

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
VERICA TRSTENJAK  
presentate il 14 aprile 2010 <sup>1</sup>(1)

**Causa C-271/08**

**Commissione europea  
contro  
Repubblica federale di Germania**

«Inadempimento di uno Stato – Art. 226 EG – Appalti – Aggiudicazione di appalti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale di dipendenti di enti locali – Accordi quadro – Direttiva 92/50/CEE – Direttiva 2004/18/CE – Predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali nell'ambito di contratti collettivi – Autonomia collettiva – Diritto fondamentale di negoziazione collettiva – Rapporto tra diritti fondamentali e libertà fondamentali»

Indice

Introduzione

I – Contesto normativo

A – Diritto comunitario

1. Direttiva 92/50

2. Direttiva 2004/18

B – Diritto nazionale

1. Legge tedesca per il miglioramento della previdenza integrativa aziendale

2. Contratto collettivo relativo alla conversione della retribuzione in contributi pensionistici dei lavoratori/delle lavoratrici dei servizi pubblici locali

II – Fatti

III – Procedimento precontenzioso

IV – Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

V – Principali argomenti delle parti

VI – Valutazione giuridica

A – Applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 ad accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi

1. Sulla sussistenza di una deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi e sulla trasponibilità di una siffatta eccezione alle libertà fondamentali

- a) Insussistenza di una deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi
- b) Tendenziale non sovrapposibilità dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza primario e dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi

2. Sulla limitata efficacia orizzontale delle disposizioni relative alle libertà fondamentali

3. Inquadramento del diritto di negoziazione collettiva e di autonomia collettiva quali diritti sociali fondamentali e loro rapporto con le libertà fondamentali

4. Conclusione parziale

B – Conciliabilità degli accordi quadro de quibus con le direttive 92/50 e 2004/18

1. Inquadramento delle città quali amministrazioni aggiudicatrici

2. Inquadramento degli accordi quadro quali contratti a titolo oneroso soggetti alle direttive sugli appalti pubblici

a) Riflessioni sull'obbligo di motivazione e sul rischio probatorio

b) Applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 agli accordi quadro

c) Carattere oneroso degli accordi quadro

d) Inapplicabilità dell'esclusione ai contratti di lavoro

e) Soglie di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18

i) Determinazione delle soglie di riferimento

ii) Mancata prova circa il superamento da parte degli accordi quadro della soglia di riferimento

3. Conclusione parziale

C – In via subordinata: Composizione del conflitto tra le direttive sugli appalti pubblici, da una parte, e il diritto fondamentale alla negoziazione collettiva ed il diritto fondamentale all'autonomia collettiva, dall'altra

1. Composizione dei conflitti tra libertà fondamentali e diritti fondamentali: le sentenze Viking Line e Laval un Parteneri

2. Equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e composizione dei conflitti in base al principio di proporzionalità

3. Composizione del conflitto tra le direttive 92/50 e 2004/18, da una parte, e il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva, dall'altra

4. Conclusione parziale

VII – Sintesi

VIII – Conclusione

## Introduzione

1. La presente causa verte su un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione ai sensi dell'art. 226 CE, con cui quest'ultima ha chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti, fino al 31 gennaio 2006, in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (nel prosieguo: la «direttiva 92/50») (2) e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, in forza della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (3) (nel prosieguo: la «direttiva 2004/18»), per il fatto che molteplici grandi città hanno stipulato accordi quadro relativi alla previdenza integrativa aziendale dei propri dipendenti direttamente con enti esercenti funzioni previdenziali scelti sulla base del contratto collettivo, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo.

2. Il presente procedimento è in larga misura caratterizzato dalla scelta strategica operata dalla Commissione, che, in sede processuale, non si è limitata, a scopo esemplificativo, a contestare le aggiudicazioni disposte da singole grandi città, ma ha deciso di contestare in toto la prassi di affidamento degli appalti seguita da tutte le città di determinate dimensioni. Tale impostazione processuale comporta necessariamente che alle questioni concernenti l'assolvimento da parte della Commissione dell'onere di provare e di circostanziare le proprie allegazioni venga attribuita particolare rilevanza.

3. Il presente procedimento, inoltre, solleva una molteplicità di questioni giuridiche, la più problematica delle quali, senz'altro, riguarda il rapporto intercorrente tra il diritto di negoziazione collettiva e l'autonomia collettiva, da un lato, e le direttive 92/50 e 2004/18, che traducono in termini concreti i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dall'altro. Atteso che la lamentata violazione delle direttive sugli appalti pubblici può essere in buona sostanza imputata al contratto collettivo che vincola le città in questione, si pone la questione della sussistenza e delle implicazioni di un conflitto tra gli obblighi fondati sulle libertà fondamentali, da una parte, e il diritto di negoziazione collettiva e il diritto di autonomia collettiva, dall'altra.

4. Come propongo nell'ambito di queste conclusioni, il diritto di contrattazione collettiva e l'autonomia collettiva dovrebbero essere annoverati tra i principi generali del diritto comunitario e, quindi, considerati diritti sociali fondamentali. In conseguenza di ciò, laddove dovesse formalmente ravvisarsi una mancata osservanza delle direttive sugli appalti pubblici, si dovrebbe chiarire in che modo si possa far conciliare l'obbligo della loro osservanza con il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e con il diritto fondamentale di autonomia collettiva.

## I – Contesto normativo

### A – Diritto comunitario

#### 1. Direttiva 92/50

5. Ai sensi dell'art. 1, lett. a), punto viii), della direttiva 92/50 gli appalti di lavori non sono considerati appalti pubblici di servizi.

6. Ex art. 8 della direttiva 92/50 gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI.

7. Il titolo III della direttiva 92/50 concerne la scelta delle procedure d'aggiudicazione e le norme relative ai concorsi di progettazione, il titolo IV detta le norme comuni in campo tecnico, il titolo V le norme comuni di pubblicità e il titolo V le norme comuni di partecipazione, i criteri di selezione qualitativa, nonché i criteri di aggiudicazione per gli appalti.

8. L'allegato I A della direttiva 92/50 classifica i servizi, a norma dell'art. 8, in 16 categorie; nella categoria 6 ricadono i «servizi finanziari, in particolare i «servizi assicurativi», nonché i «servizi bancari e finanziari».

#### 2. Direttiva 2004/18

9. Ai sensi dell'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18, essa non trova applicazione agli appalti

pubblici di servizi concernenti i contratti di lavoro.

10. Ex art. 20 della direttiva 2004/18 gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55. Tali articoli contengono disposizioni sul capitolato d'oneri e sui documenti dell'appalto (artt. 23-27), sui vari tipi di procedure (artt. 28-34), sulla pubblicità e sulla trasparenza (artt. 35-43), nonché sullo svolgimento della procedura (artt. 44-55).

11. L'allegato II A della direttiva 2004/18 classifica i servizi in 16 categorie; nella categoria 6 ricadono i «servizi finanziari, in particolare i «servizi assicurativi», nonché i «servizi bancari e finanziari».

## B – *Diritto nazionale*

1. Legge tedesca per il miglioramento della previdenza integrativa aziendale

12. L'art. 1 della legge tedesca per il miglioramento della previdenza integrativa aziendale del 19 dicembre 1974(4) (in prosieguo: la «BetrAVG») recita:

«Riconoscimento da parte dei datori di lavoro della previdenza integrativa aziendale

1. Laddove, nell'ambito del rapporto di lavoro, il datore di lavoro accordi ai lavoratori prestazioni di invalidità, di quiescenza e di reversibilità (previdenza integrativa aziendale), trovano applicazione le disposizioni di questa legge. La previdenza integrativa aziendale può competere direttamente al datore di lavoro o agli enti esercenti funzioni previdenziali di cui all'art. 1, lett. b), commi da 2 a 4. Il datore di lavoro risponde dell'adempimento delle prestazioni da egli riconosciute anche qualora la previdenza integrativa aziendale non gli compete direttamente.

2. Si configura un'ipotesi di previdenza integrativa aziendale anche allorché:

(...)

3. future retribuzioni si convertano convertite nel diritto ad ottenere prestazioni previdenziali di identico valore (conversione in contributi pensionistici) o

...».

13. L'art. 1, lett. a) della BetrAVG dispone quanto segue:

«Diritto all'ottenimento di una copertura previdenziale integrativa aziendale attraverso la conversione della retribuzione in contributi pensionistici

1. I lavoratori possono richiedere ai propri datori di lavoro l'imputazione di parte della propria retribuzione futura - sino ad un massimo del 4% del livello della retribuzione valida ai fini assicurativi al regime previdenziale generale - alla previdenza integrativa aziendale, mediante conversione in contributi pensionistici. Le modalità di attuazione del diritto del lavoratore vengano disciplinate in via negoziale. Qualora il datore di lavoro sia disposto ad avvalersi di un fondo o di una cassa pensionistica (art. 1, lett. b), terzo comma), la copertura previdenziale integrativa aziendale dovrà essere costituita presso questi ultimi; in caso contrario il lavoratore potrà pretendere che il datore di lavoro stipuli per suo conto un'assicurazione diretta (art. 1, lett. b), secondo comma)...».

14. L'art. 17 della BetrAVG dispone:

«Ambito di applicazione ratione personae e clausola di apertura contenuta nel contratto collettivo

(...)

3. I contratti collettivi possono derogare agli artt. 1, lett. a), 2-5, 16, 18, lett. a), primo periodo, nonché agli artt. 27 e 28 (...).

(...)

5. Laddove le retribuzioni siano state definite nell'ambito di un contratto collettivo, la loro

conversione può essere posta in essere solo laddove il contratto collettivo la preveda o la autorizzi».

2. Contratto collettivo relativo alla conversione della retribuzione in contributi pensionistici dei lavoratori/delle lavoratrici dei servizi pubblici locali

15. L'art. 2 del contratto collettivo relativo alla conversione della retribuzione in contributi pensionistici dei lavoratori/delle lavoratrici dei servizi pubblici locali del 18 febbraio 2003 (in prosieguo: il «contratto collettivo EUmw/VKA») recita:

«Principio della conversione in contributi pensionistici

Il presente contratto collettivo, oltre a disciplinare il profilo della previdenza integrativa aziendale (ATV/ATV-K), definisce i principi regolatori della conversione in contributi pensionistici di parte della retribuzione definita a livello negoziale in funzione di un'integrazione previdenziale di carattere aziendale».

16. L'art. 5 del contratto collettivo EUmw/VKA dispone:

«Esercizio del diritto alla conversione in contributi pensionistici

1. Il lavoratore/la lavoratrice deve tempestivamente comunicare per iscritto al datore di lavoro di volersi avvalere del proprio diritto alla conversione di una quota della retribuzione in contributi pensionistici. Il lavoratore/la lavoratrice è vincolato/a per un periodo di almeno un anno dall'accordo concluso con il datore di lavoro sul punto.

(...)».

17. L'art. 6 del contratto collettivo dispone:

«Modalità attuative

Salvo quanto previsto nel secondo e terzo periodo di questa norma la conversione in contributi pensionistici, da realizzarsi secondo le modalità definite nella legge per il miglioramento della previdenza integrativa aziendale, va attuata presso istituti previdenziali complementari pubblici. Il datore di lavoro, nel quadro della disposizione di cui al primo periodo, può altresì optare per le modalità attuative offerte dalla Sparkassen-Finanzgruppe [società holding che controlla le casse di risparmio] o da assicurazioni locali. I contratti collettivi stipulati a livello di Landesbezirk, se del caso, possono derogare alle regole di cui al primo ed al secondo periodo».

## **II – Fatti**

18. L'inserimento nella BetrAVG di una disposizione sulla conversione di parte della retribuzione in contributi pensionistici attesta gli sforzi compiuti dalla Repubblica federale di Germania per promuovere l'istituzione di una previdenza integrativa aziendale a capitalizzazione privata a favore dei lavoratori e delle lavoratrici. Tale conversione in contributi pensionistici, essenzialmente, implica la possibilità che i lavoratori decidano di imputare parte del proprio salario futuro alla previdenza integrativa aziendale, trasformando così la retribuzione futura nel diritto di esigere prestazioni previdenziali di identico valore.

19. Sebbene l'art. 1 della BetrAVG, in linea generale, riconosca ai lavoratori il diritto a richiedere, nei limiti definiti dalla legge, che una parte della loro retribuzione sia convertita in contributi pensionistici, una deroga di ampia portata a tale principio è disposta all'art. 17, quinto comma, della BetrAVG. Ai sensi di tale norma la conversione in contributi pensionistici di retribuzioni definite nell'ambito di un contratto collettivo può essere posta in essere solo laddove il contratto collettivo la preveda o la autorizzi.

20. In tale contesto l'associazione tedesca dei datori di lavoro dei servizi pubblici locali (in prosieguo: la «VKA») e l'unione tedesca dei sindacati nel settore dei servizi (in prosieguo: la «ver.di») – associazione con personalità giuridica – hanno stipulato il 18 febbraio 2003 il citato contratto collettivo EUmw/VKA, che ha riconosciuto ai dipendenti dei servizi pubblici locali il diritto di richiedere la conversione della retribuzione in contributi pensionistici. Nell'ambito del contratto collettivo EUmw/VKA, inoltre, si sono individuate modalità di attuazione di tale conversione che in molti casi dipartono dalla BetrAVG. La VKA ha concluso un contratto collettivo di contenuto analogo

anche con il sindacato «dbb Tarifunion».

21. Il contratto collettivo, a differenza della BetrAVG, individua espressamente gli enti esercenti funzioni previdenziali ove, attraverso il meccanismo della conversione, potrà essere istituito un fondo di previdenza integrativa aziendale. In proposito l'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA prevede, in particolare, che la conversione venga attuata avvalendosi di istituti previdenziali complementari pubblici. Nonostante tale statuizione di principio i datori di lavoro dei servizi pubblici locali hanno comunque la possibilità, ex art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, di decidere di attivare una collaborazione con la Sparkassen-Finanzgruppe o con assicurazioni locali. L'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, inoltre, prevede espressamente che regole diverse possano essere contenute nei contratti collettivi stipulati a livello di Landesbezirk.

22. Posto che gli enti previdenziali presso i quali dare corso alla conversione erano stati predesignati nell'ambito del contratto collettivo EUmw/VKA, la conversione – in termini generali – si svolgeva di norma in due fasi. Al fine di renderla un'opzione praticabile per i collaboratori degli enti locali, in una prima fase i datori di lavoro concludevano degli accordi quadro con uno o più enti esercenti funzioni previdenziali individuati in sede di contrattazione collettiva. I lavoratori, in una seconda fase, potevano optare per la conversione sulla base delle condizioni tipicamente contenute in tali accordi quadro.

### **III – Procedimento precontenzioso**

23. Dopo aver preso cognizione, in seguito ad una denuncia, del contratto collettivo EUmw/VKA, la Commissione informava con nota 12 ottobre 2005 la Repubblica federale di Germania della presunta violazione da parte di tale Stato dell'art. 8, in combinato disposto con i titoli da III a VI della direttiva 92/50, nonché dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 CE ed, in particolare, del divieto di discriminazione ad essi sotteso, in occasione della stipulazione da parte di amministrazioni ed imprese locali di contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente con gli enti e le imprese indicate dall'art. 6 del EUmw/VKA senza una previa indizione di un bando di gara a livello europeo. Il governo della Repubblica federale di Germania veniva invitato, ai sensi dell'art. 226 CE, a presentare entro due mesi le proprie osservazioni al riguardo.

24. Nella sua risposta del 29 marzo 2006 la Repubblica federale di Germania faceva presente che gli enti locali, nella loro veste di datori di lavoro vincolati da obblighi assunti nell'ambito di contratti collettivi, non potessero essere considerati, sotto il profilo funzionale, amministrazioni aggiudicatrici ai fini della normativa sugli appalti pubblici. Essa sottolineava altresì che la conversione in contributi pensionistici e l'erogazione dei contributi previdenziali, definite in un contratto collettivo o in un contratto individuale, non configurassero un appalto pubblico, rilevando inoltre come la disciplina che la Commissione le contestava fosse legittima alla luce del principio dell'autonomia collettiva.

25. Con nota del 4 luglio 2006 la Commissione trasmetteva alla Repubblica federale di Germania il proprio parere motivato ai sensi dell'art. 226, n. 1, CE. In considerazione delle modifiche nel frattempo intervenute nel diritto comunitario, ed in particolar modo, in considerazione dell'entrata in vigore della direttiva 2004/18, la Commissione precisava che la Repubblica federale di Germania, attraverso la condotta contestata, aveva violato, fino al 31 gennaio 2006, le già menzionate disposizioni della direttiva 92/50 e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, le corrispondenti disposizioni della direttiva 2004/18. La Commissione, inoltre, rilevava il persistere di una violazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 CE ed, in particolare, la violazione del divieto di discriminazione ad essi sotteso.

26. Nella comunicazione del 15 novembre 2006, in risposta al parere motivato, la Repubblica federale di Germania riaffermava la propria posizione. Essa, inoltre, sottolineava come gli accordi stipulati con gli enti esercenti funzioni previdenziali non andassero valutati isolatamente, ma dovessero apprezzati nel loro carattere di accordi afferenti al diritto del lavoro o, comunque, condizionati da logiche di tipo giuslavoristico; i contratti di lavoro, però, esulerebbero dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, ex art. 16, lett. e), della stessa. La Repubblica federale, inoltre, allegava un parere legale del Prof. Koenig e del sig. Pfromm in risposta al parere motivato della Commissione, in cui tali autori giungevano alla conclusione che nei casi in esame, alla luce del principio dell'autonomia collettiva, non sussisteva l'obbligo di indizione di gare d'appalto e che, ad ogni modo, le direttive sugli appalti pubblici non potesse trovare applicazione né razione personae né razione materiae. In tale sede si argomentava altresì che le soglie previste nelle direttive de quibus non erano state raggiunte.

27. Al fine di stabilire se il mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici fosse nel caso di specie funzionale e commisurato a esigenze di politica sociale connesse al meccanismo della conversione, la Commissione trasmetteva inoltre alla Repubblica federale un questionario. La risposta del 1° marzo 2007 di quest'ultima non convinceva la Commissione, che procedeva quindi a promuovere il ricorso.

#### **IV – Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti**

28. Con il proprio ricorso pervenuto il 24 giugno 2008 presso la cancelleria della Corte la Commissione chiede di

- dichiarare che la Repubblica federale di Germania, considerato che talune amministrazioni e imprese locali con oltre 1.218 dipendenti hanno stipulato contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente con gli enti e le imprese indicate dall'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo, ha violato, fino al 31 gennaio 2006, l'art. 8, in combinato disposto con i titoli da III a VI della direttiva 92/50 e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, l'art. 20, in combinato disposto con gli artt. da 23 a 55 della direttiva 2004/18;
- condannare la Repubblica federale di Germania alle spese.

