

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
M. POIARES MADURO  
presentate il 24 novembre 2004 (1)

**Causa C-264/03**

**Commissione delle Comunità europee  
contro  
Repubblica francese**

«Ricorso per inadempimento – Appalti pubblici – Procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi – Direttiva 92/50/CEE – Committenza pubblica – Elenco completo di persone giuridiche di diritto francese»

1. Con il presente ricorso per inadempimento, la Commissione chiede che sia dichiarato che la Repubblica francese, riservando, all'art. 4 della legge 12 luglio 1985, n. 85-704, relativa alla committenza pubblica ed ai suoi rapporti con la direzione dei lavori privata, come modificata dalla legge 13 luglio 1991, n. 91-662, e dalla legge 14 novembre 1996, n. 96-987 (2), la committenza delegata ad un elenco tassativo di persone giuridiche di diritto francese, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (3), in particolare dei suoi artt. 8 e 9, oltre che dell'art. 49 CE.

2. Il presente ricorso consente di precisare l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, in particolare il concetto di appalto. Inoltre, esso fa riferimento al tempo stesso al rispetto della citata direttiva e al principio della libera prestazione di servizi stabilito dall'art. 49 CE, il che richiede di definire il rapporto tra tali due testi.

**I – Fatti e ambito normativo**

3. È opportuno precisare, in apertura, che l'art. 4 della legge n. 85-704, che è oggetto del presente ricorso, è in via di modificazione. L'ordinanza 17 giugno 2004, n. 2004-566, modifica questo articolo consentendo che il mandato possa, d'ora in avanti, essere affidato tanto a un soggetto pubblico quanto a un soggetto privato (4). L'ordinanza introduce un'incompatibilità tra la funzione di mandatario e «ogni funzione di direzione lavori, di esecuzione dei lavori o di controllo tecnico relativo alla o alle opere a cui il mandato si riferisce», in modo da evitare le situazioni di conflitto di interessi (5). L'incompatibilità è estesa alle imprese legate al mandatario. Il 15 settembre scorso è stato presentato all'Assemblea nazionale un disegno di legge per la ratifica di tale ordinanza. Tuttavia, secondo la costante giurisprudenza, l'inadempimento deve essere valutato alla data della scadenza del termine di due mesi dal parere motivato, che risale al 27 giugno 2002. Pertanto,

nel prosieguo di queste conclusioni, farò riferimento alla legge francese vigente a tale data.

4. Prima di esaminare le posizioni della Repubblica francese e della Commissione su tali due punti, passiamo brevemente in rassegna le norme nazionali e comunitarie rilevanti.

5. La direttiva 92/50 coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Essa mira «ad eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro» (6). Per realizzare tale obiettivo, la direttiva si sforza di «garantire che imprese di altri Stati membri siano in grado di presentare offerte per appalti o per insiemi di appalti che possono presentare un interesse per motivi obiettivi relativi al loro valore» (7). La direttiva 92/50 sottopone a un regime differente due categorie di servizi, classificate nei suoi allegati I A e I B. Conformemente all'art. 9 della direttiva, le regole applicabili ai servizi di cui all'allegato I B comportano soltanto l'esigenza di definire le specifiche tecniche e di trasmettere un avviso con l'esito della procedura di aggiudicazione. I servizi di cui all'allegato I A, invece, sono sottoposti, ai sensi dell'art. 8, ad obblighi più completi: debbono ad esempio essere oggetto di una pubblicazione previa, nei modi precisati e nei termini stabiliti.

6. Il principio della libera prestazione di servizi stabilito dall'art. 49 CE si applica a tutte le prestazioni di servizi, salvo che non ricadano nelle eccezioni previste dagli artt. 45 CE e 46 CE. Poiché la direttiva 92/50 si applica solo alle prestazioni di servizi fondate su contratti d'appalto (8), i servizi effettuati su altra base sono sottoposti soltanto al principio della libera prestazione di servizi. Sono ugualmente sottoposti all'art. 49 CE gli appalti che non superano le soglie di valore fissate all'art. 13 della direttiva 92/50.

7. La legge oggetto del presente ricorso organizza e regola la committenza pubblica. Essa deve essere applicata alla realizzazione di ogni opera di costruzione di edifici o di infrastrutture, oltre alle attrezzature industriali destinate al loro utilizzo, quando committenti siano lo Stato, gli enti pubblici o determinati enti privati (9). In tale contesto, il committente può concludere un contratto di mandato conformemente alle disposizioni della citata legge.

8. Le caratteristiche di tale contratto sono precisate all'art. 5 della legge n. 85-704: «I rapporti tra il committente e [il mandatario] sono definiti da una convenzione che deve prevedere, a pena di nullità: l'opera oggetto della convenzione, le funzioni affidate al mandatario, i modi in cui il committente verifica l'adempimento dell'incarico del mandatario, le modalità di remunerazione di quest'ultimo, le penali a lui applicabili in caso di mancato rispetto degli obblighi e i casi in cui la convenzione può essere risolta (...)».

9. La citata legge fornisce, all'art. 3, un'elencazione dei compiti che il committente può affidare al mandatario:

- «definizione delle condizioni amministrative e tecniche in base alle quali l'opera sarà progettata ed eseguita;
- preparazione della scelta del direttore lavori, stipula del contratto di direzione lavori dopo l'approvazione della scelta del direttore lavori da parte del committente, gestione del contratto di direzione lavori;
- approvazione dei progetti preliminari e accordi relativi al progetto;
- preparazione della scelta dell'esecutore, stipula del contratto d'appalto dopo

l'approvazione della scelta dell'esecutore da parte del committente, gestione del contratto d'appalto;

- pagamento dei compensi per la direzione lavori e per l'esecuzione dell'opera;
- collaudo dell'opera
- e compimento di ogni atto connesso alle funzioni sopra citate».

10. In base all'art. 2 della citata legge, talune funzioni non possono essere delegate da parte del committente. Si tratta dell'ideazione generale dell'opera e della supervisione della sua realizzazione.

