

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

13 novembre 2008 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Appalti pubblici – Progettazione e realizzazione di una tramvia municipale – Appalto pubblico di lavori – Attribuzione tramite una procedura diretta all’attribuzione di una concessione di lavori pubblici – Violazione della direttiva 93/37»

Nella causa C-437/07,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell’art. 226 CE, proposto il 19 settembre 2007,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. C. Zadra e D. Kukovec, in qualità di agenti,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello stato,

convenuta,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas, presidente di sezione, dai sigg. A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (relatore), J. Klučka, e A. Arabadjiev, giudici,

avvocato generale: sig. Y. Bot

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede che la Corte voglia dichiarare che, avendo il Comune di L’Aquila (in prosieguo: il «Comune») attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura, quale quella propria della «finanza di progetto», finalizzata all’attribuzione di una concessione di lavori, ed avendo proceduto ad una modifica del progetto preliminare posto a base della gara successivamente alla pubblicazione del bando, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti rispettivamente in forza dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina

le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), in particolare dei suoi artt. 7 e 11, nonché degli artt. 43 CE e 49 CE e dei principi di trasparenza e di non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

Il contesto normativo

La normativa comunitaria

2 L'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 definisce gli appalti pubblici di lavori come segue:

«gli “appalti pubblici di lavori” sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice».

3 L'art. 1, lett. d), della suddetta direttiva definisce la concessione di lavori pubblici nei termini seguenti:

«la “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

4 L'art. 7 della direttiva 93/37 prevede che, per attribuire gli appalti pubblici di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici applicano o la procedura aperta o la procedura ristretta e che possono ricorrere alla procedura negoziata in certi casi eccezionali, tassativamente elencati. Tali obblighi non si applicano all'attribuzione delle concessioni di lavori pubblici.

5 L'art. 11, nn. 2 e 3, della suddetta direttiva prevede quanto segue:

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

3. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

La normativa nazionale

6 Gli artt. 37 bis - 37 quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 41 del 19 febbraio 1994; in prosieguo: la «legge n. 109/94»), regolano l'attribuzione degli appalti pubblici di lavori finanziati, in tutto o in parte, da soggetti privati.

7 L'art. 37 bis di tale legge consente a soggetti privati di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e di firmare i contratti corrispondenti che dispongono il finanziamento e la gestione dei lavori.

8 L'art. 37 ter della stessa legge descrive la procedura di selezione del promotore. Così, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto differenti profili: costruzione, urbanistica, ambiente, qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare e metodologia di aggiornamento, valore economico e finanziario del piano e del contenuto della

bozza di convenzione. Tali amministrazioni sono tenute a verificare l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione di tali previsioni e, dopo aver esaminato e comparato queste ultime e aver sentito i promotori che ne facciano richiesta, indicano quale proposta è di pubblico interesse.

- 9 In questo caso, in applicazione dell'art. 37 quater della legge n. 109/94, viene realizzata una procedura ristretta tesa ad indurre la presentazione di altre due offerte. La concessione viene in seguito attribuita nell'ambito di una procedura negoziata nel corso della quale vengono esaminate la proposta del promotore inizialmente selezionato e tali altre offerte. Nel corso di tale procedura, il suddetto promotore può adattare la sua proposta a quella giudicata dall'amministrazione aggiudicatrice più conveniente. In tal caso, egli risulterà aggiudicatario della concessione.
- 10 Tale procedura viene designata con il termine di «finanza di progetto».

Fatti e procedimento precontenzioso

- 11 Con delibera n. 49 del 29 gennaio 2002, il Comune ha constatato, ai sensi dell'art. 37 ter della legge n. 109/94, la fattibilità e il pubblico interesse di una proposta presentata dal Raggruppamento CGRT (in prosieguo: il «CGRT») in qualità di promotore, relativa alla progettazione ed alla realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città. Secondo tale decisione, l'importo stimato dei lavori ammontava a EUR 33 569 698,44, di cui EUR 20 141 819,06, ovverosia il 60% del primo importo, finanziati direttamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e EUR 13 427 879,38, ovverosia il restante 40%, finanziati dal CGRT.
- 12 Con delibera n. 212 del 26 marzo 2002, il Comune ha bandito una gara per l'attribuzione di una concessione di lavori in vista della costruzione di tale tramvia. Il bando di gara per la concessione è stato pubblicato segnatamente nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, serie S, del 25 aprile 2002, con il numero di riferimento 2002/S 81-063094.
- 13 A seguito dell'esperimento infruttuoso di tale bando di gara, con delibera n. 798 del 27 novembre 2002, il Comune ha attribuito tale concessione al CGRT. A seguito di tale attribuzione, in data 2 dicembre 2002, il Comune e il CGRT hanno quindi concluso una convenzione.
- 14 Il punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione indica che la persona incaricata della gestione del servizio di tramvia in forza di un contratto di servizio da concludere con il Comune sarà tenuta a corrispondere un canone periodico al CGRT.
- 15 L'art. 5 di tale convenzione stabilisce in merito al corrispettivo del concessionario:

«(...)