29. Con il proprio controricorso pervenuto il 16 settembre 2008 la Repubblica federale di Germania chiede di

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

30. Nella replica depositata il 27 ottobre 2008 la Commissione limitava la portata del proprio ricorso. Essa, in tale sede, in particolare chiedeva di dichiarare che la Repubblica federale di Germania, considerato che talune amministrazioni e imprese locali, aventi oltre 2.044 dipendenti negli anni 2004–2005, oltre 1827 dipendenti negli anni 2006–2007 e oltre 1783 dipendenti per quanto concerne le aggiudicazioni di appalti dal 2008, hanno stipulato contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente con gli enti e le imprese indicate dall'art. 6 del EUmw/VKA senza aver indetto un bando di gara a livello europeo, ha violato, fino al 31 gennaio 2006, l'art. 8, in combinato disposto con i titoli da III a VI della direttiva 92/50/CEE e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, l'art. 20, in combinato disposto con gli artt. 23–55 della direttiva 2004/18/CE.

31. Nella sua controplica del 12 dicembre 2008 la Repubblica federale di Germania chiedeva nuovamente il rigetto del ricorso.

32. Con ordinanza del 5 dicembre 2008 del presidente della Corte il Regno di Danimarca e il Regno di Svezia sono stati autorizzati ad intervenire a sostegno della Repubblica federale di Germania. Tali Stati hanno depositato, rispettivamente in data 14 e 15 aprile 2009, osservazioni scritte, sulle quali la Commissione ha espresso il proprio parere in data 30 giugno 2009.

33. Nel corso dell'udienza del 12 gennaio 2010 i rappresentanti della Commissione, della Repubblica federale di Germania, del Regno di Danimarca e del Regno di Svezia hanno espresso le proprie posizioni.

#### **V – Principali argomenti delle parti**

34. La Commissione mette essenzialmente in dubbio la conciliabilità della preventiva scelta di determinati enti esercenti funzioni previdenziali di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA con le direttive 92/50 e 2004/18. La Commissione è dell'avviso che tale clausola del contratto collettivo, in contrasto con le direttive, limiti la possibilità per i datori di lavoro degli enti locali di scegliere gli enti previdenziali presso i quali dare corso alla conversione. Ciò implicherebbe una violazione delle direttive sugli appalti pubblici qualora le singole aggiudicazioni raggiungano le varie soglie ivi previste.

35. La Commissione muove dall'assunto dell'applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 agli accordi quadro conclusi dai datori di lavoro degli enti locali con gli enti prescelti. Secondo essa tali

accordi quadro andrebbero qualificati come appalti pubblici di servizi, ai sensi delle direttive 92/50 e 2004/18, ed eccederebbero in termini di valore, almeno per quanto concerne molti grandi città tedesche, le soglie di riferimento. Ne consegue che i servizi avrebbero dovuti essere aggiudicati nel rispetto delle disposizioni di tali direttive.

36. Una siffatta ricostruzione, per la Commissione, non sarebbe smentita dal fatto che la predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali è stata operata nell'ambito del contratto collettivo negoziato tra la VKA e i sindacati. Il diritto comunitario, infatti, non riconoscerebbe una generale superiorità gerarchica dell'autonomia collettiva; l'obbligo di indizione di un bando di gara, inoltre, non riguarderebbe la concreta strutturazione del rapporto di lavoro di singoli lavoratori degli enti locali.

37. Il governo tedesco si oppone al ricorso della Commissione facendo valere, in primo luogo, l'inapplicabilità della normativa comunitaria sugli appalti a casi quali quello di specie. Rilievo decisivo, secondo il governo tedesco, avrebbe il fatto che la procedura di selezione contestata dalla Commissione è stata definita dalle parti sociali in sede di contrattazione collettiva e, pertanto, deve essere valutata alla luce del principio di autonomia collettiva. La necessaria valutazione di tale procedura alla luce dell'autonomia collettiva escluderebbe che la contestata predesignazione di determinati enti nell'ambito di un contratto collettivo e il recepimento di tale scelta nell'ambito degli accordi quadro soggiaccia alle direttive sugli appalti pubblici. In proposito, il governo tedesco perora l'applicazione analogica degli approdi giurisprudenziali raggiunti dalla Corte nelle cause Albany (5) e van der Woude (6), ricordando, inoltre, come l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici potrebbe pregiudicare i datori di lavoro ed i lavoratori pubblici rispetto ai datori di lavoro e ai lavoratori privati, visto che priverebbe i primi della possibilità di scegliere gli enti esercenti funzioni previdenziali in sede di contrattazione collettiva.

38. Sul piano fattuale il governo tedesco sottolinea, in questo contesto, come la facoltà di conversione spettante ai lavoratori dei servizi pubblici locali sia affermata e configurata nell'ambito di un contratto collettivo. Esso rileva, in particolare, come, ex art. 1, lett. 1, primo comma, primo periodo, della BetrAVG, i lavoratori abbiano, ex lege, il diritto di ottenere dal proprio datore di lavoro la conversione in contributi pensionistici della retribuzione non definita in sede di contrattazione collettiva; in tale ambito la scelta dell'ente previdenziale di cui avvalersi in funzione della conversione (richiesta dal lavoratore) spetterebbe di norma al datore di lavoro. La conversione del salario definito nel contratto collettivo, invece, potrebbe essere posta in essere solo laddove il contratto collettivo la preveda o la autorizzi. Poiché tale possibilità sarebbe prevista nell'ambito del contratto collettivo de quo, la disciplina sulla conversione in esame avrebbe natura meramente negoziale.

39. Per il governo tedesco, inoltre, le parti sociali avrebbero fatto uso della possibilità, loro conferita ex art. 17, terzo comma, della BetrAVG, di derogare, in sede di contrattazione collettiva, a molteplici disposizioni della stessa BetrAVG. In questo quadro, la predesignazione di determinati enti ove eseguire la conversione – contestata dalla Commissione – rappresenterebbe una delimitazione della facoltà di scelta accordata al datore di lavoro ex art. 1, lett. a), primo comma, della BetrAVG. Il datore di lavoro sarebbe stato quindi privato di potestà decisionale a favore di una definizione concordata dalle parti sociali nell'ambito del contratto collettivo; gli interessi dei lavoratori sarebbero così tenuti in considerazione già in sede di individuazione dell'ente previdenziale prescelto.

40. Anche laddove le direttive sugli appalti pubblici trovassero, in linea di principio, applicazione ad un caso quale quello di specie, gli accordi quadro contestati dalla Commissione, secondo il governo tedesco, esulerebbero necessariamente dall'ambito di applicazione *ratione materiae* delle direttive 92/50 e 2004/18.

41. Dal momento che i datori di lavoro dei servizi pubblici locali sono stati privati dal contratto collettivo di potestà decisionale per quanto concerne l'individuazione degli enti previdenziali, la loro qualificazione quali amministrazioni aggiudicatrici sarebbe errata sotto il profilo sistematico. Peraltro, gli accordi quadro conclusi dai datori di lavoro dei servizi pubblici con (di norma molteplici) enti esercenti previdenziali non istituirebbero rapporti assicurativi, ma stabilirebbero semplicemente le condizioni alle quali i lavoratori potrebbero istituire singoli rapporti assicurativi presso i predetti enti. Il governo tedesco, inoltre, fa valere la natura non onerosa degli accordi quadro, la riconducibilità di questi ultimi all'eccezione di cui all'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18 e il carattere erroneo dei presupposti posti dalla Commissione alla base del calcolo del valore dei singoli accordi.

42. Il Regno di Danimarca e il Regno di Svezia appoggiano la richiesta tedesca di rigetto del

ricorso per inadempimento.

43. Il Regno di Danimarca, segnatamente, giudica il sistema danese di previdenza integrativa aziendale in pericolo qualora la Corte giungesse alla conclusione che gli accordi di una certa entità conclusi da datori di lavori pubblici e sindacati al fine di creare le condizioni di realizzazione di un sistema di previdenza a favore dei lavoratori dei servizi pubblici richiedano la previa indizione di un bando di gara.

44. Nell'ambito delle loro prese di posizione sia il Regno di Danimarca sia il Regno di Svezia sottolineano la rilevanza delle già menzionate sentenze Albany e van der Woude. Tali Stati rilevano che, anche laddove le direttive sugli appalti pubblici si ritenessero in linea di principio applicabili ad una fattispecie quale quella de qua, dovrebbe comunque considerarsi il fatto che le disposizioni negoziali attinenti alla materia della previdenza integrativa aziendale hanno la propria fonte in un contratto collettivo. L'accordo, inoltre, identificherebbe semplicemente l'ente deputato alla gestione del fondo pensionistico. Posto che la somma appartiene esclusivamente al lavoratore, non si potrebbe parlare di appalto di servizi da eseguirsi a favore di un datore di lavoro pubblico. A prescindere da ciò, nel caso in esame verrebbe in rilievo l'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18, che esclude l'applicazione della medesima direttiva agli appalti concernenti i contratti di lavoro.

## **VI – Valutazione giuridica**

### *A – Applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 ad accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi*

45. La prima determinante questione che va risolta nel presente procedimento riguarda l'applicabilità delle direttive sugli appalti pubblici agli accordi quadro definiti nell'ambito di un accordo collettivo.

46. In questo contesto, in particolare, è controverso se gli accordi quadro de quibus possano essere soggetti alle disposizioni del diritto primario sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi.

47. Atteso che le direttive 92/50 e 2004/18 sono state adottate sulla base delle norme sulla competenza del Trattato CE contenute nei capi dedicati al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, la non applicabilità delle libertà fondamentali agli accordi quadro de quibus varrebbe, infatti, ad escludere tali accordi – nell'ottica di un'interpretazione conforme al diritto primario delle direttive sugli appalti pubblici – anche dall'ambito di applicazione di tali direttive.

48. Quanto addotto a sostegno della tesi dell'inapplicabilità delle libertà fondamentali agli accordi quadro de quibus è convogliabile in tre ordini argomentativi.

49. Il primo ordine argomentativo muove dal presupposto che i contratti collettivi – e pertanto anche gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi – esulino dal campo di applicazione delle norme sulla concorrenza del diritto primario. Posto che le deroghe al diritto della concorrenza sono trasponibili anche al piano delle libertà fondamentali, gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi vengono quindi ritenuti esclusi anche dal campo di applicazione delle libertà fondamentali.

50. Il secondo ordine argomentativo, in realtà non seguito in modo sistematico dal governo tedesco ma tuttavia riconoscibile quale elemento caratterizzante di alcune delle sue deduzioni, si fonda sul principio dell'efficacia non orizzontale delle disposizioni sulle libertà fondamentali. Vista la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori alla stipulazione dei contratti collettivi, in questo contesto si pone in particolare il problema di stabilire se l'applicazione delle libertà fondamentali agli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi integri una violazione del principio dell'efficacia non orizzontale delle disposizioni sulle libertà fondamentali.

51. Un terzo ordine argomentativo, svolto in subordine, si basa sulla valenza di diritto sociale fondamentale del diritto di negoziazione collettiva ed al rapporto tra diritti e libertà fondamentali. In questo contesto, segnatamente, si espone che gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi sarebbero garantiti dal loro nesso con un diritto fondamentale e pertanto non potrebbero più essere posti in raffronto, a livello contenutistico, con le libertà fondamentali.

52. Di seguito analizzerò i suddetti ordini argomentativi.

1. Sulla sussistenza di una deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi e sulla trasponibilità di una siffatta eccezione alle libertà fondamentali

53. Il primo ordine argomentativo muove erroneamente dal presupposto che le regole di un accordo collettivo in linea di principio non siano soggette alle norme sulla concorrenza del diritto primario e dal presupposto che tale eccezione possa essere trasposta ipso iure anche alle libertà fondamentali. Tale tesi, pertanto, non può essere condivisa.

a) Insussistenza di una deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi

54. Sull'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario ai contratti collettivi e agli accordi quadro definiti sulla base di contratti collettivi la Corte ha preso posizione nell'ambito di tre rilevanti pronunce rese, il 21 settembre 1999, nelle cause Albany (7), Brentjens' (8) e Drijvende Bokken (9).

55. Tali cause concernevano la conciliabilità di un sistema pensionistico di categoria con le norme sulla concorrenza del diritto primario. La questione principale da appurare era se si potesse configurare una violazione dell'art. 10 CE in combinato disposto con l'art. 81 CE, oppure dell'art. 86, n. 1, CE, in combinato disposto con l'art. 82 CE, laddove, su iniziativa dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore, si fosse introdotto l'obbligo di partecipare ad un sistema pensionistico di categoria per tutte le imprese del settore. In questo contesto si doveva chiarire se e a quali condizioni un contratto collettivo concluso tra i datori di lavoro e i lavoratori di un determinato settore e volto all'istituzione di un sistema pensionistico di categoria potesse rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE.

56. La Corte, al fine di chiarire il rapporto tra le regole sulla concorrenza del Trattato CE e le disposizioni dei contratti collettivi, ha in primo luogo richiamato i fini di politica sociale e di protezione sociale di cui all'art. 2 CE e all'art. 3, n. 1, lett. j), CE (10), sottolineando, a tale proposito, come sia il diritto sindacale sia le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori abbiano trovato espresso riconoscimento nel diritto primario e nell'accordo sulla politica sociale (11).

57. La Corte quindi, dopo aver rilevato taluni effetti restrittivi della concorrenza inerenti ai contratti collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, ha tuttavia affermato che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali contratti sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 81, n. 1, CE nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro (12). Da tali considerazioni la Corte ha dedotto che un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato induce a ritenere che gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi come accordi non rientrino, per la loro natura ed il loro oggetto, nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE (13).

58. In tali sentenze la Corte ha inoltre stabilito che i contratti collettivi – e quindi anche le regole e le decisioni definite nell'ambito degli stessi contratti collettivi – sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 81 CE al ricorrere di due presupposti: 1. l'accordo deve essere concluso nell'ambito di contrattazioni collettive (14) ed 2. al fine di migliorare le condizioni d'impiego e di lavoro (15).

59. Ritenendo che l'irrilevanza delle norme sulla concorrenza per i contratti collettivi non sia data ipso iure ma, piuttosto, vada accertata alla luce del caso concreto, la Corte in tali sentenze non ha certo riconosciuto una deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi. La Corte, piuttosto, sulla base della valorizzazione degli accordi sindacali operata nell'ambito del diritto primario e, perciò, sulla base di un'interpretazione sistematica del Trattato, ha stabilito che l'art. 81 CE al cospetto di contratti collettivi di particolare contenuto abbia una portata intrinsecamente limitata (16).

60. A tale valutazione non osta il fatto che la Corte, nelle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken, così come nella successiva sentenza van der Woude (17), abbia esaminato solo in modo molto timido se la conclusione dei contratti collettivi fosse stata finalizzata a migliorare le condizioni d'impiego e di lavoro. Naturalmente, al fine di dissipare ogni dubbio circa la possibilità che, nei casi da valutarsi, si configurasse un abuso dell'immunità riconosciuta alle parti sociali sotto il profilo del diritto della concorrenza (18), sarebbe stato auspicabile procedere ad un'analisi

maggiormente approfondita del contenuto delle disposizioni negoziali in esame. Se si analizzano complessivamente le sentenze in un'ottica sistematica, tuttavia, risulta chiaro che solo contratti collettivi di particolare contenuto sono stati esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE (19).

61. In questo contesto l'avvocato generale Fennelly, nelle sue conclusioni relative alla causa van der Woude, ha correttamente spiegato che la portata della cosiddetta «eccezione-Albany», in quanto eccezione che si contrappone al generale ambito di applicazione dell'art. 81 CE, è da interpretarsi restrittivamente. Contratti collettivi che pregiudichino sensibilmente la concorrenza, pertanto, potrebbero sempre venire impugnati sulla base del fatto che essi non perseguono una finalità meramente sociale, visto che le restrizioni che essi impongono o che risultino dalla loro applicazione eccedono quanto richiesto dal perseguimento della loro finalità (20). Quanto detto presuppone naturalmente che si debba operare, a livello contenutistico, un accertamento circa il fatto che il contratto collettivo in questione ovvero le singole regole negoziali in effetti, come richiesto, siano stati conclusi o concluse al fine di migliorare le condizioni di impiego e di lavoro.

62. Quanto procede mi porta a concludere che la Corte nelle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken non abbia stabilito alcuna deroga settoriale all'applicabilità delle norme sulla concorrenza del diritto primario per i contratti collettivi. A tali sentenze, invece, va attribuito il significato di aver stabilito che l'art. 81 CE ha portata intrinsecamente limitata al cospetto di contratti collettivi di particolare contenuto.

b) Tendenziale non sovrapponibilità dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza primario e dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi

63. Nelle proprie deduzioni la Repubblica federale di Germania parte dall'assunto della tendenziale trasponibilità dei limiti e delle deroghe settoriali previste per il diritto della concorrenza alle libertà fondamentali. In questo contesto essa, segnatamente, suggerisce che la Corte, nel caso di specie, richiami *per analogiam* – e quindi senza valutare la loro trasponibilità alla luce delle particolarità che caratterizzano i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi – le valutazioni ed i principi contenuti nelle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken.

64. A mio avviso le osservazioni del governo tedesco non possono essere condivise.

65. Sebbene sia le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi sia le disposizioni relative alla libera concorrenza rispecchiano la finalità di realizzazione del mercato interno, la circostanza che un accordo o un'attività, in considerazione del loro concreto atteggiarsi, esulino dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza non comporta necessariamente che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dal campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione (21).

66. La Corte, secondo una giurisprudenza oramai consolidata, ammette che un accordo o un'attività possano soggiacere alle disposizioni sulla libera circolazione e contemporaneamente esulare dal campo di applicazione delle disposizioni sulla concorrenza, e viceversa (22).

67. Secondo la giurisprudenza della Corte, pertanto, non vi è necessariamente coincidenza tra il campo di applicazione delle disposizioni del diritto primario relative alla concorrenza e il campo di applicazione delle disposizioni del diritto primario relative alle libertà fondamentali. La circostanza che, ai sensi delle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken, le disposizioni dei contratti collettivi funzionali al miglioramento delle condizioni di impiego e di lavoro non soggiacciano all'art. 81 CE, non significa necessariamente che dette disposizioni siano altresì escluse dal campo di applicazione del principio della libertà di stabilimento e del principio della libera prestazione dei servizi.

