti. La Repubblica federale di Germania esprimeva inoltre di non avere accesso ai contratti e ad altri documenti della Kölnmesse GmbH, essendo quest'ultima un operatore economico privato. La Repubblica federale di Germania produceva pertanto solo il contratto principale, il contratto di sublocazione, l'accordo di esecuzione, un rapporto del Bezirksregierung Köln (amministrazione del distretto di Colonia) datato 27 gennaio 2006 nonché una «Letter of intent» 8 dicembre 2003 del comune di Colonia alla Kölnmesse GmbH.

19. Con lettera 18 ottobre 2006, la Commissione trasmetteva alla Repubblica federale di Germania il parere motivato ai sensi dell'art. 226, n. 1, CE. Nella risposta a tale parere, la Repubblica federale di Germania, con lettera 11 dicembre 2006, ribadiva la propria posizione sull'assenza di una violazione sostanziale del diritto comunitario ed esprimeva, quale nuovo argomento, che nel contratto di compravendita immobiliare 18 dicembre 2003 concluso fra la Kölnmesse GmbH e la GKM-GbR, preliminare ai contratti di locazione, figurava al contempo l'obbligo della GKM-GbR di eseguire le pertinenti costruzioni sull'area adibita a fiera compravenduta. Essa argomentava inoltre che l'appalto di lavori della Kölnmesse GmbH sarebbe stato concluso con l'ultimazione e la consegna delle sale di esposizione fieristica il 1° dicembre 2005, vale a dire, quindi, prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato. Anche qualora avesse avuto luogo una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici, l'introduzione e la prosecuzione del procedimento per inadempimento sarebbe stata irricevibile a causa della previa conclusione dell'opera di costruzione contestata. La Repubblica federale di Germania presentava al contempo un estratto di cinque pagine dall'atto notarile di compravendita immobiliare del 18 dicembre 2003.

20. Richiamandosi alla promessa verbale, fatta dal sindaco del comune di Colonia al sig. McCreevy, commissario UE responsabile del mercato interno, «di prendere in futuro le distanze da siffatte fattispecie contrattuali e di indire a livello europeo, in conformità del diritto in vigore, appalti i cui importi superino le soglie fissate nelle direttive relative alle procedure di appalto», la Repubblica federale di Germania chiedeva infine alla Commissione, in una successiva lettera 18 aprile 2007, che fosse dichiarata l'archiviazione del procedimento.

V – Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

21. La Commissione, con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 30 novembre 2007, chiede che la Corte voglia

- dichiarare che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma dell'art. 7, nel combinato disposto con il successivo art. 11, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, avendo il comune di Colonia concluso con la società immobiliare Köln Messe 15-18 GbR (attualmente società immobiliare Köln Messe 8-11) il contratto 6 agosto 2004 senza aver indetto un bando di gara a livello europeo come previsto dalle menzionate disposizioni.
- condannare la Repubblica federale di Germania alle spese.

22. La Repubblica federale di Germania chiede, nel suo controricorso depositato il 25 febbraio 2008, che la Corte voglia

- rigettare il ricorso.
- condannare la Commissione alle spese.

23. Con il deposito della replica della Commissione in data 30 aprile 2008 e della controreplica della Repubblica federale di Germania il 26 giugno 2008, si è conclusa la fase scritta del procedimento.

24. All'udienza, svoltasi il 25 marzo 2009, i rappresentanti della Commissione e del governo della Repubblica federale di Germania hanno esposto le rispettive posizioni.

VI – Argomenti sostanziali delle parti

25. Secondo la Commissione, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma degli artt. 7 e 11 della direttiva 93/37, in quanto il comune di Colonia avrebbe concluso il contratto principale del 6 agosto 2004 in veste di amministrazione aggiudicatrice, al di fuori di una procedura di appalti pubblica, e tale contratto sarebbe direttamente connesso, sotto il profilo economico, alla previa conclusione del contratto di compravendita immobiliare fra la Kölnmesse GmbH e la GKM-GbR.

26. La Repubblica federale di Germania solleva una serie di eccezioni di irricevibilità e ritiene il ricorso infondato anche sotto il profilo sostanziale.

A – Sulla ricevibilità del ricorso

27. La Repubblica federale di Germania fa valere, anzitutto, l'irricevibilità del ricorso per inadempimento, asserendo che la censurata violazione della normativa in materia di appalti pubblici sarebbe cessata prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato. Al momento della scadenza di tale termine, tutte le opere edili sarebbero già state ultimate e consegnate al comune di Colonia quale locatario principale. In tal modo, gli «effetti rilevanti» del contratto ovvero della procedura di appalto contestati si sarebbero esauriti prima della scadenza del termine, cosicché il successivo ricorso della Commissione dovrebbe, secondo giurisprudenza costante della Corte, essere respinto in quanto irricevibile.

28. A parere della Repubblica federale di Germania, nell'ambito dell'esame di ricevibilità occorre distinguere fra gli effetti «potenzialmente contrari alla normativa in materia di appalti» e gli effetti «legittimi» della procedura di appalto contestata, ove, per valutare l'osservanza del termine,

sarebbero rilevanti solo i primi. Fra tali effetti «potenzialmente contrari alla normativa in materia di appalti» rientrerebbero, in particolare, le opere edili che devono essere eseguite dall'appaltatore. Gli effetti «legittimi» di una procedura d'appalto di lavori, irrilevanti ai fini dell'esame di ricevibilità, comprenderebbero, invece, gli obblighi di versamento del corrispettivo incumbenti all'amministrazione aggiudicatrice, i quali devono essere considerati neutrali. Poiché nel caso in esame le opere edili sarebbero state eseguite integralmente prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato, il ricorso per inadempimento dovrebbe essere respinto in quanto irricevibile. La circostanza che al comune di Colonia incombesse ancora, successivamente alla scadenza di tale termine, obblighi «neutrali» di pagamento, resterebbe irrilevante nell'ambito dell'esame di ricevibilità.

29. La Commissione contesta questa eccezione di irricevibilità, in base al rilievo che la Repubblica federale di Germania non sarebbe riuscita a dimostrare che la GKM-GbR avesse ultimato tutte le opere edili rilevanti prima della scadenza del termine. Inoltre, il contratto principale del 6 agosto 2004 disciplinerebbe una serie di obblighi contrattuali della GKM-GbR nonché del comune di Colonia, i quali dovrebbero essere adempiuti nel corso dell'esecuzione del contratto e, pertanto, dopo la scadenza del termine fissato nel parere motivato. Un ricorso per inadempimento in materia di appalti sarebbe irricevibile, per avvenuta cessazione della violazione prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato, solo qualora il contratto controverso avesse esaurito tutti gli effetti allo scadere del termine fissato nel parere motivato, il che manifestamente non si sarebbe verificato nella specie.

B – *Sulla fondatezza del ricorso*

30. La Repubblica federale di Germania ritiene inoltre infondato il ricorso per inadempimento, in quanto il contratto controverso del 6 agosto 2004 non costituirebbe un appalto di lavori bensì – considerato sotto il profilo funzionale – solo un contratto inteso a garantire finanziariamente un altro contratto, vale a dire quello concluso fra la GKM-GbR e la Kölnmesse GmbH, avente ad oggetto la cessione dell'uso delle erigende sale di esposizione fieristica; la Kölnmesse GmbH non potrebbe, del resto, essere qualificata come un organismo di diritto pubblico soggetto alle direttive relative alle procedure di appalto. Persino qualora non si condividesse quest'analisi funzionale, il contratto principale controverso dovrebbe essere qualificato, avuto riguardo alla sua forma e al suo contenuto, come contratto di locazione. A seconda dell'ottica, l'oggetto principale del contratto del 6 agosto 2004 sarebbe costituito da un rapporto di locazione ovvero da una prestazione di servizi di finanziamento, cosicché tale contratto sarebbe necessariamente escluso dal campo di applicazione della direttiva 93/37.

31. La Commissione ribatte che il contratto principale del 6 agosto 2004 è sostanzialmente inteso alla realizzazione di opere edili – e segnatamente la costruzione delle sale di esposizione fieristica, accessori e infrastruttura inclusi – dovendo essere quindi qualificato come appalto di lavori, e che il comune di Colonia dovrebbe essere considerato quale controparte diretta della GKM-GbR nonché quale amministrazione aggiudicatrice rilevante. La conclusione del contratto principale del 6 agosto 2004 costituirebbe, dunque, un appalto pubblico di lavori attribuito dal comune di Colonia in violazione della normativa in materia di appalti pubblici, non essendo stato indetto il necessario bando di gara a livello europeo.

VII – **Analisi giuridica**

A – *Sulla ricevibilità del ricorso*

32. La Repubblica federale di Germania deduce, in via principale, che il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione è irricevibile, in quanto la contestata violazione della normativa in materia di appalti sarebbe cessata integralmente prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato.

33. Secondo giurisprudenza costante, un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE può essere proposto solo qualora lo Stato membro di cui trattasi non si sia conformato al parere motivato della Commissione entro il termine in esso fissato. Al riguardo, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza di tale termine (5).

34. Ai sensi di tali principi generali, un ricorso per inadempimento deve essere respinto in quanto irricevibile solo qualora risulti che la violazione contestata abbia cessato di produrre effetti giuridici prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato (6). Avuto riguardo alla sua finalità, la

fase precontenziosa è infatti intesa ad eliminare una violazione del diritto comunitario prima di giungere dinanzi al giudice, cosicché – alla luce della ratio di tale fase – nel caso di cessazione integrale della violazione prima della scadenza del termine fissato, manca il fondamento per insistere ulteriormente nel ricorso per inadempimento (7).

35. Tale principio risulta confermato da una più attenta analisi del tenore dell'art. 226, n. 2, CE, ai sensi del quale, qualora lo Stato non si conformi al parere della Commissione nel termine da essa fissato, questa può adire la Corte di giustizia. Ne consegue, a contrario, che la Commissione non è più legittimata a proporre un ricorso per inadempimento nel caso in cui cessi o si ponga fine alla violazione contestata entro il termine da essa fissato (8).