11. Come risulta dalle disposizioni citate della legge oggetto del ricorso, i compiti che il committente può affidare al mandatario sono assai ampi. Ciò che tuttavia rappresenta la specificità del contratto di mandato è l'identità del mandatario, che può essere scelto dal committente soltanto nell'ambito delle categorie indicate tassativamente all'art. 4 della legge:

- «le persone giuridiche menzionate ai nn. 1 e 2 dell'art. 1 della presente legge [cioè lo Stato e i suoi enti pubblici, gli enti locali, i loro enti pubblici, gli enti pubblici per l'urbanizzazione di nuove città, i loro raggruppamenti e i consorzi misti], ad eccezione degli enti pubblici sanitari e sociali, che potranno essere mandatari solamente di altri enti pubblici sanitari e sociali;
- le persone giuridiche il cui capitale sia per metà detenuto, direttamente o attraverso soggetti interposti, dalle persone giuridiche indicate ai nn. 1 e 2 dell'art. 1 e che abbiano per scopo il sostegno al committente, a condizione che esse non svolgano attività di direzione lavori o di esecutore per conto di terzi;
- gli enti privati per le case popolari indicati all'art. L. 411-2 del codice delle costruzioni e dell'abitazione, ma soltanto a favore di altri enti per le case popolari e per opere legate alla realizzazione di alloggi sovvenzionati;
- le società miste locali disciplinate dalla legge 7 giugno 1983, n. 83-597, relativa alle società miste locali;
- gli enti pubblici istituiti in applicazione dell'art. L. 321-1 del codice urbanistico, oltre che le associazioni fondiarie urbane autorizzate o istituite d'ufficio in applicazione dell'art. L. 322-1 del codice urbanistico;
- le società istituite in applicazione dell'art. 9 della legge 24 maggio 1951, n. 51-592, relativa ai conti speciali del tesoro per l'anno 1951, modificato dall'art. 28 della legge 8 agosto 1962, n. 62-933, complementare alla legge di orientamento agricolo;
- ogni soggetto pubblico o privato cui sia stata affidata la realizzazione di una zona di sistemazione concordata o di una lottizzazione ai sensi del Titolo I del Libro III del codice urbanistico, limitatamente alle opere legate a tali operazioni;
- le società che abbiano concluso il contratto previsto dall'art. L. 222-1 del codice delle costruzioni e dell'abitazione per l'attuazione di operazioni di risanamento urbano di grandi aree e quartieri degradati, di cui al n. I dell'art. 1466 A del codice generale delle imposte».

12. I contratti di mandato conclusi in applicazione della legge n. 85-704 non sono sottoposti al codice degli appalti pubblici francesi (10). Al committente non è richiesto di adottare alcuna gara d'appalto per la scelta del mandatario. Invece il mandatario è sottoposto, per i contratti che stipula in nome del committente, al codice degli appalti pubblici francesi (11). Si pone la questione di sapere se i contratti di mandato conclusi ai sensi della legge n. 85-704 debbano essere sottoposti ai principi dell'obbligo di gara d'appalto e di previa pubblicazione che derivano dalla direttiva 92/50 e dalle disposizioni del Trattato sulla libera prestazione di servizi.

13. Dopo aver inviato alla Repubblica francese una lettera di richiesta di chiarimenti in data 31 maggio 2000, la Commissione, non soddisfatta delle risposte ricevute, ha inviato una lettera di messa in mora il 25 luglio 2001. Poiché le risposte fornite dalle autorità francesi non hanno convinto la Commissione, quest'ultima ha emesso un parere motivato il 27 giugno 2002. Sebbene la Repubblica francese avesse annunciato la prossima abrogazione delle norme contestate, la Commissione ha deciso di adire la Corte.

14. Voglio chiarire che le censure della Commissione si incentrano su due punti. Da un lato, il contratto di mandato previsto dalla legge francese sarebbe compreso nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 e la sua disciplina non sarebbe compatibile con gli artt. 8 e 9 di quest'ultima. Dall'altro, nel caso in cui la direttiva 92/50 non fosse applicabile, l'art. 4 della legge in esame, riservando i contratti di mandato a determinate persone giuridiche, non sarebbe conforme alle disposizioni del Trattato sulla libera prestazione di servizi.

15. Nei limiti di applicabilità della direttiva 92/50, si esaminerà se essa sia stata rispettata. Quindi, sarà necessario chiarire se la legge n. 85-704 sia, per i casi in cui la direttiva non è applicabile, conforme all'art. 49 CE.

## **II – Incompatibilità della legge n. 85-704 con la direttiva 92/50**

16. Al fine di stabilire se, come sostiene la Commissione nel suo ricorso, l'art. 4 della legge n. 85-704 sia incompatibile con le norme della direttiva 92/50, va innanzitutto verificato se le situazioni disciplinate da tale legge ricadano nell'ambito di applicazione della direttiva.

*A – Inclusione del contratto di mandato, così come definito dalla legge n. 85-704, nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50*

17. In sostanza, le parti si contrappongono sul problema dell'appartenenza dei contratti di mandato definiti dalla legge n. 85-704 all'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50. L'ambito di applicazione di tale direttiva è determinato al suo art. 1. Pertanto, per verificare l'esistenza di un eventuale inadempimento, va in primo luogo verificato se il contratto di mandato definito dalla legge n. 85-704 soddisfi i criteri di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

18. Secondo la definizione contenuta in tale norma, sono appalti pubblici di servizi «i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Nel caso in esame, tali requisiti sembrano soddisfatti.

19. In primo luogo, ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva sono amministrazioni aggiudicatrici «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico». Gli organismi di diritto pubblico sono funzionalmente definiti dal medesimo articolo come «qualsiasi organismo (...) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» e controllato dallo Stato, attraverso la detenzione della maggioranza del

capitale o la possibilità di designare gli organi di gestione dell'organismo in questione. In conformità dell'art. 1 della legge n. 85-704, i soggetti che possono esercitare la funzione di committenti sono lo Stato e i suoi enti pubblici, gli enti locali, i loro enti pubblici, gli enti pubblici per la sistemazione di nuova città, i loro raggruppamenti e i consorzi misti. Possono inoltre concludere contratti di mandato ai sensi della legge n. 85-704 gli enti privati menzionati all'art. L. 64 del codice della previdenza sociale e le loro unioni e federazioni, oltre agli enti privati per le case popolari e le società miste, per gli alloggi ad uso abitativo sostenuti dallo Stato e realizzati da tali enti e società. Non c'è dubbio che tali enti sono tutti amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva 92/50.