68. In via meramente subordinata sia consentito aggiungere che, anche laddove si volesse ricostruire in termini analoghi il rapporto sussistente tra autonomia collettiva e diritto della concorrenza di fonte primaria, da una parte, e tra autonomia collettiva e libertà fondamentali, dall'altra, ciò non vorrebbe dire che le prescrizioni contenute nelle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken possano essere trasferite de plano nel presente procedimento. Le prescrizioni, così come le valutazioni enunciate in tali sentenze con riguardo al diritto della concorrenza, dovrebbero invece essere esaminate alla luce dello status di diritto fondamentale (23) riconosciuto all'autonomia collettiva (24).

## 2. Sulla limitata efficacia orizzontale delle disposizioni relative alle libertà fondamentali

69. L'applicabilità dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi con riguardo al settore della contrattazione collettiva non è smentita dall'argomentazione, avanzata nell'ambito del presente procedimento, concernente la mancanza di efficacia orizzontale delle norme relative a siffatte libertà fondamentali.

70. Secondo tale argomentazione gli accordi quadro de quibus si baserebbero in fin dei conti su un contratto collettivo negoziato tra datori di lavoro pubblici e rappresentanti dei lavoratori. Ebbene, in considerazione della mancata efficacia orizzontale dei principi della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi, la partecipazione dei datori di lavoro alla negoziazione collettiva sarebbe atta ad escludere l'applicazione delle norme relative a siffatte libertà fondamentali sia ai contratti collettivi sia ai negozi subordinati conclusi in attuazione dei contratti collettivi stessi.

71. A tale argomentazione si deve obiettare, in primo luogo, che il contratto collettivo è stato concluso dalla VKA, da una parte, e dai sindacati, dall'altra. Dal momento che alla conclusione del contratto collettivo hanno partecipato anche autorità pubbliche soggette alle libertà fondamentali (ovvero i datori di lavoro degli enti locali), al limite si potrà tutt'al più parlare di efficacia orizzontale indiretta delle norme relative alle libertà fondamentali nei confronti dei sindacati a loro volta partecipanti all'accordo collettivo.

72. A tale riguardo, inoltre, va ricordata la costante giurisprudenza della Corte secondo cui gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi (25).

73. La sussunzione delle norme relative alle libertà fondamentali nel campo di applicazione delle regolamentazioni collettive viene motivata dal fatto che le condizioni di lavoro nei vari Stati membri sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati. Se si espungessero le regolamentazioni collettive dal campo di applicazione delle norme relative alle libertà fondamentali, si correrebbe il rischio di creare inuguaglianze nell'applicazione degli obblighi posti da una delle libertà fondamentali previste dal diritto primario (26).

74. Alla luce di tali considerazioni deduco che dal principio della mancata efficacia orizzontale delle libertà fondamentali non possa desumersi alcun argomento a favore dell'inapplicabilità delle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi agli accordi quadro definiti sulla base di un contratto collettivo e oggetto di esame in questa sede.

## 3. Inquadramento del diritto di negoziazione collettiva e di autonomia collettiva quali diritti sociali fondamentali e loro rapporto con le libertà fondamentali

75. Anche l'argomento secondo cui il contratto collettivo ed i negozi ad esso subordinati non soggiacerebbero, *ratione materiae*, al campo di applicazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, in quanto la definizione delle condizioni di lavoro riposerebbe sul principio dell'autonomia collettiva, non è persuasivo.

76. In base ad una giurisprudenza costante i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte garantisce l'osservanza (27). Per la loro individuazione la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, dei quali gli Stati membri sono parti originarie o ai quali hanno aderito.

77. Il diritto di negoziazione collettiva è riconosciuto sia da Trattati internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato quali parti contraenti o hanno aderito – quali, ad esempio, la Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 (28), peraltro richiamata espressamente nell'art. 136 CE, sia da Trattati elaborati a livello comunitario o nel quadro dell'Unione europea, quali la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo del 9 dicembre 1989 e a sua volta menzionata nell'art. 136 CE (29), nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (30).

78. Il diritto di negoziazione collettiva e l'autonomia collettiva inerente a tale diritto, quindi, vanno indiscutibilmente riconosciuti, anche all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, quali diritti fondamentali, facenti saldamente parte dei principi generali del diritto comunitario (31).

79. Con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante *ratione temporis* – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario (32).

80. Dalla valenza di diritti fondamentali riconosciuta al diritto di negoziazione collettiva e all'autonomia collettiva connessa a tale diritto non può tuttavia desumersi ipso iure che i contratti collettivi, conclusi nell'esercizio di tali diritti, nonché i negozi subordinati ai contratti collettivi, esulino tout court, in virtù del loro contenuto, dall'ambito di applicazione delle norme relative alle libertà fondamentali.

81. In caso di conflitto tra un diritto fondamentale e una libertà fondamentale vale, infatti, il principio di equivalenza gerarchica. Tale principio si traduce, in primo luogo, nella possibilità che le libertà fondamentali subiscano una restrizione nell'interesse dei diritti fondamentali, ma implica altresì che l'esercizio delle libertà fondamentali possa giustificare una restrizione dei diritti fondamentali (33).

82. La natura di diritti fondamentali del diritto di negoziazione collettiva e dell'autonomia collettiva, pertanto, non esclude ipso iure ed in toto dal campo di applicazione delle disposizioni relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi né i contratti collettivi conclusi nell'esercizio di tali diritti né i negozi esecutivi conclusi in subordine ai contratti collettivi medesimi.

83. L'automatica conseguenza di ciò è la non persuasività dell'argomento che ritiene eo iure espunti dal campo di applicazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione – ed esclusi dal campo di applicazione delle norme di diritto secondario che su tali principi si fondano – i contratti collettivi conclusi nell'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva e del diritto fondamentale di autonomia collettiva, così come i negozi ad essi subordinati.

84. Al contrario, qualora si dovesse ravvisare un conflitto tra le suddette libertà fondamentali, da una parte, e i suddetti diritti fondamentali, dall'altra, si dovrebbe verificare se le libertà fondamentali possano giustificare, in base alle circostanze del caso, una restrizione al diritto fondamentale di negoziazione collettiva o al diritto fondamentale di autonomia collettiva ovvero se, specularmente, siano tali diritti ad imporre una restrizione alla portata delle libertà fondamentali e degli atti normativi secondari fondati su tali libertà.

#### 4. Conclusione parziale

85. Alla luce delle suesposte considerazioni ritengo, in conclusione, che gli accordi quadro definiti nell'ambito di un contratto collettivo rientrino, in linea generale, nel campo di applicazione del principio della libertà di stabilimento e del principio della libera prestazione dei servizi. Ne consegue che gli accordi quadro de quibus, in via di principio, rientrano anche nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, che su tali libertà fondamentali si basano, sempre che naturalmente i relativi presupposti applicativi siano soddisfatti.

86. Nel caso si dovesse ravvisare una violazione della direttiva 92/50 oppure della direttiva 2004/18 da parte degli accordi quadro definiti nell'ambito di un contratto collettivo, si dovrà in ogni caso tenere in considerazione il particolare status di diritti sociali fondamentali del diritto di negoziazione collettiva e di autonomia collettiva. Si dovrà inoltre verificare, in base alle circostanze del caso, se la mancata osservanza delle direttive sugli appalti pubblici sia da imputare all'esercizio del diritto sociale fondamentale di negoziazione e dei diritti sociali fondamentali di autonomia collettiva e se, in caso affermativo, la limitazione di esercizio di tali diritti sociali fondamentali derivante dagli obblighi posti dalle direttive sugli appalti pubblici sia giustificata nell'ottica delle libertà fondamentali.

87. Di seguito, alla luce delle predette considerazioni, analizzerò innanzitutto la conciliabilità degli accordi quadro de quibus con la direttiva 92/50 e con la direttiva 2004/18; passerò, infine, ad esaminare come sia possibile ricomporre il conflitto tra gli obblighi posti dalle direttive sugli appalti pubblici di cui si dirà, da una parte, ed il libero esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva e del diritto fondamentale di autonomia collettiva, dall'altra.

88. La Commissione contesta una violazione della direttiva 92/50, nonché una violazione della direttiva 2004/18, asseritamente ravvisate nell'assegnazione, da parte di una molteplicità di amministrazioni ed imprese locali, di contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente agli enti e alle imprese indicate dall'art. 6 del EUmw/VKA senza una previa indizione di un bando di gara a livello europeo.

89. Appalti pubblici di servizi ai sensi della direttiva 92/50 e della direttiva 2004/18 sono i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico ed aventi per oggetto principale la prestazione di servizi.

90. Nell'ambito del presente procedimento oggetto di discussione è, in particolare, se gli enti locali, nell'implementazione della scelta operata nell'ambito del contratto collettivo, abbiano agito nella veste di amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici. È altresì controverso se gli accordi conclusi dagli enti locali e dagli enti esercenti funzioni previdenziali possano essere classificati come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto prestazioni di servizi ed aventi un valore tale da superare le soglie rilevanti.

91. Tratterò di seguito entrambe le suddette questioni sollevate a titolo principale.

1. Inquadramento delle città quali amministrazioni aggiudicatrici

92. La Repubblica federale di Germania contesta la classificazione delle città interessate quali amministrazioni aggiudicatrici argomentando che tali città, essendosi limitate, in sede di scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali, ad implementare le prescrizioni del contratto collettivo, non avrebbero assunto alcuna decisione «propria». Essa rileva inoltre la mancanza dell'elemento dell'acquisizione di un vantaggio da parte dei pubblici poteri, visto che le conseguenze giuridiche e gli effetti economici della conversione andrebbero correlati alla sfera giuridica dei lavoratori.

93. Con tale tesi la Repubblica federale di Germania essenzialmente propugna un'interpretazione del concetto di amministrazione aggiudicatrice di tipo funzionale, mirante – per mezzo di un'esegesi riduttiva del suddetto elemento costitutivo della fattispecie – a restringere il campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici con riguardo a casi quali quello di specie. Tale tesi non può essere condivisa.

94. A tale riguardo, va ricordato che le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state adottate nell'ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza (34). A tale proposito la Corte ha identificato uno dei principali obiettivi delle direttive sugli appalti pubblici nella più ampia apertura possibile degli appalti pubblici alla concorrenza in tutti gli Stati membri (35).

95. Pur essendo vero che la Corte ha statuito, nella sua costante giurisprudenza, la necessità di un'interpretazione funzionale e non formale della nozione di amministrazione aggiudicatrice (36), in questo contesto va sottolineato che 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 (37).

96. La finalità perseguita dalla Corte attraverso un'interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice, pertanto, è l'effettiva realizzazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici. A tale scopo la Corte ha interpretato in modo ampio il campo di applicazione ratione materiae delle direttive sugli appalti pubblici, ritenendo irrilevante, ai fini della qualificazione di un ente nazionale come amministrazione aggiudicatrice (sotto il profilo funzionale) ai sensi del regime comunitario degli appalti pubblici, l'eventualità che tale status sia collegato, nella pertinente normativa nazionale, a determinate caratteristiche istituzionali (38).

97. La giurisprudenza concernente l'interpretazione «funzionale» della nozione di amministrazione aggiudicatrice, pertanto, mira al raggiungimento dello scopo generale delle direttive sugli appalti pubblici, le quali, attraverso il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione, vogliono eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e, quindi, proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (39). Le direttive mirano, al tempo stesso, ad escludere il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti nell'aggiudicazione di appalti da parte delle amministrazioni

aggiudicatrici e la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche (40).

98. Una siffatta interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice, pur conducendo di norma ad un ampliamento del campo di applicazione ratione materiae delle direttive considerate può in alcuni casi eccezionali determinare la loro mancata applicazione ad appalti pubblici formalmente aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice e che paiono soddisfare tutti gli ulteriori presupposti di applicazione delle direttive.

99. Un eloquente esempio al riguardo è offerto dalla sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria. In tale sentenza la Corte ha stabilito che un appalto, oggetto di assegnazione da parte di un'amministrazione aggiudicatrice e rientrante astrattamente nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, perda la sua natura di appalto pubblico qualora si riscontri che, già in origine, il progetto da realizzarsi rientrava integralmente nello scopo sociale di un'impresa non soggetta alle norme sugli appalti pubblici e venga provato che gli appalti relativi a tale progetto erano stati attribuiti dall'amministrazione aggiudicatrice per conto di tale impresa (41).

100. Il criterio postulato dalla sentenza per la non applicazione delle norme sugli appalti pubblici, pertanto, indica che deve essere provato che la decisione circa l'aggiudicazione sia stata assunta da un soggetto privato che si accolli tutti i costi. Atteso che in un siffatto scenario l'amministrazione aggiudicatrice in realtà assegna l'appalto a livello formale senza tuttavia aver né assunto né influenzato la decisione sulla sua aggiudicazione, è escluso il rischio che, in violazione delle norme sugli appalti pubblici, gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti, così come è escluso il rischio che l'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche (42).

101. Date le suesposte considerazioni l'argomento fatto valere dalla Repubblica federale di Germania, secondo cui gli enti locali nel scegliere gli enti previdenziali avrebbero semplicemente implementato le prescrizioni del contratto collettivo e pertanto non avrebbero agito quali amministrazioni aggiudicatrici, non risulta convincente.

102. In primo luogo si deve ricordare che il contratto collettivo è stato stipulato dalla VKA e dai sindacati. In quanto confederazione delle amministrazioni e delle imprese locali tedesche la VKA rappresenta gli interessi collettivi e sindacali dei datori di lavoro-enti locali. Ciò implica necessariamente che i datori di lavoro-enti locali abbiano partecipato quantomeno indirettamente alla determinazione delle istanze negoziali che poi la VKA ha tentato di far valere nella contrattazione con i sindacati e che da ultimo costituiscono il fondamento dell'accordo collettivo. Ne consegue che i datori di lavoro-enti locali potevano influire quanto meno indirettamente sulla scelta di determinati enti esercenti funzioni previdenziali pattuita in via preventiva nell'ambito del contratto collettivo EUmw/VKA.

103. Alla luce del fatto che i datori di lavoro-enti locali potevano influire quanto meno indirettamente sulla negoziazione del contratto collettivo e perciò sugli approdi in esso raggiunti, il loro inquadramento quali amministrazioni aggiudicatrici non può essere messo in discussione richiamando le prescrizioni e gli obblighi di cui al contratto collettivo.

104. Anche l'argomento secondo cui gli enti locali, da un punto di vista funzionale, non dovrebbero essere ritenuti nell'ambito del presente procedimento amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici visto che le conseguenze giuridiche e gli effetti economici della conversione andrebbero correlati alla sfera giuridica dei lavoratori non è persuasivo.

105. Anche ammettendo che i datori di lavoro-enti locali non sovvenzionino in alcun modo l'istituzione di una pensione aziendale, tale constatazione non basterebbe di per sé ad escludere dal campo di applicazione delle direttive sugli appalti i contratti che loro hanno concluso con gli enti esercenti funzioni previdenziali.

106. Il rischio che imprese o offerenti nazionali siano preferiti dalle amministrazioni aggiudicatrici in effetti può essere attenuato laddove la conclusione del contratto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice costituisca l'esito di negoziazioni intrattenute con uno o più lavoratori e laddove siano esclusivamente tali lavoratori a sopportare le conseguenze economiche di tale contratto. In un siffatto caso, di norma, i lavoratori detengono un particolare interesse a raggiungere il risultato economicamente più conveniente. Lasciando da parte la questione se ciò di per sé faccia scomparire il rischio che ad esito della contrattazione le imprese locali siano preferite, per la valutazione del caso di specie è sufficiente constatare che, sul versante dei lavoratori, la negoziazione del contratto

collettivo è stata condotta dai sindacati. Sebbene tali sindacati rappresentino i lavoratori e, perciò, possano costituire un contrappeso alla naturale tendenza delle amministrazioni aggiudicatrici di prediligere imprese nazionali (43), essi non sopportano direttamente le conseguenze finanziarie dell'adesione dei lavoratori degli enti locali al meccanismo della conversione. La partecipazione dei sindacati alle negoziazioni che hanno condotto alla conclusione del contratto collettivo non è sufficiente già per questo motivo ad escludere dal campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici le scelte delle amministrazioni aggiudicatrici definite nell'ambito del contratto collettivo.

107. Alla luce di tali considerazioni ritengo, in conclusione, che gli enti locali che, in esecuzione del contratto collettivo EUmw/VKA, hanno stipulato accordi con uno o più enti ivi menzionati, abbiano agito quali amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici.

2. Inquadramento degli accordi quadro quali contratti a titolo oneroso soggetti alle direttive sugli appalti pubblici

a) Riflessioni sull'obbligo di motivazione e sul rischio probatorio

108. Il governo tedesco contesta con una pluralità di argomenti l'inquadramento degli accordi quadro conclusi tra gli enti locali e gli enti esercenti funzioni previdenziali quali contratti a titolo oneroso soggetti alle direttive sugli appalti pubblici. Al riguardo esso rimarca, in particolare, che gli accordi quadro stabilirebbero semplicemente le condizioni alle quali i lavoratori potrebbero istituire singoli rapporti assicurativi presso gli enti previdenziali. A tale proposito il governo tedesco sottolinea altresì che il corrispettivo pecuniario non sarebbe stato corrisposto dagli enti locali bensì dai lavoratori; vista l'insussistenza di una sinallagmaticità di tipo economico nel rapporto tra gli enti locali e gli enti previdenziali gli accordi quadro non avrebbero carattere oneroso. Anche laddove tali contratti avessero carattere oneroso, comunque, la Commissione non avrebbe fornito prova del raggiungimento dei valori di soglia; inoltre, l'eccezione prevista per i contratti di lavoro ex art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18 si estenderebbe anche agli accordi quadro de quibus.

109. L'analisi e la valutazione di tali argomenti è complicata notevolmente dal fatto alla Corte sono state fornite pochissime informazioni concrete sugli accordi quadro effettivamente conclusi dagli enti locali. L'impostazione seguita dalla Commissione sul piano probatorio ha influito in modo particolarmente negativo su tale profilo. Nella formulazione del proprio ricorso, infatti, la Commissione, sulla base di dati statistici, ha semplicemente contestato in toto la prassi di affidamento degli appalti seguita da tutte le città tedesche di determinate dimensioni.

110. Al ricorso non è stato allegato alcuno degli accordi quadro conclusi da tali città; la Commissione si è limitata, piuttosto, a depositare, quali mezzi probatori, generici fogli esplicativi, dati informativi per gli associati e modelli di domande dei vari enti previdenziali.

111. Date le premesse, nell'ambito del presente procedimento rimane da chiarire, inter alia, con quale tempistica siano stati conclusi gli accordi quadro de quibus. Conseguentemente non è chiaro se tali accordi quadro vadano giudicati alla luce della direttiva 92/50 o piuttosto alla luce della direttiva 2004/18. La normativa applicabile, infatti, è quella in vigore nel momento in cui sono avvenuti i fatti che rilevano ai fini della normativa sugli appalti pubblici (44). Visto che tale momento non può essere identificato data la carenza di informazioni più dettagliate circa la conclusione degli accordi quadro de quibus, nell'ambito del presente procedimento potrà essere accertata una violazione della normativa sugli appalti pubblici solo nella misura in cui si configuri una violazione sia ai sensi della direttiva 92/50 sia ai sensi della direttiva 2004/18.