36. In relazione ai ricorsi per inadempimento in materia di appalti pubblici ai sensi dell'art. 226 CE, ciò implica che un siffatto ricorso dovrà essere respinto in quanto irricevibile se, allo scadere del termine fissato nel parere motivato, il contratto concluso in violazione della pertinente direttiva sulle procedure di appalto aveva esaurito tutti i suoi effetti (9). È invece irrilevante la circostanza che la procedura di appalto fosse già stata di per sé conclusa integralmente prima della scadenza del termine fissato (10).

37. Determinante ai fini della valutazione dell'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Repubblica federale di Germania è dunque la soluzione della questione se il contratto principale del 6 agosto 2004, contestato dalla Commissione, si trovasse o meno, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato e quindi il 18 dicembre 2006, ancora in fase di esecuzione.

38. A mio avviso, l'esecuzione, rilevante sotto il profilo giuridico, del contratto principale non era ancora conclusa integralmente alla data del 18 dicembre 2006.

39. Sebbene, secondo giurisprudenza costante, spetti alla Commissione, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, dimostrare l'esistenza dell'inadempimento contestato e fornire alla Corte gli elementi necessari alla verifica, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di tale inadempimento (11), nell'ambito dell'esame di un'eccezione di irricevibilità sollevata da uno Stato membro per tempestiva cessazione della violazione, l'onere della prova – in conformità del principio *reus in exceptione fit actor* – in linea di principio si inverte.

40. Quale prova della conclusione dei lavori materiali di costruzione entro il 1° dicembre 2005, la Repubblica federale di Germania ha prodotto un «verbale di consegna del bene locato "estensione nord della Kölnmesse" a Colonia» del 30 novembre 2005 nonché numerosi articoli di stampa relativi ad un'apertura della fiera il 16 gennaio 2006.

41. È vero che tali documenti costituiscono una prova del fatto che i lavori relativi alle sale di esposizione fieristica, agli accessori e all'infrastruttura erano, a quella data, perlopiù completati; tuttavia, il verbale di consegna elenca parimenti una serie di lavori residui da realizzare e di vizi. In tale verbale di consegna viene fatto inoltre riferimento ad ulteriori «verbali del 30 ottobre e dell'11 novembre 2005, aventi ad oggetto l'accertamento delle prestazioni», non allegati, i quali contengono parimenti informazioni sui lavori residui da eseguire e sui vizi. I documenti prodotti non contengono informazioni concrete sulla data di ultimazione di tali lavori residui. Al riguardo, nel verbale di presa in consegna viene semplicemente esposto che il locatore si prefiggerebbe di eseguire il maggior numero di lavori residui e di eliminare i vizi prima del 18 dicembre 2005. Il comune di Colonia aveva inoltre fatto presente che nel periodo intercorrente dal 18 dicembre 2005 al 10 marzo 2006, a causa dello svolgimento di fiere, non sarebbe stato possibile sanare i vizi ed eseguire i lavori residui ovvero sarebbe stato possibile solo in misura estremamente limitata, e solo a seguito di accordi ad hoc, il che costituisce un indizio del fatto che l'esecuzione dei lavori residui si sia protratta almeno per parecchi mesi.

42. Il contratto principale prevede, parimenti, una serie di obblighi di manutenzione e riparazione a carico della GKM-GbR in relazione all'esecuzione «chiavi in mano», in forza dei quali la GKM-GbR può essere tenuta, per tutta la durata del contratto, ad eseguire lavori più o meno estesi sugli elementi portanti dell'opera, sulle facciate, sui tetti delle sale di esposizione fieristica e degli accessori nonché sulle membrane di impermeabilizzazione delle parti di queste opere che poggiano sul terreno. Considerato che il restauro e la manutenzione delle facciate, l'impermeabilizzazione contro acqua e umidità nonché anche i lavori sui tetti vengono espressamente collocati, nell'allegato II della direttiva 93/37, nel settore dell'edilizia e del genio civile e, segnatamente, della costruzione di immobili (d'abitazione ed altri), anche tali lavori contemplati dal contratto devono essere qualificati come parte di un «lavoro» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 e sono dunque rilevanti nell'ambito dell'esame di irricevibilità.

43. Sulla base delle informazioni risultanti dagli atti di causa non si può pertanto escludere che la GKM-GbR, anche successivamente alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, abbia eseguito ovvero fosse tenuta ex contractu ad eseguire in futuro lavori di costruzione e di riparazione più o meno estesi che devono essere collocati nel settore dell'edilizia e del genio civile.

44. Occorre inoltre sottolineare che il corrispettivo dovuto ex contractu dal comune di Colonia – il canone mensile – deve essere erogato in modo continuativo a partire dal 1° gennaio 2007 per un periodo di quasi 29 anni e, quindi, ben oltre il termine fissato nel parere motivato.

45. Deve essere respinto l'argomento della Repubblica federale di Germania, secondo il quale, nell'ambito dell'esame di ricevibilità di un ricorso per inadempimento in materia di appalti di lavori, rileverebbe esclusivamente il momento dell'ultimazione delle opere edili dell'appaltatore, realizzate in violazione della normativa in materia di appalti, mentre non sarebbe determinante, sotto questo profilo, il momento dell'effettuazione della controprestazione in denaro da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

46. Una distinzione del genere fra gli effetti «contrari alla normativa in materia di appalti» e gli effetti «giuridicamente neutrali» di un contratto concluso in violazione della normativa in materia di appalti non emerge né dalla lettera dell'art. 1 della direttiva 93/37 né dalla giurisprudenza della Corte.

47. Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, un appalto pubblico di lavori è un contratto a titolo oneroso concluso tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto l'esecuzione di taluni lavori. Poiché l'appalto pubblico di lavori deve dunque essere qualificato come un contratto sostanzialmente sinallagmatico, nell'ambito dell'esame di ricevibilità non è possibile distinguere, sotto il profilo sistematico, fra le opere edili che l'imprenditore è tenuto a realizzare e gli obblighi di pagamento dell'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, è proprio l'obbligo di pagamento dell'amministrazione aggiudicatrice che fa sì che le prestazioni dovute dall'imprenditore ricadano nella normativa in materia di appalti pubblici. Alla luce di tali circostanze, l'avvocato generale Léger ha correttamente rilevato, nelle proprie conclusioni nella causa Ordine degli Architetti e a. (12), che le attribuzioni di appalti discriminatorie da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sono inammissibili, alla luce delle direttive relative alle procedure di appalto, proprio poiché ad esse si accompagnano pagamenti a favore degli imprenditori prescelti.

48. Inoltre occorre sottolineare che la direttiva 93/37 – come si evince dal suo decimo 'considerando' – è intesa allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici di lavori. Qualora un appalto pubblico venga attribuito al di fuori della pertinente procedura di appalto pubblica e, quindi, in assenza di una previa concorrenza, l'amministrazione aggiudicatrice pagherà di regola un importo superiore che nel caso in cui avesse indetto un bando di gara in conformità della normativa in materia di appalti pubblici. In tal modo, le conseguenze della violazione di tale normativa si manifestano proprio negli obblighi di pagamento incombenti all'amministrazione aggiudicatrice, cosicché questi ultimi difficilmente possono essere considerati come un effetto «neutrale», sotto il profilo della normativa in materia di appalti, del contratto concluso in violazione di tale normativa.

49. Nel verificare se un contratto abbia già esaurito i suoi effetti allo scadere del termine fissato dalla Commissione, la controprestazione (in denaro) dovuta dall'amministrazione aggiudicatrice non può, di conseguenza, essere qualificata come «neutrale sotto il profilo della normativa in materia di appalti». Anche la persistenza di un obbligo contrattuale di pagamento in capo all'amministrazione aggiudicatrice deve, pertanto, essere valutato come un effetto giuridicamente rilevante del contratto concluso in violazione della pertinente direttiva relativa alle procedure di appalto.

50. Tale conclusione è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte sinora elaborata sulla ricevibilità di ricorsi per inadempimento in materia di appalti pubblici, nella quale viene fatto espresso riferimento al momento dell'integrale esecuzione del contratto concluso in violazione della normativa in materia di appalti (13) ovvero al momento dell'esaurimento di tutti gli effetti di tale contratto o del bando di gara controverso (14). Detto criterio vale a prescindere dal fatto che si sia in presenza dell'attribuzione di un appalto di forniture, di servizi o di lavori e, in tal senso, ricade incontestabilmente, per sua natura, nella materia degli appalti globalmente intesa.

51. Alla luce di tale criterio, la persistenza della violazione contestata non può, in linea di principio, essere più messa in discussione qualora un'opera edile convenuta in violazione della normativa in materia di appalti non sia stata ancora eseguita integralmente allo scadere del termine fissato dalla Commissione e, segnatamente, a prescindere dalla portata dei lavori residui.

L'esecuzione di opere edili dopo la scadenza del termine fissato implica pertanto *di per sé* la persistenza della violazione contestata, cosicché non devono essere prodotti al riguardo indizi e prove supplementari, anche qualora si tratti solo di opere edili di portata relativamente limitata (15). Qualora invece le opere edili dovute siano state eseguite integralmente, occorrerà verificare se il contratto espliciti anche ulteriori effetti giuridicamente rilevanti.

