

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate l'11 aprile 2013 [\(1\)](#)

Causa C-576/10

**Commissione europea
contro
Regno dei Paesi Bassi**

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 2004/18/CE – Applicazione nel tempo – Concessione di lavori pubblici – Principi di aggiudicazione degli appalti – Contratto a titolo oneroso – Interesse economico diretto – Concessione a tempo indeterminato – Proprietà dell'opera – Comune di Eindhoven»

I – Introduzione: contesto fattuale e processuale

A – Breve riepilogo dei fatti

1. Con il presente ricorso per inadempimento, la Commissione europea addebita al Regno dei Paesi Bassi di avere violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici per non avere rispettato, nell'aggiudicazione di un'asserita concessione di lavori pubblici da parte del Comune di Eindhoven, gli obblighi ad esso incombenti in forza dell'articolo 2 e del titolo III della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [\(2\)](#).

2. La controversia trae origine dalla decisione del Comune di Eindhoven (in prosieguo: il «Comune»), del 7 agosto 2001, di realizzare sul proprio territorio un progetto immobiliare in un'area situata tra il quartiere esistente di Doornakkers e il nuovo quartiere residenziale di Tongelresche Akkers [\(3\)](#). L'obiettivo del Comune era procedere al riassetto di tale area (in prosieguo: il «centro Doornakkers»), di cui esso era proprietario, consentendo in particolare agli abitanti dei due quartieri di avere accesso a taluni servizi sociali e culturali [un centro medico e un centro ricreativo, di integrazione e di studi (in prosieguo: lo «SPILcentrum»), nonché un centro commerciale con appartamenti e alloggi].

3. Il 12 settembre 2001, il consiglio comunale ha approvato i piani urbanistici realizzati dai servizi del Comune e relativi al progetto del centro Doornakkers (allegato 2 del controricorso). Tali piani contengono le linee guida del riassetto del quartiere sotto forma di schema e prevedono infrastrutture ed attrezzature ai fini del collegamento del quartiere esistente di Doornakkers al nuovo quartiere residenziale di Tongelresche Akkers. Il primo comprenderebbe un centro medico, aree commerciali e appartamenti. Il secondo

accoglierebbe infrastrutture abitative e ricreative dotate, in particolare, di impianti sportivi.

4. L'11 aprile 2002 i servizi comunali hanno redatto un parere intitolato «Selezione di un promotore per il centro di prossimità di Doornakkers» (4). Tale parere informava il consiglio comunale in merito ai criteri applicabili per la scelta dell'acquirente dei terreni sui quali sarebbe stato realizzato il progetto del centro di Doornakkers. In tale parere si precisava inoltre che il contratto di vendita dei lotti proposto alla futura controparte contrattuale avrebbe dovuto rispettare «le condizioni quadro e le linee guida stabilite dal Comune, vale a dire il capitolato d'onere», e avrebbe dovuto «essere conforme ai (...) desideri degli acquirenti/utenti finali» (5).

5. Tali condizioni quadro e linee guida precisano, in particolare, le funzioni e l'altezza delle costruzioni conformemente al piano urbanistico. Esse prevedono la costruzione di appartamenti e alloggi, l'ampliamento del centro medico esistente, una zona di collegamento tra i due siti principali, una buona accessibilità, un parcheggio sotterraneo conforme alle norme comunali in materia di parcheggi, la conservazione di aree verdi preziose, nonché la creazione di una piazza e di un nuovo parco di quartiere.

6. Nelle conclusioni del parere intitolato «Selezione di un promotore per il centro di prossimità di Doornakkers» veniva proposto di invitare ad un incontro i possibili promotori del progetto, vale a dire le società Hurks e Haagdijk BV. Con decisione del 23 aprile 2002, il consiglio comunale decideva di seguire tale parere.

7. A metà maggio del 2002 il Comune invitava quindi telefonicamente la Hurks e la Haagdijk BV ad una riunione fissata per l'11 giugno 2002.

8. In occasione di tale incontro venivano discussi principalmente le condizioni quadro e le linee guida nonché un documento intitolato «Informazioni all'attenzione dei candidati-promotori partecipanti ad una selezione».

9. Il 15 luglio 2003 il Comune sceglieva infine la Hurks quale futura controparte contrattuale per la conclusione di un contratto di vendita dei lotti interessati (6).

10. Tra il luglio 2003 e l'ottobre 2005 la Hurks precisava i suoi piani di costruzione in un piano generale elaborato con l'ausilio di uno studio di architettura. Detto piano generale includeva numerosi schizzi indicanti le dimensioni, la disposizione e l'irraggiamento delle costruzioni da realizzare conformemente alle condizioni quadro e alle linee guida del Comune. Tale progetto veniva concluso il 26 ottobre 2005 ed approvato dal Comune il 14 febbraio 2006.

11. Ai fini della realizzazione del progetto, il Comune e la Hurks stipulavano un «contratto di cooperazione» sottoscritto dalla Hurks il 12 giugno 2007 e dal Comune il 16 luglio 2007.

12. Parallelamente a tali trattative, il 13 febbraio 2007 il Comune selezionava la Woonbedrijf quale proprietaria dello SPIJLcentrum. Il 15 aprile 2008, il Comune e la Woonbedrijf concludevano un contratto di cooperazione.

B – Procedimento precontenzioso

13. A seguito di una denuncia relativa ad una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici asseritamente commessa dal Comune in occasione del progetto del centro Doornakkers, con lettera del 2 luglio 2008 la Commissione ha chiesto informazioni al governo olandese in merito al suddetto centro. Il governo olandese ha

risposto con lettera del 19 dicembre 2008.

14. Considerando lacunose tali risposte, il 24 febbraio 2009 la Commissione ha inviato al governo olandese una lettera di diffida fondata sulla violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e in particolare della direttiva 2004/18. Il governo olandese vi ha risposto con lettera del 30 giugno 2009. Insoddisfatta delle risposte fornite dal governo olandese, la Commissione ha adottato un parere motivato in data 9 ottobre 2009.

15. Poiché il governo dei Paesi Bassi non aveva modificato il suo punto di vista entro il termine stabilito dal parere motivato, la Commissione ha promosso il presente procedimento.

II – Contesto normativo

16. L'articolo 1, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 stabilisce quanto segue:

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

b) Gli “appalti pubblici di lavori” sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Per “opera” si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.

(...)

3. La “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

17. L'articolo 2 enuncia i principi di aggiudicazione degli appalti secondo cui «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

18. L'articolo 16 precisa dal canto suo che la direttiva 2004/18 «non si applica agli appalti pubblici di servizi: a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (...))».

19. Infine, il titolo III della direttiva 2004/18 contiene le disposizioni specificamente applicabili al settore dei lavori pubblici.

III – Analisi

A – I problemi giuridici da esaminare

20. Prima di analizzare il merito della controversia, la Corte dovrà esaminare tre argomenti del governo dei Paesi Bassi relativi alla ricevibilità del ricorso:

– l'utilizzo da parte della Commissione di documenti da essa ricevuti o scoperti dopo l'adozione del parere motivato,

- l'ampliamento, nel ricorso della Commissione, dell'oggetto della controversia e
- l'applicazione *ratione temporis* della direttiva 2004/18.

21. Secondo la Commissione, di cui condivido l'analisi, quest'ultimo argomento riguarda il merito e non la ricevibilità del ricorso. Pertanto, esaminerò anzitutto le due questioni concernenti la ricevibilità della controversia e successivamente quella relativa all'applicazione nel tempo della direttiva 2004/18, nonché le altre questioni di merito.

22. Nel merito, le parti controvertono essenzialmente sulla nozione di «concessione di lavori pubblici» ai sensi della direttiva 2004/18. Secondo il governo olandese, la Commissione non dimostrerebbe l'esistenza di un appalto pubblico di lavori né quindi, a fortiori, quella di una concessione di lavori pubblici.

B – *Sulla ricevibilità*

23. La regolarità del procedimento precontenzioso costituisce, secondo una costante giurisprudenza, una garanzia essenziale prevista dal Trattato FUE non soltanto a tutela dei diritti dello Stato membro di cui trattasi, ma anche per garantire che l'eventuale procedimento contenzioso verta su una controversia chiaramente definita (7).

24. A tale riguardo occorre ricordare che, «secondo una giurisprudenza costante, la lettera di diffida inviata dalla Commissione allo Stato membro e poi il parere motivato della Commissione delimitano la materia del contendere, che quindi non può più venir ampliata. Infatti, la possibilità per lo Stato membro interessato di presentare osservazioni costituisce, anche se esso ritenga di non doverne fare uso, una garanzia essenziale voluta dal Trattato, la cui osservanza è un requisito formale essenziale per la regolarità del procedimento di accertamento dell'inadempimento di uno Stato membro. *Di conseguenza, il parere motivato e il ricorso della Commissione devono vertere sugli stessi addebiti già mossi nella lettera di diffida che apre il procedimento precontenzioso*» (8).

1. Documenti controversi

25. Il governo dei Paesi Bassi ritiene che la Commissione tenda a dimostrare l'inadempimento contestato basandosi su documenti che essa gli ha trasmesso o ha prodotto successivamente all'adozione del parere motivato. Poiché il governo dei Paesi Bassi non ha potuto esprimersi su tali documenti durante la fase precontenziosa, la Commissione avrebbe violato i suoi diritti della difesa.

a) Quali sono tali documenti controversi?

26. Come si è ricordato supra, la lettera di diffida reca la data del 24 febbraio 2009. Il governo dei Paesi Bassi vi ha risposto il 30 giugno 2009. La Commissione ha notificato il proprio parere motivato il 9 ottobre 2009.

27. Tuttavia, con lettera del 12 maggio 2010, la Commissione ha inviato una nuova richiesta di informazioni ai Paesi Bassi. Il governo dei Paesi Bassi ha risposto a tale richiesta trasmettendo una serie di documenti in data 11 giugno 2010. Nella sua risposta, il Ministro degli Affari esteri precisava che la Commissione non poteva utilizzare tali informazioni nell'ambito del presente procedimento.

28. Uno dei suddetti documenti è stato tuttavia utilizzato dalla Commissione, al pari di altri tre altri documenti da essa ottenuti durante le verifiche successive all'invio del parere motivato e che essa afferma essere a disposizione «del pubblico in generale». Pertanto, i

quattro documenti controversi sono i seguenti:

- il contratto di cooperazione tra la Woonbedrijf – che sarà la proprietaria dello SPILcentrum – e il Comune del 15 aprile 2008 (allegato 5 del ricorso),
- una lettera d’informazione del consiglio comunale del 18 marzo 2008 (allegato 18 del ricorso),
- un regolamento del Ministro olandese per l’Edilizia sociale, le Comunità e l’Integrazione del 6 ottobre 2009, intitolato «Sistema provvisorio di incentivi ai progetti di costruzione di strutture abitative 2009» e pubblicato nello *Staatscourant* del Regno dei Paesi Bassi il 12 ottobre 2009 (allegato 19 del ricorso),
- un comunicato estratto dalla pagina Internet del Ministero per l’Edilizia sociale, l’Assetto del territorio e l’Ambiente del 14 dicembre 2009 (allegato 20 del ricorso).

b) Incidenza dell’utilizzo di tali documenti da parte della Commissione sulla regolarità del procedimento?

29. Come si è ricordato al paragrafo 24 delle presenti conclusioni, il parere motivato ed il ricorso della Commissione devono vertere sugli stessi addebiti già mossi nella lettera di diffida che apre il procedimento precontenzioso.