20. In secondo luogo, dall'art. 5 della legge n. 85-704 deriva che ogni contratto di mandato deve avere forma scritta. È dunque soddisfatta la seconda condizione di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

21. In terzo luogo, l'art. 5 della legge citata prevede, a pena di nullità del contratto di mandato, un compenso per il mandatario. Il mandato di committenza è dunque un contratto a titolo oneroso.

22. In quarto luogo, i compiti affidati al mandatario, così come definiti all'art. 4 della legge citata, sembrano corrispondere ad una prestazione di servizi.

23. Sulla base di tali criteri, in prima analisi risulta che il contratto di mandato ai sensi della legge francese è un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

24. La Repubblica francese, però, espone due argomenti contro tale qualificazione. Essa sostiene innanzitutto che, a causa delle sue numerose particolarità, il contratto di mandato definito dalla legge n. 85-704 non può essere interpretato come un appalto pubblico di servizi. Essa ritiene inoltre che il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Ordine degli Architetti e a. (12), applicabile per analogia, conduca ugualmente a sottrarre il contratto di mandato ai sensi della legge n. 85-704 dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50.

1. Il mandato di committenza realizza un trasferimento di pubblici poteri?

25. Secondo lo Stato convenuto, il mandato di committenza si distinguerebbe da un contratto per la prestazione di servizi sotto vari aspetti. L'essenza del contratto di mandato risiederebbe nel potere che esso conferisce al mandatario di rappresentare il committente. Vi sarebbe un legame indissolubile tra tale funzione di rappresentanza e le altre competenze riconosciute al mandatario. Il mandatario sarebbe quindi investito di una funzione di interesse generale ed avrebbe pure un potere di codecisione con il committente. I rapporti intercorrenti tra il committente e il mandatario sarebbero del tutto diversi da quelli derivanti da un contratto di natura commerciale. Tali specificità, considerate nel loro complesso, impedirebbero di assimilare il contratto di mandato ad un contratto per la prestazione di servizi.

26. La Commissione contesta tutti gli elementi richiamati. A suo giudizio, il fatto che una prestazione di servizi sia effettuata in esecuzione di un contratto di mandato non sarebbe sufficiente ad escluderla dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Così, ad esempio, ricadono nella detta direttiva, in applicazione del punto 21 del suo allegato I B, i contratti di mandato conclusi tra un avvocato e il suo cliente. Una simile interpretazione sarebbe inoltre conforme a quella sviluppata dal Conseil d'État nella sua sentenza del 5 marzo 2003 (13), con cui è stata ritenuta non compatibile con la direttiva 92/50 una sottrazione generale e

sistematica dei contratti di mandato alle norme del codice degli appalti pubblici francese. Infine, l'esistenza di profili di interesse generale non potrebbe certo escludere la qualificazione di appalto di servizi ai sensi della direttiva, poiché analoghi elementi sono spesso presenti nei contratti sottoposti alla direttiva (14). Pertanto, nessuna delle specificità invocate dalla Repubblica francese sembra in grado di escludere l'applicabilità della direttiva 92/50.

27. La prima questione da risolvere riguarda la natura del contratto concluso tra il committente e il mandatario. Sebbene la qualificazione secondo il diritto nazionale del contratto concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore di servizi sia in linea di principio indifferente ai fini della qualificazione sulla base del diritto comunitario, va tuttavia osservato che la direttiva si applica solo agli «appalti» di servizi, con esclusione, in particolare, delle concessioni di servizi pubblici.

28. Pur non sostenendo che il rapporto contrattuale in oggetto sia assimilabile ad una concessione(15), la Repubblica francese afferma che vi sarebbe comunque un trasferimento di pubblici poteri dal committente al mandatario. Essa tenta così di stabilire un parallelo tra la giurisprudenza esistente in materia di concessioni e la soluzione che la Corte potrebbe adottare relativamente al mandato di committenza. In effetti, dall'analisi della giurisprudenza risulta che è proprio l'esistenza di un tale trasferimento di pubblici poteri al concessionario che giustifica l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Dopo aver esposto la giurisprudenza comunitaria in materia di concessioni, si dovrà vedere se essa sia eventualmente applicabile anche al contratto di mandato che è qui in esame.

29. Mentre le concessioni di lavori pubblici sono espressamente sottoposte alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (16), le concessioni di servizi non sono disciplinate dalla direttiva 92/50. È stato stabilito che esse sono estranee al suo ambito di applicazione (17). La direttiva del Parlamento 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, adottata il 31 marzo 2004 (18), la quale sostituisce in particolare la direttiva 92/50, conserva l'esclusione delle concessioni di servizi dal suo ambito di applicazione.

30. Il criterio della concessione, sebbene non sia fissato da norme di rango legislativo, può essere determinato attraverso il confronto con la definizione contenuta nella direttiva 93/37 (19). Nella sua comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (20), anche la Commissione europea ha tentato di elaborare una definizione del concetto, utilizzando la presenza del rischio d'impresa come fattore determinante. Si può osservare che la direttiva 2004/18 elimina ogni incertezza sul punto, poiché all'art. 1, n. 4, definisce le concessioni di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

31. Nella sentenza BFI Holding la Corte ha stabilito che un contratto, qualificato come concessione nel diritto nazionale e relativo alla raccolta dei rifiuti, poteva ricadere nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 (21). In effetti, senza guardare alla qualificazione nazionale, la Corte ha fatto riferimento solo alle condizioni previste all'art. 1 della direttiva 92/50.

32. Nelle conclusioni presentate nella causa Teleaustria e Telefonadress, l'avvocato generale Fennelly aveva proposto di considerare in primo luogo il fatto che «il concessionario deve sopportare il rischio economico principale» (22). Il fatto che il contratto di concessione sia concluso a favore di terzi sarebbe un criterio sussidiario ed il requisito

dell'interesse pubblico del servizio concesso dovrebbe, a suo giudizio, essere escluso. Nella causa, la Corte non si è pronunciata sulla precisa delimitazione del concetto, ritenendo sussistente una concessione quando «la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione» (23).