112. Secondo la costante giurisprudenza della Corte spetta alla Commissione provare l'asserito inadempimento anche sotto il profilo fattuale. Essa deve fornire alla Corte gli elementi necessari perché questa accerti l'esistenza di tale inadempimento, senza potersi fondare su alcuna presunzione (45).

113. In questo contesto alla Commissione incombe l'onere di fornire elementi sufficienti a dimostrare l'inadempimento. Laddove ciò avvenga, spetta allo Stato membro contestare in maniera sostanziale e dettagliata i dati presentati e le loro conseguenze (46).

114. Alla luce di tali considerazioni tratterò di seguito gli argomenti della Commissione e gli argomenti addotti dal governo tedesco in replica.

b) Applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 agli accordi quadro

115. Sebbene nessuno degli accordi quadro oggetto d'esame e conclusi tra città e ed enti sia stato prodotto dinanzi alla Corte, il governo tedesco e la Commissione convergono sul fatto che i predetti accordi siano stati stipulati da città tedesche. Il governo tedesco, tuttavia, rileva che la conclusione di tali accordi non valga quale affidamento di appalti pubblici, in quanto il rapporto negoziale rilevante ai fini della relativa normativa sarebbe sorto solo in seguito alla partecipazione del singolo lavoratore al meccanismo della conversione.

116. Con tale argomento il governo tedesco si rifà alla struttura multi-livello del procedimento di conversione. Tale procedimento è caratterizzato dal fatto che, in una prima fase, i datori di lavoro concludono degli accordi quadro con uno o più degli enti esercenti funzioni previdenziali scelti ex art. 6 del contratto collettivo e dal fatto che, in una seconda fase, i dipendenti degli enti locali possano optare per la conversione sulla base delle condizioni tipicamente contenute in tali accordi quadro.

117. Laddove i presupposti di applicazione *ratione materiae* e *ratione personae* delle direttive siano integrati, gli accordi quadro costituiscono appalti che necessitano di bando di gara sia ai sensi della direttiva 92/50 sia ai sensi della direttiva 2004/18.

118. La direttiva 92/50 non disciplina espressamente il profilo della conclusione di accordi quadro. Tuttavia va constatato che la Corte, nella sentenza 4 maggio 1995, Commissione/Grecia (47), ha attestato l'applicabilità agli accordi quadro della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (48). Alla luce di tale sentenza si deve desumere che gli accordi quadro in linea generale soggiacciono alla direttiva 92/50. Nella direttiva 2004/18 la conclusione di accordi quadro è espressamente prevista e disciplinata nell'ambito dell'art. 32.

119. Sebbene gli accordi quadro rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, sia la Corte, nella sentenza Commissione/Grecia (49), sia il legislatore comunitario, in sede di elaborazione del principio di cui alla direttiva 2004/18, si sono basati in primo luogo sugli accordi quadro che contengono clausole relative ai successivi appalti che l'amministrazione aggiudicatrice affiderà agli operatori economici contraenti (50). Il presente procedimento riguarda, invece, accordi quadro che fissino le condizioni per la conversione in contributi pensionistici di quote della retribuzione dei dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici.

120. La questione che si pone, perciò, è se la direttiva 92/50 e la direttiva 2004/18 siano da interpretare in modo tale da includere nel loro ambito di applicazione anche gli accordi de quibus sebbene questi ultimi, in sostanza, fissano le condizioni alle quali i dipendenti degli enti locali possono istituire un rapporto assicurativo.

121. A mio avviso tale questione, nel particolare contesto del presente procedimento, va risolta positivamente.

122. A questo proposito è decisivo il fatto che la configurazione del procedimento di conversione è tale per cui gli accordi quadro non solo fissano le condizioni alle quali i dipendenti degli enti locali possono optare per la conversione, ma individuano al contempo gli enti presso i suddetti dipendenti possono dar corso alla conversione.

123. Come ho già esposto, la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché la più ampia apertura possibile alla concorrenza in tutti gli Stati membri rappresentano le finalità precipue delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici (51). In tale ottica si vuole escludere sia il rischio che gli offerenti o i 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 territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare, nelle sue scelte, da considerazioni non economiche (52).

124. Per l'analisi degli accordi quadro de quibus in relazione alla normativa sugli appalti pubblici risulta determinante, alla luce di questi obiettivi, il fatto che il datore di lavoro-ente locale decida, attraverso la stipulazione dell'accordo quadro, quale sia l'ente esercente funzioni previdenziali presso il quale i propri dipendenti potranno in una fase successiva dare corso alla conversione. La decisione concernente la selezione di uno o più enti, rilevante ai fini della normativa sugli appalti pubblici, pertanto, avviene con la stipulazione dell'accordo quadro tra i datori di lavoro-enti locali e gli enti interessati.

125. Date le premesse ritengo, in conclusione, che il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti da parte di un'amministrazione aggiudicatrice si manifesta in modo evidente in sede

di stipulazione degli accordi quadro de quibus. Atteso che i lavoratori degli enti locali sono vincolati dalla decisione assunta dai loro datori di lavoro per quanto consta la scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali, i lavoratori medesimi possono semplicemente decidere se costituire un rapporto assicurativo, ma non *con chi* farlo. Quest'ultima decisione viene assunta dai datori di lavoro-enti locali con la stipulazione di un accordo quadro; ne segue che nel concreto contesto del presente procedimento i suddetti accordi quadro devono essere ricompresi nel campo di applicazione sia della direttiva 92/50 sia della direttiva 2004/18.

126. In via subordinata, infine, la Repubblica federale di Germania contesta l'applicabilità della direttiva 2004/18 agli accordi quadro de quibus, eccependo che il limite di durata di quattro anni che l'art. 32, n. 2, della direttiva 2004/18 stabilisce con riferimento agli accordi quadro che necessitano di bando di gara sarebbe inopportuno se rapportato all'istituzione di regimi assicurativi collettivi. Tale eccezione va respinta, in quanto infondata, già solo per il fatto che il termine massimo di durata quadriennale, ai sensi della stessa norma, non vale se inconciliabile con l'oggetto dell'accordo quadro.

c) Carattere oneroso degli accordi quadro

127. Secondo il governo tedesco la conversione in contributi pensionistici, in ultima analisi, viene finanziata esclusivamente dai lavoratori. Alla luce di ciò esso sostiene che gli accordi quadro conclusi dai datori di lavoro-enti locali non avrebbero carattere oneroso ai sensi delle direttive 92/50 e 2004/18.

128. Indipendentemente dalla questione relativa alla concreta configurazione assunta dalla conversione in termini di versamento dei contributi e dei premi funzionali alla copertura previdenziale integrativa aziendale, è chiaro che attraverso tale processo, in ultima analisi, la futura retribuzione del lavoratore viene destinata a fini di previdenza integrativa aziendale. Sotto il profilo economico, pertanto, è il lavoratore e non l'amministrazione aggiudicatrice a sopportare i costi della previdenza integrativa aziendale (53). Nell'ottica della normativa sugli appalti pubblici, pertanto, si deve concludere che la remunerazione delle prestazioni promani sistematicamente da terzi; non è l'amministrazione aggiudicatrice bensì, piuttosto, il dipendente dell'ente locale a corrispondere all'ente previdenziale una prestazione di carattere economico conseguendo, a titolo di corrispettivo, il diritto ad ottenere prestazioni previdenziali di identico valore.

129. A mio avviso, la circostanza che la prestazione pecuniaria, in ultima analisi, non venga eseguita dall'amministrazione aggiudicatrice bensì, piuttosto, dal dipendente dell'ente locale, non osta necessariamente ad un inquadramento degli accordi conclusi dall'amministrazione aggiudicatrice quali contratti a titolo oneroso.

130. Il postulato carattere oneroso mira a far sì che dal campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici vengano esclusi gli appalti che non attengono alla vita economica: si pensi, ad esempio, alle relazioni di tipo sinallagmatico legate alla beneficenza (54). L'ambito di applicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici è, in linea di principio, esteso agli appalti nei quali si accerti, quale elemento loro insito, un orientamento di carattere economico.

131. Al riguardo la Corte ha già chiarito che affinché si configuri un appalto pubblico ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici non rileva il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia impiegato risorse pubbliche per il pagamento dell'operatore aggiudicatario (55).

132. Nelle sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei la Corte, chiamata a risolvere la questione dell'individuazione dei presupposti che legittimano l'esclusione di un affidamento in house dalla normativa comunitaria sugli appalti pubblici, ha sottolineato, altresì, che nel valutare se un'impresa svolga la propria attività principalmente per un'amministrazione aggiudicatrice non rileva l'identità di chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendosi trattarsi sia dell'amministrazione aggiudicatrice sia di terzi (56). Secondo questo indirizzo giurisprudenziale una remunerazione ad opera di terzi può essere considerata un'eccezione all'applicabilità della normativa sugli appalti pubblici soltanto se la stessa vale a fortiori per fondare l'applicabilità della predetta normativa (57).

133. Alla luce delle considerazioni suesposte ritengo, in conclusione, che la prestazione eseguita dai dipendenti locali nel quadro del meccanismo della conversione basti a determinare l'inquadramento degli accordi quadro conclusi dalle amministrazioni aggiudicatrici con i vari enti esercenti funzioni previdenziali quali contratti a titolo oneroso ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici (58). Non è necessario, pertanto, che, in ultima analisi, sia l'amministrazione aggiudicatrice stessa a farsi carico, sotto il profilo economico, della prestazione di carattere oneroso.

d) Inapplicabilità dell'esclusione ai contratti di lavoro

134. Ai sensi dell'art. 1, lett. a), punto viii), della direttiva 92/50, i contratti di lavoro non valgono quali appalti pubblici di servizi. L'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18, prevede, parimenti, che la direttiva stessa non trovi applicazione agli appalti pubblici di servizi concernenti i contratti di lavoro .

135. Il governo tedesco ritiene che le suddette norme derogatorie riguardino anche gli accordi quadro de quibus; a suo dire il fatto che gli accordi quadro abbiano la propria origine in un rapporto di lavoro varrebbe ad attribuire loro, quanto all'oggetto, il carattere di contratti di lavoro.

136. Tale tesi non convince.

137. A mezzo dell' art. 1, lett. a), punto viii), della direttiva 92/50 e dell'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18, il legislatore ha esplicitato che i soli servizi resi sulla base di un contratto di appalto sono assoggettabili alla normativa comunitaria sugli appalti pubblici, stabilendo, di contro, che da tale normativa esulano i servizi prestati in esecuzione di un contratto di lavoro (59).

138. L'espressa esclusione dei contratti di lavoro dal campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici può essere spiegata dal fatto che la conclusione di un contratto di lavoro dà origine ad un rapporto giuridico ontologicamente più circoscritto rispetto a quello derivante dalla libera conclusione di un contratto di fornitura di servizi. In tale contesto la disciplina sugli appalti pubblici non dovrebbe precludere ai datori di lavoro la possibilità di selezionare il personale decidendo sulla base di elementi e impressioni di carattere soggettivo (60).

139. Sebbene nel diritto comunitario la portata della nozione di lavoratore – e quindi della nozione di contratto di lavoro – non sia univoca, ma vari a seconda del settore di applicazione considerato (61), a mio avviso per la definizione della nozione di contratto di lavoro ai sensi delle direttive 92/50 e 2004/18 è possibile fare riferimento alla costante giurisprudenza della Corte sulla nozione di lavoratore di cui all'art. 39 CE (62). Ai sensi di tale giurisprudenza si è in presenza di un rapporto fondato su un contratto di lavoro solo allorché il prestatore si obblighi a fornire per un certo periodo di tempo, a favore e sotto la direzione di un beneficiario, prestazioni per le quali percepisce una retribuzione (63).

140. Ne consegue che un accordo tra un aggiudicatore e un aggiudicatario può essere inquadrato come contratto di lavoro solo nel caso in cui l'aggiudicatario si obblighi a fornire per un certo periodo di tempo, a favore e sotto la direzione dell'aggiudicatore, prestazioni per le quali percepisce una retribuzione.

141. Un siffatto scenario non si ravvisa certamente per quanto concerne gli accordi quadro de quibus. Per quanto consta nel presente procedimento, perciò, appare immediatamente evidente l'irrelevanza dell'esclusione dei contratti di lavoro di cui all'art. 1, lett. a), punto viii), della direttiva 92/50 e all'art. 16, lett. e), della direttiva 2004/18.

e) Soglie di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18

i) Determinazione delle soglie di riferimento

142. La direttiva 92/50, così come la direttiva 2004/18, si applicano solo agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato, al netto dell'IVA, superi le soglie stabilite nelle direttive stesse.

143. Atteso che tali soglie vengono periodicamente aggiornate, è necessario in primo luogo chiarire quale è la soglia che doveva essere tenuta in considerazione per quanto concerne gli accordi quadro de quibus. A questo scopo occorre individuare la soglia vigente durante la fase di contrattazione (64).

144. Nel fascicolo di causa non si rinviene alcuna informazione né sul momento in cui sono state avviate le trattative tra i singoli datori di lavoro-enti locali e i vari enti previdenziali, né sul momento in cui gli accordi quadro sono stati conclusi. In considerazione del fatto che il contratto collettivo EUmw/VKA è entrato in vigore il 1° gennaio 2003 e che, quindi, le trattative volte alla conclusione degli accordi quadro di cui allo stesso potrebbero aver avuto luogo dalla prima metà del 2003 in poi (65), nell'ambito del presente procedimento risultano applicabili tutte le soglie vigenti nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2003 ed il 4 settembre 2006 (giorno di scadenza del termine stabilito nel parere motivato). Esse si identificano:

1. soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (66): **controvalore in ecu di 200 000 DSP**;

2. soglia di cui all'art. 7, lett. b) della direttiva 2004/18: **249 000 EUR**;

3. soglia di cui all'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (67): **236 000 EUR**;

4. soglia di cui all'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (68): **211 000 EUR**.

145. La Commissione ha tentato di aggirare il problema dell'individuazione della soglia da rispettare, valorizzando il momento in cui è scaduto il termine di due mesi stabilito nel parere motivato. Atteso che il parere motivato è pervenuto alla Repubblica federale di Germania il 4 luglio 2006, la Commissione ritiene che la soglia rilevante sia quella vigente il 4 settembre 2006, ovvero 211 000 EUR (69).

146. L'approccio della Commissione non trova supporto nelle direttive sugli appalti pubblici e disconosce, in sostanza, la normativa relativa normativa: tale approccio, pertanto, non può essere condiviso (70). Per l'individuazione della soglia applicabile in un caso quale quello si specie va valorizzato il momento delle trattative (71).

147. Poiché tale momento non può qui essere accertato, la valutazione circa il raggiungimento da parte degli accordi quadro de quibus delle soglie di riferimento dovrà essere operata alla luce della più elevata soglia in vigore nel periodo considerato. Tale soglia è di 249 000 EUR.

ii) Mancata prova circa il superamento da parte degli accordi quadro della soglia di riferimento

148. Ciò che caratterizza gli accordi quadro de quibus è il fatto che, al momento della loro negoziazione, non fosse possibile stabilire il numero di lavoratori che avrebbe optato per la conversione e a quali condizioni. In tale contesto, le direttive sugli appalti pubblici prevedono che il valore totale di tali accordi debba essere individuato sulla base della stima del probabile valore dell'appalto nel momento della negoziazione (72).

149. Per gli appalti di servizi di durata indeterminata o superiore a 48 mesi, per i quali non sia fissato un prezzo complessivo, l'art. 9, n. 8, lett. b), della direttiva 2004/18 circoscrive il lasso di tempo da tenere in considerazione per il calcolo del prezzo complessivo. Ai sensi di tale norma il valore di tali appalti va calcolato moltiplicando il valore mensile per 48. Analogo limite di quattro anni è altresì riscontrabile nell'art. 7, n. 5, della direttiva 92/50, parimenti applicabile agli accordi quadro (73).

150. Sebbene le direttive sugli appalti pubblici impongano, come si è visto, che il valore di cui tenere conto per quanto consta gli accordi quadro per i quali non sia fissato un prezzo complessivo vada individuato, in linea di principio, sulla base di una stima *ex ante*, la Commissione nel presente procedimento ha fondato i suoi calcoli in primo luogo sui dati statistici relativi all'adesione dei dipendenti degli enti locali al meccanismo della conversione nell'anno 2006. Considerato che la Repubblica federale di Germania non ha *ex post* fornito un'autentica alternativa a tale modalità di calcolo, si deve ritenere che la disponibilità manifestata dai dipendenti dei servizi pubblici rispetto alla possibilità di avvalersi del meccanismo della conversione nel corso dell'anno 2006 risulti conforme alle stime. Ne deriva che l'adesione degli stessi al sistema della conversione nell'anno 2006 costituisce un legittimo punto di partenza per stabilire se gli accordi quadro de quibus abbiano o meno raggiunto la soglia.

151. Secondo una giurisprudenza consolidata spetta alla Commissione provare il contestato inadempimento. Alla luce delle considerazioni da me effettuate in precedenza, la Commissione è perciò tenuta a provare, nell'ambito del presente procedimento, che le informazioni concernenti la conversione disponibili con riguardo all'anno 2006 portano a ritenere che lo specifico valore

complessivo degli accordi quadro de quibus si ponga al di sopra di 249.000 EUR.

152. A mio parere la Commissione, nel presente procedimento, non ha fornito tale prova.

153. Al fine di stabilire quali datori di lavoro abbiano concluso con gli enti previdenziali accordi quadro eccedenti le soglie di cui alla normativa sugli appalti pubblici, la Commissione si basa su una serie di dati statistici che combina con una serie di presunzioni.

154. Nel suo ricorso la Commissione è partita dall'assunto che tutte le grandi città tedesche abbiano stipulato con un ente esercenti funzioni previdenziali accordi quadro di durata indeterminata. Essa, inoltre, ha desunto da uno studio della TNS Infratest (74), allegato al ricorso, che alla data del dicembre 2006 il 2,3% dei dipendenti dei servizi pubblici si fosse avvalso del meccanismo della conversione e che l'importo mensile oggetto di conversione nell'anno 2006 ammontasse a 158 EUR.

155. La Commissione ha poi assunto tali dati statistici per calcolare, ai sensi dell'art. 9, n. 8, della direttiva 2004/18, il valore d'appalto di ogni singolo contratto stipulato dai dipendenti degli enti locali in conformità all'accordo concluso dai loro datori di lavoro come segue: 158 EUR x 48 mesi = 7 584 EUR. Se ne desumeva che ogni accordo quadro che conduceva alla conclusione di almeno 28 contratti assicurativi individuali avessero un valore di almeno 212 352 EUR e, pertanto, superasse la soglia – ritenuta applicabile dalla Commissione – di 211 000 EUR.