52. Una conferma espressa di tale principio, secondo il quale, nell'ambito dell'esame di ricevibilità, rilevano gli effetti del contratto nel suo complesso, è contenuta nella sentenza 11 ottobre 2007, causa C-237/05, Commissione/Grecia (16). In tale causa, la Corte era chiamata a pronunciarsi, nell'ambito di un ricorso per inadempimento in materia di appalti, sull'applicabilità della direttiva 92/50 ad un accordo quadro concluso, il 20 febbraio 2001, fra le autorità greche competenti e la Confederazione panellenica delle unioni di cooperative agricole (PASEGES) nonché ai contratti di esecuzione di tale accordo quadro conclusi fra i membri del PASEGES e le autorità greche. I contratti di esecuzione prevedevano, in particolare, che le unioni locali di cooperative agricole avrebbero fornito chiarimenti agli agricoltori di cui trattasi in merito ad un nuovo sistema di gestione in materia di aiuti e di controllo e li avrebbero assistiti nella preparazione e nella presentazione delle loro domande di aiuti. Il PASEGES era tenuto a coordinare il lavoro dei propri membri. La violazione della normativa in materia di appalti contestata dalla Commissione si riferiva, in quel caso, unicamente all'assistenza prestata dalle unioni locali di cooperative agricole nella preparazione delle domande di aiuti nel 2001, mentre il termine fissato nel parere motivato era scaduto solo il 19 febbraio 2004. Nell'ambito dell'esame della ricevibilità del ricorso per inadempimento, la Corte ha anzitutto ribadito il principio generale secondo il quale un siffatto ricorso è irricevibile qualora, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, il contratto in questione abbia già esaurito *tutti i suoi effetti*. Occorre pertanto accertare se, alla data di scadenza di tale termine, i contratti contestati fossero, almeno in parte, ancora in fase di esecuzione. Nell'ambito della successiva analisi dei fatti, la Corte ha sottolineato che nei contratti controversi figurava una clausola secondo la quale tali contratti avrebbero cessato di essere in vigore non appena tutti gli aiuti finanziari fossero stati corrisposti agli agricoltori che ne avessero fatto richiesta. Poiché gli aiuti richiesti nel 2001 sono stati versati integralmente l'anno successivo, vale a dire, prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato, e i contratti avevano quindi cessato del tutto di essere in vigore, la Corte ha rilevato che l'accordo quadro e i contratti controversi avevano già esaurito tutti i loro effetti alla scadenza del termine fissato, cosicché il ricorso per inadempimento è stato dichiarato irricevibile.

53. In tale sentenza 11 ottobre 2007, la Corte non ha dunque fatto riferimento al momento dell'esecuzione della prestazione da parte dell'appaltatore, bensì piuttosto alla cessazione integrale del contratto in sé, alla quale si era pervenuti solo a seguito del pagamento degli aiuti richiesti.

54. Laddove, nell'ambito dell'esame di ricevibilità di un ricorso per inadempimento in materia di appalti pubblici di lavori, si prenda in considerazione il contratto d'appalto nel suo complesso, si terrà parimenti conto della circostanza che, al giorno d'oggi, persino lavori estremamente complessi possono essere eseguiti in ampia misura in tempi relativamente brevi, mentre la Commissione spesso viene a conoscenza della pertinente violazione della normativa in materia di appalti solo a seguito di una denuncia e, quindi, in ritardo. Così, anche nella specie, emerge dagli atti processuali che la Commissione è stata informata solo con una denuncia del 7 settembre 2005 in merito ad una possibile violazione della normativa in materia di appalti verificatasi nell'ambito della costruzione delle sale di esposizione fieristica, le quali sono state inaugurate già nel dicembre 2005, vale a dire solo pochi mesi dopo. Tale esempio mostra chiaramente che un esame di ricevibilità eccessivamente restrittivo, nel quale si faccia riferimento solo alle opere edili che devono essere eseguite dall'appaltatore, pregiudicherebbe un'applicazione effettiva delle direttive sugli appalti pubblici di lavori.

55. Alla luce di tali circostanze occorre parimenti sottolineare, sotto il profilo procedurale, che la scadenza del termine fissato dalla Commissione nel parere motivato e una successiva proposizione del ricorso non implicano automaticamente il blocco dei lavori di costruzione contestati. Qualora, dunque, un'opera edile, allo scadere del termine fissato dalla Commissione, sia stata per esempio completata all'85 %, e l'amministrazione aggiudicatrice neghi una violazione della normativa in materia di appalti pubblici di lavori, i lavori di costruzione saranno di regola eseguiti integralmente al momento della pronuncia della sentenza nel successivo procedimento per inadempimento. Sotto questo aspetto, una fattispecie del genere non si distingue, sotto il profilo meramente fattuale, da quella in cui le opere edili siano state eseguite integralmente allo scadere del termine fissato dalla Commissione, ma in cui l'amministrazione aggiudicatrice non abbia ancora adempiuto ai propri obblighi di pagamento e il contratto, conseguentemente, continui a produrre effetti al momento della scadenza del termine fissato.

56. Alla luce delle suesposte considerazioni, concludo che, nell'ambito dell'esame di ricevibilità di un ricorso per inadempimento in materia di appalti pubblici di lavori, occorre verificare se il contratto concluso in violazione della normativa in materia di appalti abbia esaurito tutti i suoi effetti prima della scadenza del termine fissato dalla Commissione. Fra tali effetti rientra parimenti la controprestazione intesa al pagamento di una somma di denaro da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

57. In sintesi, occorre dunque rilevare che l'eccezione di irricevibilità per avvenuta cessazione della violazione prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato deve essere respinta se il contratto si trovava, perlomeno in parte, ancora in fase di esecuzione allo scadere di tale termine; anche l'adempimento della controprestazione (in denaro) dovuta dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere considerata come un'esecuzione del contratto rilevante per la decisione.

58. In tale contesto, la circostanza che, nel caso in esame, il comune di Colonia abbia prestato ovvero fosse tenuta a prestare, dopo lo scadere del termine fissato, il corrispettivo (in denaro) dovuto mensilmente, è sufficiente per constatare che il contratto del 6 agosto 2004 si trovava ancora, perlomeno in parte, in fase di esecuzione allo scadere del termine fissato nel parere motivato ed esplicava, di conseguenza, effetti giuridicamente rilevanti.

59. Alla luce di quanto esposto, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Repubblica federale di Germania per avvenuta cessazione della violazione contestata prima dello scadere del termine fissato nel parere motivato non può trovare accoglimento. A mio avviso, niente osta, dunque, alla ricevibilità del ricorso.

B – Sulla fondatezza del ricorso

1. Osservazioni preliminari

60. Gli argomenti dedotti dalla Repubblica federale di Germania a favore dell'infondatezza del ricorso per inadempimento qui in esame si fondano essenzialmente sulla tesi secondo cui alla GKM-GbR non sarebbe stato attribuito alcun appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 e – in via subordinata – che l'attribuzione dell'appalto non sarebbe in ogni caso avvenuta da parte del comune di Colonia con il contratto controverso del 6 agosto 2004. La Repubblica federale di Germania avvalora tali linee argomentative principali qualificando il contratto principale del 6 agosto 2004 come contratto di locazione ovvero di finanziamento.

61. È pacifico che il contratto del 6 agosto 2004, alla luce della lunga cessione a tempo determinato dell'uso in esso concordata, contenga un'importante componente prestazionale. In prosieguo occorre dunque verificare se e in qual misura tale contratto presenti anche le caratteristiche di un appalto pubblico di lavori e se la dimostrazione di elementi propri di un appalto di lavori sia sufficiente a ricondurre il contratto (misto) nel suo complesso nell'ambito di applicazione della direttiva 93/37. A monte di tali questioni si colloca tuttavia l'argomento della Repubblica federale di Germania, secondo il quale, nella specie, non il comune di Colonia bensì piuttosto la Kölnmesse GmbH dovrebbe essere considerata, sotto il profilo della normativa in materia di appalti, l'effettiva amministrazione aggiudicatrice.

2. La posizione del comune di Colonia quale amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con la GKM-GbR

a) Il comune di Colonia deve essere considerato l'amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con la GKM-GbR

62. È pacifico che il contratto principale del 6 agosto 2004 sia stato concluso dal comune di Colonia con la GKM-GbR e che il comune di Colonia abbia poi concluso un «contratto di sublocazione» con la Kölnmesse GmbH. Richiamandosi alla definizione funzionale della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» operata dalla giurisprudenza della Corte nonché alla disponibilità della Corte stessa che da tale giurisprudenza si desume, a procedere ad un'esaustiva analisi globale di fattispecie complesse proprie della normativa in materia di appalto al fine di stabilire la vera natura giuridica degli appalti conferiti e di controllarne quindi la legittimità, la Repubblica federale di Germania fa tuttavia valere che la Kölnmesse GmbH dovrebbe essere qualificata nella specie, sotto il profilo funzionale e sulla scorta di una valutazione complessiva dal punto di vista della normativa in materia d'appalto, come la vera amministrazione aggiudicatrice nei rapporti con la GKM-GbR.

63. Anche se è vero che la Corte ha già da tempo chiarito che la nozione di amministrazione aggiudicatrice deve essere interpretata non in modo formale bensì funzionale (17), occorre sottolineare che tale giurisprudenza non si fonda su un principio dell'appalto inteso in senso globale, in forza del quale lo status di «amministrazione aggiudicatrice» deve essere verificato sotto il profilo meramente funzionale e a prescindere dalla costruzione contrattuale scelta per l'attribuzione dell'appalto. Piuttosto, tale giurisprudenza evidenzia l'intenzione della Corte di spezzare i mercati nazionali chiusi degli appalti e – in conformità degli obiettivi formulati nei 'considerando' delle direttive sulle procedure d'appalto – di aprirli per il mercato comune (18). Alla luce di tali circostanze, la Corte ha optato per un'interpretazione funzionale della qualità di «amministrazione aggiudicatrice», secondo la quale non rileva, ai fini della qualificazione di un ente nazionale come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, l'eventualità che tale status sia collegato, nella normativa nazionale pertinente, a determinate caratteristiche istituzionali (19).

64. Anche nelle cause in cui la Corte ha esteso l'esame di legittimità agli elementi di fatto alla base di contratti di appalto complessi, ciò è avvenuto sempre al fine di assicurare, alla luce della contemporanea realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, l'effettività delle direttive applicabili sulle procedure di appalto nel settore degli appalti pubblici (20).

65. Nella specie non sussistono elementi per affermare che la costruzione contrattuale scelta dalla GKM-GbR, dal comune di Colonia e dalla Kölnmesse GmbH, con il comune di Colonia nel ruolo di amministrazione aggiudicatrice principale, non dovrebbe essere presa in considerazione nell'ambito di un'interpretazione teleologica della direttiva 93/37.