33. Quando ha dovuto esaminare la concessione per il gioco del lotto in Italia (24), la Corte ha dichiarato che, in assenza di trasferimento di pubblici poteri al concessionario, essa doveva essere considerata un contratto sottoposto alla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (25).

34. Il criterio basato sulla remunerazione del concessionario non può essere utilizzato nell'ambito dell'analisi del contratto di mandato. Infatti, non può esistere un diritto di sfruttamento economico nell'ambito di un mandato di committenza. Va invece verificato se il contratto di mandato realizzi un trasferimento di pubblici poteri dal committente al mandatario. Ciò indicherebbe che tale contratto non è un appalto ai sensi della direttiva 92/50. In assenza di tale trasferimento, invece, le argomentazioni della Repubblica francese dovranno essere rigettate.

35. La difficoltà della presente causa sta nel carattere specifico del contratto di mandato, sulla base del quale il mandatario rappresenta il mandante. Tuttavia, ed è per questa ragione che l'argomentazione dello Stato convenuto non può essere accolta, il mandato di committenza, così come definito dalla legge n. 85-704, non è soltanto un contratto con il quale il mandatario si impegna a rappresentare il committente. Come risulta dalla lista delle numerose funzioni che possono essere affidate al mandatario, in base all'art. 3 della legge, questi esercita anche, in parallelo, funzioni di assistenza al committente (26).

36. La Repubblica francese sostiene che le due funzioni svolte dal mandatario sono inseparabili. Tuttavia, il fatto che l'art. 3 della legge n. 85-704 si limiti a fornire una lista esemplificativa delle funzioni che possono essere affidate al mandatario milita contro l'interpretazione dello Stato convenuto. Sulla base di tale disposizione della legge, il committente può benissimo fare ricorso ad un prestatore di servizi per determinate prestazioni ed affidare al mandatario solo funzioni di rappresentanza. In alternativa, gli è affatto permesso di affidare ad un medesimo soggetto l'insieme dei compiti indicati all'art. 3 della legge citata. Il suo margine di manovra non è limitato che dall'art. 2 della legge, che gli proibisce di spogliarsi della sua funzione di «responsabile principale dell'opera». Il fatto che al committente sia lasciata la scelta dei compiti che intende o meno affidare al mandatario dimostra che è del tutto possibile separare le diverse funzioni che gli spettano: da un lato quelle che corrispondono a prestazioni di servizi, dall'altro quelle che comportano una funzione di rappresentanza del committente.

37. Poiché è possibile distinguere due tipi di compiti che possono essere affidati al mandatario, nulla si oppone a che tali due categorie di funzioni siano eventualmente sottoposte ad un regime differente. Qualora si tratti di prestazioni di servizi svolte in adempimento di un mandato di committenza, esse saranno da qualificare come appalti di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50. Pertanto, almeno nei limiti in cui esso comporti delle prestazioni di servizi, un mandato di committenza stipulato in base alla legge n. 85-704 sarà sottoposto alle norme di tale direttiva.

38. Passiamo ora all'esame della seconda categoria di compiti affidati al mandatario, al fine di determinare se essi, laddove comportino un trasferimento di autorità pubblica, possano sottrarsi all'ambito di applicazione della direttiva. Il mandatario rappresenta il committente in due casi: da un lato al momento della stipulazione del contratto per la

direzione dei lavori e del contratto d'appalto, dall'altro al momento del pagamento dei compensi ai prestatori e ai costruttori prescelti.

39. Sebbene il mandatario sia autorizzato a sottoscrivere i contratti di direzione dell'opera e di appalto in nome del committente, egli può procedervi solamente dopo averne ricevuto l'assenso (27). In tale ipotesi non si ha un vero trasferimento di pubblici poteri, poiché il mandatario non può prendere tali decisioni in via autonoma.

40. Per quanto riguarda il versamento dei compensi ai prestatori e ai costruttori, essi sono finanziati dal committente, cosicché il mandatario non ha margine di manovra nemmeno in tale ambito. Egli si limita ad anticipare delle somme che gli sono poi rimborsate dal committente.

41. Pertanto, sebbene il mandatario possa compiere determinati atti giuridici in nome del committente, non possiede per questo un'autonomia sufficiente, nello svolgimento dei suoi compiti, per essere considerato beneficiario di un trasferimento di pubblici poteri (28). Di conseguenza, l'argomentazione proposta dalla Repubblica francese circa la specificità del mandato di committenza deve essere respinta: il contratto ricade, nella sua interezza, sotto la direttiva 92/50.

2. L'eventuale incidenza della giurisprudenza Ordine degli Architetti e a.

42. Secondo la Repubblica francese, il ragionamento della sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., sarebbe qui applicabile per analogia, e condurrebbe ad escludere tutti i contratti di mandato dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. Nel caso indicato, un giudice italiano aveva chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di una norma nazionale che consentiva a chi richiedeva una concessione edilizia di essere esonerato parzialmente o totalmente dal pagamento del contributo dovuto per il rilascio della concessione, in cambio della realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione (come le strade residenziali, gli spazi di sosta o le reti di distribuzione del gas).

43. Dopo aver considerato che la realizzazione di tali opere rientrava nell'ambito della direttiva 93/37, la Corte ha affermato l'incompatibilità di una disposizione nazionale come quella oggetto di esame, nel caso in cui il valore dell'opera in esame risulti superiore alla soglia fissata dalla direttiva (29). In altri termini, la Corte ha ritenuto che il contratto concluso tra il Comune e il proprietario di un terreno che richiede una concessione edilizia ricada nell'ambito di applicazione della direttiva citata. Prima di raggiungere questa conclusione, la Corte ha fissato un limite al punto 100 della sentenza: «Ciò non significa che, per garantire il rispetto della direttiva in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, debba necessariamente essere l'amministrazione comunale ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva in questione. L'effetto utile di quest'ultima risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva, e ciò affinché vengano rispettati gli obblighi incombenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima. In tal caso, infatti, il lottizzante, alla luce degli accordi conclusi con il Comune che lo esentano dal contributo per gli oneri di urbanizzazione in cambio della realizzazione di un'opera di urbanizzazione pubblica, deve essere considerato come titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della costruzione di tale opera. Una tale possibilità di applicazione delle regole di pubblicità della direttiva da parte di soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici è peraltro espressamente prevista dall'art. 3, n. 4, della direttiva stessa in caso di concessione di lavori pubblici».