156. Al fine di individuare quali fossero le città ove almeno 28 dipendenti degli enti locali avessero richiesto la conversione o intendessero richiederla, la Commissione ha posto in associazione il già richiamato livello di partecipazione dei dipendenti degli enti locali alla procedura della conversione (2,3%) con un ulteriore studio di tipo economico, questa volta riguardante il rapporto fra il numero di abitanti di città e comuni ed il numero dei dipendenti degli enti locali (75). Da tale studio la Commissione ha desunto, segnatamente, che nel periodo 2000/2001 vi erano 17,8 dipendenti di enti locali ogni 1 000 abitanti. Da ciò ne faceva conseguire che nel periodo 2000/2001 avessero partecipato alla conversione 17,8 dipendenti ogni 1000 abitanti, mentre nel 2006 16 dipendenti ogni 1000 abitanti; si estrapolava, quindi, che ogni città tedesca con più di 76 125 abitanti avesse concluso un accordo quadro eccedente la soglia – ritenuta dalla Commissione applicabile – di 211 000 EUR.

157. La Commissione, al fine di identificare le città che a suo avviso avevano violato le direttive sugli appalti pubblici, ha prodotto un elenco delle grandi città tedesche con l'indicazione della consistenza della loro rispettiva popolazione. Essa, nel proprio atto di ricorso, ha conteggiato che 110 grandi città avevano un numero di abitanti superiore a 76 125 e, pertanto, avevano stipulato gli accordi quadro de quibus in spregio alla normativa sugli appalti pubblici.

158. Dal momento che la Repubblica federale di Germania nel proprio controricorso ha contestato con ricchezza di argomentazioni l'esattezza della misura del 2,3% del livello di partecipazione dei dipendenti degli enti locali alla procedura di conversione, la quantificazione in 158 EUR dell'importo mediamente convertito, il conteggio di 16 dipendenti di enti locali ogni 1000 abitanti, l'asserita conclusione da parte dei datori di lavoro-enti locali di un accordo quadro con un unico ente previdenziale, nonché l'asserita vincolatività per tutte le città tedesche del contratto collettivo EUmw/VKA, la Commissione ha in parte rivisto i propri calcoli.

159. In seguito ad un parere legale del 25 novembre 2005 (76) la Commissione, nella sua replica, ha calcolato l'importo mensile oggetto di conversione in 106,77 EUR ed ha ridotto da 16 a 15 il numero dei dipendenti degli enti locali conteggiati ogni 1 000 abitanti. La Commissione, inoltre, ha espunto la città di Berlino dai suoi calcoli. Essa, di contro, si è attenuta alla sua stima del 2,3% per quanto concerne il livello di partecipazione dei dipendenti degli enti locali alla procedura di conversione ed ha altresì respinto, in quanto infondata, l'eccezione con la quale si faceva valere che i singoli datori di lavoro avevano stipulato accordi quadro con vari enti esercenti funzioni previdenziali.

160. Sulla base di tali nuovi dati di riferimento, secondo la Commissione, a questo punto si poteva estrapolare che le città tedesche aventi più di 136 267 abitanti nel periodo 2004/2005, più di 121 8000 abitanti nel periodo 2006/2007 e più di 118 867 abitanti nel periodo 2008/2009 hanno concluso accordi quadro eccedenti le soglie relative a tali periodi.

161. La Commissione, al fine di identificare le città che a suo avviso avevano concretamente violato le direttive sugli appalti pubblici, faceva nuovamente riferimento ad una lista elencante le grandi città tedesche ad eccezione, ora, di Berlino. Alla luce di tale lista la Commissione riteneva che la più

piccola – in termine di popolazione – delle città eccedenti la soglia fosse nel periodo 2004/05 Darmstadt con i suoi 141 257 abitanti, nel periodo 2006/07 Ingolstadt con i suoi 122 167 abitanti e nel periodo 2008/09 Bottrop con i suoi 118 975 abitanti.

162. Nella sua controp replica il governo tedesco, in risposta ai suddetti nuovi conteggi, ha nuovamente evidenziato come molteplici datori di lavoro avessero concluso accordi quadro con vari enti previdenziali e ha rilevato, inoltre, la non pertinenza nell'ambito del presente procedimento della postulata media di 15 dipendenti partecipanti alla procedura di conversione ogni 1000 abitanti alla luce del fatto che nel calcolare il livello di partecipazione si era tenuto conto anche dei dipendenti comunali, che invece non erano soggetti alla disciplina posta dal contratto collettivo EUmw/VKA. Posto che solo l'85,6% dei dipendenti comunali poteva partecipare al meccanismo della conversione, il governo tedesco riteneva che la media statistica dei dipendenti degli enti locali partecipanti alla conversione potesse tutt'al più raggiungere la quota di 12,84 ogni 1000 abitanti. La Repubblica federale di Germania ha contestato la misura del 2,3% del livello di partecipazione dei dipendenti degli enti locali alla procedura di conversione e la quantificazione in 106,77 EUR dell'importo mensile mediamente convertito, adducendo, in base a nuovi documenti, che la quota dei dipendenti degli enti locali che nel 2006 aveva in media azionato la conversione ammontava al 2,04% a fronte di un importo mensile mediamente convertito pari a 89,92 EUR (77).

163. Dai dati contenuti nella controp replica è possibile estrapolare – attenendosi alla modalità di computo della Commissione – che le città tedesche con più 217 610 abitanti hanno presumibilmente concluso accordi quadro di un valore stimato superiore ai 249 000 EUR. Alla luce dell'elenco delle grandi città tedesche – seguendo il modo di ragionare della Commissione – potrebbe, pertanto, trarsi la conclusione che 33 città (78), avendo concluso accordi quadro in materia di conversione, hanno presumibilmente violato le direttive 92/50 e 2004/18.

164. Una siffatta conclusione, tuttavia, presupporrebbe che ognuna di tali 33 città abbia concluso un accordo quadro solo con un ente esercente funzioni previdenziali. Proprio tale assunto è stato messo in discussione dal governo tedesco nella fase precontenziosa ed è rimasto controverso anche nel procedimento che si è in seguito instaurato.

165. L'incertezza da ciò derivante ha, ai presenti fini, particolare rilevanza, atteso che né la direttiva 92/50 né la direttiva 2004/18 vietano alle amministrazioni aggiudicatrici di frazionare i servizi da appaltare. Un siffatto frazionamento è da considerarsi atto a violare la direttiva, solo laddove persegua lo scopo di sottrarre i servizi da appaltare all'applicazione delle suddette direttive (79). Vietate, pertanto, sono le frammentazioni fittizie di un unico appalto. Sebbene la Corte valuti in modo rigoroso tale divieto (80) il predetto intento elusivo non può presumersi tout court. Ogni singolo affidamento di un appalto frazionato va valutato alla luce del contesto e delle particolarità del caso, controllando, in particolare, se vi siano motivi seri che attestino o neghino la frammentazione di volta in volta considerata.

166. Emerge dal fascicolo di causa, a questo proposito, che la stessa Commissione, nel suo questionario del 30 gennaio 2007 (81) indirizzato al governo tedesco, ha dichiarato di aver potuto desumere dalle risposte in precedenza fornite dalla Repubblica federale che i datori di lavoro-enti locali avevano stipulato contratti di natura pubblica con diversi gruppi assicurativi. In questo contesto, la Commissione ha domandato nel questionario, inter alia, se tra i datori di lavoro e il prestatore di servizio erano stati conclusi accordi quadro riguardanti i lavoratori nel loro complesso o se, invece, fossero stipulati di volta in volta singoli contratti relativi ad un lavoratore. Inoltre, venivano richiesti ragguagli sul fatto che vi fossero datori di lavoro che avevano concluso contratti con più prestatori di servizi.

167. Nella propria risposta del 1° marzo 2007 la Repubblica federale ha puntualizzato che l'attuazione della conversione era stata operata in vario modo, talvolta concludendo un contratto per ogni singolo lavoratore, talaltra attraverso la stipulazione di accordi quadro tra il datore di lavoro e uno o più offerenti. Il datore di lavoro, inoltre, non sarebbe stato tenuto, ai sensi del contratto collettivo, a scegliere una delle tre modalità attuative, ma avrebbe potuto offrirne di diverse ai propri dipendenti. Nella prassi non sarebbe stata infrequente la conclusione da parte dei datori di lavoro di accordi quadro con più enti previdenziali diversi (82).

168. Sebbene la risposta abbia esplicitato che la conversione poteva essere variamente configurata da parte dei datori di lavoro-enti locali, la Commissione ha, senza ulteriori domande, presentato ricorso. Nella fase giurisdizionale del procedimento non è stato in seguito chiarito se e, in caso affermativo, quali città tedesche avessero concluso degli accordi quadro con più enti previdenziali. Non è stato nemmeno chiarito se, tenuto conto delle concrete circostanze nelle quali si trovavano le città in questione ed i loro dipendenti, vi fossero serie ragioni di merito che portassero ad attestare o

a negare la stipulazione di accordi quadro con vari enti previdenziali.

169. Per valutare se una violazione della direttiva da parte della Repubblica federale di Germania è stata provata risulta da ultimo determinante stabilire, nell'ambito del presente procedimento, a chi sia imputabile il fatto che sia incerto se e per quali ragioni le grandi città tedesche, ad eccezione di Berlino, abbiano concluso accordi con più enti previdenziali. Se tale incertezza fosse riconducibile ad una carenza di deduzioni probatorie della Commissione, quest'ultima non avrebbe adempiuto l'onere probatorio che le incombeva e il ricorso dovrebbe essere rigettato in quanto insufficientemente circostanziato. Di contro, se tale incertezza fosse riconducibile alla mancata cooperazione della Repubblica federale di Germania ad un'istruttoria corretta, il ricorso dovrebbe dichiararsi sufficientemente circostanziato e, conseguentemente, fondato.

170. Tenuto conto delle particolari circostanze del caso, a mio parere tale incertezza deve essere ricondotta ad una carenza di deduzioni probatorie da parte della Commissione.

171. In proposito va sottolineato che la Commissione, con il proprio ricorso, ha da principio chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania aveva violato gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttive 92/50 e 2004/18/CE per il fatto che 110 grandi città avevano stipulato accordi quadro concernenti la conversione direttamente con gli enti e le imprese indicate dall'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA. La Repubblica federale di Germania già nella fase precontenziosa ha contrapposto a tali argomenti il fatto che fosse pratica corrente la stipulazione da parte di città ed enti locali di accordi quadro con più enti esercenti funzioni previdenziali, rilevando nel qual caso la necessità di procedere ad un calcolo differenziato del raggiungimento delle soglie. La Commissione ha, tuttavia, ignorato tale presa di posizione e ha, senza chiedere alla Repubblica federale di Germania ulteriori chiarimenti, proposto ricorso.

172. Tenuta in considerazione la complessità del presente procedimento, che solleva una molteplicità di questioni di diritto e di fatto, non può essere addebitato alla Repubblica federale di Germania il fatto di non aver, né nella fase precontenziosa né nella fase giurisdizionale, fornito di propria iniziativa una panoramica degli accordi quadro conclusi dalle città tedesche e un'illustrazione dei loro retroscena. Alla luce della molteplicità delle questioni insolute di diritto e di fatto che caratterizzano il presente procedimento (nel quale la Commissione ha contestato la prassi di affidamento di più di 100 città tedesche sparse tra tutti i Ländern), il governo tedesco era stato costretto in primo luogo a rilevare, in via generale, le lacune immanenti alla ricostruzione della Commissione in punto di fatto. La Commissione avrebbe dovuto cogliere l'occasione di tali rilievi per colmare le lacune per mezzo di un questionario mirato. Essa, invece, ha presentato precipitosamente il ricorso, per cui il governo tedesco si è visto obbligato nella fase giurisdizionale a contraddire in modo circostanziato i dati statistici della stessa. Anche su questo punto non sono in grado di rinvenire elementi per i quali si dovrebbe imputare alla Repubblica federale di Germania il fatto che non è stato chiarito a beneficio della Corte se e per quali motivi le città di cui trattasi hanno stipulato accordi quadro con più enti esercenti funzioni previdenziali.

173. Si deve in sintesi affermare che la Commissione non ha fornito la prova del fatto che il valore stimato degli accordi quadro de quibus raggiunge le soglie fissate per l'applicazione della direttive 92/50 e 2004/18. Alla luce di ciò il ricorso della Commissione risulta insufficientemente circostanziato e va pertanto rigettato in quanto infondato.

### 3. Conclusione parziale

174. Alla luce delle suesposte considerazioni ritengo in conclusione che la Commissione non ha fornito prova del fatto che la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttive 92/50 e 2004/18/CE in ragione dell'affidamento da parte di amministrazioni ed imprese locali di contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente agli enti e alle imprese indicate dall'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA.

*C – In via subordinata: Composizione del conflitto tra le direttive sugli appalti pubblici, da una parte, e il diritto fondamentale alla negoziazione collettiva ed il diritto fondamentale all'autonomia collettiva, dall'altra*

175. Qualora la Corte, diversamente da quanto sostenuto nelle presenti conclusioni, dovesse ritenere che la Commissione abbia fornito prova del fatto che una o più amministrazioni ed imprese locali hanno, in violazione della direttiva 92/50 o della direttiva 2004/18, affidato contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente agli enti e alle imprese indicate dall'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, si dovrebbe verificare aggiuntivamente se l'inconciliabilità degli

accordi quadro de quibus con le direttive sugli appalti pubblici vada ritenuta, alla luce del diritto fondamentale di negoziazione collettiva e del diritto fondamentale di autonomia collettiva, contraria al diritto comunitario.

176. A questo scopo si deve in primo luogo constatare che, nel contratto collettivo EUmw/VKA, la predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali presso i quali dare corso alla conversione è stata effettuata in termini restrittivi. L'art. 6 del contratto collettivo de quo stabilisce che la conversione, in linea di principio, possa attuarsi solo presso istituti previdenziali complementari pubblici, casse di risparmio o assicurazioni locali. Le prescrizioni del contratto collettivo hanno limitato le amministrazioni locali nella definitiva scelta degli previdenziali, nel senso che l'indizione una libera indizione di gara da parte loro equivale non avrebbe potuto che determinare una contestuale violazione del contratto collettivo.

177. Sussiste, pertanto, un conflitto tra il diritto fondamentale di negoziazione collettiva ed il diritto fondamentale di autonomia collettiva, da una parte, e le direttive 92/50 e 2004/18, dall'altra. Atteso che tali direttive traducono su un piano concreto i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, tale conflitto dovrà in primo luogo comporsi quale conflitto tra il diritto fondamentale di negoziazione collettiva ed il diritto di autonomia collettiva, da una parte, ed i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dall'altra. L'appianamento raggiunto sul piano del diritto primario andrà quindi implementato, nell'ottica di un'interpretazione delle direttive sugli appalti pubblici conforme al diritto primario, sul piano del diritto secondario.

178. In tale contesto tratterò, nel prosieguo, dapprima della questione concernente l'individuazione dei criteri e dei parametri funzionali alla composizione del conflitto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali. Sulla base di tali criteri e parametri, quindi, esporrò come vada composto, nel caso di specie, il conflitto tra i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva. Tale indagine permetterà, da ultimo, di stabilire se l'inconciliabilità degli accordi quadro de quibus con le direttive 92/50 e 2004/18 possa o meno legittimare - tenuto conto del dovere di interpretazione conforme al diritto primario delle predette direttive - la constatazione di una loro violazione.

1. Composizione dei conflitti tra libertà fondamentali e diritti fondamentale: le sentenze Viking Line e Laval un Parteneri

179. Nella sua giurisprudenza la Corte tende a risolvere i conflitti derivanti dall'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali richiamando, quali motivi che giustificano una restrizione alle libertà fondamentali, i motivi «scritti» contenuti nel Trattato CE così come i motivi «non scritti» enucleati dalla giurisprudenza.

180. Rilievo esemplificativo a tale riguardo ha la sentenza Viking Line (83). Nell'ambito di tale procedimento pregiudiziale, la Corte era stata chiamata a decidere, inter alia, se le azioni collettive intraprese dai sindacati contro un'impresa privata legittimassero una restrizione alla libertà di stabilimento. Al riguardo la Corte ha in primo luogo stabilito che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, andasse in effetti riconosciuto quale diritto fondamentale (84) e che, perciò, le azioni in esame andassero ritenute formali restrizioni alla libertà di stabilimento (85). La Corte, quindi, ha trattato la questione della giustificabilità di una siffatta restrizione. In proposito essa ha sottolineato come primo «non scritto» motivo giustificativo le «ragioni imperative di interesse generale»: una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo (86). La Corte ha quindi confermato che la tutela dei lavoratori rientri tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte (87), ma che spetti al giudice del rinvio verificare se gli obiettivi perseguiti mediante le azioni collettive riguardassero la tutela dei lavoratori (88). In ipotesi affermativa, il giudice del rinvio dovrebbe ancora verificare se le azioni collettive in questione fossero adeguate a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non andassero al di là di ciò che era necessario per conseguirlo (89).

181. Sebbene la Corte, in sede di verifica della giustificabilità di una restrizione della libertà di stabilimento, abbia fatto riferimento anche ai compiti e agli obiettivi politico-sociali della Comunità (90), essa in buona sostanza non ha verificato se l'esercizio del diritto fondamentale di intraprendere azioni collettive fosse in grado, alla luce del principio di proporzionalità, di giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento. La Corte, invece, ha fatto sì che il diritto fondamentale di intraprendere azioni collettive venisse assorbito nel consueto schema di analisi fondato sul carattere di motivo giustificativo «non scritto» delle «ragioni imperative di interesse generale» (91). Al tale

scopo si è fatto riferimento a quella che è la ratio immanente a tale diritto fondamentale, ovvero la tutela dei lavoratori, peraltro già riconosciuta dalla giurisprudenza anteriore quale ragione imperativa di interesse generale (92).

182. La Corte ha utilizzato uno schema di analisi simile nella sentenza *Laval un Parteneri* (93), ove ha in primo luogo riconosciuto il diritto a intraprendere azioni collettive come diritto fondamentale, ma ha in seguito, in sede di verifica della giustificabilità della violazione della libertà di prestazione dei servizi conseguente alle azioni collettive, richiamato nuovamente la tutela dei lavoratori quale motivo imperativo di interesse generale.

2. Equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e composizione dei conflitti in base al principio di proporzionalità

183. L'approccio seguito nelle sentenze *Viking Line* e *Laval un Parteneri*, che ritiene i diritti sociali fondamentali del diritto comunitario non di per sé in grado di giustificare – nel rispetto del principio di proporzionalità – la restrizione ad una libertà fondamentale e postula sempre, di contro, l'individuazione di un motivo giustificativo, scritto o non scritto, di cui tale diritto fondamentale è una componente, si pone in contrasto con il principio dell'equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali.

184. Una siffatta articolazione analitica fa, infatti, pensare ad un rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali in cui i diritti fondamentali sono gerarchicamente subordinati alle libertà fondamentali (94) e le libertà fondamentali, di conseguenza, possono essere limitate solo con l'ausilio di un motivo giustificativo scritto o non scritto (95).

185. In questo contesto si deve tenere in considerazione anche che il motivo giustificativo non scritto legato a «ragioni imperative di interesse generale» non può trovare applicazione per giustificare restrizioni alle libertà fondamentali applicate in maniera discriminatoria (96). Qualora l'esercizio di un diritto fondamentale comunitario conducesse, a livello consequenziale, ad una restrizione ad una libertà fondamentale applicata in maniera discriminatoria, si dovrebbe esaminare, alla luce dello schema di analisi adottato nelle sentenze *Viking Line* e *Laval un Parteneri*, se si configuri uno dei motivi espressamente previsti nel Trattato CE che giustificano delle restrizioni alla libertà in questione. Quest'ulteriore limitazione delle possibilità che giustificano una restrizione alle libertà fondamentali confermerebbe ulteriormente la sussistenza di un rapporto di tipo gerarchico tra diritti fondamentali e libertà fondamentali.

186. A mio avviso tra libertà fondamentali e diritti fondamentali non sussiste un siffatto rapporto (97).

187. Tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, inoltre, vi è un'ampia convergenza, sia a livello strutturale che a livello contenutistico. È possibile, ad esempio, formulare le garanzie poste dalle libertà fondamentali in termini di diritti, in particolare avvalendosi dei diritti fondamentali a tutela dell'attività economica. Alla luce di tale convergenza sarebbe sbagliato voler stabilire, in linea di principio, un rapporto di tipo conflittuale e gerarchico tra diritti fondamentali e libertà fondamentali (98).

188. Qualora in un caso concreto una libertà fondamentale subisca una restrizione a seguito dell'esercizio di un diritto fondamentale, si dovrà cercare di conciliare i due istituti giuridici (99). A tale riguardo si deve partire dal presupposto, innanzitutto, che l'attuazione di una libertà fondamentale rappresenti un obiettivo legittimo suscettibile di porre limiti ad un diritto fondamentale; di converso, tuttavia, anche l'attuazione di un diritto fondamentale va ritenuto un legittimo obiettivo, capace di limitare una libertà fondamentale.

189. Al fine di delimitare esattamente il confine tra libertà fondamentali e diritti fondamentali il principio di proporzionalità ha una particolare importanza. Nel contesto di un'indagine condotta alla luce di tale principio si dovrà segnatamente muovere da uno schema d'analisi operante su tre profili e volto ad accertare 1. l'idoneità, 2. la necessità e 3. l'adeguatezza della misura in oggetto (100).

190. Sarà garantita una conciliazione adeguata in caso di conflitto tra un diritto fondamentale ed una libertà fondamentale, infatti, solo se la restrizione posta da un diritto fondamentale ad una libertà fondamentale non ecceda quanto idoneo, necessario e adeguato all'attuazione del diritto fondamentale. Viceversa, anche una restrizione di un diritto fondamentale imposta da una libertà fondamentale non potrà andare oltre quanto idoneo, necessario e adeguato all'attuazione di quest'ultima (101).

191. In considerazione dell'ampia convergenza tra libertà fondamentali e diritti fondamentali tale indagine fondata sul principio di proporzionalità potrà condurre, nel caso di un conflitto, solo ad un risultato nel quale sarà assicurata un'efficacia ottimale dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali.

192. Alla luce delle suesposte considerazioni ritengo in conclusione che la restrizione ad una libertà fondamentale debba ritenersi giustificata, allorché essa abbia avuto luogo nell'esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto comunitario e sia stata idonea, necessaria e adeguata al raggiungimento dell'interesse che tale diritto tutela. Viceversa, anche una restrizione ad un diritto fondamentale va ritenuta giustificata, allorché tale restrizione abbia avuto luogo nell'esercizio di un libertà fondamentale e sia stata idonea, necessaria e adeguata al raggiungimento dell'interesse che tale libertà tutela.

193. L'accoglimento dell'approccio fondato sull'equivalenza gerarchica dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali e valorizzante il principio di proporzionalità a fini di composizione dei conflitti tra l'esercizio delle libertà fondamentali e l'esercizio dei diritti fondamentali, peraltro, non sovvertirebbe totalmente l'orientamento della giurisprudenza. Una siffatta analisi, al contrario, costituirebbe un ritorno ai valori già cristallizzati nella sentenza Schmidberger (102). Nella sentenza Rüffert (103), inoltre, si possono desumere primi indizi circa la necessità di sfumare l'impostazione seguita dalla giurisprudenza nella sentenza Viking Line e Laval un Parteneri.

194. Nella sentenza Schmidberger la Corte era stata chiamata in via pregiudiziale, inter alia, a valutare se una restrizione alla libera circolazione delle merci determinata dal blocco di 30 ore dell'Autostrada del Brennero potesse essere giustificata alla luce del fatto che detto blocco era stato posto in essere nel legittimo esercizio dei diritti fondamentali alla libera espressione ed alla libera riunione. Al fine di risolvere il conflitto tra i diritti fondamentali in questione e la libertà di circolazione delle merci la Corte ha essenzialmente verificato se le restrizioni imposte agli scambi intracomunitari nell'esercizio dei diritti fondamentali fossero adeguate alla tutela di questi ultimi (104). Viceversa si è altresì esaminato se una rigorosa attuazione della libertà di circolazione delle merci avesse interferito in modo inadeguato sull'esercizio dei diritti fondamentali (105). Posto che entrambi i quesiti andavano risolti positivamente, occorre, in conclusione, ritenere che la restrizione alla libertà di circolazione delle merci determinata dall'esercizio dei diritti fondamentali in questione fosse giustificata.

195. Sotteso alla sentenza Schmidberger era, perciò, il principio di equivalenza gerarchica dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali in collisione, ricondotti ad un'equa composizione ad esito di una verifica circa la proporzionalità delle restrizioni reciprocamente poste.

196. A questo proposito si deve, da ultimo, ricordare la sentenza Rüffert (106), nella quale la Corte, nel contesto di un rinvio pregiudiziale, ha preso posizione inter alia sulla conciliabilità con l'art. 49 CE della legge del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) sull'aggiudicazione dei pubblici appalti.

197. In tale contesto la Corte ha in primo luogo stabilito che le disposizioni della legge de qua che prescrivono che sia consentita l'aggiudicazione di pubblici appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le relative prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo della loro effettuazione (e ciò anche laddove il contratto collettivo non possa essere ritenuto di applicazione generale) possa costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE. La Corte, nel verificare se tale restrizione potesse ritenersi giustificata, ha proceduto ad esaminare tre motivi giustificativi «non scritti». Segnatamente si è valutata la giustificabilità della restrizione alla luce 1. dell'obiettivo della tutela dei lavoratori, 2. dell'obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati oppure 3. dell'obiettivo di stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale.

198. Sebbene la Corte alla fine non abbia ritenuto giustificata la restrizione alla libertà di stabilimento, mi sembra che soprattutto la verifica condotta alla luce dell'«obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati» abbia particolare importanza. Se con il riferimento all'«obiettivo della tutela dei lavoratori» e all'«obiettivo di stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale» la Corte ha richiamato due ragioni imperative di interesse generale costantemente riconosciute dalla giurisprudenza (107), essa, ponendo quale oggetto di indagine la «tutela dell'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati», ha quantomeno implicitamente ipotizzato che la libertà sindacale, quale diritto sociale fondamentale, possa di per sé giustificare una restrizione alle libertà fondamentali.

199. In base alle considerazioni che precedono, pervengo alla conclusione che la restrizione ad una libertà fondamentale è giustificata, qualora sia stata operata nell'esercizio di un diritto fondamentale e sia stata idonea, necessaria e adeguata al raggiungimento dell'interesse che tale diritto fondamentale tutela. Specularmente, una restrizione ad un diritto fondamentale è giustificata, qualora sia stata operata nell'esercizio di una libertà fondamentale e sia stata idonea, necessaria e adeguata al raggiungimento dell'interesse che tale libertà tutela.

3. Composizione del conflitto tra le direttive 92/50 e 2004/18, da una parte, e il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva, dall'altra

200. Qualora la Corte dovesse ritenere che una o più amministrazioni ed imprese locali hanno, in violazione della direttiva 92/50 o della direttiva 2004/18, affidato contratti di servizi relativi alla previdenza integrativa aziendale direttamente agli enti e alle imprese indicate dall'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, le direttive sugli appalti pubblici risulterebbero vietare le modalità con le quali il diritto di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva si è concretamente esplicato. Le direttive sui lavori pubblici, quindi, andrebbero ad interferire sui diritti sociali fondamentali, posto che le parti sociali non potrebbero più esercitarli liberamente, ma sarebbero soggette – nella prospettiva della normativa sugli appalti – a determinate prescrizioni normative

201. Il conflitto tra le direttive 92/50 e 2004/18 e i diritti sociali fondamentali così sorto va composto, in primo luogo, verificando a livello di diritto primario se la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi ammettano una restrizione ai diritti fondamentali di analogia portata. Nel caso in cui la questione andasse risolta positivamente, nulla osterebbe a stabilire che gli accordi quadro de quibus violano le direttive 92/50 e 2004/18, quali concrete emanazioni dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Nel caso in cui, invece, la questione andasse risolta negativamente, si dovrebbe stabilire, nell'ottica di un'interpretazione delle direttive conforme al diritto primario, che gli accordi de quibus sono esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18.

202. Per verificare se la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi ammettono una restrizione alle negoziazioni collettive e all'autonomia collettiva quale quella posta dalle direttive sugli appalti pubblici, si dovrà prima di tutto esaminare se tale restrizione sia idonea, necessaria e adeguata al raggiungimento dell'interesse che tali libertà tutelano.

203. Il governo tedesco, tuttavia, nel presente procedimento ha dedotto soprattutto argomenti volti a giustificare una restrizione alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi ad opera dei diritti sociali fondamentali.

204. L'indagine volta ad verificare se la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi possano ammettere una restrizione alle contrattazioni collettive e all'autonomia collettiva, in ultima analisi, non è che l'immagine riflessa dell'indagine volta a verificare se i diritti sociali fondamentali possano giustificare una restrizione alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. Dal momento che tra le due tipologie di indagine richiamate l'ultima facilita in modo sostanziale la trattazione degli argomenti dedotti dal governo tedesco, nel prosieguo mi occuperò di esaminare se, al fine del raggiungimento degli scopi perseguiti attraverso il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva, fosse idoneo, necessario e adeguato apportare una restrizione alle libertà fondamentali nei modi che la Commissione contesta.

205. Il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva sono ontologicamente deputati a garantire che i datori di lavoro e le loro associazioni, da una parte, e i lavoratori e le loro associazioni, dall'altra, possano, nell'ambito di trattative volontarie e con la dovuta indipendenza – nel rispetto di determinati limiti e vincoli – negoziare e, quindi, cristallizzare in una forma adatta le condizioni di impiego dei lavoratori (108).

206. In considerazione del principio di proporzionalità, conseguentemente, la restrizione alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi posta in essere attraverso la predesignazione di determinati enti previdenziali nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA dovrebbe considerarsi giustificata dal diritto fondamentale di negoziazione collettiva e dal diritto fondamentale di autonomia collettiva, laddove tale previa scelta fosse idonea e necessaria a permettere lo svolgimento di trattative, volontarie ed autonome, vertenti sulle condizioni di impiego dei lavoratori e preordinate alla conclusione di un contratto collettivo, e laddove la violazione delle libertà fondamentali così determinata si ponesse come adeguata rispetto alla realizzazione di tali obiettivi.

207. Una misura è *idonea* alla realizzazione dell'obiettivo addotto laddove risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (109).

208. Considerato che il principio che concentra la conversione presso un numero limitato di enti previdenziali ha trovato ingresso nel contratto collettivo EUmw/VKA, si deve supporre che esso sia parte integrante di un compromesso negoziato nell'ambito di trattative, volontarie ed autonome, tra i rappresentanti dei datori di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori. Ad ogni modo, gli atti di causa non contengono informazioni in grado di legittimare una diversa conclusione. Alla luce di ciò, la predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali operata nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA è da reputarsi una misura idonea al raggiungimento dell'interessato tutelato dal diritto fondamentale di negoziazione collettiva e dal diritto fondamentale di autonomia collettiva.

209. Una misura è *necessaria* laddove, fra le molteplici misure idonee a conseguire lo scopo perseguito, sia quella che impone l'onere minore per l'interesse o il bene giuridico colpito (110).

210. Date le caratteristiche del caso di specie la valutazione della necessità dell'individuazione preventiva di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA presuppone logicamente che si verifichi se in sede di negoziazione del contratto collettivo si sarebbe potuto raggiungere un accordo su una diversa regolamentazione dell'attuazione della conversione. Solo se si fosse potuto raggiungere un accordo tra le parti sociali su una regolamentazione diversa e maggiormente conforme al diritto comunitario, potrebbe negarsi il carattere necessario della predesignazione degli enti previdenziali esercenti funzioni previdenziali di cui trattasi.

211. Nel risolvere la questione concernente l'ipotizzabilità, nell'ambito di trattative svoltesi tra le parti volontariamente ed autonomamente, di un accordo su una diversa regolamentazione dell'attuazione della conversione, la Corte deve procedere con la massima circospezione. Sebbene al fine di comporre il conflitto tra le libertà fondamentali, da una parte, e il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva, dall'altra, possa essere necessario – come nel presente procedimento – esaminare il contenuto delle pattuizioni contenute nel contratto collettivo, in tale contesto la Corte deve rispettare il più possibile il margine di apprezzamento e di determinazione delle parti sociali(111).

212. La verifica della necessità della misura, nel caso di specie, si deve perciò limitare ad accertare se si sarebbe potuto configurare una disciplina attuativa maggiormente conforme al diritto comunitario e se le parti sociali avrebbero potuto manifestamente raggiungere un accordo su una siffatta disciplina tale per cui non vi sarebbe ragioni di merito atte ad ostare ad una sua ipotizzazione. Qualora tali questioni andassero risolte positivamente, la predesignazione, ex art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, degli enti esercenti funzioni previdenziali di cui trattasi sarebbe da respingere in quanto manifestamente non necessaria e, pertanto, sproporzionata.

213. A mio avviso sarebbe stato senz'altro possibile pattuire una strutturazione della disciplina attuativa della conversione conforme al diritto comunitario.

214. In proposito va sottolineato come il ricorso proposto dalla Commissione non mira a contestare il principio della conversione in quanto tale, ma contesta semplicemente il fatto che i datori di lavoro-enti locali, per l'attuazione della conversione, abbiano indicato nel contratto collettivo gli enti prescelti, sebbene – posta l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici – tali datori di lavoro, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, sarebbero stati obbligati ad indire un bando di gara.

215. Quale ipotesi alternativa conforme al diritto comunitario si sarebbe potuto pensare ad una regolamentazione tale per cui si sarebbe dovuto dare corso alla conversione, secondo le modalità definite dalla BetrAVG, presso l'ente o gli enti esercenti funzioni previdenziali che gli enti locali-datori di lavoro avrebbero dovuto scegliere nel rispetto dell'obbligo di trasparenza prescritto dal diritto primario(112) o – posta la sussistenza dei relativi presupposti di applicazione – nel rispetto delle direttive sugli appalti pubblici.

216. A mio avviso si deve negare che nel presente procedimento siano state adottate ragioni di merito tali da ostare ad una configurazione della conversione da parte del contratto collettivo che si ponga, nei termini suddetti, in conformità al diritto comunitario.

217. A giustificazione della predesignazione di determinati enti con funzioni previdenziali di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, il governo tedesco sottolinea che la scelta degli enti presso i quali dare corso alla conversione in contributi pensionistici del salario non definito

nell'ambito di un contratto collettivo spetterebbe, ai sensi della BetrAVG, in linea di principio ai datori di lavoro. Di contro, l'art. 17, n. 5, della BetrAVG prevedrebbe, al fine di permettere un maggior coinvolgimento dei lavoratori nella configurazione della loro previdenza integrativa aziendale, che la conversione in contributi pensionistici del salario definito nel contratto collettivo venga delineata nell'ambito di quest'ultimo. L'art. 17, n. 3, della BetrAVG, inoltre, accorderebbe alle parti sociali, tra l'altro, la possibilità di scegliere di comune accordo (così come accaduto ex art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA) gli enti con funzioni previdenziali presso i quali dare corso alla conversione in contributi pensionistici del salario definito nell'ambito del contratto collettivo. Tale concertata predesignazione degli enti con funzioni previdenziali, risponderebbe, da una parte, all'interesse che i lavoratori hanno rispetto all'istituzione di un meccanismo di conversione trasparente; dall'altra, risponderebbe all'interesse che i datori di lavoro hanno rispetto ad una previdenza con pochi oneri amministrativi. In ultima analisi, il trasferimento alle parti sociali di competenza decisionale in merito sarebbe, perciò, funzionale a stabilire un'accettazione ed una diffusione quanto più ampie possibile di questa tipologia previdenziale.

218. Il governo tedesco rileva inoltre come, secondo quanto dichiarato dalle parti contraenti il contratto collettivo, la delimitazione del novero degli assicuratori entro cui i datori di lavoro sono chiamati a scegliere in funzione della conversione dovrebbero accrescere la trasparenza e l'accettazione della previdenza integrativa aziendale. L'art. 6 del contratto collettivo, peraltro, rappresenterebbe una semplificazione per i singoli datori di lavoro, visto che non sarebbe più necessario un raffronto dei vari enti esercenti funzioni previdenziali. I singoli datori di lavoro-enti locali potrebbero, inoltre, presupporre che le parti sociali che hanno negoziato il contratto collettivo, avendo di norma una miglior percezione delle situazioni di mercato, non abbiano scelto arbitrariamente l'ente esercente funzioni previdenziali. Per parte loro, i lavoratori potrebbe contare sul fatto che i sindacati, nell'ambito di tale scelta, abbiano sufficientemente fatto valere i loro interessi. L'art. 6 del contratto collettivo, quindi, tutelerebbe i lavoratori anche da una «cattiva» ed unilaterale scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali da parte dei datori di lavoro.