66. Da un lato occorre, infatti, sottolineare che il comune di Colonia non ha ceduto alla Kölnmesse GmbH i propri diritti ed obblighi risultanti dal «contratto di locazione» del 6 agosto 2004, ragion per cui manca un rapporto contrattuale diretto fra la Kölnmesse GmbH e la GKM-GbR (21). È pur vero che gli obblighi risultanti dal contratto del 6 agosto 2004 si riflettono sostanzialmente nel «contratto di sublocazione» concluso dal comune di Colonia con la Kölnmesse GmbH e che l'accordo di esecuzione contiene una disposizione intesa a coordinare e semplificare i rapporti del contratto di locazione e di sublocazione; in definitiva, solo il comune di Colonia è tuttavia titolare di diritti ed obblighi nei confronti della GKM-GbR risultanti direttamente dal contratto del 6 agosto 2004 (22). Inoltre, già prima della conclusione di tali contratti, era stato concordato l'annullamento dell'assunzione di fatto degli obblighi di pagamento del comune di Colonia da parte della Kölnmesse GmbH a partire dal 2012, qualora dovesse risultare che la Kölnmesse GmbH, con la sua attività fieristica, non abbia realizzato profitti sufficienti a finanziare il pagamento dovuto mensilmente (23).

67. Dall'altro lato, sarebbe contrario alla realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nel settore degli appalti pubblici consentire alle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso un'interpretazione eccessivamente estensiva della nozione funzionale di amministrazione aggiudicatrice, di celare l'identità della vera amministrazione aggiudicatrice mediante complesse costruzioni contrattuali e di ricavarne un vantaggio sotto il profilo procedurale. Nel caso di ricorsi per inadempimento in materia di appalti pubblici sussiste spesso una situazione di ripartizione asimmetrica delle informazioni, e la Commissione non sempre dispone prima facie dei dati necessari a decifrare la costruzione contrattuale scelta dai soggetti coinvolti. Qualora un'interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice propria della normativa in materia di appalti implichi che una parte non legittimata direttamente dal contratto di appalto operi quale «vera amministrazione aggiudicatrice (funzionale)» al posto della «parte contraente che attribuisce ufficialmente l'appalto», molti ricorsi per inadempimento in materia di appalti pubblici rischierebbero di fallire a causa del divieto procedurale – applicato in maniera particolarmente rigida nei ricorsi per inadempimento (24) – di modificare o estendere l'oggetto della controversia, ad esempio in quanto nella fase precontenziosa si sia fatto riferimento alla «falsa» amministrazione aggiudicatrice ovvero al «falso» contratto di appalto» (25).

68. Inoltre, nel caso in esame, l'argomento della Repubblica federale di Germania in merito allo status di amministrazione aggiudicatrice della Kölnmesse GmbH si risolve, in definitiva, nell'obiezione procedurale secondo la quale la Commissione non si sarebbe fondata, nel suo ricorso, su un'eventuale violazione della direttiva sulle procedure d'appalto da parte della Kölnmesse GmbH. Poiché l'ambito del sindacato della Corte sarebbe limitato, nel ricorso per inadempimento, a quei motivi che la Commissione abbia dimostrato esaurientemente nel proprio ricorso – in tal senso l'argomento della Repubblica federale di Germania – la questione se la Kölnmesse GmbH, quale vera amministrazione aggiudicatrice, avrebbe dovuto bandire una gara per il contratto controverso, non costituirebbe oggetto del presente ricorso per inadempimento.

69. Per i motivi summenzionati, l'argomento della Repubblica federale di Germania relativo allo

status di amministrazione aggiudicatrice della Kölnmesse GmbH è inconferente. La posizione del comune di Colonia quale parte contraente e amministrazione aggiudicatrice della GKM-GbR non può essere messa in discussione né rinviando alla definizione funzionale della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» né nell'ambito di un'interpretazione teleologica della direttiva 93/37.

70. Tali considerazioni mi inducono a concludere che, nel caso in esame, non la Kölnmesse GmbH, bensì piuttosto il comune di Colonia deve essere considerato quale amministrazione aggiudicatrice contrattuale nei rapporti con la GKM-GbR.

b) In via subordinata: nell'eventualità in cui la Kölnmesse GmbH dovesse essere considerata la «vera» amministrazione aggiudicatrice della GKM-GbR

71. Nell'ipotesi in cui la Corte dovesse pervenire ad una valutazione diversa dello status di amministrazione aggiudicatrice della Kölnmesse GmbH, illustrerò brevemente in subordine, qui di seguito, le conseguenze che ne risulterebbero.

72. Secondo giurisprudenza costante, dall'art. 38, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura della Corte, emerge che l'atto di ricorso deve indicare l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi e che tali indicazioni devono essere sufficientemente chiare e precise da consentire alla parte convenuta di preparare la sua difesa e alla Corte di esercitare il suo controllo. Ne discende che gli elementi di fatto e di diritto sui quali un ricorso si basa devono emergere in modo coerente e comprensibile dal testo dell'atto di ricorso stesso e che le conclusioni di quest'ultimo devono essere formulate in modo non equivoco al fine di evitare che la Corte statuisca ultra petita ovvero ometta di pronunciarsi su una censura (26).

73. Tanto nella fase precontenziosa quanto nel suo ricorso, la Commissione ha affermato che la Repubblica federale di Germania sarebbe venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 7 in combinato disposto con l'art. 11 della direttiva 93/37, in quanto il comune di Colonia avrebbe concluso il contratto principale del 6 agosto 2004 con la GKM-GbR senza indire un bando di gara a livello europeo in conformità delle menzionate disposizioni. Così facendo, la Commissione ha definito univocamente la propria domanda nel senso che solo questo contratto del 6 agosto 2004, concluso dal comune di Colonia, rappresenta l'oggetto del pendente ricorso per inadempimento.

74. Qualora la Corte dovesse dunque pervenire alla conclusione che la Kölnmesse GmbH debba essere considerata la vera amministrazione aggiudicatrice, il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione dovrebbe, nel presente procedimento, essere respinto.

75. In questo caso occorrerebbe infatti risolvere una pluralità di questioni di fatto e di diritto che nel presente procedimento sono state tenute in nessuna o scarsa considerazione dalle parti; così, ad esempio, la questione se la Kölnmesse GmbH soddisfi, quale ente fieristico, i criteri di un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, cosicché le regole europee in materia di appalti sarebbero direttamente applicabili anche alla medesima.

76. La questione se un ente fieristico possa essere ricondotto nella nozione di amministrazione aggiudicatrice tipica delle direttive sulle procedure di appalto può, in linea di principio, essere risolta solo caso per caso e tenendo conto di tutte le circostanze concrete. Quanto alla Kölnmesse GmbH occorre tuttavia rilevare che dagli atti di causa emerge una serie di elementi che sembrano rendere possibile, in linea di principio, una sua sussunzione nella nozione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37.

77. Ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, per organismo di diritto pubblico e, quindi, quale amministrazione aggiudicatrice si intende qualsiasi organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario o gestita dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

78. Nell'ambito della verifica del possesso, da parte di un ente fieristico quale la Kölnmesse GmbH, delle tre caratteristiche principali proprie della nozione di amministrazione aggiudicatrice, i requisiti della personalità giuridica nonché del controllo da parte dei pubblici poteri non dovrebbero dare adito a problemi. La Corte ha inoltre chiarito, nella sentenza *Agorà e Excelsior*, che le attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe soddisfano bisogni di interesse generale (27).

79. Sebbene la nozione di organismo di diritto pubblico debba essere oggetto di interpretazione funzionale (28) e in generale estensiva (29), meno evidente potrebbe risultare il possesso o meno, da parte di un ente fieristico quale la Kölnmesse GmbH, del requisito del carattere non industriale o commerciale dell'attività svolta, tanto più che la Corte, nella sentenza Agorà e Excelsior, ha escluso la qualificazione dell'«Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano» quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, in quanto esso svolge funzioni aventi carattere industriale o commerciale (30).

80. L'analisi alla base della sentenza Agorà e Excelsior non sembra tuttavia, sotto questo profilo, automaticamente trasponibile agli enti fieristici tedeschi come la Kölnmesse GmbH, tanto più che la Corte, nella sua più recente giurisprudenza relativa al carattere non industriale o commerciale di organismi di diritto pubblico – e segnatamente nelle sentenze Aigner (31) e Korhonen (32) – si è focalizzata sulla questione se l'organismo di cui trattasi eserciti o meno la propria attività in condizioni di concorrenza. Forti indizi a favore del carattere industriale o commerciale delle funzioni svolte sarebbero in particolare, in tale contesto, il fatto che l'organismo di cui trattasi operi in normali condizioni di mercato, che persegua uno scopo di lucro e che debba far fronte alle perdite connesse all'esercizio della propria attività (33).

81. In relazione agli enti fieristici tedeschi occorre anzitutto sottolineare in generale, alla luce di tali circostanze, che questi vengono di regola impiegati dalle rispettive regioni e comuni quali strumenti di sviluppo economico regionale, al fine di rendere più attraente la piazza commerciale. Sotto questo profilo, siffatti enti fieristici sono molto simili alle società di promozione dello sviluppo economico, qualificate espressamente nella sezione III.2 dell'allegato I alla direttiva 93/37 come organismi di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b) (34).

82. Qualora gli enti fieristici di proprietà dei pubblici poteri vengano impiegati come strumento di promozione dello sviluppo economico, la loro attività non è intesa unicamente alla massimizzazione economica dei profitti (35). In tale contesto, le città e i comuni influenzano il mercato tedesco delle fiere attraverso la concessione di sovvenzioni e l'assunzione di garanzie a favore degli enti fieristici, cosicché questi godono, in definitiva, di una posizione concorrenziale speciale (36).

83. Nell'ambito di un'interpretazione teleologica delle direttive in materia di appalti pubblici, tale speciale posizione concorrenziale degli enti fieristici tedeschi di proprietà pubblica costituisce – tenuto conto delle sentenze Aigner e Korhonen – un indizio estremamente forte del carattere non industriale o commerciale delle loro funzioni (37).

84. Secondo una giurisprudenza costante, infatti, lo scopo delle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, è di escludere al contempo sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (38).

85. Se, dunque, in un caso concreto dovesse risultare che un ente fieristico non operi in normali condizioni di mercato e non debba far integralmente fronte alle perdite connesse all'esercizio della propria attività, sussisterebbe un concreto pericolo che, nei procedimenti di aggiudicazione degli appalti, rilevino considerazioni diverse da quelle economiche e che, in tali procedimenti, vengano pertanto assunti impegni a condizioni non giustificate da un punto di vista economico (39). In un caso del genere, a mio avviso, le sue funzioni dovrebbero essere classificate come non industriali o commerciali, cosicché un siffatto ente fieristico – in presenza degli altri requisiti – dovrebbe essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle direttive sulle procedure di appalto.