30. Pertanto, «la Commissione non può pretendere di ottenere l’accertamento di un inadempimento specifico (...) con riferimento ad una situazione fattuale particolare che non è stata fatta valere nell’ambito del procedimento precontenzioso» (9). Infatti, qualsiasi censura specifica dev’essere necessariamente sollevata nella fase precontenziosa, di modo che lo Stato membro interessato abbia la possibilità di porre rimedio alla situazione concreta così denunciata o di far valere utilmente i suoi mezzi di difesa in proposito, in quanto, segnatamente, una tale difesa può indurre la Commissione a rinunciare alla censura stessa e/o può contribuire alla delimitazione dell’oggetto della controversia di cui la Corte sarà investita successivamente (10).

31. Tuttavia, si deve rilevare che nella fattispecie i documenti prodotti dalla Commissione e il cui utilizzo viene contestato dal governo dei Paesi Bassi riguardano esclusivamente la situazione di fatto che ha formato oggetto del procedimento precontenzioso. Essi mirano non a sostenere una nuova censura, ma solo ad illustrare quella formulata nell’ambito di detto procedimento.

32. Più precisamente, rilevo che i primi due documenti risalgono al marzo e all’aprile 2008 e sono quindi anteriori alla diffida. Essi presentano un evidente collegamento con la situazione di fatto descritta nella diffida stessa e non erano, per loro natura, ignoti alle autorità olandesi.

33. Il primo è il contratto di cooperazione concluso tra la Woonbedrijf e il Comune in data 15 aprile 2008. Orbene, la Woonbedrijf è stata scelta dal Comune come proprietaria dello SPILcentrum il 13 febbraio 2007. Inoltre, allorché il Comune ha deciso, il 14 febbraio 2006, di approvare il piano generale proposto dalla Hurks, esso ha precisato nella sua decisione che tale piano è stato predisposto da una cellula del progetto in cui erano rappresentati in particolare il Comune e la Woonbedrijf. Il governo dei Paesi Bassi non poteva quindi ignorare che i rapporti intercorrenti tra la Woonbedrijf e il Comune rientravano nella controversia.

34. Il secondo è una lettera di informazione delle autorità comunali relativa allo

sviluppo di strutture abitative avviato dal Comune per il periodo 2005–2010. In detta lettera viene ripetutamente menzionato il progetto relativo al quartiere di Tongelresche Akkers e al centro Doornakkers. Come per il contratto di cooperazione tra la Woonbedrijf e il Comune, il governo dei Paesi Bassi non poteva ignorare l'eventuale incidenza di tale documento sulla controversia, dato che lo sviluppo di strutture abitative era direttamente collegato, secondo il Comune, all'ottenimento di finanziamenti statali ed il centro Doornakkers era coinvolto in tale dinamica.

35. Per quanto riguarda gli altri due documenti, rilevo che si tratta di documenti pubblici, di cui uno è un regolamento amministrativo pubblicato nello *Staatscourant* dei Paesi Bassi e l'altro è una nota informativa pubblicata sul sito Internet di una pubblica autorità. Il primo disciplina le condizioni per la concessione degli aiuti al programma di sviluppo di strutture abitative e il secondo è una nota generale di informazione relativa a tale programma.

36. Pertanto, si tratta effettivamente di documenti che consentono solo di conoscere la situazione fattuale, e non di sviluppare un nuovo addebito. Al contrario, essi illustrano unicamente l'addebito formulato nella diffida e nel parere motivato.

37. Infine, occorre rammentare che, sebbene la Commissione sia naturalmente tenuta a rispettare i diritti della difesa del governo dei Paesi Bassi, quest'ultimo deve agevolare, conformemente all'obbligo di leale cooperazione ad esso incombente in forza dell'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato UE, l'espletamento del compito della Commissione stessa. «[N]el verificare la corretta applicazione pratica delle disposizioni nazionali destinate a garantire la concreta attuazione della direttiva, la Commissione (...) non dispone di propri poteri di indagine in materia [e pertanto] (...) dipende in ampia misura dagli elementi forniti da eventuali denunciatori nonché dallo Stato membro interessato (...). In simili circostanze, infatti, spetta innanzi tutto alle autorità nazionali effettuare i controlli necessari sul posto, in uno spirito di cooperazione leale, conformemente al dovere di ogni Stato membro, ricordato al punto 42 della presente sentenza, di facilitare l'adempimento del compito generale della Commissione (...)» (11).

38. Di conseguenza, ritengo che il ricorso della Commissione non possa essere dichiarato irricevibile a motivo dell'utilizzo dei suddetti documenti da parte della Commissione.

2. Addebito nuovo e ampliamento dell'oggetto della controversia

39. Il governo dei Paesi Bassi contesta poi alla Commissione di avere affermato per la prima volta nel ricorso che il Comune riceveva una «prestazione» per dimostrare che si trattava di un contratto a titolo oneroso, mentre nella fase precontenziosa essa avrebbe menzionato solo l'esistenza di un «corrispettivo» fornito dal Comune alla Hurks. Si tratterebbe di un addebito nuovo relativo all'esistenza di una prestazione asseritamente ricevuta dal Comune, il che amplierebbe l'oggetto della controversia.

40. A tale proposito, la Corte ha precisato nella sentenza Commissione/Portogallo (12) che il fatto che «la Commissione abbia specificato nel suo ricorso gli argomenti a sostegno della propria domanda relativa all'asserito inadempimento, che erano già stati esposti in maniera più generica nella lettera di diffida e nel parere motivato, semplicemente spiegando meglio i motivi per i quali essa considera che detto sistema è incompatibile con la libera prestazione di servizi, non ha modificato l'oggetto di detto inadempimento e non ha quindi inciso in alcun modo sulla portata della controversia».

41. Non condivido il parere dei Paesi Bassi secondo cui tale criterio non sarebbe

applicabile al caso di specie. Tanto nella lettera di diffida quanto nel parere motivato la Commissione addebita al Regno dei Paesi Bassi di avere violato le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici e più precisamente la direttiva 2004/18. La Commissione ha ritenuto fin dall'inizio che il contratto concluso tra il Comune e la Hurks fosse una concessione di lavori pubblici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, che richiede un contratto a titolo oneroso. Tale condizione è stata espressamente esaminata dalla Commissione nel suo parere motivato (pagg. 7-9).

42. Nel ricorso (13), la Commissione non introduce alcun addebito nuovo. Essa aggiorna la propria argomentazione per tenere conto dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte relativi alla nozione di «contratto a titolo oneroso», che implicherebbe una prestazione dell'aggiudicatario avente un «interesse economico diretto» per l'amministrazione aggiudicatrice (14). Secondo me, così facendo, la Commissione si limita a precisare gli argomenti a sostegno della sua conclusione relativa all'asserito inadempimento, che erano già stati dedotti in termini generali nella lettera di diffida e nel parere motivato (15).

43. Il ricorso della Commissione mi sembra quindi ricevibile.

C – Applicabilità *ratione temporis* della direttiva 2004/18

44. Anzitutto, come ho già precisato, ritengo che tale questione riguardi non la ricevibilità del ricorso, bensì il merito della controversia (16).

45. Ai sensi dell'articolo 80 della direttiva 2004/18, la medesima doveva essere trasposta entro il 31 gennaio 2006.

46. A parere della Commissione, le trattative sarebbero realmente iniziate solo dopo l'adozione del piano generale, il 14 febbraio 2006, ossia successivamente all'entrata in vigore della direttiva 2004/18. Il governo dei Paesi Bassi ritiene per contro che sia la decisione del Comune del 23 aprile 2002 a determinare la direttiva applicabile, poiché è in tale momento che il Comune ha deciso di non seguire la procedura europea di gara e di selezionare invece due soli candidati. Quanto alla scelta di proseguire con la Hurks, essa è stata adottata il 15 luglio 2003.

47. Le date decisive sono quindi le seguenti:

- il 7 agosto 2001: decisione del Comune di Eindhoven di realizzare sul proprio territorio un progetto immobiliare in un'area situata tra il quartiere esistente di Doornakkers ed il nuovo quartiere residenziale di Tongelresche Akkers (17),
- il 12 settembre 2001: approvazione da parte del consiglio comunale dei piani urbanistici relativi al progetto del centro Doornakkers realizzati dal Comune (18). Tali piani contengono le linee guida del riassetto del quartiere sotto forma di schema. Essi prevedono inoltre infrastrutture ed attrezzature ai fini del collegamento del quartiere esistente di Doornakkers con il nuovo quartiere residenziale di Tongelresche Akkers. Il primo includerebbe un istituto di cura, aree commerciali e appartamenti. Il secondo prevederebbe infrastrutture abitative e ricreative, dotate in particolare di impianti sportivi,
- l'11 aprile 2002: parere intitolato «Selezione di un promotore per il centro di prossimità di Doornakkers» (19). Tale parere, redatto dai servizi interni del Comune, informa il consiglio comunale in merito ai criteri da applicare per scegliere l'acquirente dei terreni sui quali verrà realizzato il progetto del centro di

Doornakkers. Il parere precisa inoltre che il contratto di vendita dei lotti proposto alla futura controparte contrattuale dovrà rispettare «le condizioni quadro e le linee guida stabilite dal Comune, vale a dire il capitolato d'oneri», e che esso dovrebbe «essere conforme ai (...) desideri degli acquirenti/utenti finali» (20). Tali condizioni quadro e linee guida, dal canto loro, precisano in particolare le funzioni e l'altezza delle costruzioni conformemente al piano urbanistico. Esse prevedono la costruzione di appartamenti e alloggi, l'ampliamento del centro medico esistente, un'area di collegamento tra i due siti principali, una buona accessibilità, un parcheggio sotterraneo conforme alle norme comunali in materia di parcheggi, la conservazione di spazi verdi preziosi, nonché la creazione di una piazza e di un nuovo parco di quartiere. Esso suggerisce di selezionare due società, la Hurks e la Haagdijk.

- il 23 aprile 2002: adozione da parte del consiglio comunale del parere dell'11 aprile 2002,
- l'11 giugno 2002: riunione tra il Comune e i due possibili promotori per la realizzazione del progetto. Durante la riunione sono stati discussi le condizioni quadro e le linee guida sopra menzionate nonché un documento intitolato «Informazioni all'attenzione dei candidati-promotori partecipanti ad una selezione»(21),
- il 15 luglio 2003: scelta da parte del Comune della Hurks quale controparte contrattuale per la realizzazione del progetto (22),
- dal luglio 2003 all'ottobre 2005: elaborazione da parte della Hurks (con l'ausilio di uno studio di architettura) di un piano generale in cui essa precisa i suoi piani di costruzione. Tale piano generale include numerosi schizzi indicanti le dimensioni, la disposizione e l'irraggiamento delle costruzioni da realizzare conformemente alle condizioni quadro e alle linee guida del Comune,
- il 31 gennaio 2006: data limite per la trasposizione della direttiva 2004/18,
- il 14 febbraio 2006: approvazione da parte del Comune del piano generale elaborato dalla Hurks,
- il 12 giugno e il 16 luglio 2007: firma dei «contratti di cooperazione».

1. Principio ed eccezione

48. Tutte le parti richiamano le sentenze della Corte nelle cause Commissione/Francia (23) e presstext Nachrichtenagentur (24).

49. Nella sentenza Commissione/Francia, citata, la Corte ha chiarito la questione dell'applicazione nel tempo della direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono mezzi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), elaborando al contempo un principio e un'eccezione.