44. La Commissione e la Repubblica francese interpretano questo passaggio in modo differente.
45. La Repubblica francese ricava da questo punto una teoria generale del mandato (30). Secondo la lettura del punto che essa propone, per rispettare le norme delle direttive 93/37 e 92/50 sarebbe sufficiente che il mandatario fosse tenuto a rispettare le direttive stesse. Di conseguenza, la legge n. 85-704 sarebbe conforme al diritto comunitario, poiché essa sottopone i contratti conclusi dal mandatario alle stesse norme cui sarebbero sottoposti se fossero conclusi dal committente (31).
46. La Commissione cerca invece di individuare le differenze fra la vicenda di causa e quella all'origine della sentenza Ordine degli Architetti e a. Essa nota in primo luogo che a rilevare sono direttive differenti. Inoltre, sottolinea che, in un caso come quello della sentenza Ordine degli Architetti e a., il Comune non può scegliere il suo mandatario, che è necessariamente il contribuente titolare della concessione edilizia. Infine, il contratto concluso tra il Comune e il proprietario di un terreno che richiede una concessione edilizia si limita a prevedere la riduzione di un onere in cambio della costruzione di opere di urbanizzazione, con esclusione di ogni altra prestazione di servizi a favore del Comune.
47. Alla luce di tali elementi, mi sembra che la sentenza Ordine degli Architetti e a. non possa essere interpretata come suggerisce la Repubblica francese. Infatti, seguendo la linea della Commissione, allorché i contratti di appalto di lavori stipulati dal proprietario sono sottoposti alle regole della direttiva 93/37, l'effetto utile di tale direttiva è conservato(32). In altri termini, ai fini del rispetto degli obiettivi della direttiva 93/37 è indifferente che il committente sottoposto all'obbligo di indire una gara d'appalto sia il Comune o il proprietario che richiede la concessione edilizia.
48. Ebbene, se si ammettesse, per analogia, che il contratto per la prestazione di servizi concluso tra il committente e il mandatario potesse esorbitare dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50, si impedirebbe l'effetto utile di tale direttiva. Infatti, a differenza che nell'ipotesi esaminata dalla Corte nella causa Ordine degli Architetti e a., è necessario distinguere tra le funzioni di rappresentanza (come la firma dei contratti in nome del committente), da un lato, e le funzioni svolte a titolo oneroso dal mandatario a favore del committente, dall'altro. L'eventuale applicazione della sentenza Ordine degli Architetti e a. non potrebbe che riguardare le prime. Se avesse luogo un trasferimento di pubblici poteri dal committente al mandatario, si potrebbe ritenere l'applicazione della direttiva 92/50 al solo mandatario sufficiente per garantire l'effetto utile della norma. Per contro, per ciò che riguarda le prestazioni di servizi svolte a favore del committente, il semplice fatto che esse siano realizzate nell'ambito di un contratto di mandato non potrebbe impedire il loro assoggettamento alla direttiva citata.
49. Quanto alle funzioni di rappresentanza del mandatario, in assenza di un trasferimento di pubblici poteri non possono che essere assimilate a prestazioni di servizi. Inoltre, poiché nulla impedisce che il committente affidi a un prestatore, in base ad un contratto d'appalto e non con un mandato, prestazioni di assistenza identiche a quelle che potrebbe effettuare il mandatario, non vi possono essere dubbi circa l'applicabilità della direttiva 92/50 al mandato di committenza. Ora, è pacifico che la qualificazione di un contratto secondo il diritto nazionale non può limitare l'applicabilità del diritto comunitario. Ne consegue che la direttiva 92/50 è applicabile alle prestazioni di servizi effettuate dal mandatario a favore del committente, senza che possa avere alcuna influenza la qualificazione del rapporto contrattuale in base al diritto nazionale.
50. In ogni caso, e come si vedrà meglio nella terza parte, quand'anche il contratto di mandato, così come definito dalla legge francese, non rientrasse nell'ambito di applicazione

della direttiva, esso resterebbe sottoposto alle disposizioni in materia di libera prestazione di servizi.

*B – Incompatibilità dell'art. 4 della legge n. 85-704 con la direttiva 92/50*

51. Poiché, dunque, il contratto di mandato ai sensi della legge n. 85-704 ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50, è necessario verificare se la norma francese sia compatibile con tale direttiva. L'art. 4 della legge n. 85-704, che è oggetto del presente ricorso, riserva il ruolo di mandatario a certe categorie di soggetti pubblici di diritto francese, indicate tassativamente.

52. Ciò appare chiaramente in contraddizione con l'obiettivo della direttiva 92/50 di consentire a tutti i prestatori di servizi un accesso paritario alle commesse pubbliche(33). Infatti, come ha stabilito la Corte a proposito della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici(34), «se è pur vero che la direttiva non fa espressa menzione del principio di parità di trattamento degli offerenti, resta nondimeno il fatto che l'obbligo del rispetto di tale principio risponde all'essenza stessa della direttiva»(35). La medesima affermazione è valida per la direttiva 92/50. L'art. 4 della legge n. 85-704 è dunque chiaramente in contraddizione con il principio di parità di trattamento degli offerenti, poiché riserva in via esclusiva a determinate categorie di persone giuridiche di diritto pubblico la possibilità di concludere contratti di mandato di committenza.

53. Inoltre, la legge n. 85-704 non prevede alcuna gara d'appalto per l'assegnazione di un contratto di mandato, cosicché il committente è del tutto libero nella sua scelta – nell'ambito delle categorie di soggetti pubblici indicate all'art. 4 della legge – anche nei casi in cui il valore delle prestazioni di servizi supera la soglia prevista dall'art. 13 della direttiva 92/50.