3. Il contratto principale del 6 agosto 2004 quale appalto misto di lavori e di servizi

86. Come già menzionato, nel caso in esame il comune di Colonia deve essere considerato, sotto il profilo del diritto in materia di appalti, l'amministrazione aggiudicatrice e la controparte della GKM-GbR (40). Occorre pertanto verificare, a questo punto, se il contratto principale del 6 agosto 2004, concluso fra il comune di Colonia e la GKM-GbR, presenti gli elementi essenziali di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

87. Secondo giurisprudenza costante, la definizione di appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, rientra nell'ambito del diritto comunitario (41). Per risolvere la questione se alla GKM-GbR sia stato aggiudicato un appalto pubblico di lavori non rileva, dunque, né il diritto tedesco né la denominazione contrattuale scelta dalle parti del contratto.

88. In tale contesto è innegabile che il caso in esame presenti parimenti un nesso con la problematica del *contractus simulatus* e anche negli ordinamenti giuridici nazionali si fa prevalentemente riferimento, al fine della qualificazione giuridica di siffatti contratti, all'effettivo contenuto del contratto (42).

89. Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, la sussistenza di un appalto pubblico di lavori presuppone, in punto di fatto, che fra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice sia stato concluso un contratto a titolo oneroso in forma scritta avente per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi a talune attività precisate nella direttiva, con qualsiasi mezzo, nel rispetto delle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

90. Questa nozione di appalto pubblico di lavori deve essere interpretata alla luce degli obiettivi della direttiva 93/37, la quale – come emerge dai suoi 'considerando' – è intesa alla simultanea realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti di lavori pubblici (43) nonché allo sviluppo di una concorrenza effettiva in tale settore (44). Tali obiettivi possono risultare in egual misura compromessi, qualora l'amministrazione aggiudicatrice appalti un'opera sulla quale le vengano conferiti, successivamente alla costruzione, diritti reali o obbligatori più o meno ampi. Il rischio di una distorsione della concorrenza conseguente ad un favor nei confronti 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 (45).

91. Non risulta pertanto determinante ai fini della soluzione della questione se il comune di Colonia, con il contratto principale del 6 agosto 2004, abbia attribuito alla GKM-GbR l'appalto per la costruzione delle sale di esposizione fieristica, la circostanza che la GKM-GbR abbia realizzato l'opera quale committente su un fondo di sua proprietà, laddove al comune di Colonia sono stati principalmente conferiti solo diritti obbligatori di uso a lungo termine sulle opere di cui trattasi (46). Tanto meno rileva la questione se al comune di Colonia o alla Kölnmesse GmbH spetti in definitiva un diritto d'opzione d'acquisto, suscettibile di essere fatto valere in sede giurisdizionale, in relazione al terreno, sale di esposizione fieristica incluse (47).

92. Così, nella sentenza 18 gennaio 2007 nella causa Auroux, la Corte ha affermato che un accordo mediante il quale il comune francese di Roanne aveva affidato ad una società esecutrice ad economia mista la costruzione di un centro ricreativo costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva, anche se parti importanti di tale centro ricreativo erano destinate alla vendita a terzi e le parti destinate al comune dovevano essere vendute al medesimo solo a seguito della loro realizzazione. L'argomento secondo il quale né la parte del centro che sarebbe stata destinata alla vendita a terzi né la parte che avrebbe dovuto essere venduta al comune solo a seguito della sua realizzazione potrebbero costituire l'oggetto di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva, veniva respinto dalla Corte sulla base dell'irrelevanza della previsione che il comune di Roanne fosse o divenisse proprietario dell'intera opera o di una parte della medesima (48).

93. Per qualificare un contratto come appalto di lavori ai sensi della normativa in materia di appalti l'elemento rilevante è dunque dato dall'accertamento oggettivo che il contratto ha principalmente ad oggetto la costruzione di un opera a titolo oneroso.

94. Nella specie, ai fini della qualificazione sotto il profilo del diritto in materia di appalti del contratto principale del 6 agosto 2004, è pertanto decisiva la questione se tale contratto – accanto ad elementi propri del diritto delle locazioni – disciplini anche l'esecuzione (e la progettazione) delle sale di esposizione fieristica nel rispetto dei requisiti indicati dal comune di Colonia.

95. Sebbene il contratto principale del 6 agosto 2004 sia stato intitolato dalle parti come «contratto di sublocazione avente ad oggetto l'affitto di un bene immobile con quattro sale di esposizione fieristica, un'opera "entrata nord", un viale e una strada di collegamento davanti al parcheggio, cinque opere di collegamento fra le sale di esposizione, parcheggi e adiacenze a Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße inter alia» e manchi la formulazione espressa di un obbligo della GKM-GbR di costruire le opere di cui trattasi, l'adempimento degli obblighi propri del diritto delle locazioni presuppone necessariamente la previa esecuzione dell'intera opera. Al momento della conclusione del contratto, le opere «locate» dovevano ancora essere ultimate, cosicché l'obbligo di costruire le sale di cui trattasi, accessori e infrastruttura inclusi, era implicitamente ma incontestabilmente fissato nel contratto principale.

96. Tale conclusione trova conferma in diversi riferimenti, più o meno espliciti, all'obbligo incombente alla GKM-GbR di edificare materialmente l'opera, il quale spicca ad una più attenta analisi del tenore del contratto principale del 6 agosto 2004.

97. Un indizio importante è costituito già dal titolo dell'art. 2 di tale contratto, la quale così recita: «esecuzione, allestimento e uso del bene locato». Al riguardo, l'«esecuzione del bene locato» rimanda inequivocabilmente alla costruzione delle sale di esposizione fieristica dovuta dalla GKM-GbR nel rispetto delle prescrizioni descritte in questa sezione del contratto. Ciò si evince in particolare dall'art. 2, n. 1, del contratto, nel quale, nel periodo iniziale, pur parlandosi solo di «mettere a disposizione» i beni di cui trattasi, viene tuttavia rilevato, dopo gli accertamenti concernenti l'allestimento, le dimensioni, la specie e la qualità delle sale di esposizione fieristica, che la GKM-GbR sarebbe tenuta ad un'«esecuzione perlomeno di tipo e qualità media», con ciò intendendo naturalmente, di nuovo, l'esecuzione dell'opera. Le «indicazioni concernenti la qualità», particolarmente dettagliate, (49) esposte in tale sezione del contratto, devono dunque essere, in realtà, intese quali requisiti dettati dal committente per la costruzione delle sale espositive cui la GKM-GbR era tenuta.

98. È pur vero che, all'art. 2, n. 1, del contratto, viene parimenti menzionato che le descrizioni dettagliate delle prestazioni e i documenti concernenti il progetto sarebbero stati elaborati congiuntamente dalle parti del contratto; dai fatti esposti dalla Repubblica federale di Germania emerge tuttavia chiaramente che la GKM-GbR ha costruito le sale di esposizione fieristica, pertinenze e infrastruttura incluse, nel rispetto dei requisiti ad essa imposti e, dunque, «su ordinazione» (50).

99. Anche la denominazione dell'impresa generale incaricata dalla GKM-GbR dell'esecuzione dell'opera come «ausiliaria» della GKM-GbR stessa nei rapporti con il comune di Colonia (51) esprime di nuovo chiaramente, come osserva giustamente la Commissione, la sussistenza dell'obbligo contrattuale di costruire l'opera a carico della GKM-GbR nei confronti del comune di Colonia.

100. A mio avviso, il contratto principale del 6 agosto 2004 contiene, poi, anche una disciplina dettagliata relativa alla costruzione delle sale di esposizione fieristica, accessori e infrastruttura inclusi, nel rispetto dei requisiti indicati dal comune di Colonia, cosicché in esso è incluso l'obbligo della GKM-GbR, collocato a monte delle obbligazioni di carattere locatizio, disciplinato sotto il profilo sostanziale fin nei dettagli, avente ad oggetto la costruzione delle sale di esposizione fieristica e delle altre opere in conformità delle prescrizioni contrattuali.

101. Il contratto principale del 6 agosto 2004 presenta, pertanto, le caratteristiche essenziali di un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37.

102. Non si deve tuttavia dimenticare che tale contratto principale, accanto all'obbligo di esecuzione dei lavori della GKM-GbR, fissa espressamente, disciplinandolo fin nei dettagli, anche l'obbligo di quest'ultima di cedere al comune di Colonia, ad un momento determinato, le erigende opere. Una siffatta forma di cessione a lungo termine dell'uso deve essere qualificata come locazione e, quindi, come prestazione di servizi, cosicché il contratto principale contiene sia una componente di costruzione di opere edili sia una componente di prestazione di servizi.

103. Come conclusione intermedia va quindi affermato che il contratto principale del 6 agosto 2004 ha ad oggetto tanto la realizzazione di opere edili quanto la prestazione di servizi e deve pertanto essere qualificato, sotto il profilo del diritto in materia di appalti, come contratto misto o combinato.

4. Determinazione dell'oggetto principale del contratto misto principale del 6 agosto 2004

104. Qualora un contratto presenti, al contempo, elementi di un appalto pubblico di lavori ed elementi di una prestazione di servizi, è l'oggetto principale di tale contratto a determinare, secondo giurisprudenza costante, quale direttiva comunitaria sulle procedure d'appalto debba, in linea di principio, trovare applicazione (52). Questa necessità di prendere in considerazione la componente preponderante al fine di delimitare l'ambito di applicazione sostanziale della direttiva sugli appalti pubblici di lavori 93/37 dalla direttiva sulla prestazione di servizi 92/50, è stata fissata espressamente nel sedicesimo 'considerando' di quest'ultima, laddove si sottolinea che un contratto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera ai sensi della direttiva. Tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto (53).

105. Diversamente rispetto al caso di un appalto misto di servizi e forniture – nel quale, per individuare la componente preponderante, occorre fare esclusivamente riferimento, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 92/50, al valore del rispettivo servizio (54) – in presenza di un appalto misto di servizi e lavori si deve procedere, accanto ad un raffronto dei corrispondenti prezzi, anche ad un'analisi oggettiva dell'appalto nel suo complesso (55).