50. Per quanto riguarda il principio, «la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice relativa al tipo di procedura da seguire e alla necessità o meno dell'indizione preventiva di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico costituisce una fase distinta del procedimento, nella quale si definiscono le caratteristiche essenziali dello svolgimento di tale procedimento e che, di norma, *non può aver luogo che nello stadio dell'avvio del*

procedimento stesso. Pertanto, al fine di valutare se la direttiva (...) sia applicabile a tale decisione (...), *occorre, in via di principio, considerare il momento in cui detta decisione è stata adottata*» (25). Infatti, «sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto tale data segna la fine del procedimento, mentre la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'indizione preventiva di una gara o di rinunciarvi è di norma presa nella fase iniziale del procedimento» (26).

51. Tuttavia - ed è qui che risiede l'eccezione - «se [trattative iniziate successivamente] present[a]no caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle già effettuate e, di conseguenza, s[o]no atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali del contratto, (...) si potrebbe giustificare l'applicazione delle disposizioni [di una direttiva successiva]» (27).

52. Le nozioni di «caratteristiche sostanzialmente diverse» e di «termini essenziali del contratto» sono state sviluppate nella precitata sentenza *Pressetext Nachrichtenagentur*. La modifica necessaria per rientrare nell'ambito dell'eccezione deve riguardare un elemento sostanziale del contratto, come ad esempio:

- condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (28),
- l'estensione dell'appalto, in misura considerevole, a servizi inizialmente non previsti (29),
- una modifica che alteri l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario in modo non previsto originariamente (30),
- la sostituzione, non prevista nel contratto originario, della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto (31),
- il prezzo.

2. Applicazione al caso di specie

53. Prima facie, l'eccezione elaborata dalla Corte nella sentenza *Commissione/Francia* non sembra applicabile di per sé alla presente controversia. Infatti, detta eccezione riguarda le situazioni in cui il contratto sia stato modificato in modo sostanziale. Orbene, sembra che l'unico contratto concluso tra il Comune e i Paesi Bassi risalga all'estate del 2007.

54. Tuttavia, dagli atti risulta incontestabilmente che le parti si erano già accordate su tutti i punti essenziali prima della firma del contratto di cooperazione. A rigore, peraltro, la Commissione non invoca l'esistenza di nuove trattative tra le parti. Essa considera però che alcuni elementi essenziali del contratto sono stati determinati solo dopo la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2004/18. Secondo la Commissione, si dovrebbe quindi applicare per analogia il criterio della sentenza *Commissione/Francia*, (32).

55. Non condivido tale conclusione.

a) Il principio

56. Secondo la Corte, la direttiva applicabile è quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Tale regola si basa sul principio della certezza del diritto, il quale osta a che il diritto applicabile venga determinato con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto tale data segna la fine del procedimento, mentre la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere con o senza gara preliminare viene normalmente adottata nella fase iniziale del medesimo (33).

57. Ritengo quindi che non si debba fare riferimento all'esistenza di un contratto in senso formale, ma, al contrario, identificare nell'evoluzione temporale dei fatti il momento in cui l'autorità pubblica adotta «la decisione (...) relativa al tipo di procedura da seguire e alla necessità o meno dell'indizione preventiva di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico» (34).

58. Tale interpretazione trova conferma nella sentenza Hochtief e Linde-Kca-Dresden. In tale sentenza, la Corte ha confermato che, se «(...) la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di rifiutare la proposta del consorzio formato dalle ricorrenti nella causa principale e di proseguire la procedura con i due candidati ritenuti idonei è stata adottata prima della data in cui scadeva il termine per la trasposizione della direttiva 2004/18 (...) sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile (...) con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto, in quanto la decisione cui si addebita nella fattispecie una violazione del diritto comunitario è stata adottata prima della data [di scadenza del termine di trasposizione]» (35).

59. Nella fattispecie è pacifico che la decisione ai sensi della giurisprudenza citata è stata adottata dal Comune il 23 aprile 2002.

60. Il piano urbanistico relativo al progetto del centro Doornakkers era già stato approvato dal Comune il 12 settembre 2001. A tale data, le linee guida del progetto erano note (infrastrutture ed attrezzature necessarie al collegamento del quartiere esistente con il nuovo quartiere, tipi di costruzione da realizzare, ecc.).

61. Il 23 aprile 2002 è stato definito il metodo di selezione del promotore incaricato di realizzare il progetto. Infatti, a tale data il Comune ha approvato il parere dei suoi servizi, intitolato «Selezione di un promotore per il centro di prossimità di Doornakkers». In detto documento sono espressamente definiti il ruolo del promotore e il metodo di selezione (v. paragrafi 1.3 e 2). I due candidati prescelti erano già stati presentati ed era già stata espressamente esclusa l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici: «al termine della procedura di selezione, il Comune designerà un candidato promotore con cui potrà concludere il contratto di promozione. Si tratta, secondo il Comune, della controparte contrattuale necessaria ai fini di un contratto di vendita condizionata di terreni. Tali condizioni devono garantire che il previsto centro di prossimità venga realizzato conformemente alle condizioni e ai desideri del Comune e al capitolato d'onori, nonché nel rispetto della volontà degli acquirenti/consumatori finali. Il fatto che il Comune opti per una vendita condizionata implica che non vi sarà aggiudicazione e che le norme in materia di appalti pubblici non sono applicabili» (36).

62. Senza dubbio, si tratta della «decisione [dell']amministrazione aggiudicatrice relativa al tipo di procedura da seguire e alla necessità o meno dell'indizione preventiva di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico» (37).

b) L'eccezione

63. Si pone quindi la questione se ci si trovi nell'ambito dell'eccezione sopra menzionata. A tale proposito spetta alla Commissione dimostrare, nell'ambito del suo ricorso per inadempimento, che sono stati modificati elementi essenziali dopo il 31 gennaio 2006, data in cui scadeva il termine di trasposizione della direttiva 2004/18 e che è considerata dalle parti la data «cardine».

64. La Commissione deduce due elementi: la ripartizione dei rischi finanziari per alcune parti del progetto relative allo SPILcentrum e la presa a carico del riassetto degli spazi pubblici.

i) Lo SPILcentrum

65. Sull'insieme del progetto, lo SPILcentrum è l'infrastruttura la cui redditività era più aleatoria. Per tale motivo, la Hurks non intendeva sopportarne da sola il rischio finanziario. Tuttavia, il Comune ha sistematicamente rifiutato di assumersene una parte. La Hurks ha quindi accettato, infine, di procedere alla costruzione del centro per proprio conto e a proprio rischio. In cambio, il Comune ha scelto una società immobiliare – la Woonbedrijf – quale futura proprietaria dello SPILcentrum. Quest'ultima avrebbe ricevuto in contropartita una sovvenzione una tantum di EUR 2,41 milioni.

66. Secondo la Commissione, tale elemento è essenziale nella collaborazione tra la Hurks e il Comune. Orbene, esso ha potuto essere stabilito definitivamente solo al momento della designazione della Woonbedrijf quale proprietaria, il 13 febbraio 2007.

ii) Il riassetto degli spazi pubblici

67. Il paragrafo 4.2 del parere del Comune adottato il 23 aprile 2002 precisa che «il promotore provvede inoltre al riassetto dello spazio pubblico». Orbene, secondo il contratto di cooperazione concluso dalle parti, lo spazio pubblico rimane di proprietà del Comune e quest'ultimo si incarica, «per conto proprio e a proprio rischio, di rendere edificabile ed abitabile» l'area oggetto di pianificazione (ad eccezione del lotto destinato al centro commerciale) (clausole 8.1 e 8.2 del contratto di cooperazione).

68. Secondo la clausola 1.1 del contratto di cooperazione, la nozione di «rendere abitabile» riguarda «in particolare l'assetto delle strade e delle loro fondamenta, di piazze, dei marciapiedi, degli spazi verdi e pubblici, ivi compresi la compensazione verde, gli arredi urbani e le attrezzature urbane (...)».

69. A parere della Commissione, si tratta di un elemento essenziale della collaborazione che sarebbe stato concordato tra le parti successivamente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2004/18.

c) Analisi

70. Il fatto che la ripartizione dei rischi finanziari per talune parti del progetto relative allo SPILcentrum e la presa a carico del riassetto degli spazi pubblici abbiano potuto essere stabilite definitivamente dopo la decisione del 23 aprile 2002 non mi sembra determinante.

71. Se si riprendono, ad esempio, gli elementi enunciati dalla Corte nella sentenza *pressetext Nachrichtenagentur* risulta che nessuno dei due punti rilevati dalla Commissione avrebbe giustificato una nuova procedura di gara:

- sull'insieme del progetto, tali due punti non sarebbero stati sufficienti a comportare «l'ammissione di offerenti diversi da quelli [che avrebbero potuto essere] ammessi

inizialmente» (38),

- l'appalto non è mai stato esteso, in misura rilevante, a servizi originariamente non previsti (39),
- la modifica relativa al riassetto degli spazi pubblici non comporta una modifica significativa dell'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto originariamente (40),
- non vi è stata sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente assegnato l'appalto con una nuova (41),
- il prezzo era già stato stabilito, come riconosce la stessa Commissione (42).

72. Al contrario, come rileva la stessa Commissione per dimostrare l'esistenza di un appalto pubblico di lavori (il che è paradossale), «dal confronto tra la clausola 1.1 del contratto di cooperazione e il documento di informazione trasmesso dal Comune ai candidati promotori nel giugno 2002 emerge che, *sostanzialmente*, la destinazione degli erigendi edifici era stata definita dal Comune *nel 2002*» (43).

73. Al punto 43 del ricorso essa qualifica come «dettagli» gli elementi definiti durante le trattative posteriori alla decisione del 23 aprile 2002. Al punto 67 del ricorso essa contesta inoltre che l'oggetto del contratto di cooperazione sia una semplice vendita di terreni, considerati gli obblighi imposti ai promotori nell'ambito della procedura di selezione «informale». Secondo la Commissione, «i promotori erano tenuti ad elaborare i loro progetti conformemente ad un certo orientamento imposto dal Comune, ossia il modello "manubrio", in cui ciascuna delle due estremità costituisce un centro dotato di servizi. Se si fosse trattato di una semplice vendita di terreni, non sarebbe stato previsto alcun obbligo del genere».

74. A questo punto della mia analisi, ritengo quindi che la Commissione non abbia fornito gli elementi necessari e sufficienti per dimostrare l'applicabilità della direttiva 2004/18 invocata a sostegno del suo ricorso. Orbene, nell'ambito di un ricorso per inadempimento basato sull'articolo 258 TFUE è ad essa che spetta provare la sussistenza dell'inadempimento (44).

75. Accogliere la tesi della Commissione condurrebbe peraltro ad una situazione priva di senso e contraria all'obiettivo previsto dal legislatore. Infatti, seguendo il ragionamento della Commissione, la data da prendere in considerazione per determinare la direttiva applicabile sarebbe quella dell'adozione del piano generale da parte del Comune, vale a dire il 14 febbraio 2006. Orbene, tale piano, elaborato dalla Hurks, viene presentato come un vero e proprio piano regolatore. La clausola 2 del contratto di cooperazione, che determina l'oggetto del contratto stesso, precisa espressamente che esso è inteso a definire «le modalità e le condizioni di cooperazione esclusive tra le parti ai fini dell'esecuzione del progetto *conformemente al piano generale* e agli altri documenti di pianificazione» (45).