54. Come si è ricordato sopra, gli obblighi di gara d'appalto e di pubblicazione variano a seconda che i servizi resi all'amministrazione aggiudicatrice rientrino nella lista dell'allegato I A o in quella dell'allegato I B della direttiva 92/50. La questione circa l'appartenenza di un servizio alla categoria I A o I B ha dunque rilievo ai fini del regime giuridico ad esso applicabile. Gli appalti relativi a servizi di cui all'allegato I B sono sottoposti ad obblighi ridotti rispetto a quelli di cui all'allegato I A. In caso di contratto misto, l'art. 10 della direttiva 92/50 prevede: «Gli appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato I A risulti superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato I B. In caso contrario l'appalto viene aggiudicato conformemente agli articoli 14 e 16».

55. In questo caso, senza che sia nemmeno necessario determinare quale procedura si dovrebbe applicare al mandato di committenza, è sufficiente osservare che la legge in esame non prevede alcuna gara d'appalto per la scelta del mandatario. Così, sia che le prestazioni di servizi a lui affidate ricadano nell'allegato I A, sia che ricadano nell'allegato I B, va rilevato che la legge n. 85-704 non è compatibile con gli artt. 8 e 9 della direttiva 92/50.

56. Anche se la classificazione delle prestazioni effettuate dal mandatario ha poca incidenza sull'incompatibilità della legge nazionale con la direttiva 92/50, è necessario un chiarimento, poiché le parti sostengono punti di vista opposti (36). Lo Stato convenuto sostiene, in via subordinata, che le prestazioni effettuate dal mandatario consistono essenzialmente in servizi legali, di cui al punto 21 dell'allegato I B della direttiva 92/50, e secondariamente in compiti amministrativi, come la predisposizione delle gare d'appalto e delle procedure di aggiudicazione o la gestione degli aspetti contabili, ricadenti nella

categoria 27 (altri servizi) del medesimo allegato. La Commissione invece ritiene che il mandatario fornisca soprattutto servizi di architettura e di ingegneria, di cui al punto 12 dell'allegato I A. Le funzioni puramente rappresentative del mandatario potrebbero rientrare, a giudizio della Commissione, nel punto 27 dell'allegato I B della direttiva 92/50, rubricato «Altri servizi».

57. Leggendo l'art. 3 della legge n. 85-704, citato sopra al paragrafo 9, il quale descrive i compiti che possono essere assegnati al mandatario, sembra difficile sostenere, come fa la Commissione, che i compiti affidati al mandatario consistano unicamente in servizi di predisposizione di progetti architettonici o in servizi di ingegneria, di cui alla categoria 12 dell'allegato I A, anche se la «definizione delle condizioni amministrative e tecniche in base alle quali l'opera sarà progettata ed eseguita» (37), oltre che il «collaudo dell'opera» (38) sembrano rientrare in tale categoria. A tale proposito, non ci si può esimere da un esame caso per caso. Ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/50, il committente dovrà stabilire quale sia il regime applicabile ad ogni singolo mandato di committenza: non pare infatti possibile, vista la varietà di oggetto di tali contratti, sottoporli ad un regime uniforme (39).

58. Sulla base di tali considerazioni, va rilevata l'incompatibilità dell'art. 4 della legge in esame con gli artt. 8 e 9 della direttiva 92/50 (40). Per i casi in cui non trova applicazione la direttiva, rimane da vedere se l'art. 4 della legge n. 85-704 sia conforme al principio della libera prestazione di servizi.

### **III – Incompatibilità dell'art. 4 della legge n. 85-704 con l'art. 49 CE**

59. Ci si potrebbe chiedere quale sia l'interesse di un'applicazione cumulativa degli articoli del Trattato relativi alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento con le direttive che disciplinano gli appalti pubblici, nel caso in esame la direttiva 92/50. Tuttavia, per tutti gli appalti pubblici che si sottraggono all'ambito di applicazione delle direttive l'applicabilità delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione viene da sé (41). Allo stesso modo, i contratti estranei all'ambito di applicazione della direttiva 92/50, come i contratti di concessione, restano sottoposti alle norme generali del Trattato (42). Pertanto, per il caso in cui il mandato di committenza non superi le soglie di valore della direttiva 92/50 (43) o possa beneficiare di un'eccezione alla direttiva, va verificato se l'art. 4 della legge in esame sia conforme all'art. 49 CE.

60. Secondo la Repubblica francese, l'art. 49 CE non sarebbe applicabile al caso in esame, poiché il mandatario non effettuerebbe una prestazione di servizi. A differenza di un prestatore di servizi, il mandatario parteciperebbe ad una funzione di interesse generale, eserciterebbe un'attività di rappresentanza di un soggetto pubblico e beneficerebbe di un trasferimento di funzioni e di potere decisionale.

61. Come si è visto in precedenza, nulla sembra opporsi alla qualificazione dei compiti svolti dal mandatario come prestazioni di servizi.

62. Da parte sua lo Stato convenuto ribadisce la sua argomentazione basata sulla sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., e ritiene che la sua normativa sia conforme all'art. 49 CE, poiché il mandatario è sottoposto alle regole in materia di appalti pubblici per i contratti che esso stipula in nome del committente.

63. La lettura di questa sentenza effettuata dalla Repubblica francese non mi convince. Infatti, come si è visto sopra, il mandatario non si limita a concludere contratti per conto del committente, ma effettua altresì a favore di quest'ultimo numerose prestazioni di servizi remunerate. I rilievi della Commissione riguardano esclusivamente questa relazione

contrattuale, in cui il mandatario è in realtà un prestatore di servizi. Ora, la sentenza Ordine degli Architetti e a. non si occupa che del mandato in senso stretto, cioè dell'ipotesi in cui il mandatario si limita ad agire per conto del soggetto che rappresenta. Inoltre, tale sentenza non esclude in alcun punto che un contratto di mandato possa essere qualificato come prestazione di servizi. Quando il mandatario agisce come prestatore di servizi sarà, in quanto tale, sottoposto all'art. 49 CE.