106. Nel caso in esame, è vero che il valore complessivo del corrispettivo che il comune di Colonia è tenuto a pagare per un periodo di tempo di 30 anni è relativamente facile da quantificare – senza tenere conto di futuri «aumenti dei canoni di locazione» –, in termini assoluti, in un importo pari a EUR 598 575 000. La precisa ripartizione numerica di tale somma sulla scorta delle componenti edili e prestazionali dell'appalto contenute nel contratto del 6 agosto 2004 risulta tuttavia, considerata l'assenza di punti di riferimento contrattuali obiettivi, un compito pressoché impossibile.

107. Gli atti di causa forniscono tuttavia criteri di riferimento ulteriori tali da consentire di determinare l'oggetto principale del contratto del 6 agosto 2004 nell'ambito di un'analisi obiettiva del progetto complessivamente inteso.

108. È pacifico che la Kölnmesse GmbH, già a partire dagli anni '90, avesse elaborato progetti per la costruzione delle nuove sale di esposizione fieristica e che queste, a causa di una serie di eventi verificatisi nel 2003, avevano preso concretamente forma molto rapidamente. Ciò premesso, la Kölnmesse GmbH e il comune di Colonia avevano cercato insieme di individuare, nel poco tempo a disposizione, un modello per il reperimento di capitali ovvero di investitori idoneo per finanziare una rapida costruzione delle sale di esposizione fieristica, optando, alla fine, per il contratto principale del 6 agosto 2004 con la GKM-GbR (56). La premessa per la conclusione del contratto era, pertanto, la rapida costruzione delle sale di esposizione fieristica nel rispetto dei requisiti indicati dal comune di Colonia ed era, quindi, manifestamente preponderante la prestazione edile della GKM-GbR.

109. Al riguardo occorre sottolineare che le prescrizioni del comune di Colonia per la costruzione delle sale di esposizione fieristica da parte della GKM-GbR – per quanto risulta dagli atti processuali – eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un immobile di nuova costruzione, il che sposta nuovamente l'accento in direzione di un appalto pubblico di lavori (57).

110. Dagli atti di causa emergono, inoltre, indizi estremamente evidenti dell'esistenza di un accordo inter partes, in forza del quale alla Kölnmesse GmbH, alla scadenza dei 30 anni di durata del contratto, doveva essere accordata la facoltà di acquistare il terreno, sale di esposizione fieristica incluse, ad un prezzo fissato già prima della stipulazione del contratto principale, pari all'importo di 70 milioni di EUR, corrispondente allo stimato valore futuro del terreno (senza accessori). È vero che gli accordi pertinenti non sono stati confermati espressamente nel contratto del 6 agosto 2004; tuttavia, da dichiarazioni pubbliche del tesoriere del comune di Colonia responsabile delle trattative contrattuali (58) nonché da un rapporto del Bezirksregierung Köln del 27 gennaio 2006 sulla costruzione delle sale di esposizione fieristica (59) emerge in maniera univoca che il comune di Colonia era convinto di aver garantito alla Kölnmesse GmbH, sotto il profilo giuridico, un diritto di prelazione al prezzo, predeterminato, pari anch'esso a 70 milioni di EUR.

111. Dal rapporto del Bezirksregierung Köln del 27 gennaio 2006 sulla costruzione delle sale di esposizione fieristica, il quale, inter alia, contiene uno schema cronologico delle trattative intercorse con la GKM-GbR, emerge, in particolare, che alla fine del 2003 era stata negoziata una «bozza di contratto di locazione» con una durata di 30 anni e un «canone di locazione» annuale pari a 20,7 milioni di EUR – vale a dire 1,725 milioni di EUR mensili – e che «nel valore in contanti dell'offerta» era calcolato «anche un prezzo di acquisto nel 2036 pari a 70 milioni di EUR». Sebbene tale opzione di acquisto non abbia mai costituito una componente vincolante del contratto, è pacifico che il «canone di locazione» indicato in questo progetto di contratto, pari a EUR 1,725 milioni, è stato definitivamente concordato nel contratto principale del 6 agosto 2004. Il corrispettivo per il comune di Colonia disciplinato nel contratto principale si basa dunque manifestamente sul calcolo alla base del progetto di contratto, calcolo in forza del quale la GKM-GbR, alla scadenza del contratto, cedrebbe alla Kölnmesse GmbH, per un prezzo pari a circa 70 milioni di EUR, l'area adibita alla fiera (60). A tale analisi non osta neanche l'esenzione dal canone di locazione – concordata manifestamente in un momento successivo – per un periodo di 13 mesi, tanto più che la Repubblica federale di Germania non si è pronunciata al riguardo né nell'ambito della discussione e dell'interpretazione di tale esenzione né nell'ambito della sua analisi dettagliata delle possibilità di riacquisto o di prelazione. Secondo quanto affermato dalla Repubblica federale di Germania – sia nella controparte sia in udienza – la concessione di un'esenzione del genere è una pratica di mercato assolutamente corrente che consente di aumentare formalmente la rendita di un bene locato nell'interesse del locatore.

112. Non occorre, infine, esaminare la questione se alla Kölnmesse GmbH sia stato accordato, in definitiva, un diritto di prelazione, suscettibile di essere fatto valere in giudizio, per un prezzo (del bene immobile) fissato in precedenza, pari a 70 milioni di EUR. Ciò che rileva è che il comune di Colonia e la GKM-GbR hanno concluso il contratto principale nella manifesta convinzione che l'area, non ancora edificata, adibita a fiera che la GKM-GbR aveva acquistato poco prima, per circa 67 milioni di EUR dal comune di Colonia ovvero dalla Kölnmesse GmbH, potesse essere acquistata dalla Kölnmesse GmbH per 70 milioni di EUR, sale di esposizione fieristica incluse, alla scadenza del contratto, cosicché la costruzione contrattuale in esame si fonda, in definitiva, su tale presunzione.

113. Da tali rilievi emerge, a mio avviso, che il corrispettivo mensile che il comune di Colonia è tenuto a versare deve essere principalmente considerato come un pagamento rateizzato per le opere edili realizzate dalla GKM-GbR. Nell'ottica del regime compensatorio scelto dalle parti, il contratto principale del 6 agosto 2004 mi sembra, pertanto, principalmente un appalto di lavori con versamento del corrispettivo scaglionato nel tempo, e che la contemporanea cessione dell'uso risulta sostanzialmente subordinata alla durata di tale regime scaglionato e, quindi, necessariamente dall'oggetto effettivo – segnatamente l'appalto di lavori – del contratto principale.

114. Tale analisi trova conferma nella disciplina contrattuale della ripartizione di un'eventuale maggiorazione o diminuzione dei costi di costruzione che risultano necessari a causa degli adeguamenti edili dei regimi di concessione e di esecuzione dovuti a richieste delle autorità, dell'ingegnere civile o delle imprese di servizi di pubblica utilità. Ai sensi del contratto principale (61), il comune di Colonia e la GKM-GbR devono comunicarsi una compensazione di tale maggiorazione o diminuzione dei costi della GKM-GbR, il che in definitiva implica una ripartizione economica dei rischi analoga alla ripartizione dei rischi fra amministrazione aggiudicatrice e appaltatore nell'ambito dell'attribuzione di un appalto di lavori.

115. Nell'ambito di un esame obiettivo dell'insieme dell'appalto, e segnatamente della costruzione contrattuale oggetto del caso di specie, si impone, alla luce delle considerazioni che precedono, la conclusione che l'obiettivo principale del contratto concluso fra la GKM-GbR e il comune di Colonia risiedeva non tanto nella cessione temporanea dell'uso delle opere erigende, bensì piuttosto nella loro costruzione. La conclusione del contratto principale del 6 agosto 2004 è pertanto intesa principalmente alla realizzazione di opere edili da parte del comune di Colonia, e la cessione a lungo termine dell'uso delle erigende opere serviva sostanzialmente quale costruzione giuridica di supporto per finanziare tale prestazione. Al riguardo, il «canone di locazione» mensile pari a 1,725 milioni di EUR deve essere considerato principalmente quale corrispettivo per le opere edili realizzate dalla GKM-GbR; il periodo trentennale di decorrenza di tale pagamento e la cessione dell'uso ad esso connessa si spiegano prevalentemente sulla scorta di ragioni di tipo finanziario.

116. In considerazione delle osservazioni che precedono, pervengo, dunque, alla conclusione che gli elementi di un appalto pubblico di lavori contenuti nel contratto principale del 6 agosto 2004 costituiscono l'oggetto principale di tale contratto, cosicché esso rientra nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 93/37.

5. Conclusione

117. Sulla base delle suesposte considerazioni si deve ritenere che il contratto principale controverso del 6 agosto 2004 deve essere qualificato come appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, appalto che il comune di Colonia, quale amministrazione aggiudicatrice, avrebbe pertanto dovuto attribuire a norma dell'art. 7, n. 4, di detta direttiva nell'ambito di una procedura di appalto aperta o ristretta nel rispetto delle disposizioni in materia di pubblicità disciplinate dall'art. 11.

VIII – Sulle spese

118. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Repubblica federale di Germania è rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

IX – Conclusione

119. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di

- 1) dichiarare che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa

incombenti ai sensi dell'art. 7 in combinato disposto con il successivo art. 11 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro, avendo il comune di Colonia concluso direttamente con la società immobiliare Köln Messe 15-18 GbR il contratto del 6 agosto 2004, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo ai sensi di tali disposizioni e nel rispetto delle disposizioni in materia di pubblicità ad esso applicabili;

2) condannare la Repubblica federale di Germania alle spese.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – GU 1993, L 199, pag. 54.

3 – GU L 209 del 24.7.1992, pag. 1.

4 – Il titolo integrale di questo contratto recita: «Contratto di sublocazione, inter alia, di un bene immobile con quattro sale di esposizione fieristica, un'opera "entrata nord", un viale e una strada di collegamento davanti al parcheggio, cinque opere di collegamento fra le sale di esposizione, parcheggi e adiacenze a Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße».