76. Se l'adozione del piano generale dovesse essere la decisione che determina la direttiva applicabile, ciò significherebbe che l'eventuale invito a presentare proposte sarebbe basato sui piani di un contraente scelto al di fuori di una procedura di gara e che potrebbe non essere confermato al termine della procedura di selezione. Quale promotore accetterebbe di realizzare un simile piano generale senza avere la garanzia di essere l'esecutore del progetto? Quale promotore autorizzerebbe un concorrente ad utilizzare i suoi piani?

77. Sicuramente, la certezza del diritto, così come osta a che la normativa applicabile venga determinata con riferimento alla data di aggiudicazione dell'appalto (46), osta a che essa venga determinata in base alla data in cui i piani del promotore prescelto sono stati adottati dalla pubblica autorità.

78. Inoltre, il principio elaborato dalla Corte nella sentenza Commissione/Francia tutela anche gli interessi dei concorrenti. Infatti, determinare la direttiva applicabile in funzione della decisione di indire o meno una gara consente di attribuire un effetto utile agli eventuali ricorsi dei concorrenti esclusi di fatto dalla decisione della pubblica autorità di non aprire l'appalto alla concorrenza.

79. Respingendo la tesi secondo cui il diritto applicabile sarebbe determinato dalla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di assegnare l'appalto, detto principio ha l'effetto positivo di preservare una data utile di contestazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici da parte dei soggetti lesi.

80. Pertanto, poiché la Commissione non ha fornito elementi idonei a dimostrare che la direttiva 2004/18 invocata a sostegno del suo ricorso fosse applicabile e ha confermato in udienza che la sua azione era fondata su quest'unica direttiva (ancorché le definizioni e i principi applicabili fossero a suo parere identici a quella della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (47)), ritengo che il ricorso debba essere respinto.

81. Nondimeno, nell'ipotesi in cui la Corte non accogliesse il mio ragionamento e considerasse applicabile la direttiva 2004/18, in prosieguo analizzerò anche le questioni di merito sollevate dalla presente controversia.

D – *Nel merito*

82. Per considerare esistente un inadempimento da parte del Regno dei Paesi Bassi, occorre stabilire la natura del contratto concluso tra il Comune, da un lato, e la Hurks, dall'altro, ai fini del riassetto del centro Doornakkers: si tratta di una semplice vendita di terreni o di una concessione di lavori pubblici ai sensi della direttiva 2004/18 (48)?

1. *Analisi*

83. Le tre condizioni necessarie affinché sussista una concessione di lavori pubblici discendono dalle definizioni di «appalti pubblici di lavori» e di «concessione di lavori pubblici» contenute rispettivamente all'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e b), e all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18. Occorrono:

- un *contratto scritto* tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico [articolo 1, paragrafo 2, lettera a)],
- un appalto avente per oggetto *l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori* relativi a una delle attività di cui all'allegato I della direttiva 2004/18 o di un'opera, *oppure l'esecuzione*, con qualsiasi mezzo, *di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice* [articolo 1, paragrafo 2, lettera b)],
- un contratto concluso a titolo oneroso, in cui il corrispettivo consiste necessariamente solo nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (articolo 1, paragrafo 3).

84. Poiché è pacifico che esiste un contratto scritto tra il Comune e la Hurks, si esamineranno solo la seconda e la terza condizione.

a) Un appalto pubblico di lavori

85. L'esistenza di una concessione di lavori pubblici implica necessariamente, e in primo luogo, quella di un appalto di lavori pubblici. L'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18 contempla tre ipotesi. L'appalto deve avere per oggetto:

- l'esecuzione di lavori relativi ad una delle attività menzionate nell'allegato I della direttiva 2004/18 o di un'opera (per opera si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica),
- congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato I della direttiva 2004/18 o di un'opera,
- oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

86. Secondo il governo dei Paesi Bassi, il contratto concluso tra il Comune e la Hurks non rientrerebbe in nessuna delle tre categorie suddette, in quanto si tratterebbe di una semplice compravendita di terreni. Orbene, l'articolo 16 della direttiva 2004/18 esclude espressamente dall'ambito di applicazione della medesima questo tipo di operazioni.

87. È vero che gli accordi conclusi tra il Comune e la Hurks riguardano la vendita di vari terreni di proprietà del Comune. Tuttavia, dalla lettura del «contratto di cooperazione» e dal complesso dei rapporti giuridici ed economici intercorrenti tra la Hurks e il Comune emerge che non può trattarsi di un elemento accessorio del contratto. Inoltre, la Corte ha considerato ragionevole non escludere l'applicazione della direttiva 2004/18 quando la procedura di aggiudicazione prevede la vendita di un terreno che sarà successivamente oggetto di un appalto di lavori (49). Tale ragionamento può essere seguito a fortiori quando le due operazioni sono previste nel medesimo accordo, come nel caso di specie.

88. Secondo il preambolo del contratto concluso tra il Comune e la Hurks:

- «Le parti intendono progettare e realizzare un nuovo centro a beneficio del nuovo quartiere residenziale Tongelresche Akkers e del quartiere esistente Doornakkers (...)» (punto B),
- «Il Comune e la Hurks hanno raggiunto un accordo sull'assetto e sulla realizzazione delle funzioni elencate nel punto B (...)» – vale a dire un centro medico, un centro ricreativo, di integrazione e di studi con appartamenti, l'ampliamento di un istituto di cura esistente con un parcheggio sotterraneo, un centro commerciale con alloggi e un parcheggio sotterraneo, appartamenti (punto F).

89. L'oggetto stesso del contratto viene definito senza alcun riferimento alla vendita di terreni. Secondo la clausola 2 del contratto di cooperazione, quest'ultimo è inteso a definire «le modalità e le condizioni di cooperazione esclusive tra le parti ai fini dell'esecuzione del Progetto conformemente al Piano generale e agli altri Documenti di pianificazione». Orbene, il progetto in questione è esso stesso definito dal contratto come il «riassetto dell'Area oggetto di pianificazione», il che significa che occorrerà in particolare «rendere edificabile e rendere abitabile» detta area conformemente alle condizioni del contratto (clausola 1.1 del contratto di cooperazione).

90. Il contratto prevede inoltre la creazione di una «équipe di progetto» costituita da un «gruppo di progetto» e da vari «gruppi di lavoro», la cui funzione è elaborare i documenti di pianificazione – vale a dire il progetto definitivo del piano urbanistico, il piano di riassetto locale, i capitoli d’oneri, i documenti per le demolizioni necessarie, il piano di riassetto dello spazio pubblico, ecc. (clausola 5 del contratto di cooperazione) – e di preparare la decisione delle parti, restando inteso che il gruppo di progetto è presieduto dal capo progetto del Comune (clausola 3 del contratto).

91. Infine, la clausola 7.5 del contratto, dedicata alla vendita dei terreni, subordina espressamente la cessione dei medesimi all’assunzione da parte della Hurks dell’impegno ad «erigere costruzioni sui lotti conformemente ai documenti di pianificazione e al calendario», definito alla clausola 6.

92. Dagli atti emerge che il prezzo dei terreni ammonta ad EUR 5 616 024 (50), mentre il valore stimato dei lavori di costruzione del progetto è di EUR 28 186 000 (allegato 7 del ricorso).

93. Dal contratto di cooperazione si può quindi dedurre che l’oggetto del medesimo era non essenzialmente la vendita di terreni, bensì, soprattutto, l’esecuzione di lavori relativi ad una delle attività menzionate nell’allegato I della direttiva 2004/18, vale a dire, per citare solo un esempio, lavori di costruzione o un’opera ai sensi della direttiva (51).

94. Ritengo che il progetto previsto dal contratto di cooperazione in questione corrisponda inoltre alla terza ipotesi contemplata dall’articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18, vale a dire «l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice».

95. Infatti, se si fa riferimento alle precisazioni fornite dalla citata sentenza Helmut Müller, richiamata dalla Commissione e dal governo dei Paesi Bassi, «[p]er potersi ammettere che un’amministrazione aggiudicatrice abbia specificato le proprie esigenze ai sensi [dell’articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18], è necessario che quest’ultima abbia adottato provvedimenti allo scopo di definire le caratteristiche dell’opera o, quantomeno, allo scopo di *esercitare un’influenza determinante sulla progettazione della stessa*» (52). Ciò significa che «[i]l semplice fatto che un’autorità pubblica, nell’esercizio delle sue competenze in materia di regolamentazione urbanistica, esamini taluni progetti di costruzione che le sono sottoposti o che assuma una decisione in applicazione di competenze in tale materia non soddisfa il requisito relativo alle “esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice”, ai sensi di tale disposizione» (53).

96. A tal riguardo condivido il parere della Commissione. Dal contratto di cooperazione concluso dalle parti, dagli altri documenti ai quali si fa riferimento nel medesimo (piano generale, documenti di pianificazione, ecc.) e dal documento di informazione redatto dal Comune nel giugno 2002 – ossia all’inizio del progetto – indirizzato all’attenzione dei due candidati promotori, risulta che è stato il Comune a decidere non solo l’assetto del territorio in questione, ma anche la destinazione degli edifici da costruire.

97. In particolare, si può constatare come nel documento intitolato «Centro Doornakkers – Programma» (54) vengano indicati con precisione il numero di edifici da costruire ma anche il numero di locali, la funzione attribuita a ciascuno di essi, nonché la loro superficie. È inoltre indicato il numero di parcheggi da assegnare per ciascun locale (55).

98. Orbene, la Corte ha già avuto occasione di precisare che prescrizioni «le quali si riferiscono ad una descrizione precisa degli erigendi edifici, [a]lla loro qualità e [a]lle loro attrezzature, eccedono ampiamente le consuete esigenze di un locatario in relazione ad un

immobile di nuova costruzione di una certa portata» (56). Secondo la Corte, un contratto contenente simili prescrizioni ha quindi effettivamente come «obiettivo primario (...) la costruzione [di un immobile] conformemente alle esigenze precisate [dall'amministrazione aggiudicatrice]» (57).

99. In tali circostanze, che presentano analogie con quelle del caso di specie, la Corte ha considerato che, poiché dette costruzioni costituivano un'«opera» ai sensi della direttiva applicabile, erano destinate ad espletare di per sé stesse una funzione economica, il loro valore era superiore al limite previsto dalla direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro ed il contratto era stato concluso a titolo oneroso, quest'ultimo doveva essere qualificato come «appalto pubblico di lavori». Le medesime considerazioni valgono nel caso di specie.

100. Infine, la composizione ed i compiti affidati all'«équipe di progetto» definita alla clausola 3 del contratto di cooperazione traducevano anche la volontà del Comune di mantenere un ruolo attivo nell'evoluzione del progetto, che andava oltre il mero esame dei piani di costruzione che gli sarebbero stati sottoposti o dell'adozione delle decisioni nell'esercizio di competenze in materia di regolamentazione urbanistica. Spetta infatti a tale «équipe», presieduta dal capo progetto del Comune, elaborare e redigere i documenti di pianificazione, i quali raggruppano non solo, tra l'altro, il piano urbanistico e il piano di riassetto locale, ma anche il progetto provvisorio e definitivo delle varie funzioni, il capitolato d'onere e i disegni delle varie funzioni, il programma di costruzione e quello di comunicazione (v. clausole da 5.1 a 5.3 del contratto di cooperazione). Inoltre, le eventuali deroghe al piano generale constatate dal gruppo di progetto devono essere sottoposte al Comune per approvazione (clausola 5.4 del contratto).