64. Il fatto di riservare a determinate persone giuridiche di diritto pubblico la possibilità di concludere contratti di mandato di committenza, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 85-704, costituisce un ostacolo alla libera circolazione delle prestazioni di servizi. Sebbene la norma contestata non faccia esplicito riferimento alla nazionalità dei prestatori autorizzati, in pratica è quasi impossibile, per un'impresa di un altro Stato membro, ottenere lo stato giuridico di persona giuridica di diritto pubblico francese (44).

65. Inoltre, anche se fosse possibile per un'impresa straniera appartenere ad una delle categorie di persone giuridiche indicate all'art. 4 della legge contestata, richiedere ad un'impresa straniera di modificare il proprio stato giuridico per poter svolgere le prestazioni di servizi in esame sarebbe contrario al principio della libera prestazione di servizi. Come ha sottolineato l'avvocato generale Lenz al paragrafo 22 delle sue conclusioni nella causa Commissione/Italia (45), «appartiene all'ambito della libertà imprenditoriale, che proprio l'art. 59 deve tutelare, astenersi da un passo di tal genere».

66. In conclusione, l'art. 4 della legge n. 85-704 costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi, in quanto finisce per riservare a prestatori di servizi di nazionalità francese i contratti relativi ai servizi indicati all'art. 3 di tale legge.

67. Stabilita la non conformità della legge n. 85-704 all'art. 49 CE, occorre verificare la possibilità di applicazione dell'art. 45, primo comma, CE, ai sensi del quale «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». La Commissione considera l'applicazione di questa disposizione, e quindi la esclude. Dopo aver ricordato che l'eccezione deve essere interpretata come limitata «a quelle (...) attività (...) che, di per sé, implicano la partecipazione diretta (...) all'esercizio dei pubblici poteri (46)», la Commissione rileva che i compiti affidati al mandatario hanno natura essenzialmente tecnica, e quindi non rientrano in tale definizione.

68. La Commissione conclude per l'inapplicabilità dell'art. 45 CE anche per le attività in cui il mandatario rappresenta il committente, quali la sottoscrizione dei contratti di direzione lavori e di appalto e il pagamento di costruttori e prestatori. La sottoscrizione dei contratti è subordinata al consenso del committente, cosicché non si può ritenere, a giudizio della Commissione, che il mandatario benefici realmente di una delega di pubblici poteri. Nemmeno il pagamento dei compensi a costruttori e prestatori comporterebbe l'esercizio di pubblici poteri da parte del mandatario, essendo il finanziamento assicurato dal committente.

69. Come si è dimostrato in precedenza, il mandatario non partecipa all'esercizio di pubblici poteri, né per le funzioni di assistenza né per quelle di rappresentanza che gli sono affidate. Di conseguenza, non è applicabile l'eccezione prevista all'art. 45 CE (47).

70. Né può trovare applicazione l'eccezione prevista all'art. 46 CE, poiché lo Stato convenuto non ha proposto alcuna giustificazione per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

#### **IV – Conclusione**

71. Sulla base delle considerazioni svolte, propongo alla Corte di dichiarare che la Repubblica francese, riservando, all'art. 4 della legge 12 luglio 1985, n. 85-704, relativa alla committenza pubblica ed ai suoi rapporti con la direzione di lavori privata, come modificata dalla legge 13 luglio 1991, n. 91-662, e dalla legge 14 luglio 1996, n. 96-987, la committenza delegata di opere ad un elenco tassativo di persone giuridiche di diritto francese, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in particolare dei suoi artt. 8 e 9, oltre che dell'art. 49 CE.

---

1 – Lingua originale: il portoghese.

---

2 – Rispettivamente JORF del 13 luglio 1985, pag. 7914, del 19 luglio 1991, pag. 9524, e del 15 novembre 1996, pag. 16656; in prosieguo la «legge n. 85-704».

---

3 – GU L 209, pag. 1.

---

4 – JORF n. 141 del 19 giugno 2004.

---

5 – Un'analogha incompatibilità era prevista soltanto per quanto riguarda i mandatari citati all'art. 4, secondo trattino, della legge nella sua versione precedente.

---

6 – Sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 41).

---

7 – Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-16/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8315, punto 44). La sentenza riguardava la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

---

8 – Ottavo 'considerando' della direttiva 92/50.

---

9 – Art. 1 della legge n. 85-704: «I committenti sono 1) lo Stato e i suoi enti pubblici; 2) gli enti locali, i loro enti pubblici, gli enti pubblici per l'urbanizzazione di nuova città istituiti ai sensi dell'art. L. 321-1 del codice urbanistico, i loro raggruppamenti nonché i consorzi misti previsti dall'art. L. 166-1 del codice dei comuni; 3) gli enti privati di cui all'art. L. 64 del codice della previdenza sociale, nonché le loro unioni o federazioni; 4) gli enti privati per le case popolari, di cui all'art. L. 411-2 del codice delle costruzioni e dell'abitazione, oltre che le società miste, per gli alloggi ad uso abitativo sostenuti dallo Stato e realizzati da tali enti e società».

---

[10](#) – Ciò risultava dall'art. 3, paragrafo 7, del codice degli appalti pubblici, adottato con decreto 7 marzo 2001, n. 2001-210, contenente il codice degli appalti pubblici (JORF dell'8 marzo 2001, pag. 3700). Vedi sul punto L. Richer, *Le contrat de mandat au risque du droit administratif*, CJEG 1999, pag. 127. Va osservato che tale disposizione è stata annullata da una sentenza del Conseil d'État (Francia) dell'8 marzo 2003. Il codice degli appalti pubblici adottato con decreto 7 gennaio 2004, n. 2004-15 (JORF dell'8 gennaio 2004, pag. 703), tiene conto di tale annullamento: oggi i contratti di mandato sono ad esso sottoposti.

---

[11](#) – Art. 4, ultimo comma, della legge n. 85-704.

---

[12](#) – Sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98 (Racc. pag. I-5409).

---

[13](#) – Causa n. 233372, *Union nationale des services publics, industriels et commerciaux e a.*

---

[14](#) – V., a tal proposito, sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/88, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-4035).