5 – Sentenze 17 luglio 2008, causa C-311/07, Commissione/Austria (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26); 19 giugno 2008, causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 72); 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-619, punto 42); 27 ottobre 2005, causa C-525/03, Commissione/Italia (Racc. pag. I-9405, punti 13 e seg.); 7 marzo 2002, causa C-29/01, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-2503, punto 11); 19 maggio 1998, causa C-3/96, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-3031, punto 36) nonché 3 luglio 1997, causa C-60/96, Commissione/Francia (Racc. pag. I-3827, punto 15).

6 – Sentenza 27 ottobre 2005, Commissione/Italia (cit. alla nota 5, punto 16).

7 – In tal senso v. già l'avvocato generale Lenz nelle sue conclusioni relative alla sentenza 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia (Racc. pag. 1992, I-2353, paragrafo 11 e seg.).

8 – In tal senso v. anche l'avvocato generale Mengozzi nelle sue conclusioni relative alla causa C-237/05 (sentenza 11 ottobre 2007, Commissione/Grecia, Racc. pag. 2007, I-8203, paragrafo 62).

9 – Sentenza 11 ottobre 2007, causa C-237/05, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-8203, punto 29), sulla direttiva 92/50. V. anche sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4713), sulla direttiva 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. In tal senso anche Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2^a ed., Londra 2006, pag. 159 e seg., punto 5-052.

10 – L'approccio meramente formale, in forza del quale il diritto comunitario in materia di appalti pubblici dovrebbe essere considerato come una normativa meramente procedurale, cosicché tutti gli effetti di una violazione di tali disposizioni sarebbero automaticamente esauriti con la sua perpetrazione, è stato decisamente respinto dalla Corte; v. sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3609, punti 31-37).

11 – Sentenze 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5815, punto 102), nonché 25 maggio 1982, causa 96/81, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. 1791, punto 6).

12 – Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C-399/98 (sentenza 12 luglio 2001, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. 2001, I-5409, paragrafo 94).

13 – Sentenza Commissione/Germania (cit. alla nota 10, punti 35-36).

14 – Sentenze 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria (Racc. pag. I-7479, punti 42-45), nonché 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2353, punto 11).

15 – La sentenza 2 giugno 2005, Commissione/Grecia (cit. alla nota 9) deve essere intesa in questo senso. La Corte ha anzitutto confermato che un ricorso per inadempimento è irricevibile qualora, allo scadere del termine fissato nel parere motivato, il contratto in questione abbia già esaurito tutti i suoi effetti. Poiché, nel caso di specie, i lavori concordati per contratto risultavano conclusi, alla scadenza di tale termine, solo all'85%, l'eccezione di irricevibilità è stata respinta.

16 – Sentenza 11 ottobre 2007, Commissione/Grecia (cit. alla nota 9, punti 29 e segg.).

17 – Sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 11); 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 62); 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 43), nonché 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 53).

18 – V. Marx, F./Prieß, H., in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied 1999, pag. 16.

19 – V., sostanzialmente, sentenza Beentjes (cit. alla nota 17, punto 11), nella quale la Corte ha sottolineato che alla nozione di Stato impiegata nell'art. 1 della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5) deve essere data un'interpretazione funzionale, in quanto la finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, risulterebbe compromessa se l'applicazione della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici sia stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato istituito per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientri formalmente nell'amministrazione statale.

20 – V., per esempio, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705).

21 – La fattispecie dovrebbe probabilmente essere valutata diversamente qualora il comune di Colonia avesse operato già ab inizio per conto della Kölnmesse GmbH e le avesse ceduto successivamente tutti i diritti e gli obblighi risultanti dal contratto del 6 agosto 2004. Nella sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria (Racc. pag. I-73, punti 42 e segg.), la Corte ha rilevato che un appalto pubblico di lavori attribuito da un'amministrazione aggiudicatrice non è più soggetto alle disposizioni della direttiva 93/37 nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'ultimazione dell'opera, abbia trasferito i propri diritti ed obblighi risultanti dal bando di gara ad un'impresa che non costituisca un'amministrazione, fintantoché dal contesto globale si evinca che l'appalto sia stato attribuito per conto di tale impresa e si riferisca, inoltre, ad un progetto che già in origine rientrava integralmente nello suo scopo sociale. V. al riguardo parimenti: Bovis, C., «Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG», *Common Market Law Review*, 1999 pag. 205, 212.

22 – Con l'accordo di esecuzione, il comune di Colonia ha delegato alla Kölnmesse GmbH l'esecuzione e l'esercizio integrale di tutti i diritti e gli obblighi assunti dal comune di Colonia verso la GKM-GbR; l'esercizio di diritti costitutivi era tuttavia possibile solo previo consenso del comune di Colonia. Tale costruzione contrattuale non comporta, dunque, la cessione da parte del comune di Colonia dei propri diritti ed obblighi alla Kölnmesse GmbH, bensì solo la possibilità, per la Kölnmesse GmbH, di esercitare tali diritti ed obblighi in nome del comune di Colonia nei confronti della GKM-GbR. Il comune di Colonia si era inoltre riservato il diritto di recedere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, dall'accordo di esecuzione e di vietare alla Kölnmesse GmbH di esercitare in proprio nome nei confronti della GKM-GbR i diritti e gli obblighi contrattuali.

23 – Tale patto emerge in particolare da una «Letter of Intent» del comune di Colonia alla Kölnmesse GmbH datata 8 dicembre 2003, nella quale veniva stabilito espressamente che il canone locativo che la Kölnmesse GmbH era tenuta a versare al comune di Colonia avrebbe dovuto essere adeguato alla mutata situazione economica dell'impresa qualora, dopo il 2012, la Kölnmesse GmbH non fosse riuscita a compensare i costi aggiuntivi mediante la creazione di manifestazioni complementari. Tale affermazione veniva confermata espressamente in una «Letter of Intent» del comune di Colonia alla Kölnmesse GmbH datata 14 luglio 2004, secondo la quale il comune di Colonia acconsentiva in maniera vincolante, a determinate condizioni economiche, ad un adeguamento del canone di (sub) locazione che la Kölnmesse GmbH era tenuta versarle per le erigente nuove sale di esposizione fieristica.

24 – V. essenzialmente Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Monaco di Baviera 2003, § 23, punto 37, pag. 426.

25 – Secondo giurisprudenza costante, l'oggetto del ricorso proposto a norma dell'art. 226 CE è definito dal procedimento precontenzioso previsto da tale disposizione, cosicché il parere motivato della Commissione e il ricorso devono fondarsi sulle stesse censure. È pur vero che questo requisito non implica che debba sussistere una perfetta coincidenza nelle formulazioni fra il ricorso e gli addebiti sollevati nell'ingiunzione e nel dispositivo del parere motivato. È tuttavia sempre necessario che l'oggetto della controversia non venga ampliato o modificato. Una riduzione di

tale oggetto è invece possibile (sentenze 9 novembre 1999, causa C-365/97, Commissione/Italia, Racc. pag. I-7773, punti 23 e 25; 12 giugno 2003, causa C-229/00, Commissione/Finlandia, Racc. pag. I-5727, punti 44 e 46, nonché 14 luglio 2005, causa C-433/03, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6985, punto 28). La Commissione può inoltre precisare i suoi addebiti iniziali nel ricorso, a condizione, tuttavia, di non modificare l'oggetto della controversia (sentenza 26 aprile 2007, causa C-195/04, Racc. pag. I-3351, punto 18, e la giurisprudenza cit.).

26 – Sentenze 21 febbraio 2008, Commissione/Italia (cit. alla nota 5, punto 103) nonché Commissione/Finlandia (cit. alla nota 19, punto 22). In tal senso anche sentenze 20 novembre 2003, causa C-296/01, Commissione/Francia (Racc. pag. I-13909, punto 121), nonché 14 dicembre 1962, cause riunite 46/59 e 47/59, Meroni/Hohe Behörde (Racc. pag. 853, 854).

27 – Sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, punti 33-34). La Corte ha ritenuto, in particolare, che l'organizzatore di manifestazioni di tal genere, riunendo in un medesimo luogo geografico produttori e commercianti, non opererebbe solamente nell'interesse particolare di questi gruppi di persone, che beneficiano in tal modo di uno spazio di promozione per i loro prodotti e per le loro merci, bensì fornirebbe parimenti ai consumatori che hanno frequentato tali manifestazioni informazioni che hanno consentito ai medesimi di effettuare le proprie scelte in condizioni ottimali. L'impulso per gli scambi che ne deriva potrebbe essere ricondotto all'interesse generale.

28 – Sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e a. (Racc. pag. I-11173, punto 36 e seg.).

29 – Sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 42). In tal senso anche l'avvocato generale Mazák nelle sue conclusioni 16 dicembre 2008 nella causa C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (paragrafo 27).

30 – Sentenza Agorà e Excelsior (cit. alla nota 27), punti 35 e segg. Al riguardo la Corte ha esposto, in particolare, che l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituirebbe un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato. Questi servizi verrebbero forniti dietro il versamento di un corrispettivo e con essi verrebbero soddisfatti bisogni di natura commerciale. La fiera di cui trattasi, per quanto non persegua scopi lucrativi, opererebbe, come emerge dall'art. 1 del suo statuto, secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e non sarebbe previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie, cosicché essa sopporterebbe direttamente il rischio economico della propria attività. Parimenti decisiva sarebbe anche la circostanza che la fiera opererebbe in un ambiente concorrenziale. Su tali criteri v. Brown, A., «Cases C-223/99 and C-260/99: the definition of contracting authorities and of needs in the general interest that lack a commercial character», PPLR 2001, pag. 107, 109.

31 – Sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06, Aigner (Racc. pag. I-2339, punto 41).

32 – Sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321, punto 49). V. parimenti sentenza 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-11697, punti 81 e seg.) .

33 – Sentenza Korhonen (cit. alla nota 32, punto 51).

34 – In tal senso Marx, F., in: Motzke/Pietzcker/Prieß, *Beck'scher VOB-Kommentar Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A*, 1^a ed., § 98 Auftraggeber, punto 32; Werner, M., in: Byok, J/Jaeger, W, *Kommentar zum Vergaberecht*, Heidelberg 2000, § 98, punto 313; Byok, J/Goodarzi, R., «Messegeseellschaften und Auftragsvergabe», NVwZ 2006, pag. 281, 285. V. parimenti Dreher, M., in: Dreher, M./Stockmann, K, *Kartellvergaberecht*, 4^a ed., Monaco di Baviera 2008, § 98, punto 136, secondo il quale gli enti fieristici dovrebbero pertanto essere tendenzialmente qualificati come amministrazioni aggiudicatrici.