E – *Conclusioni intermedia*

101. Ritengo che la prima condizione prevista dalla direttiva 2004/18 affinché si configuri una concessione di lavori pubblici, vale a dire l'esistenza di un appalto pubblico di lavori, sia soddisfatta e che la Commissione ne abbia fornito una prova sufficiente. Il progetto controverso corrisponde quanto meno alla prima e alla terza ipotesi di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18. Esso prevede infatti l'esecuzione di lavori relativi ad una delle attività menzionate nell'allegato I della direttiva 2004/18 e/o di un'opera ai sensi della medesima direttiva, nonché l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

102. Preciso ancora ad ogni buon fine che non può essere accolta la tesi del governo dei Paesi Bassi secondo cui le tre situazioni di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18 si escluderebbero a vicenda.

103. Come rileva la Commissione, la Corte ha già avuto occasione di precisare che «opere di urbanizzazione quali quelle indicate all'art[icolo] 4 della legge n. 847/64 costituiscono lavori edilizi o di genio civile e rientrano pertanto nelle attività contemplate dall'allegato II della direttiva, e [che] esse costituiscono altresì opere che esplicano di per sé una funzione economica e tecnica. Pertanto, tali opere di urbanizzazione rispondono, quanto meno, ai criteri enunciati al primo e al secondo trattino [dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18]» (58).

104. La circostanza che i lavori previsti dal Comune nella presente causa corrispondano a più di una delle ipotesi contemplate dalla direttiva non può quindi comportare l'inapplicabilità della stessa.

a) Un contratto concluso a titolo oneroso

105. La terza condizione che un contratto deve soddisfare per corrispondere alla definizione di «concessione di lavori pubblici» è quella di essere stato concluso a titolo oneroso.

106. Conformemente ad una giurisprudenza costante, il carattere oneroso del contratto di concessione implica che l'amministrazione aggiudicatrice che ha stipulato un appalto pubblico di lavori riceva, in base allo stesso, una prestazione a fronte del corrispettivo che esso riconosce all'aggiudicatario (59). Tale prestazione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice consiste nella realizzazione dei lavori che essa intende ottenere (60).

i) Una prestazione e un interesse economico diretto

107. Nella fattispecie, l'obbligo di realizzare i lavori in questione è espressamente previsto dalla clausola 7.5 del contratto di cooperazione, secondo cui «la Hurks si impegna nei confronti del Comune a realizzare le costruzioni sui lotti conformemente ai documenti di pianificazione e al calendario».

108. Tuttavia, come la Corte ha precisato nella sua citata sentenza Helmut Müller, tale prestazione deve «implicare un interesse economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice» (61).

109. Più che parlare di interesse economico diretto, l'avvocato generale Mengozzi aveva elaborato, nelle sue conclusioni relative alla causa Helmut Müller, il requisito di un «legame diretto tra la pubblica amministrazione e le opere o i lavori da realizzare» così da «conciliare le necessità, tendenzialmente contrapposte, di prevenire abusi da un lato, e di evitare un'estensione incontrollata dell'ambito di applicazione della direttiva [2004/18] dall'altro» (62).

110. Secondo l'avvocato generale Mengozzi, l'esistenza di un nesso diretto può essere constatata:

- quando la pubblica amministrazione ottenga direttamente la proprietà delle opere da realizzare. A tale ipotesi tipica venivano accostate le situazioni in cui l'amministrazione non acquisisce la proprietà del bene, ma ricava comunque dal medesimo un vantaggio economico diretto, come ad esempio un diritto di godimento del bene (63),
- quando vengano utilizzati fondi pubblici o più in generale risorse pubbliche (quale la messa a disposizione di terreni a titolo gratuito) per realizzare i lavori o le opere (64),
- quando i lavori o le opere da realizzare siano il risultato di un'iniziativa della pubblica amministrazione stessa (65). Tuttavia, per poter comportare l'applicazione della direttiva 2004/18, tale categoria residuale deve distinguersi dal «semplice perseguimento dell'interesse pubblico realizzato attraverso il ricorso agli ordinari poteri in materia urbanistica» (66).

111. Come ho già rilevato al paragrafo 108 delle presenti conclusioni, nella sentenza Helmut Müller, la Corte non ha adottato il criterio del legame diretto in quanto tale. Al contrario, essa ha scelto di fare riferimento solo alla nozione di «interesse economico diretto». Ritengo che, in tal modo, la Corte abbia escluso la categoria residuale sopra menzionata – ossia l'ipotesi di un'iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice – e abbia quindi delimitato in maniera più restrittiva l'ambito di applicazione della direttiva.

112. Tale interpretazione lascia, malgrado tutto, un certo margine di discrezionalità alle autorità pubbliche. Infatti, nella sentenza Helmut Müller, la Corte ha escluso dalla nozione di interesse economico diretto il mero esercizio di competenze di regolamentazione in materia urbanistica, volte alla realizzazione dell'interesse generale. Per il resto, la Corte ha semplicemente chiarito la sua tesi citando cinque esempi non esaustivi. Si tratta dei casi in cui:

- l'amministrazione aggiudicatrice divenga proprietaria dei lavori o dell'opera oggetto dell'appalto (67),
- l'amministrazione aggiudicatrice disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere che sono oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica (68),
- l'amministrazione aggiudicatrice tragga vantaggi economici dal futuro utilizzo o dalla futura cessione dell'opera (69),
- l'amministrazione aggiudicatrice abbia partecipato finanziariamente alla realizzazione dell'opera (70),
- l'amministrazione aggiudicatrice partecipi ai rischi in caso di fallimento economico dell'opera (71).

113. La Corte non menziona il caso evocato dall'avvocato generale Mengozzi, in cui i valori o l'opera da realizzare sono il risultato di un'iniziativa della pubblica amministrazione stessa (72). Per contro, essa esclude, al pari dell'avvocato generale, il caso in cui tale pubblica amministrazione si limiti ad esercitare competenze di regolamentazione in materia urbanistica, volte alla realizzazione dell'interesse generale (73).

Che cosa si verifica nel caso in esame?

114. È pacifico che, nella fattispecie, il Comune non è diventato proprietario dei beni costruiti e peraltro non intendeva diventarlo.

115. Tuttavia, i rapporti da esso instaurati in relazione al centro Doornakkers, con la Hurks o con altri intervenienti, quale la Woonbedrijf (74), tendono a dimostrare un intervento del Comune che travalica la mera coerenza urbanistica nello sviluppo di una parte del territorio comunale (75).

116. Non si deve dimenticare, infatti, che le funzioni del progetto da realizzare sono state definite con precisione dal Comune ed includono un centro medico, un centro ricreativo, di integrazione e di studi (SPILCentrum) con appartamenti, un ampliamento del centro medico esistente con un parcheggio sotterraneo, un centro commerciale con alloggi e un parcheggio sotterraneo, nonché altri alloggi (punto B del contratto di cooperazione).

117. Anche i contratti relativi all'utilizzo e al finanziamento dello SPILCentrum dimostrano l'interesse economico diretto del Comune nel progetto.

118. Infatti, come ho già avuto occasione di spiegare (76), la Hurks non intendeva sopportare da sola il rischio finanziario dello SPILCentrum a motivo della sua redditività aleatoria. Essa ha infine accettato di costruirlo per proprio conto e a proprio rischio perché, in cambio, il Comune aveva selezionato, in data 13 febbraio 2007, la società immobiliare Woonbedrijf quale futura proprietaria dello SPILCentrum (77). La Hurks era quindi sicura che l'edificio meno redditizio sarebbe stato utilizzato.

119. La Woonbedrijf, dal canto suo, percepiva dal Comune una sovvenzione di esercizio una tantum di EUR 2,41 milioni per le tre funzioni non redditizie dello SPILcentrum: la palestra, il centro di incontro e lo spazio giovani (78).

120. Il governo dei Paesi Bassi conferma che la palestra e il centro di incontro vengono utilizzati dall'associazione Sportbedrijf De Karpen. Esso precisa inoltre che quest'ultima «appartiene» al Comune (79).

121. Con la designazione della Woonbedrijf quale proprietaria dello SPILcentrum, l'accordo concluso tra tale società immobiliare e il Comune il 15 aprile 2008 e l'utilizzo della palestra e del centro di incontro da parte dell'associazione Sportbedrijf De Karpen, il Comune ha garantito la destinazione pubblica dello SPILcentrum.

122. Si tratta in questo caso del secondo esempio di interesse economico diretto menzionato dalla Corte nella sentenza Helmut Müller. Infatti, l'interesse economico diretto «può altresì essere riscontrato qualora sia previsto che l'amministrazione aggiudicatrice disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere che sono oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica» (80).

123. È vero che non è il Comune stesso ad utilizzare i beni, bensì un'associazione che gli «appartiene» (secondo l'espressione utilizzata dal governo dei Paesi Bassi). Orbene, la Corte ha già considerato che lo Stato poteva «materializzarsi» in enti diversi dalle proprie strutture. Così, in materia di aiuti di Stato, «[c]on riguardo al [requisito dell'intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali], risulta da una costante giurisprudenza che non occorre distinguere tra le ipotesi in cui l'aiuto viene concesso direttamente dallo Stato e quelle in cui viene concesso per mezzo di un ente pubblico o privato, designato o istituito dallo Stato medesimo» (81). Mutatis mutandis, il medesimo ragionamento può essere applicato al caso di specie.

124. Inoltre, ritengo che si possa anche considerare che il Comune ha partecipato finanziariamente al progetto (quarto esempio citato dalla Corte al punto 52 della sentenza Helmut Müller, citata), atteso che la Hurks ha accettato di costruire a proprio rischio lo SPILcentrum solo dopo che il Comune le aveva garantito che la Woonbedrijf sarebbe stata proprietaria di tale centro. Orbene, in cambio, la Woonbedrijf ha ottenuto dal Comune una sovvenzione di gestione di oltre EUR 2 milioni.

125. Si può inoltre ravvisare nell'operazione un guadagno finanziario per il Comune, dato che esso pone a carico del promotore infrastrutture che, in mancanza del contratto di cooperazione, avrebbe dovuto costruire e finanziare esso stesso. Ricordo che l'ampliamento del centro medico è valutato in EUR 8 400 000 e la costruzione dello SPILcentrum in EUR 7 386 500, di cui EUR 3 738 500 per le funzioni che possono essere rilevate dal Comune (la scuola, la palestra e il centro giovani) (82).

126. Infine, oltre a contribuire all'interesse generale o alla buona organizzazione urbanistica, varie funzioni previste (in particolare il centro medico e il centro commerciale) riguardano attività di natura economica idonee a procurare al Comune ritorni finanziari attraverso tasse e spese varie. In altre parole, per parafrasare la Corte, l'amministrazione aggiudicatrice, ossia il Comune, trarrà vantaggi economici dall'utilizzo (o dalla futura cessione) dell'opera (terzo esempio menzionato dalla Corte al punto 52 della sentenza Helmut Müller).

127. Ritengo quindi che nella fattispecie, considerati gli elementi acquisiti agli atti, sia stata sufficientemente dimostrata l'esistenza di un interesse economico diretto del Comune: esso ha fatto ben di più che «garantire il rispetto [dello] sviluppo o [della] coerenza urbanistica

di una parte di un comune» (83).

ii) Un corrispettivo

128. Come ho già ricordato, il carattere oneroso di un contratto di concessione implica che l'amministrazione aggiudicatrice che ha concluso un appalto pubblico riceva in base al medesimo una prestazione a titolo di *corrispettivo*.