219. A giustificazione della concreta designazione degli istituti previdenziali complementari pubblici, della Sparkassen-Finanzgruppe e delle assicurazioni locali operata nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, inoltre, il governo tedesco afferma che l'individuazione sarebbe dipesa da condivisibili ragioni, legate, ad esempio, ad esperienze positive, ad una particolare fiducia o dai bassi costi amministrativi determinati dalla particolare articolazione di tali enti. Oltre a ciò avrebbe influito in tale decisione anche l'interesse dei datori di lavoro di limitare il rischio di essere chiamati a rispondere in ipotesi di un loro disavanzo.

220. Alla luce delle suesposte considerazioni gli argomenti addotti dal governo tedesco in punto di merito a giustificazione della regolamentazione di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA possono essere categorizzati in quattro punti, ovvero 1. trasparenza nella scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali, 2. accresciuta adesione da parte dei lavoratori a seguito della partecipazione dei loro rappresentanti alla predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali, 3. migliori competenze delle parti sociali che hanno negoziato il contratto collettivo 4. particolari caratteristiche degli enti esercenti funzioni previdenziali prescelti.

221. Gli argomenti in esame, tuttavia, non possono essere assolutamente essere invocati quali ragioni di merito atte ad ostare a che, nel contratto collettivo, si pattuisse una disciplina attuativa conforme al diritto comunitario che imponesse ai datori di lavoro-enti locali una scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali operata nel rispetto dell'obbligo di trasparenza prescritto dal diritto primario o – posta la sussistenza dei relativi presupposti di applicazione – nel rispetto delle direttive sugli appalti pubblici.

222. L'argomento fondato sulla trasparenza della scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali non smentisce ma anzi conferma il fatto che i datori di lavoro-enti locali siano obbligati al rispetto delle norme comunitarie. L'obbligo di trasparenza, così come le direttive sugli appalti pubblici, infatti, mirano proprio a far sì che la scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali presso i quali dare corso alla conversione sia sufficientemente trasparente.

223. Anche nell'argomento fondato sull'accresciuta adesione da parte dei lavoratori a seguito della partecipazione dei loro rappresentanti alla predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali, non può desumersi alcuna ragione di merito atta ad ostare a che, nel contratto collettivo, si pattuisse una disciplina attuativa conforme al diritto comunitario. Rispettando l'obbligo di trasparenza o le direttive sugli appalti pubblici, infatti, si innescherebbe una concorrenza tra gli enti esercenti funzioni previdenziali più intensa ed estesa a livello comunitario: ciò varrebbe, in modo particolare, a garantire ai lavoratori la ricezione delle offerte più convenienti per quanto concerne l'attuazione della conversione. Non si capisce in che modo ciò possa determinare una

riduzione dell'adesione dei lavoratori (113).

224. Con il terzo argomento svolto dal governo tedesco in via principale si fa valere il fatto che la predesignazione operata nell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA agevolerebbe gli enti locali datoriali in sede di designazione definitiva dell'ente o degli enti esercenti funzioni previdenziali, posto che i datori di lavoro potrebbero confidare nella competenza delle parti sociali che hanno negoziato il contratto collettivo.

225. Sebbene la predesignazione operata nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA risparmi ai datori di lavoro-enti locali gli oneri connessi all'indizione di un bando di gara ad hoc, da ciò non deriva alcun argomento atto a negare il dovere di osservanza dell'obbligo di trasparenza prescritto dal diritto primario e il dovere di osservanza delle direttive sugli appalti pubblici. Anche laddove il dovere di osservanza del diritto comunitario dovesse determinare una riduzione del grado di adesione dei lavoratori alla definizione pattizia della regolamentazione della conversione – circostanza questa non addotta dal governo tedesco –, ciò non potrebbe essere invocato quale motivo atto ad ostare, in punto di merito, ad un'affermazione di tale dovere nel contratto collettivo. Un siffatto argomento, infatti, condurrebbe, in buona sostanza, ad ammettere che gli enti locali datoriali possano approfittare dell'autonomia collettiva al fine di eludere le norme imperative del diritto comunitario.

226. Con il quarto argomento svolto in via principale il governo tedesco richiama le particolari caratteristiche degli enti prescelti. Deporrebbero a favore della loro scelta, segnatamente, le positive esperienze finora fatte, la particolare fiducia che ne è derivata, i bassi costi amministrativi determinati dalla loro particolare articolazione nonché il basso rischio di una loro insolvenza. Il governo tedesco non ha però in alcun modo circoscritto tali deduzioni, che, perciò, anche solo per questo motivo, vanno respinte in quanto infondate (114).

227. Alla luce di tali considerazioni ritengo, in conclusione, che la delimitazione degli enti esercenti funzioni previdenziali di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA non fosse necessaria a permettere lo svolgimento tra le parti sociali di trattative, volontarie ed autonome, vertenti sulle condizioni di impiego dei lavoratori e preordinate alla conclusione di un contratto collettivo.

228. A mio modo di vedere, inoltre, la predesignazione di determinati enti esercenti funzioni previdenziali operata dalle parti sociali nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA determina un'inadeguata restrizione alle libertà fondamentali.

229. Nel contesto di una *verifica sull'adeguatezza* si deve osservare, nel caso di specie, che il ricorso proposto dalla Commissione non mira a contestare il principio della conversione in quanto tale, ma contesta semplicemente il fatto che i datori di lavoro-enti locali, per l'attuazione della conversione, abbiano indicato nel contratto collettivo gli enti previdenziali prescelti, sebbene tali datori di lavoro, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, dovessero attenersi agli obblighi derivanti dai principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

230. Nel presente procedimento oggetto di indagine non è la decisione con cui nel contratto collettivo si è ammessa in linea di principio la possibilità della conversione, ma la questione piuttosto tecnica (nell'ottica del contratto collettivo) delle modalità di scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali presso i quali dar corso alla conversione. Le parti sociali, nel disciplinare tale questione piuttosto tecnica attraverso la predesignazione di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, hanno tentato di rendere completamente inoperativi gli obblighi derivanti dai principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

231. Considerato che i dettami di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA sono da considerarsi, in primo luogo, specifiche attuative di carattere tecnico che concernono solo in modo piuttosto marginale le condizioni di impiego dei lavoratori, e mirano, in secondo luogo, a rendere completamente inoperativi gli obblighi derivanti dai principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, la restrizione alle libertà fondamentali operata ex art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA va qualificata come inadeguata (115).

232. Dopo tutte le considerazioni che precedono si deve affermare che la scelta preventiva degli enti esercenti funzionali previdenziali di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA non era né necessaria né adeguata al raggiungimento degli obiettivi tutelati attraverso il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva.

233. Alla luce delle suesposte considerazioni ritengo, in conclusione, che il diritto fondamentale di

negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva non siano in grado di giustificare, per difetto di proporzionalità, le restrizioni alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi determinate dalla predesignazione, operata nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, di determinati enti esercenti funzioni previdenziali. Ne consegue che i suddetti diritti fondamentali non ostano alla possibilità che si stabilisca che gli accordi quadro de quibus, conclusi in esecuzione del contratto collettivo, integrino una violazione della direttiva 92/50 o della direttiva 2004/18.

#### 4. Conclusione parziale

234. Qualora la Corte, diversamente da quanto sostenuto nelle presenti conclusioni, dovesse ritenere che una o più amministrazioni ed imprese locali hanno concluso con uno o più tra gli enti e le imprese indicate nell'art. 6 del EUmw/VKA accordi quadro concernenti la conversione in contributi pensionistici in violazione della direttiva 92/50 o della direttiva 2004/18, si dovrebbe ritenere, alla luce delle considerazioni che precedono, che il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e il diritto fondamentale di autonomia collettiva non ostino, per difetto di proporzionalità, all'accertamento di una violazione delle suddette direttive.

### VII – Sintesi

235. In sintesi pervengo alla conclusione che gli enti locali tedeschi, in sede di stipulazione degli accordi quadro de quibus concernenti la previdenza integrativa aziendale dei loro dipendenti, erano tenuti ad osservare le disposizioni della direttiva 92/50 oppure della direttiva 2004/18 nella misura in cui sussistevano i presupposti di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* delle predette direttive. La prova del fatto che la fattispecie rientri nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, tuttavia, spetta alla Commissione e non può fondarsi su presunzioni.

236. Per la decisione del presente procedimento, in buona sostanza, ha rilievo decisivo il fatto che la Commissione abbia basato i propri conteggi circa il valore dei singoli accordi quadro e circa il raggiungimento delle soglie richieste per l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici sul dato presuntivo della stipulazione da parte di ogni città di una certa dimensione di un solo accordo quadro. Atteso che il governo tedesco ha contestato la fondatezza di tale presunzione già nel corso del procedimento precontenzioso e atteso che, in merito, al governo tedesco non può in alcun modo essere addebitato il fatto di non aver cooperato ad un corretto accertamento dei fatti, il ricorso della Commissione risulta, in conclusione, insufficientemente circostanziato e va pertanto respinto in quanto infondato.

### VIII – Conclusione

237. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di decidere come segue:

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) La Commissione sopporta le spese del procedimento, ad esclusione di quelle sostenute dal Regno di Danimarca e dal Regno di Svezia. Il Regno di Danimarca ed il Regno di Svezia sopportano ciascuno le proprie spese.

---

1 – Lingua originale: il tedesco.

---

2 – GU L 209, pag. 1.

---

3 – GU L 134, pag. 114.

---

4 – BGBl. I pag. 3610, da ultimo modificata dall'art. 5 della legge 21 dicembre 2008 (BGBl. I, pag. 2940).

---

5 – Sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany (Racc. pag. I-5751).

---

6 – Sentenza 21 settembre 2000, causa C-222/98, van der Woude (Racc. pag. I-7111).

---

7 – Cit. supra alla nota 5.

---

8 – Sentenza 21 settembre 1999, cause riunite da C-115/97 a C-117/97, Brentjens' (Racc. pag. I-6025).

---

9 – Sentenza 21 settembre 1999, causa C-219/97, Drijvende Bokken (Racc. pag. I-6121).

---

10 – Sentenze Albany (cit. supra alla nota 5, punto 54); Brentjens' (cit. supra alla nota. 8, punto 51), nonché Drijvende Bokken (cit. supra alla nota. 9, punto 41).

---

11 – Sentenze Albany (cit. supra alla nota 5, punti 55–58); Brentjens' (cit. supra alla nota. 8, punti 52–55), nonché Drijvende Bokken (cit. supra alla nota. 9, punti 42–45).

---

12 – Sentenze Albany (cit. supra alla nota 5, punto 59); Brentjens' (cit. supra alla nota. 8, punto 56), nonché Drijvende Bokken (cit. supra alla nota. 9, punto 46).

---

13 – Sentenze Albany (cit. supra alla nota 5, punto 60); Brentjens' (cit. supra alla nota. 8, punto 57), nonché Drijvende Bokken (cit. supra alla nota. 9, punto 47).

---

14 – V. sentenza 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a. (Racc. pag. I-6451, punti 67 e segg.), ove la Corte ha sottolineato che l'esclusione dei contratti collettivi dall'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE non può essere estesa ad un accordo che è invero inteso a garantire un certo livello di pensione a tutti i membri di una professione e, quindi, a migliorare una delle condizioni di lavoro di tali membri, cioè la loro retribuzione, ma non è stato concluso nell'ambito di contrattazioni collettive tra le parti sociali.

---

15 – Per un'espressa conferma v. sentenza van der Woude, cit. alla nota 6 (punti 22 e segg.).

---

16 – Nel medesimo senso v. Aicher/Schumacher, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Vol. II, Art. 81 TCE, par. 28 [40. supplemento, aggiornato ad ottobre 2009].

---

17 – Cit. supra alla nota 6.

---

18 – Un siffatto controllo dell'oggetto degli accordi collettivi era stato espressamente suggerito dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni congiuntamente presentate il 28 gennaio 1999 nelle cause Albany (C-67/96), Brentjens' (da C-115/97 a C-117/97) e Deujvende Bokken (C-219/97) (Racc. 1999, I-5751, paragrafi 190 e segg.), al fine di evitare che i datori di lavori approfittassero delle contrattazioni collettive per stipulare accordi potenzialmente produttivi di effetti anticoncorrenziali su soggetti o mercati terzi. Secondo l'avvocato generale il frutto delle contrattazioni collettive non dovrebbe soggiacere alle regole sulla concorrenza solo qualora l'accordo sia stato formalmente stipulato in sede di contrattazione (1) e sia stato concluso dalle parti sociali in buona fede (2). Quale terzo criterio, poi, l'avvocato

generale Jacobs suggerisce di richiedere che i contratti collettivi disciplinino profili centrali della contrattazione collettiva, quali salari e condizioni di lavoro, e non incidano direttamente su soggetti o mercati terzi.

---

19 – Al riguardo va richiamata l'attenzione sul fatto che l'ampia rinuncia ad un'analisi del contenuto delle disposizioni dell'accordo collettivo in questione sia da leggersi alla luce del fatto che la Corte si è esaurientemente occupata di verificare se i fondi pensione istituiti dalle parti sociali costituissero delle imprese ai sensi dell'art. 81 CE. La Corte, giunta ad affermare nelle sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken lo status di imprese di tali fondi, ha introdotto la possibilità di esaminare autonomamente gli effetti anticoncorrenziali che tali fondi avrebbero potuto dispiegare. Conseguentemente la limitazione della portata del diritto della concorrenza con riferimento agli accordi collettivi è stata in tal modo relativizzata.

---

20 – Conclusioni dell'avvocato generale Fennelly presentate l'11 maggio 2000 nella causa van der Woude, cit. alla nota 6 (paragrafo 32).

---

21 – Nel medesimo senso anche l'avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni presentate il 23 maggio 2007 nella causa C-438/05, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, cosiddetta «Viking Line» (Racc. I-10779, paragrafo 26).

---

22 – Sentenze 11 dicembre 2007, causa C-438/05, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, cosiddetta « Viking Line », (Racc. I-10779, punto 53) e 18 luglio 2006, causa C-519/04 P Meca-Medina (Racc. pag. I-6991, punti 31-34).

---

23 – V. paragrafi 75 e segg. delle presenti conclusioni.

---

24 – In proposito v. anche. T. Novitz, Taking collective action, in Competition Law Insight, 2008, Vol. 7 Issue 4, pag. 10, secondo cui la mancata applicazione dell'eccezione-Albany nell'ambito della sentenza Viking Line (cit. supra alla nota 22) va appunto spiegata alla luce del fatto che la Corte ha deciso di riconoscere il diritto di intraprendere azioni collettive quale diritto fondamentale. L. Azoulai, The Court of justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization, in CMLR, 2008, pag. 1347 e segg. ravvisa, addirittura, una differenza di principio tra come la percezione che la sentenza Albany ha del rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali e la percezione che ne ha la sentenza Viking Line.

---

25 – Sentenze Viking Line (cit. supra alla nota 22, punto 33), nonché 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 31), 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punto 82) e 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave (Racc. pag. 1405, punto 17). Cfr., al riguardo, A. Junker, Europa und das deutsche Tarifrecht – Was bewirkt der EuGH, in ZfA, 2009, pag. 282 e segg.

---

26 – Sentenze Viking Line (cit. supra alla nota 22, punto 34); Angonese (cit. supra alla nota. 25, punto 33); Bosman (cit. supra alla nota 25, punto 84), nonché Walrave (cit. supra alla nota 25, punto 19).

---

27 – Cfr., ad esempio, sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega (Racc. pag. I-9609, punto 33) e 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger (Racc. pag. I-5659, punto 71).

---

28 – L'art. 6 della Carta sociale europea, ripreso alla lettera dall'art. 6 della Carta sociale europea riveduta firmata a Strasburgo il 3 maggio 1996, al fine di garantire l'effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva, obbliga le parti contraenti, inter alia, a favorire consultazioni paritetiche tra lavoratori e datori di lavoro, nonché, qualora ciò sia necessario ed utile, a promuovere, le procedure di negoziazione volontaria tra i datori di lavoro e le organizzazioni di datori di lavoro da un lato e le organizzazioni di lavoratori d'altro lato, per disciplinare con convenzioni collettive le condizioni di lavoro.

---

29 – Ex art. 12 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, i datori di lavoro e le associazioni dei datori di lavoro, da un lato, e le associazioni dei lavoratori, dall'altro, hanno il diritto a negoziare e a concludere contratti collettivi alle condizioni poste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

---

30 – Ex art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero.

---

31 – Cfr. in proposito, ad esempio, sentenze 18 dicembre 2007, causa C-341/05, Laval un Partneri (Racc. pag. I-11767, punto 90 e seg.), nonché Viking Line (cit. supra alla nota 22, punto 43 e seg.), nell'ambito delle quali il diritto di intraprendere un'azione collettiva, strettamente connesso al diritto di negoziazione collettiva, è stato riconosciuto quale diritto fondamentale sulla base del suo riconoscimento nella Carta sociale europea, nella convenzione n. 87 adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, nonché nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

---

32 – Cfr. in proposito, ad esempio, J. Schwarze, Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrags, in EuR, 2009 (supplemento 1), pag. 17, che, opportunamente, fa notare come il fatto che l'art. 6 TUE contenga semplicemente un generico richiamo alla Carta non ha rilevanza giuridica e non è può essere impiegato come argomento al fine di negare la sussunzione della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario. Nell'ambito del Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, tuttavia, è prevista una disciplina eccezionale per la Polonia e per Regno Unito.

---

33 – La Corte, secondo una giurisprudenza ormai costante, ritiene che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti derivanti da una delle libertà fondamentali garantita dal diritto primario; cfr. sentenze Laval un Partneri (cit. supra alla nota 31, punto 93), Viking Line (cit. supra alla nota 22, punto 45), Omega (cit. supra alla nota 27, punto 35), Schmidberger (cit. supra alla nota 27, punto 74). Ciò, tuttavia, non significa che gli atti da ritenersi posti in essere nell'esercizio di un diritto fondamentale si collochino *eo ipso* al di fuori dell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali. I diritti fondamentali, piuttosto, devono essere esercitati in modo più possibile conforme ai diritti ed alle libertà tutelati nel Trattato, tenendo presente che ogni conflitto tra diritti fondamentali ed obblighi che riposano su libertà fondamentali va composto in base al principio di proporzionalità alla luce delle loro concrete peculiarità. V. paragrafi 183 e segg. delle presenti conclusioni.

---

34 – Sentenze 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25) e 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-619, punto 2).

---

35 – Sentenza 23 dicembre 2009, causa C-305/08, CoNISMa (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 37 e la giurisprudenza ivi citata).

---

36 – Sentenze 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e a., (Racc. pag. I-11173, punto 37); 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 43) e 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 11).

---

37 – Cfr. F. Marx/ H. Prieß, in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied 1999, pag. 16 e seg.