35 – In tal senso Marx, F./Prieß, H., op. cit. (nota 18), pag. 38 e seg., i quali sottolineano che l'organizzazione di mercati e fiere rientrerebbe nelle funzioni pubbliche e potrebbe, di regola, essere finanziata solo attraverso l'impiego di considerevoli risorse statali. Secondo tali autori risulterebbe determinante, per classificare nella nozione di amministrazione aggiudicatrice siffatti enti fieristici, la circostanza che tali enti non sarebbero, appunto, imprese industriali ovvero commerciali intese esclusivamente alla massimizzazione dei profitti.

36 – Byok, J./Goodarzi, R., op. cit. (nota 34), pag. 281, 285, con molti esempi a dimostrazione di tale posizione speciale sotto il profilo concorrenziale.

37 – V. al riguardo Dreher, M., op. cit. (nota 34), § 98, punto 77, il quale sottolinea che l'assenza di carattere industriale o commerciale sarebbe in definitiva equivalente alla presenza di una posizione speciale sul mercato determinata dallo Stato. V., parimenti, l'avvocato generale Léger, il quale, nelle sue conclusioni nella causa C-44/96 (sentenza 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria, Racc. pag. 1998, I-73, paragrafo 69), ha sottolineato che il legislatore comunitario avrebbe inteso applicare la direttiva sulle procedure d'appalto ad organismi che perseguirebbero il soddisfacimento di bisogni d'interesse generale, la cui attività esulerebbe, in tutto o in parte, dalla logica di mercato.

38 – V., in particolare, sentenze Korhonen (cit. alla nota 32, punto 52), nonché *Universale-Bau* (cit. alla nota 17, punto 52).

39 – V., al riguardo, anche l'avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni nella causa C-126/03 (sentenza 18 novembre 2004, Commissione/Germania, Racc. pag. 2004, I-11197, paragrafo 32), il quale sottolinea che un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assuma i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate.

40 – V. supra, paragrafi 62 e segg. delle presenti conclusioni.

41 – Sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux (Racc. pag. I-385, punto 40). V. sulla direttiva 92/50: sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 36).

42 – Il principio in forza del quale, in presenza di un *contractus simulatus*, la qualificazione giuridica del contratto di cui trattasi avviene sulla base del contenuto

effettivo degli accordi, si riscontra già nella massima di diritto romano *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (Cod. Iust. 4, 22 titolo). In tale contesto, anche l'art. 117, n. 2, del codice civile tedesco (BGB) prevede che se un negozio apparente dissimula un altro negozio giuridico, si applicano le disposizioni valide per il negozio dissimulato. Nel caso dei negozi non soggetti ad un obbligo di forma vale dunque, conformemente alla regola *falsa demonstratio non nocet*, il negozio giuridico dissimulato, voluto concordemente dalle parti (v. al riguardo: Larenz, K./Wolf, M., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9^a ed., Monaco di Baviera 2004, § 35 punto 34). Una disposizione analoga a quella tedesca è contenuta anche nell'art. 50, n. 2, dell'Obligacijski zakonik sloveno (codice delle obbligazioni) (v. al riguardo: Dolenc, M., in Juhart, M., Plavšak, N. (ed.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1° vol., GV založba, Ljubljana 2003, Commento all'art. 50, pag. 207). In senso analogo, l'art. 916, n. 1, secondo periodo dell'ABGB austriaco stabilisce che un eventuale negozio dissimulato deve essere valutato alla luce della sua vera natura. Tale orientamento di base è parimenti ravvisabile negli ordinamenti giuridici francese e belga, nei quali i giudici, nell'ambito della qualificazione giuridica dei contratti, possono discostarsi dalle denominazioni contrattuali scelte dalle parti, al fine di stabilire la vera natura giuridica dei contratti di cui trattasi e quindi anche la legge applicabile (per la Francia, v. Le Tourneau, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^a ed., Parigi 2006, punto 3615. Per il Belgio, v. Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anversa 2000, punto 229). Anche ai sensi dell'art. 1281, n. 2, del Codice Civil spagnolo, l'intenzione manifesta delle parti del contratto prevale, in caso di contraddizione, sulla lettera del contratto di cui trattasi. Da questa disposizione il Tribunal Supremo, nella sentenza 28 maggio 1990 (una sintesi è riprodotta in: Moreno Gil, O., *Código civil y jurisprudencia concordada*, 4^a ed., Madrid 2006, punto 4.230) ne ha desunto che non la denominazione contrattuale scelta dalle parti bensì piuttosto gli obblighi contrattuali concordati risultano determinanti per la qualificazione del contratto.

43 – Secondo 'considerando' della direttiva 93/37.

44 – Decimo 'considerando' della direttiva 93/37.

45 – In tal senso l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nella causa C-220/05 (sentenza 18 gennaio 2007, Auroux, Racc. pag. I-385, paragrafo 43).

46 – In tal senso anche Franke, H., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, vol. 4, Monaco di Baviera, 30^a aggiornamento giugno 2006, B. 8. Bauaufträge, punto 11, Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, 1^a ed., Vienna 2008, punto 719, sottolinea, in tale contesto, che la definizione di appalto di lavori propria del diritto in materia di appalti comprenderebbe, appunto, la costruzione «con qualsiasi mezzo» e sarebbe quindi applicabile anche ai contratti di locazione finanziaria immobiliare, qualora il locatore realizzi l'opera nel rispetto dei requisiti posti dall'amministrazione aggiudicatrice/locatario.

47 – Nell'ambito della determinazione, sotto il profilo qualitativo, dell'oggetto principale di un appalto misto di lavori e servizi, la constatazione che le parti contraenti hanno concluso il contratto nella convinzione della sussistenza di una siffatta opzione di acquisto può, invece, rivestire considerevole importanza. V. paragrafi 110 e segg. delle presenti conclusioni.

48 – Sentenza 18 gennaio 2007, Auroux (Racc. pag. I-385, punto 46).

49 – Al riguardo si fa riferimento, in particolare, alle descrizioni e agli elenchi delle prestazioni contenuti nell'allegato nonché ai dettagliati piani degli edifici, agli schemi e ad altri documenti relativi al progetto, annessi al contratto in allegati composti di parecchie migliaia di pagine.

50 – Così, la Repubblica federale di Germania, al punto 67 del suo controricorso, ha confermato espressamente che «le sale di esposizione fieristica sono state costruite senz'altro ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37/CEE, nel rispetto dei requisiti posti dalla Kölnmesse GmbH».

51 – Art. 17, n. 2, del contratto principale.

52 – Sentenze 21 febbraio 2008, Commissione/Italia (cit. alla nota 5, punto 47) nonché Aurox (cit. alla nota 48, punto 37). V., parimenti, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional SA (Racc. pag. I-1329, punto 29).

53 – Sotto il profilo sostanziale, tale 'considerando' è stato ripreso nel decimo 'considerando' della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/EG, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114 e segg.) e confermato come segue: «(...) Gli appalti pubblici di servizi, anche nel settore dei servizi di gestione immobiliare, possono in talune circostanze comprendere dei lavori. Tuttavia, se tali lavori sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto, e costituiscono quindi solo una conseguenza eventuale o un complemento del medesimo, il fatto che detti lavori facciano parte dell'appalto può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori per l'appalto in questione».

54 – V., essenzialmente, sentenze 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo (Racc. pag. I-4137, punto 31), nonché 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punto 38).

55 – Sentenza 21 febbraio 2008, Commissione/Italia (cit. alla nota 5, punto 48).

56 – V. paragrafi 10 e segg. delle presenti conclusioni.

57 – V. al riguardo Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2^a ed., Oxford 2007, pag. 246 e seg., secondo il quale, per ricondurre un contratto inteso alla cessione dell'uso di un immobile nella nozione di appalto pubblico di lavori, risulta determinante la circostanza che l'opera sia stata costruita secondo le indicazioni dettagliate dell'amministrazione aggiudicatrice e che il committente non avrebbe realizzato l'opera di cui trattasi senza i precisi assenti dell'amministrazione aggiudicatrice. In tal senso anche Eschenbruch, K., «Immobilienleasing und neues Vergaberecht», *BB-Beilage Nr. 5* 2000, pag. 8, 11, secondo il quale, in caso di «locazione finanziaria immobiliare», occorrerebbe muovere dal presupposto dell'esistenza di un appalto di lavori qualora l'amministrazione aggiudicatrice influisca in maniera decisiva sull'architettura (il design) dell'edificio o intervenga in maniera altrimenti determinante sulla progettazione dell'oggetto, senza limitarsi a prescrivere taluni requisiti specificamente inerenti all'utente.

58 – In un'intervista pubblicata il 5/6 settembre 2005 rilasciata dal tesoriere del comune di Colonia al quotidiano *Kölner Stadt-Anzeiger*, il tesoriere comunale confermava che la Stadtparkasse, la quale aveva avviato i contatti con la GKM-GbR, avrebbe

mantenuto il suo impegno di garantire alla Kölnmesse GmbH il diritto d'acquisto dell'area adibita alla fiera per 70 milioni di EUR, e che la Kölnmesse GmbH trarrebbe il proprio diritto da tale impegno. Al riguardo veniva sottolineato che «fra 30 anni l'esistenza della fiera non sarà messa in discussione né sotto il profilo economico né sotto quello giuridico».

59 – Rapporto del Bezirksregierung Köln «Messe Köln: Neubau der Messehallen. Ergebnis der vergabe- und kommunalrechtlichen Bewertungen» 27 gennaio 2006, nel quale, inter alia, viene illustrato lo svolgimento delle trattative.

60 – All'udienza la Repubblica federale di Germania ha ammesso, in risposta ad un quesito, di non poter fornire alcuna spiegazione oggettiva del perché il venir meno del diritto di opzione d'acquisto da essa illustrato non abbia influito sul calcolo del canone di locazione.

61 – Art. 2, n. 3, lett. d), del contratto principale del 6 agosto 2004.