129. Mentre per l'amministrazione aggiudicatrice la prestazione consiste nella realizzazione dei lavori, per l'aggiudicatario il corrispettivo consiste nel diritto di gestire l'opera, o in tale diritto accompagnato da un prezzo (articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18).

130. Considerati i rapporti giuridici intercorrenti tra il Comune e la Hurks, mi interrogo anzitutto sull'esistenza stessa del «diritto di gestione» che sarebbe stato concesso alla Hurks, dato che essa è proprietaria sia dei terreni che dei beni da costruire. Come ha spiegato il governo dei Paesi Bassi in udienza, gestire significa godere dei vantaggi e sopportare gli inconvenienti dell'opera di un terzo. Ciò non avviene nel caso di specie.

131. Nondimeno, se dovesse esservi una «gestione» ai sensi della direttiva 2004/18, la presente controversia solleverebbe ancora due questioni. Anzitutto, una concessione di lavori pubblici – e quindi il riconoscimento del diritto di gestire l'opera – a tempo indeterminato è compatibile con il diritto dell'Unione? Inoltre, esiste corrispettivo se il concessionario è o diventa proprietario del terreno e/o delle opere realizzate?

– Concessione di lavori pubblici e durata indeterminata?

132. Anzitutto, condivido l'osservazione della Commissione secondo cui la direttiva 2004/18 non fornisce alcuna indicazione nel senso che una concessione dovrebbe avere una durata limitata.

133. La Corte, da parte sua, ha già avuto occasione di esaminare la questione. Penso alle citate sentenze *pressetext Nachrichtenagentur* e *Helmut Müller*. Secondo il governo dei Paesi Bassi, dal punto 79 della sentenza *Helmut Müller* si evincerebbe che un contratto di concessione a tempo indeterminato sarebbe in contrasto, *di per sé*, con il diritto dell'Unione.

134. Dal canto mio, tuttavia, non posso fare a meno di rilevare la mancanza di una posizione chiara della Corte, dato che essa ha scelto di esprimersi al condizionale precisando che «[i]n ogni caso, per quanto riguarda la durata delle concessioni, seri motivi – tra i quali vi è, in particolare, il mantenimento della concorrenza – inducono a ritenere che l'attribuzione di concessioni senza limiti temporali sarebbe contraria all'ordinamento giuridico dell'Unione» (84).

135. La Corte rinvia inoltre al punto 73 della sentenza *pressetext Nachrichtenagentur*, in cui essa ha dichiarato che «la pratica di concludere un appalto pubblico di servizi a tempo indeterminato è di per se stessa estranea al sistema ed alla finalità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici». Tuttavia, tale punto della sentenza non può essere disgiunto da quello seguente, che costituisce la conclusione del ragionamento della Corte. Infatti, in quest'ultimo punto la Corte ha dichiarato che «[t]uttavia, allo stato attuale, il diritto comunitario non vieta la conclusione di appalti pubblici di servizi a tempo indeterminato» (85).

136. Orbene, il diritto dell'Unione non è cambiato dopo tale sentenza. Diversamente che

per gli accordi quadro, il legislatore europeo non ha ancora stabilito un limite temporale per i contratti di concessione (86). Tuttavia, tale limitazione figura nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (87), attualmente in discussione. Se tale modifica venisse adottata, il diritto dell'Unione imporrebbe un limite temporale. La normativa stessa non lascerebbe più alcun dubbio quanto all'interpretazione di ciò che la Corte ha definito il «sistema [e la] finalità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici» (88).

137. Inoltre, è vero che una pratica consistente nel concludere un appalto pubblico a tempo indeterminato potrebbe avere, nel lungo periodo, l'effetto di ostacolare la libera concorrenza fra prestatori potenziali ed impedire l'applicazione delle disposizioni delle direttive dell'Unione che garantiscono la pubblicità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (89). Tuttavia, mi sembra che escludere semplicemente i contratti a tempo indeterminato dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 comporti un rischio ancora più grave, in quanto più frequente: quello di eludere le medesime norme.

138. Come rileva la Commissione nel ricorso, se tali contratti di concessione a tempo indeterminato esulassero dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, alle parti basterebbe concludere un contratto scritto a titolo oneroso, ma a tempo indeterminato, per sottrarsi ai principi di legalità, di trasparenza e di non discriminazione che sono alla base delle norme in materia di appalti pubblici.

139. Infine, occorre stabilire la portata esatta della nozione di «tempo indeterminato». A mio avviso, esso dev'essere mantenuto distinto dalla «durata infinita», che è la sola a non avere termine. Per contro, un contratto a tempo indeterminato è un contratto la cui durata non è stabilita fin dall'inizio, ma al quale si può porre fine per determinati motivi previsti dal contratto stesso, con o senza preavviso e con o senza indennità.

140. Per tali vari motivi, ritengo quindi che una concessione a tempo indeterminato, quale definita al paragrafo precedente, possa rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18.

141. Tuttavia, il caso di specie non è ricompreso in tale ambito, poiché ciò che è stato accordato alla Hurks non è una concessione a tempo indeterminato, bensì la proprietà dei terreni e delle future opere. La società Hurks gode quindi non di un diritto di durata indeterminata, bensì di un diritto di «durata infinita». Al contrario, per il Comune, la durata del contratto è chiaramente definita. Una volta realizzate le costruzioni previste dal contratto, quest'ultimo è stato eseguito e i diritti ed obblighi delle parti si estinguono. Prima di tale momento, le cause di risoluzione del contratto di cooperazione riguardano solo le condizioni indispensabili alla realizzazione del progetto, come l'ottenimento di un valido permesso di costruire (90) o la solvibilità dell'imprenditore (91).

142. In realtà, l'unica questione che si pone nella fattispecie, nell'esame del corrispettivo necessario per fare del contratto di concessione un contratto a titolo oneroso, è quella della proprietà del sito nel suo complesso.

– Concessione di lavori pubblici e proprietà?

143. Secondo la Commissione, il trasferimento della proprietà dei terreni alla Hurks era accompagnato dal concomitante trasferimento di un diritto di gestione di durata indeterminata, in quanto la sola vendita dei terreni alla Hurks non avrebbe consentito, di per sé, di realizzare i lavori previsti dal contratto di cooperazione.

144. Orbene, ai sensi della clausola 7, paragrafi 2 e 3, del contratto di cooperazione,

l'esistenza di un permesso di costruire per realizzare le opere costituiva una condizione risolutiva o sospensiva della vendita dei terreni in funzione degli elementi interessati. La realizzazione dei lavori era quindi resa possibile solo dall'impegno assunto dal Comune, con la clausola 6 del contratto di cooperazione, a fornire la sua piena collaborazione.

145. Secondo il governo dei Paesi Bassi, occorre distinguere la gestione in qualità di proprietario da quella in qualità di concessionario. Nel primo caso, la gestione è afferente al diritto di proprietà. Nel secondo, la gestione è afferente ad una concessione accordata dal proprietario al concessionario. Nella fattispecie, poiché il Comune ha ceduto la proprietà dei terreni alla Hurks, il governo dei Paesi Bassi ritiene che essa li gestisca in qualità di proprietaria, e non in base ad una concessione. A sostegno del suo argomento, esso richiama nuovamente la sentenza Helmut Müller.

146. Nelle conclusioni presentate nella causa Helmut Müller, l'avvocato generale Mengozzi ha osservato che sebbene i termini «diritto di gestire» utilizzati dalla direttiva 2004/18 nella definizione della concessione di lavori pubblici possano essere interpretati largamente, ciò che gli «sembra da escludere, in considerazione del senso e dell'economia generale della normativa in parola, è la possibilità di configurare una concessione di lavori pubblici in cui al concessionario sia riconosciuto il diritto di proprietà sulle opere realizzate» (92).

147. La Corte ha adottato una posizione più sfumata. È vero che, «[a]ffinché un'amministrazione aggiudicatrice possa trasferire alla sua controparte il diritto di gestire un'opera ai sensi [dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18], è necessario che tale amministrazione possa disporre della gestione dell'opera stessa» (93). Tuttavia, secondo la Corte, «[c]iò non avviene, *di norma*, qualora il diritto di gestione abbia come unica origine il diritto di proprietà dell'operatore interessato», in quanto, «[f]intantoché un operatore disponga del diritto di gestire il terreno di cui è il proprietario, risulta essere esclusa, *in linea di principio*, la possibilità che un'autorità pubblica attribuisca una concessione avente ad oggetto la gestione stessa» (94).

148. Di conseguenza, se il principio è l'esclusione di una concessione qualora il «costruttore» sia proprietario dei terreni, l'impiego dei termini «di norma» e «in linea di principio» implica che si possa configurare un'eccezione.

149. Tuttavia, la Corte non ha fornito alcuna indicazione quanto alle possibili eccezioni. L'unico indizio è costituito dalla spiegazione della regola: l'amministrazione aggiudicatrice non può disporre dell'opera qualora «il diritto di gestione abbia *come unica origine* il diritto di proprietà dell'operatore» (95).

150. Si deve ammettere che, di fronte a tale enunciato, anche la dottrina si è mostrata divisa.

151. Secondo alcuni, la risposta era chiara: se l'autorità pubblica non conserva o non acquista la proprietà dell'opera oggetto del contratto, non sussiste concessione, in quanto l'autorità non può concedere un bene sul quale non ha alcun diritto (96). Orbene, come si è già precisato, la direttiva 2004/18 prescrive che l'amministrazione aggiudicatrice accordi al concessionario, in quanto controparte contrattuale nella realizzazione dell'opera, il diritto di gestirla o tale diritto accompagnato da un prezzo (articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18). Il diritto di proprietà include il diritto di gestire. Pertanto, se viene trasferito il primo, non può essere trasferito il secondo.

152. Secondo i sostenitori di questa tesi, che definirei restrittiva, il concessionario lascia necessariamente la proprietà all'amministrazione aggiudicatrice e conserva la gestione del

bene al fine, in particolare, di metterlo a disposizione del pubblico e riscuotere un prezzo a tale titolo (97).

153. Tuttavia, secondo altri, la direttiva 2004/18 promuove una concezione più ampia della concessione (98). A loro parere, la gestione dell'opera implica il diritto di trarne un vantaggio che non deve necessariamente consistere nella percezione di canoni pagati dagli utenti. Secondo tale interpretazione, il diritto di gestire può essere riversato dal promotore sul prezzo al quale saranno venduti i terreni, gli alloggi o le altre opere. In tal caso, la proprietà del bene non rimane, o non torna, all'amministrazione aggiudicatrice, ma la sua controparte ha potuto tuttavia gestire, vendendolo, il bene che ha costruito.

154. Siffatta interpretazione sarebbe conforme alle definizioni della direttiva 2004/18, in quanto la concessione di lavori pubblici viene definita mediante rinvio a quella di «lavori pubblici». Orbene, è vero che la definizione degli appalti pubblici non implica che il bene rimanga o diventi proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, secondo gli autori che sostengono l'interpretazione estensiva della concessione, non occorrerebbe distinguere tra i due tipi di appalti in funzione del titolare del diritto di proprietà (99).

155. Per altri ancora, la questione non è ancora stata risolta e sarebbe auspicabile un chiarimento su questo punto (100).

156. Condivido quest'ultima posizione.

157. Se si vuole partire dall'ambito definito dalla Corte nella sentenza Helmut Müller – l'amministrazione aggiudicatrice non può disporre dell'opera qualora «il diritto di gestione abbia come *unica origine* il diritto di proprietà dell'operatore» (101) –, occorre chiedersi quale possa essere l'origine del diritto di gestione diversa dal diritto di proprietà.