---

38 – Cfr., ad esempio, sentenza Beentjes (cit. supra alla nota 36), ove la Corte ha affermato l'applicabilità della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5) agli appalti aggiudicati da un ente che, come la «commissione locale per la ricomposizione fondiaria», non rientra formalmente nell'amministrazione statale.

---

39 – Cfr. sentenze Bayerischer Rundfunk e a. (cit. supra alla nota 36, punto 38); Commissione/Francia (cit. supra alla nota 36, punto 41), nonché 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 16).

---

40 – Sentenze Bayerischer Rundfunk e a. (cit. supra alla nota 36, punto 36) e Commissione/Francia (cit. supra alla nota 36, punto 42).

---

41 – Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria (Racc. pag. I-73, punti 42 e segg.). V. in proposito altresì C. Bovis, *Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, in *CMLR* 1999, pag. 212.

---

42 – Se l'amministrazione aggiudicatrice intende esercitare direttamente, in qualità di prestatore di servizi, un'attività economica indipendente soggetta alla concorrenza e si pone così in concorrenza con operatori privati, non è da escludersi che la decisione di affidare la subfornitura di una parte di tale attività ad un terzo si basi su considerazioni diverse da quelle economiche. In un simile scenario le direttive sugli appalti pubblici trovano applicazione piena. Cfr. sentenza 18 novembre 2004, causa C-126/03, Commissione/Germania (Racc. pag. I-11197, punti 16 e segg.).

---

43 – Cfr. in proposito le conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate il 16 settembre 1997 nella causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria (Racc. 1998, I-73, paragrafo 46).

---

44 – A. Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, punto 416. Cfr., altresì, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia (Racc. I-8377, punti 37 e segg.).

---

45 – Sentenza 29 ottobre 2009, causa C-246/08, Commissione/Finlandia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 52); 6 ottobre 2009, causa C-438/07,

Commissione/Svezia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 49), nonché 6 dicembre 2007, causa C-401/06, Commissione/Germania (Racc. pag. I-10609, punto 27).

---

46 – Cfr., ad esempio, sentenza 22 settembre 1988, causa 272/86, Commissione/Grecia (Racc. 4875, punto 21).

---

47 – Causa C-79/94 (Racc. pag. I-1071).

---

48 – GU L 13, pag. 1.

---

49 – Cit. alla nota 47.

---

50 – Nell'ambito dell'art. 1, n. 5, della direttiva 2004/18 l'accordo quadro viene definito come un «accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste». Sebbene da questa generale formulazione non possa direttamente desumersi che gli accordi quadro di norma contengono le condizioni degli appalti che verranno in futuro affidati dall'amministrazione aggiudicatrice, dall'undicesimo 'considerando' emerge in modo evidente come il legislatore comunitario muova proprio da tale presupposto.

---

51 – V. paragrafo 94 di queste conclusioni.

---

52 – V. paragrafo 97 di queste conclusioni.

---

53 – Cfr. in proposito H. Meyer/M. Janko/L. Hinrichs, Arbeitgeberseitige Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entgeltumwandlung, in DB, 2009, pag. 1533, i quali sottolineano come il finanziamento da parte dei lavoratori sia l'elemento caratteristico della conversione in contributi pensionistici.

---

54 – Cfr. M. Dreher, in U. Immenga/E. J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vol. 2, München, 4. ed., 2007, § 99, punto 20 e seg. Il regime comunitario degli appalti pubblici, pertanto, riprende un presupposto espressamente menzionato all'art. 50 per quanto concerne la libertà di stabilimento, ma che di fatto è alla base anche di tutte le altre libertà fondamentali.

---

55 – Sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 42, punto 20).

---

56 – Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei (Racc. pag. I-4137, punti 63 ss.).

---

57 – In senso conforme M. Dreher, op. cit. alla nota 54, § 99, punto 21.

---

58 – In questo senso anche J. Schmidt, Betriebliche Altersvorsorge im öffentlichen Dienst durch private Versicherungsunternehmen, in *VersR*, 2007, pag. 765, che fa correttamente notare come, per quanto concerne la conversione in contributi pensionistici, un'interpretazione teleologica delle direttive sugli appalti pubblici depone a favore dell'applicazione della relativa normativa. Tale autore menziona

anche la possibilità di attribuire carattere oneroso al fatto che il datore di lavoro, al cospetto dell'ente esercente funzioni previdenziali, presenti il proprio dipendente quale assicurato.

---

59 – Cfr. in proposito l'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50.

---

60 – G. Jochum, in Grabitz/Hilf, (a cura di), Das Recht der Europäischen Union, Vol. IV, B 7, punto 53 [40. supplemento, aggiornato ad ottobre 2009].

---

61 – Sentenze 16 luglio 2009, causa C-208/07, von Chamier-Glisczinski (non ancora pubblicata nella Raccolta); 7 giugno 2005, causa C-543/03, Dodl e Oberhollenzer Racc. pag. I-5049, punto 27), nonché 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala (Racc. I-2691, punto 31).

---

62 – Per dentici approdi anche G. Jochum, op. cit. alla nota 60, punto 53; M. Dreher, op. cit. alla nota 54, § 100, punto 25; M. Bungenberg, in U. Loewenheim/K. Meessen,/A. Riesenkauff (a cura di) Kartellrecht, Vol. 2 – GWB, Monaco di Baviera, 2006, § 100, punto 20; Schmidt, J., op. cit. alla nota 58, pag. 766.

---

63 – Cfr., ad esempio, sentenze von Chamier-Glisczinski (cit. supra alla nota 61, punto 69); 11 settembre 2008, causa C-228/07, Petersen (Racc. I-6989, punto 45), nonché 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum (Racc. pag. 2121, punto 17).

---

64 – Cfr. in proposito l'art. 9, n. 2, della direttiva 2004/18, ai sensi del quale la stima del valore dell'appalto rileva il momento dell'invio del bando di gara, quale previsto all'articolo 35, n. 2, o, nei casi in cui siffatto bando non è richiesto, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice avvia la procedura di aggiudicazione dell'appalto.

---

65 – Da un'indagine sulla conversione in contributi pensionistici del 18 novembre 2008 condotta dalla «Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung e.V.» (cosiddetta AKA) presso le casse previdenziali complementari pubbliche – e i cui esiti sono stati allegati (documento 2) alla controreplica del governo tedesco – emerge che la quota dei dipendenti degli enti locali che nel 2003 aveva in media azionato la conversione ammontasse al 0,61% a fronte di un importo mensile mediamente convertito di 61,28 Euro. Tali dati naturalmente presuppongono che già nel 2003 sia stipulata una pluralità di accordi quadro con gli enti esercenti funzioni previdenziali.

---

66 – GU L 328, pag. 1.

---

67 – GU L 326, pag. 17.

---

68 – GU L 333, pag. 28.

---

69 – Punto 34 del ricorso 19 giugno 2008 della Commissione.

---

70 – La Commissione sembra aver abbandonato tout court tale posizione nella propria replica del 17 ottobre 2008. In essa, infatti, la Commissione ha riformulato e ridimensionato il proprio ricorso, richiamando una soglia di 236 000 EUR per il periodo 2004/05, di 211 000 EUR per il periodo 2006/07 e di 206 000 EUR per il

periodo 2007/08. In udienza la Commissione, sentita sul punto, ha convenuto sul fatto che la soglia andasse individuata facendo riferimento al momento dello specifico appalto.

---

71 – V. paragrafo 143 di queste conclusioni.

---

72 – Cfr. art. 9, n. 2 e n. 9 della direttiva 2004/18. Con riguardo alla direttiva 92/50 cfr. S. Haak, Abschluss von Rahmenvereinbarungen, in R. Pitschas/J. Ziekow (a cura di), Vergaberecht im Wandel, Berlino, 2006, pag. 102.

---

73 – Cfr., S. Haak, op. cit. alla nota 72, pag. 103.

---

74 – Studio 22 giugno 2007 condotto dalla «TNS Infratest Sozialforschung» su commissione del Ministero federale del lavoro e degli affari sociali dal titolo «Situazione e sviluppo della previdenza integrativa aziendale in ambito privato e nel servizio pubblico 2001-2006. Rapporto finale e tabelle» e allegato all'atto di ricorso della Commissione (documento A-11).

---

75 – S. Kuhlmann, Kommunen zwischen Staat und Markt: Lokalmodelle und –reformen im internationalen Vergleich, in Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaft, Speciale II/2006 dedicato alla politica e all'amministrazione degli enti locali, allegato all'atto di ricorso della Commissione (documento A-12).

---

76 – Parere legale del 25 novembre 2005 sulla compatibilità dell'art. 6 del contratto collettivo relativo alla conversione della retribuzione in contributi pensionistici dei lavoratori/delle lavoratrici dei servizi pubblici locali (EUmw/VKA) con il regime comunitario degli appalti pubblici, redatto dal Prof. Koenig su incarico dell'«Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V.», Monaco di Baviera e allegato alla replica della Commissione (documento C-1).

---

77 – Percentuale e importo medio individuati sulla base un'indagine del 18 novembre 2008 condotta dalla «Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung e.V.» (cosiddetta AKA) presso le casse previdenziali complementari pubbliche e allegata alla controplica del governo tedesco (documento 2).

---

78 – Secondo l'elenco allegato al ricorso della Commissione 34 grandi città tedesche nel 2006 avrebbero avuto più di 217 610 abitanti. Le parti, tuttavia, concordano sul fatto che la maggiore città tedesca, Berlino, esuli dal campo di applicazione del contratto collettivo EUmw/VKA.

---

79 – Cfr. art. 7, n. 3, della direttiva 92/50 nonché art. 9, n. 3, della direttiva 2004/18.

---

80 – Cfr., ad esempio, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-16/98, Commissione/Francia (Racc. I-8315).

---

81 – Lettera della Commissione del 30 gennaio 2007 allegata all'atto di ricorso (documento A-5).

---

82 – Comunicazione del 1° marzo 2007 della Repubblica federale di Germania alla Commissione (pag. 9), allegata all'atto di ricorso della Commissione (documento A-

6). In tale comunicazione il governo tedesco, nel rispondere al quesito concernente i criteri impiegati nella scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali menzionati nell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA, ha altresì sottolineato come la designazione di un ente dipenda dalle performances degli offerenti «sempre che i datori di lavoro non predispongano modalità attuative collettive per i propri dipendenti».

---

83 – Sentenza Viking Line (cit. supra alla nota 22).

---

84 – Ibidem, punti 42 e segg.

---

85 – Ibidem, punti. 68 e segg.

---

86 – Ibidem, punto 75.

---

87 – Ibidem, punto 77.

---

88 – Ibidem, punto 77.

---

89 – Ibidem, punto 84.

---

90 – Ibidem, punti 77 e segg.

---

91 – In senso critico anche S. Thomas, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt ,Viking,* in *Revue du droit de l'Union européenne* 2008, pag. 199. In merito cfr. anche A.C.L. Davies, *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ,* in *Industrial Law Journal*, 2008, pag. 141 e segg.; A. Bucker, *Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen,* in *NZA* 2008, pag. 215 e seg.

---

92 – Cfr. in proposito sentenze 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a. (Racc. pag. I-7831, punto 33) e 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a. (Racc. pag. I-8453, punto 36). Sul riconoscimento della rilevanza della tutela dei lavoratori per il bene comune cfr. anche E. Eichenhofer, *Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz,* in *JZ*, 2007, pag. 427 seg.

---

93 – Sentenza Laval un Partneri (cit. supra alla nota 31).

---

94 – A tale proposito cfr. R. Rebhahn, *Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking,* in *ZESAR*, 2008, pag. 115, il quale nell'analizzare le sentenze in Viking Line e Laval un Partneri giunge alla conclusione che Corte di giustizia abbia finora riconosciuto alle libertà fondamentali, almeno in termini di effettività, un rango maggiore rispetto ai diritti fondamentali. Cfr. C. Vigneau, *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome,* in *La Semaine Juridique – éd. G* 2008, II 10060, pag. 34 e seg., secondo cui la Corte di Giustizia in tali sentenze ha riconosciuto il diritto di azioni collettive quale «diritto secondario». B. Zwanziger, *Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen ,Laval' und ,Viking',* in *DB* 2008, pag. 295, ritiene che, a differenza di quanto avvenuto nella sentenza Schmidberger (cit. supra

alla nota 27) ove si è proceduto ad un bilanciamento delle libertà fondamentali e dei diritti fondamentali, nelle sentenze Viking Line e Laval un Parteneri si è slittati verso l'attribuzione di un maggior peso alle libertà fondamentali.

---

95 – A tale proposito in dottrina si sottolinea che alla luce della costante giurisprudenza della Corte, secondo cui gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi (cfr. in proposito paragrafo 66 di queste conclusioni), una violazione delle libertà fondamentali potrebbe ora, al sussistere di determinati presupposti, imputarsi anche ai sindacati o ad altre associazioni o enti di carattere non statale, ancorché la giurisprudenza concernente i motivi giustificativi scritti e non scritti si sia formata in prevalenza in relazione a violazioni perpetrata dagli Stati membri. Per tali associazioni non statali, pertanto, sarebbe particolarmente gravoso addurre prova della giustificabilità della violazione commessa; cfr. A.C.L. Davies, op. cit. alla nota 91, S. 142; tale aspetto potrebbe considerarsi come un'asimmetria di sviluppo del diritto comunitario.

---

96 – Una conferma di ciò da ultimo è rinvenibile nella sentenza 6 ottobre 2009, causa C-153/08, Commissione/Spagna (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36).

---

97 – Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi presentate il 23 maggio 2007 nella causa Laval un Parteneri, causa C-341/05 (Racc. pag. I-11767, paragrafo 84) nonché le conclusioni presentate il 26 ottobre 2006 nella causa C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía e a./Consiglio (Racc. pag. I-1579, paragrafo 177) e nella causa C-355/04 P, Segi e a./Consiglio (Racc. I-1657, paragrafo 177).

---

98 – V. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in DÖV, 2006, pag. 93 e segg. Cfr. anche S. Prechal/ S.A. De Vries, Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht, in S.E.W., 2008, pag. 434 e seg., che fa notare come spesso il conflitto tra diritti fondamentali e libertà fondamentali possa essere formulato nei termini di un conflitto tra due diritti fondamentali.

---

99 – Cfr., ad esempio, H.W. Rengeling/ P. Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, Colonia, 2004, punto 1008, i quali sottolineano, con specifico riferimento al diritto di azioni collettive – oramai riconosciuto quale diritto fondamentale del diritto comunitario e strettamente connesso al diritto di autonomia collettiva – che un eventuale conflitto tra libertà fondamentali e il suddetto diritto di azioni collettive vada risolto attraverso un loro bilanciamento.

---

100 – Su tale tripartito schema di accertamento del principio di proporzionalità cfr. le conclusioni da me presentate il 21 gennaio 2010 nella causa C-365/08, Agrana Zucker (non ancora pubblicate nella Raccolta, punti 59 e segg.).

---

101 – Tale valutazione è conforme ai principi espressi nell'art. 52, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali, ai sensi del quale tutte le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

---

102 – Sentenza Schmidberger (cit. supra alla nota 27).

---

103 – Sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, Rüffert (Racc. pag. I-1989).

---

104 – Sentenza Schmidberger (cit. supra alla nota 27, punti 82 e segg.).

---

105 – Ibidem punti 89 e segg.

---

106 – Cit. supra alla nota 103.

---

107 – Sul riconoscimento della tutela dei lavoratori quale ragione imperativa di interesse generale v. la giurisprudenza citata alla nota 92. Sul riconoscimento della stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale quale ragione imperativa di interesse generale cfr. sentenza 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts (Racc. pag. I-4325, punto 103 e la giurisprudenza ivi citata).

---

108 – In proposito cfr. segnatamente l'art. 6 della Carta sociale europea, l'art. 6 della Carta sociale europea riveduta, l'art. 12 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali.

---

109 – Cfr. sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 42).

---

110 – Sentenza 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder (Racc. pag. 2237, punto 21).

---

111 – A questo punto occorre ricordare che la Corte, nella sua costante giurisprudenza, ha ammessa un'analisi contenutistica del contratto collettivo al fine di verificare eventuali violazioni del divieto di discriminazione cristallizzato nell'art. 39 CE e nel regolamento (CEE) del 15 ottobre 1968, n. 1612, del Consiglio relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità la compatibilità del contenuto dei contratti collettivi nella sua costante giurisprudenza (GU L 257, pag. 2). Tale controllo contenutistico dei contratti collettivi è espressamente stabilito nell'art. 7, n. 4, di tale regolamento. Cfr. sentenze 16 settembre 2004, causa C-400/02, Merida (Racc. pag. I-8471); 24 settembre 1998, causa C-35/97, Commissione/Francia pag. I-5325), nonché 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou (Racc. I-47).

---

112 – L'obbligo di trasparenza prescritto dal diritto primario, secondo una costante giurisprudenza, impone di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, senza necessariamente comportare un obbligo di far ricorso ad una gara; cfr. sentenze 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Braban (Racc. pag. I-8457, punto 25) e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. I-7287, punto 21).

---

113 – Cfr. altresì P. Hanau, Tarifvertragliche Beschränkungen der Entgeltumwandlung, in DB, 2004, pag. 2268, che, alla luce del principio di favore verso il lavoratore che rappresenta uno dei capisaldi del regime tedesco della contrattazione collettiva, critica in modo particolarmente pregnante la delimitazione degli enti esercenti funzioni previdenziali di cui all'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA. A suo avviso, posto che il contratto collettivo è preordinato alla tutela dei lavoratori, sarebbe addirittura assurdo ipotizzare che nel contratto collettivo si escluda la possibilità di stipulazione di accordi quadro più convenienti da parte dei datori di lavoro-enti locali e ciò a prescindere dal fatto che la convenienza della

regolamentazione alternativa si riferisca alle prestazioni fornite direttamente dal datore di lavoro o, invece, alle prestazioni dell'ente esercente funzioni previdenziali.

---

114 – A tale proposito va ricordato che nella dottrina tedesca autorevoli voci si sono espresse in modo estremamente critico sulla scelta degli enti esercenti funzioni previdenziali operata in via preventiva nell'ambito dell'art. 6 del contratto collettivo EUmw/VKA. Cfr., in particolare, P. Hanau, op. cit. alla nota 113, pag. 2269, al quale la delimitazione degli enti ammessi alla conversione pare rispondere esclusivamente all'interesse di questi ultimi e non all'interesse dei lavoratori.

---

115 – Cfr. sul punto D. Jarass, EU-Grundrechte, Monaco di Baviera 2005, pag. 344, secondo cui restrizioni al diritto di negoziazione collettiva e al diritto di azioni collettive sono, segnatamente, ammissibili laddove la contrattazione non verta sulle condizioni di lavoro.