---

[15](#) – Va osservato che svariati tipi di contratti di delega di servizio pubblico esistenti nel diritto francese possono essere assimilati, nel diritto comunitario, a concessioni. La nozione di concessione è più ampia nel diritto comunitario che in quello francese.

---

[16](#) – Art. 3 della direttiva 93/37 (GU L 199, pag. 54); direttiva modificata da ultimo dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE, che modifica l'allegato IV della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, gli allegati IV, V e VI della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, gli allegati III e IV della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, modificate dalla direttiva 97/52/CE, nonché gli allegati XII-XV, XVII e XVIII della direttiva 93/38/CEE del Consiglio, modificata dalla direttiva 98/4/CE (direttiva sull'impiego di modelli di formulari nella pubblicazione degli avvisi di gare d'appalto pubbliche) (GU L 285, pag. 1).

---

[17](#) – Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress* (Racc. pag. I-10745, punto 48), e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung* (Racc. pag. I-4685, punti 27 e 28).

---

[18](#) – GU L 134, pag. 114. L'art. 17 di tale direttiva prevede, infatti, che «la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi».

---

[19](#) – L’art. 1, lett. d), della direttiva 93/37 definisce le concessioni di lavori pubblici come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a) [ovvero gli appalti di lavori pubblici], ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

---

[20](#) – GU 2000, C 121, pag. 2.

---

[21](#) – Sentenza cit. L’avvocato generale La Pergola aveva interpretato diversamente la situazione: «In conclusione, nella specie non sussiste, a mio avviso, la “terzietà” e cioè la sostanziale distinzione dell’organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore. In definitiva, a mio parere, il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva» (paragrafo 38 delle conclusioni).

---

[22](#) – Conclusioni presentate il 18 maggio 2000 nella causa Teleaustria e Telefonadress, cit.

---

[23](#) – Sentenza Teleaustria e Telefonadress, cit., punto 58.

---

[24](#) – Sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1409, punto 24).

---

[25](#) – GU 1977, L 13, pag. 1, modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE, che modifica la direttiva 77/62 e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE (GU L 127, pag. 1).

---

[26](#) – Ad esempio la definizione delle condizioni amministrative e tecniche in base alle quali l’opera sarà progettata ed eseguita, o la gestione del contratto di direzione lavori.

---

[27](#) – Va rilevato che il mandatario, invece, non può opporsi ad una decisione assunta dal committente.

---

[28](#) – Sull’assenza di autonomia di un commissario autorizzato dall’Ufficio di controllo delle assicurazioni, v. sentenza 13 luglio 1993, causa C-42/92, Thijssen (Racc. pag. I-4047, punti

20–22). V. anche sentenze 5 dicembre 1989 e 26 aprile 1994, Commissione/Italia, cit.

---

[29](#) – Sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., punto 103.

---

[30](#) – All’udienza la Repubblica francese ha aggiunto che la direttiva 2004/18 riprenderebbe nel suo art. 11 tale teoria del mandato, applicandola alle centrali di committenza.

---

[31](#) – Art. 4, ultimo comma, della legge n. 85–704.

---

[32](#) – Naturalmente si perverrebbe ad una conclusione ben diversa se il proprietario del terreno che richiede una concessione edilizia non fosse soggetto agli obblighi della direttiva per i contratti che egli conclude con i costruttori: in tal caso infatti l’applicazione della direttiva sarebbe del tutto esclusa anche quando le opere da costruire fossero dei «lavori pubblici» ai sensi della direttiva.

---

[33](#) – V. in particolare il ventesimo ‘considerando’ della direttiva.

---

[34](#) – GU L 185, pag. 5.

---

[35](#) Sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I–3353, punto 33). V. anche il paragrafo 18 delle conclusioni dell’avvocato generale Tesouro nella stessa causa: «Al riguardo, è appena il caso di sottolineare, infatti, che nell’ambito di una gara d’appalto, proprio perché di gara trattasi, dovrà necessariamente essere garantita l’uguaglianza di tutti i partecipanti alla gara medesima: diversamente non di una gara d’appalto si tratterebbe, quanto piuttosto di una trattativa (...) privata. Insomma, la parità di trattamento è alla base di qualunque disciplina degli appalti in quanto è l’essenza stessa di una gara d’appalto».

---

[36](#) – Inoltre, tale questione non è priva di implicazioni per la verifica della conformità della legge n. 85–704, come modificata dall’ordinanza n. 2004–566, alla direttiva 92/50.

---

[37](#) – Art. 3, primo trattino, della legge n. 85–704.

---

[38](#) – Art. 3, sesto trattino, della legge n. 85–704.

---

[39](#) – Sentenza 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda (Racc. pag. I-10567).

---

[40](#) – Va notato a tale proposito che, in applicazione dell'art. 2, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici francesi, adottato con decreto n. 2004-15, «gli appalti aggiudicati sulla base di un mandato conferito da uno dei soggetti pubblici menzionati al n. 1 del presente articolo» sono sottoposti alle disposizioni di tale codice.

---

[41](#) – Sentenza 9 luglio 1987, cause da 27/86 a 29/86, CEI e a. (Racc. pag. 3347, punto 15), e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punti 19-21).

---

[42](#) – Sentenze 9 settembre 1999, causa C-108/98, RI.SAN. (Racc. pag. I-5219, punto 20), e Teleaustria e Telefonadress, cit., punto 60. V. anche P. Cassia, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTDEur. 2002, pag. 413.

---

[43](#) – Art. 7 della direttiva 92/50.

---

[44](#) – Sentenze 5 dicembre 1989, Commissione /Italia, cit., e 26 aprile 1994, Commissione/Italia, cit. La Corte segue il medesimo ragionamento in materia di libera circolazione delle merci: sentenza 20 marzo 1990, causa C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana (Racc. pag. I-889). V. anche, sul punto, lo studio di R. Noguellou, «La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent», in *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGDJ, 1998.

---

[45](#) – Sentenza 3 giugno 1992, causa C-360/89 (Racc. pag. I-3401).

---

[46](#) – Sentenza 5 dicembre 1989, Commissione/Italia, cit.

---

[47](#) – V. sul punto la giurisprudenza cit. alla nota 27.