158. Quale sarebbe dunque, nella fattispecie, l'altra origine del diritto di gestione?

159. Tralasciando il diritto di proprietà esercitato sui terreni e sulle costruzioni – a prescindere dalla circostanza che tale diritto venga ottenuto prima o contemporaneamente alle operazioni e che il promotore l'abbia ottenuto da terzi o dall'amministrazione pubblica –, vedo eventualmente solo il rilascio dei permessi necessari alla realizzazione dei lavori previsti dal contratto di cooperazione.

160. Tuttavia, non si deve dimenticare che nella sentenza Helmut Müller, la Corte ha respinto la tesi secondo cui il rischio economico inerente alla concessione risiede nell'incertezza quanto all'ottenimento delle necessarie autorizzazioni urbanistiche. Secondo la Corte, in tal caso, il rischio sarebbe connesso non alla gestione, bensì alla competenza dell'amministrazione aggiudicatrice in materia urbanistica (102). Inoltre, nel caso di specie, il rischio non sussiste per il promotore, dato che il contratto di cooperazione prevede espressamente che «i contratti di vendita dei lotti interessati dovranno specificare che la consegna [dei terreni] è subordinata alla condizione risolutiva che sia stato validamente rilasciato un permesso di costruire entro la data di inizio dei lavori di costruzione prevista dalla clausola 9.1» (103), e che «la cessione del lotto relativo al centro commerciale e di quello relativo agli alloggi viene effettuata entro quattro settimane dal momento in cui si renda disponibile un valido permesso di costruire per la realizzazione della funzione di cui trattasi» (104).

161. Per analogia, ritengo quindi che l'origine del diritto di gestire le opere non possa essere desunta dalla condizione risolutiva concernente il rilascio dei permessi. In mancanza di permesso, le opere semplicemente non verranno costruite e il contratto di vendita dei

terreni sarà eventualmente risolto (v. clausola 7, punti 2-4, del contratto di cooperazione).

162. È vero che la Hurks ha bisogno che il Comune la aiuti ad ottenere i permessi e le deroghe necessarie alla realizzazione delle opere. Tuttavia, sembra che non sia il Comune a rilasciare i permessi. Pertanto, esso non può essere considerato l'«origine» del diritto di gestire.

163. Più in generale, mi interrogo sull'esistenza stessa di casi nei quali il diritto di gestire non tragga origine unicamente dal diritto di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice o da quello dell'operatore.

164. Infatti, a priori, le diverse figure classiche del diritto che consentono di utilizzare un bene senza esserne proprietario derivano sempre dallo scomponimento di tale proprietà (come ad esempio nel caso della servitù, dell'enfiteusi o dell'usufrutto). Se il concessionario esercita il proprio diritto di gestire nell'ambito di una di tali figure (servitù, enfiteusi ed usufrutto), esso non è proprietario e non si pone quindi il problema dell'impossibilità di configurare una concessione.

165. Se tale diritto viene concesso dall'amministrazione aggiudicatrice, il concessionario non è proprietario, gode solo di un diritto, limitato, di gestione e trae tale diritto dall'autorizzazione a gestire concessa dall'amministrazione aggiudicatrice.

166. Per contro, se è il concessionario a concedere una servitù, un usufrutto o un'enfiteusi, esso lo fa in quanto proprietario e il potere di gestione che eventualmente conserva discende dal suo diritto di proprietà.

167. L'incertezza derivante dalla formulazione della sentenza Helmut Müller quanto all'incidenza del diritto di proprietà dell'opera spettante all'operatore mi pare molto limitata e circoscritta a situazioni che non sembrano riscontrabili nel caso di specie.

168. Al pari degli avvocati generali Mengozzi e Jääskinen, sarei a mia volta favorevole a che la Corte escluda semplicemente la possibilità di configurare una concessione di lavori pubblici qualora venga riconosciuto al (presunto) concessionario un diritto di proprietà sulle opere realizzate ([105](#)).

169. In ogni caso, se la Corte dovesse dissipare, in un senso o nell'altro, l'incertezza derivante dalla sentenza Helmut Müller quanto all'incidenza della proprietà dell'opera spettante all'operatore economico, ritengo che, nelle circostanze del caso di specie, la Commissione non abbia sufficientemente dimostrato l'esistenza di un corrispettivo – ossia il diritto di gestire o tale diritto accompagnato da un prezzo – a favore della società Hurks, proprietaria dei terreni e delle opere da realizzare. Pertanto, non può trattarsi di un contratto di concessione di lavori pubblici.

170. Alla luce di quest'ultima considerazione, suggerisco alla Corte di respingere il ricorso della Commissione.

171. È vero che la mia conclusione lascia persistere il rischio che le norme in materia di appalti pubblici vengano aggirate mediante contratti di vendita con trasferimento del diritto di proprietà. Tale situazione non è quindi certo soddisfacente. Tuttavia, si tratta di una considerazione de lege ferenda.

172. Nella fattispecie, la Corte è chiamata a pronunciarsi nell'ambito ristretto di un ricorso per inadempimento sulla base del diritto vigente e degli elementi probatori forniti dalla

Commissione. Se quest'ultima ritiene sufficientemente grave e nefasto per l'Unione europea il rischio sopra descritto, deve avvalersi del suo potere di iniziativa legislativa per modificare la direttiva 2004/18.

2. Sintesi

173. La direttiva applicabile è quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e valuta se occorre o meno indire una gara preliminare ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico.

174. Nella fattispecie, ritengo che il Comune abbia adottato tale decisione il 23 aprile 2002. Pertanto, a mio parere, la direttiva 2004/18 non era applicabile. Orbene, è su di essa che la Commissione basa il suo ricorso.

175. Le condizioni necessarie affinché sussista una concessione di lavori pubblici discendono dalle definizioni di «appalti pubblici di lavori» e di «concessione di lavori pubblici» contenute rispettivamente all'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e b), e all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18. Tali condizioni sono tre. Occorrono:

- un *contratto scritto* tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico,
- un appalto avente per oggetto *l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori* relativi a una delle attività di cui all'allegato I della direttiva 2004/18 o di un'opera, *oppure l'esecuzione*, con qualsiasi mezzo, *di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*,
- un *contratto concluso a titolo oneroso*, in cui il corrispettivo consiste necessariamente solo nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (articolo 1, paragrafo 3).

176. Secondo me, il carattere oneroso del contratto implica, da un lato, la realizzazione di un'opera, da parte del concessionario, che presenti un interesse economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, un corrispettivo per il concessionario, ossia il diritto di gestire l'opera o tale diritto accompagnato da un prezzo. Per soddisfare tale condizione, allo stato attuale della normativa applicabile, la concessione può essere accordata a tempo indeterminato, ma non all'infinito, in particolare sotto forma di cessione del diritto di proprietà della controparte.

177. Pertanto, poiché la Hurks trae il suo diritto di gestione dalla proprietà dei terreni acquistati presso il Comune e non l'ha quindi ottenuto dal medesimo per mezzo di un contratto di concessione di lavori pubblici, ritengo che il ricorso della Commissione sia infondato.

IV – Sulle spese

178. Ai sensi dell'articolo 138 del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Pertanto, poiché il Regno dei Paesi Bassi ne ha fatto domanda, la Commissione ne sopporterà la spesa.

179. Per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, essa sopporterà le proprie spese conformemente all'articolo 140 del regolamento di procedura.

V – Conclusione

180. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di:

- in via principale, respingere il ricorso della Commissione europea, in quanto la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non è applicabile *ratione temporis*,
- in via subordinata, respingere il ricorso, in quanto la direttiva 2004/18 non è applicabile, atteso che il contratto controverso non è un contratto di concessione di lavori pubblici,
- in ogni caso, condannare la Commissione alle spese del Regno dei Paesi Bassi e ordinare che la Repubblica federale di Germania sopporti le proprie spese.

1 – Lingua originale: il francese

2 – GU L 134, pag. 114.

3 – V. parere dei servizi interni del Comune del 26 luglio 2001, approvato dal consiglio comunale il 7 agosto 2001 (allegato 1 del controricorso).

4 – V. allegato 3 del controricorso.

5 – V. parere dei servizi interni del Comune dell'11 aprile 2002, approvato dal consiglio comunale il 23 aprile 2002 (allegato 3 del controricorso, pag. 5).

6 – V. allegato 5 del controricorso.

7 – V., in tal senso, sentenze del 9 novembre 1999, Commissione/Italia (C-365/97, Racc. pag. I-7773, punto 35); del 10 aprile 2003, Commissione/Portogallo (C-392/99, Racc. pag. I-3373, punto 133), e del 6 settembre 2012, Commissione/Portogallo (C-38/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 16).

8 – Sentenza del 14 ottobre 2010, Commissione/Austria (C-535/07, Racc. pag. I-9483, punto 41). Il corsivo è mio.

[9](#) – Sentenza del 26 aprile 2005, Commissione/Irlanda (C-494/01, Racc. pag. I-3331, punto 36).

[10](#) – Non condivido il parere dei Paesi Bassi secondo cui l'ipotesi formulata dalla Corte nella causa Commissione/Irlanda, citata, sarebbe circoscritta al caso di un «inadempimento di carattere generale», che riguarderebbe solo un «atteggiamento sistematico e costante di tolleranza». Al contrario, nella medesima causa, ciò che la Commissione cercava di dimostrare producendo elementi complementari era appunto «dar prova della generalità e della persistenza dell'asserito inadempimento». V. sentenza citata (punto 37).

[11](#) – Sentenza Commissione/Irlanda, cit. (punti 42-45).

[12](#) – Sentenza del 18 novembre 2010, Commissione/Portogallo (C-458/08, Racc. pag. I-11599, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

[13](#) – V. punti 156-160.

[14](#) – Sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, Racc. pag. I-2673).

[15](#) – Riguardo al richiamo operato dalla Commissione, nel ricorso, ad una giurisprudenza non citata nella fase precontenziosa di un procedimento per inadempimento, la Corte ha dichiarato che, «[r]iferendosi nel ricorso alle citate sentenze “Cielo aperto”, la Commissione ha semplicemente voluto menzionare la giurisprudenza più recente relativa ai principi che regolano la competenza esterna esclusiva della Comunità, senza ampliare, modificare né tanto meno ridurre l'oggetto della controversia, come definito nel parere motivato». Sentenza del 14 luglio 2005, Commissione/Germania (C-433/03, Racc. pag. I-6985, punto 29).

[16](#) – V., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia (C-337/98, Racc. pag. I-8377).

[17](#) – V. parere dei servizi interni del Comune del 26 luglio 2001, approvato dal consiglio comunale il 7 agosto 2001 (allegato 1 del controricorso).

[18](#) – V. allegato 2 del controricorso.

[19](#) – V. allegato 4 del controricorso.

[20](#) – V. parere dei servizi interni del Comune dell'11 aprile 2002, approvato dal consiglio comunale il 23 aprile 2002 (allegato 4 del controricorso, pag. 5).

[21](#) – V. allegato 4 del controricorso.

[22](#) – V. allegato 5 del controricorso.

[23](#) – Sentenza già citata.

[24](#) – Sentenza del 19 giugno 2008, (C-454/06, Racc. pag. I-4401).

[25](#) – Sentenza Commissione/Francia, cit. (punti 36 e 37). Il corsivo è mio).

[26](#) – Ibidem, punto 40.

[27](#) – Ibidem, punto 44.

[28](#) – Sentenza presstext Nachrichtenagentur, cit. (punto 35).

[29](#) – Ibidem (punto 36).

[30](#) – Ibidem (punto 37).

[31](#) – Ibidem (punto 59).

[32](#) – V. punto 46 della replica della Commissione: «Si deve *dedurre* dalla giurisprudenza della Corte che, in base ai principi di parità di trattamento e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti (v. articolo 2 della direttiva 2004/18), gli appalti pubblici devono essere riaggiudicati se viene modificata una delle condizioni essenziali del contratto e conducono così alla conclusione di un nuovo contratto, *ma ciò non esclude che tale posizione non possa applicarsi per analogia ad altre situazioni*» (il corsivo è mio).

[33](#) – Sentenza Commissione/Francia, cit. (punto 40).

[34](#) – Ibidem (punto 36).

[35](#) – Sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/98, Racc. pag. I-8991, punti 28 e 29).

[36](#) – Paragrafo 2.5 del parere «Selezione di un promotore per il centro di prossimità di Doornakkers» (allegato 4 del ricorso).

[37](#) – Formula enunciata dalla Corte al punto 36 della sentenza Commissione/Francia, cit.

[38](#) – Sentenza presstext Nachrichtenagentur, cit. (punto 35).

[39](#) – Ibidem (punto 36).

[40](#) – Ibidem (punto 37).

[41](#) – Ibidem (punto 40).

[42](#) – «Infatti, anche se la Hurks ed il Comune si erano accordati sul prezzo e sulla vendita del terreno da parte di quest'ultimo (...)» (punto 46 del ricorso della Commissione).

[43](#) – Ricorso della Commissione (punti 77 e 78). Il corsivo è mio.

[44](#) – In tal senso v., in particolare, sentenza del 26 maggio 2011, Commissione/Spagna (C-306/08, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 94).

[45](#) – Il corsivo è mio.

[46](#) – Sentenza Commissione/Francia, cit. (punto 40).

[47](#) – GU L 199, pag. 54.

[48](#) – Non può trattarsi di un appalto pubblico di lavori in senso stretto, in quanto non esiste alcun corrispettivo pecuniario versato dal Comune (su tale nozione, v. conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa Commissione/Spagna, già citata).

[49](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 82).

[50](#) – Il governo dei Paesi Bassi ha confermato in udienza che il prezzo dei terreni era stato previamente valutato da un esperto indipendente e non teneva conto dell'eventuale plusvalenza realizzata successivamente dal promotore. Alla Hurks non sarebbe stato concesso alcuno sconto in cambio dei vantaggi che il Comune avrebbe ricavato dalla realizzazione del progetto.

[51](#) – A proposito di quest'ultima categoria – un'opera si può fare utilmente riferimento alla causa Auroux, in cui era parimenti in discussione un progetto di rivitalizzazione di un quartiere con la creazione di un polo ricreativo che includeva in particolare un cinema multisala e locali commerciali. Secondo la Corte, «[r]isulta dall'art[icolo] 1, lett[era] c), della direttiva che l'esistenza di un'opera deve essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati (v. sentenza [del] 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione/Italia, punto 26). Come risulta chiaramente da numerose disposizioni della convenzione, la realizzazione del centro ricreativo è destinata ad accogliere attività commerciali e servizi, sì da far ritenere che la convenzione adempia una funzione economica» (sentenza del 18 gennaio 2007, Auroux e a., C-220/05, Racc. pag. I-385, punto 41). Nella fattispecie, è pacifico che vari edifici in discussione nella presente causa sono destinati ad ospitare attività commerciali o di prestazione di servizi (istituti di cura, SPILcentrum, ecc.) ed espletano pertanto una funzione economica.

[52](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 67). Il corsivo è mio.

[53](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 68).

[54](#) – Allegato alla «nota informativa all’attenzione dei candidati–promotori partecipanti ad una selezione» redatta dal Comune ai fini della riunione dell’11 giugno 2002.

[55](#) – V. allegato 4 del controricorso.

[56](#) – Sentenza del 29 ottobre 2009, Commissione/Germania (C-536/07, Racc. pag. I-10355, punto 58).

[57](#) – Ibidem (punto 59).

[58](#) – Sentenza del 12 luglio 2001, Ordine degli Architetti e a. (C-399/98, Racc. pag. I-5409, punto 59).

[59](#) – Per l’aggiudicatario, il corrispettivo consiste nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2004/18). Tale requisito sarà esaminato più avanti.

[60](#) – V. sentenza Helmut Müller, cit. (punto 48).

[61](#) – Ibidem (punto 49).

[62](#) – Paragrafo 54 delle conclusioni.

[63](#) – Ibidem (paragrafo 55).

[64](#) – Ibidem (v. paragrafi 56–58).

[65](#) – Ibidem (paragrafo 59).

[66](#) – Ibidem (paragrafo 60).

[67](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 50).

[68](#) – Ibidem (punto 51).

[69](#) – Ibidem (punto 52).

[70](#) – Ibidem.

[71](#) – Ibidem.

[72](#) – Paragrafo 59 delle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Helmut Müller, cit.

[73](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 57).

[74](#) – V. infra, paragrafi 118–121.

[75](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 55).

[76](#) – V. paragrafi 12, 33 e 66 delle presenti conclusioni.

[77](#) – V. preambolo del contratto di cooperazione del 15 aprile 2008 concluso tra Woonbedrijf e il Comune, pag. 2 (allegato 5 del ricorso della Commissione).

[78](#) – Accordo concluso tra la Woonbedrijf e il Comune il 15 aprile 2008.

[79](#) – Paragrafi 17–20 della controreplica.

[80](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 51).

[81](#) – Sentenza del 15 luglio 2004, Pearle e a. (C-345/02, Racc. pag. I-7139, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

[82](#) – Secondo i dati comunicati dal governo dei Paesi Bassi nella sua risposta alla Commissione del 19 dicembre 2008 (allegato 7 del ricorso).

[83](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 55).

[84](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 79).

[85](#) – Sentenza presstext Nachrichtenagentur, cit. (punto 74). Anche se la controversia all'origine di detta sentenza verteva su un appalto di servizi, non mi sembra che tale circostanza impedisca di trasporre il ragionamento al settore degli appalti pubblici di lavori. Peraltro, la causa Helmut Müller, riguardava un appalto pubblico di lavori.

[86](#) – V. articolo 32, paragrafo 2, quarto comma, della direttiva 2004/18.

[87](#) – V. articolo 16 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione [COM(2011) 897 def.] e la modifica proposta dal Consiglio (18007/12) [011/0437 (COD)].

[88](#) – Sentenza presstext Nachrichtenagentur, (punto 73).

[89](#) – In tal senso, sentenza presstext Nachrichtenagentur, cit. (punto 73).

[90](#) – V. clausole 7.2 e 7.3 del contratto di cooperazione concluso tra il Comune e la Hurks.

[91](#) – V. clausola 12.2 dello stesso contratto di cooperazione.

[92](#) – Paragrafo 90 delle conclusioni.

[93](#) – Sentenza Helmut Müller, cit. (punto 72).

[94](#) – Ibidem (punti 73 e 74) (il corsivo è mio).

[95](#) – Ibidem (punto 73). Il corsivo è mio.

[96](#) – «La sentenza “Helmut Müller” ci ha insegnato che può esservi concessione solo se l’amministrazione aggiudicatrice conserva la proprietà delle opere di cui trattasi, in quanto non si può concedere ciò che non si possiede o che non si possiede più» (Llorens F.e Soler-Couteaux P., «Marchés, DSP, concession de travaux ou d’aménagement: de quelques problèmes de frontière», *Contrats et marchés publics*, Les revues Jurisclasseur, novembre 2011, punto 10). I medesimi autori si erano espressi nello stesso senso in un primo commento alla sentenza Helmut Müller,: «Una cosa è certa: la vendita di terreni non può essere equiparata ad una concessione di lavori se l’opera da costruire rimane (definitivamente) di proprietà dell’acquirente. (...) Si chiude così il dibattito sulla questione se il fatto che l’acquirente di un terreno gestisca le costruzioni che intende erigersi in qualità di proprietario non sia equiparabile al diritto di gestione, caratteristico della concessione». Gli autori si interrogano tuttavia sull’ipotesi – analoga al caso di specie – in cui l’amministrazione aggiudicatrice partecipi al finanziamento delle costruzioni o ne prenda l’iniziativa. In tal caso, però, «il contratto non è più equiparabile ad una concessione, se la gestione da parte dell’acquirente ha per oggetto solo le opere di cui egli è proprietario» (Llorens F.e Soler-Couteaux P., «La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marché public de travaux: la vision de la CJUE (à propos de l’arrêt Helmut Müller)», *Contrats et marchés publics*, Les revues Jurisclasseur, maggio 2010, punto 5). Per una critica a questa tesi, v. Durviaux A.-L., «Droit européen des marchés publics et autres contrats publics», *RTD eur.*, 2011, pagg. 423-447, in particolare pag. 13. Nel caso di un’interpretazione restrittiva, v. anche Fatôme E., Richer L., «Concession de travaux et droit d’exploitation», *AJDA*, 2012, pag. 682: «Pertanto, poiché il diritto di gestire un bene costituisce un attributo del diritto di proprietà del bene, è logico considerare che, affinché un contratto possa essere qualificato come concessione di lavori, occorre che esso preveda che l’opera, una volta realizzata dalla controparte, divenga proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice». V. anche Mesiter M., «Champ d’application de la directive 2004/18 et notion de ‘travaux’», *Europa*, maggio 2010, pag. 29.

[97](#) – In tal senso, Fatôme E e Richer L., «Concession de travaux et droit d'exploitation», op. cit. Tali autori rinviano alle conclusioni presentate dall'avvocato generale Jääskinen nella causa Commissione/Spagna, cit.

[98](#) – E. Fatôme e L. Richer, «Concession de travaux et droit d'exploitation», op. cit.

[99](#) – V., in tal senso, Llorens F. e Soler-Couteaux P., «Marchés, DSP, concession de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière», *Contrats et marchés publics*, Les revues Jurisclasseur, novembre 2011, punto 10.

[100](#) – Brown A., «Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben C-451/08): clarification on the application of the EU procurement rules to land sales and development agreements» P.P.L.R., 2010, 4, NA 125-130.

[101](#) – Punto 73. Il corsivo è mio.

[102](#) – V. sentenza Helmut Müller, cit. (punto 78).

[103](#) – Clausola 7.2 dello stesso contratto di cooperazione concluso tra il Comune e la Hurks.

[104](#) – Clausola 7.3 del suddetto contratto di cooperazione.

[105](#) – V. conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Helmut Müller, (paragrafo 90). Quanto all'avvocato generale Jääskinen, egli ha rilevato quanto segue nelle conclusioni relative alla causa Commissione/Spagna, cit. (paragrafo 97): «Nondimeno, anche assumendo che la proprietà dei fondi ceduta all'urbanizzatore possa essere equiparata alla concessione di un diritto di gestione (*tesi che peraltro non condivido*), tale diritto viene garantito per un periodo indeterminato e risulta pertanto in contrasto con la definizione di concessione accolta dalla Corte nelle menzionate sentenze Helmut Müller e presstext Nachrichtenagentur» (il corsivo è mio). Come ho già spiegato, non condivido invece il parere espresso dall'avvocato generale Jääskinen in merito all'incidenza della durata indeterminata del contratto sulla qualificazione dell'operazione.