Come sopra menzionato in premessa al punto 12, lett. c), al fine di garantire il rispetto delle previsioni del piano economico-finanziario allegato al progetto preliminare, e quindi la sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione, al Concessionario, oltre al Contributo pubblico, è riconosciuto, quale corrispettivo, il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente la Tramvia, per tutta la durata della Concessione, anche mediante la percezione di un corrispettivo indicato specificamente nel piano economico-finanziario allegato, dovuto per effetto dello sfruttamento e per l'utilizzazione della Tramvia e delle connesse opere realizzate dal Concessionario da parte del Gestore del Servizio che avrà stipulato con il Concedente un contratto di servizio.

A tal fine, il Concedente, avuto riguardo alla necessità di garantire l'equilibrio economico-finanziario del Concessionario e all'essenzialità – a tale scopo – del puntuale adempimento da parte del Gestore del Servizio del pagamento al Concessionario del suddetto corrispettivo, si obbliga con la presente Convenzione e per tutta la sua durata a prevedere espressamente nel/i bando/i, nelle relative documentazioni di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico afferente la Tramvia ed in particolare nel contratto di servizio disciplinante l'erogazione di detto servizio, l'obbligo in capo al Gestore del Servizio di pagare al Concessionario il corrispettivo di cui sopra, indicato nel piano economico-finanziario allegato al progetto preliminare».

- 16 Sulla base degli elementi contenuti nel fascicolo, l'importo del canone che il gestore del servizio di tramvia sarebbe tenuto a corrispondere al CGRT è stato fissato a EUR 1 446 079,32 annui per un periodo di trent'anni.
- 17 Alla data di presentazione del presente ricorso, il Comune non aveva ancora designato il gestore del suddetto servizio.
- 18 Peraltro, il progetto preliminare dell'opera, sul quale si basava la gara d'appalto, è stato modificato nel progetto definitivo che il CGRT ha presentato dopo la pubblicazione del bando di concessione. Tali modifiche sono state approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con nota del 29 settembre 2004.
- 19 Senza che il costo complessivo dell'opera sia cambiato, il costo dei lavori rientranti nella categoria «Edifici civili ed industriali», stimato in EUR 2 948 695,88 nel progetto preliminare, è stato portato a EUR 7 613 505,11 nel progetto definitivo, mentre il costo dei lavori rientranti nella categoria «Impianti per la trazione elettrica», stimato in EUR 3 956 137,32 nel progetto preliminare, è stato portato a EUR 3 140 566,98 nel progetto definitivo.
- 20 In seguito ad un reclamo in merito all'attribuzione dei lavori in questione, la Commissione ha preso contatto, in data 16 e 17 giugno 2005, con le autorità italiane, che le hanno fornito talune informazioni.
- 21 Non soddisfatta delle risposte comunicate da tali autorità, la Commissione ha indirizzato alla Repubblica italiana una lettera di messa in mora in data 18 ottobre 2005 e un parere motivato in data 4 luglio 2006, prima di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

- 22 A sostegno del proprio ricorso la Commissione fa valere due censure.

Sulla prima censura

Argomenti delle parti

- 23 Con la sua prima censura la Commissione fa valere che la convenzione conclusa tra il Comune e il CGRT, in data 2 dicembre 2002, configura un appalto pubblico di lavori ai sensi del diritto comunitario. Certo, la controprestazione dei lavori, nel caso di specie, consisterebbe in parte nel diritto di gestire l'opera. Tuttavia, dato che il CGRT non gestisce in prima persona l'opera, ma percepisce un canone garantito da un terzo incaricato della gestione di tale opera, il CGRT non si assumerebbe i rischi finanziari di detta gestione. Di conseguenza, tale operazione non potrebbe essere qualificata come concessione di lavori pubblici. Essa dovrebbe essere qualificata come appalto pubblico di lavori e richiederebbe il rispetto delle relative procedure di aggiudicazione.

- 24 L'aggiudicazione di tale appalto tramite una procedura quale quella della «finanza di progetto», che è diretta all'attribuzione di una concessione di lavori pubblici, sarebbe contraria alle disposizioni della direttiva 93/37, e in particolare agli artt. 7 e 11 della direttiva.
- 25 La Repubblica italiana ritiene che, nel caso di specie, lo schema della concessione si realizzi pienamente. Il concessionario realizzerebbe l'opera con un contributo finanziario fisso non superiore al 60% del prezzo dell'opera. I rischi connessi a tale realizzazione sarebbero stati assunti dal concessionario, che non potrebbe pretendere alcunché oltre a tale contributo finanziario.
- 26 In relazione al diritto di gestire l'infrastruttura, il servizio di trasporto di massa sarebbe riservato nel Comune ad un solo operatore, vale a dire all'Azienda della Mobilità Aquilana SpA (in prosieguo: la «AMA»), che è tenuta ad applicare nei confronti degli utenti un prezzo amministrato e ad utilizzare una biglietteria integrata con gli altri servizi di trasporto. Per questa ragione il diritto di gestire l'opera si trasformerebbe per il CGRT in un diritto di percepire dall'AMA un canone fisso. Si tratterebbe di una modalità di gestione dell'opera che non priva l'operazione in questione del suo carattere di concessione di lavori pubblici.

Giudizio della Corte

- 27 Dall'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37, applicabile al momento dei fatti, risulta che la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
- 28 La Commissione fa valere, inoltre, che la concessione di lavori pubblici è caratterizzata dal fatto che essa implica un trasferimento del rischio legato alla gestione dell'opera al concessionario.
- 29 A tal proposito la Corte ha rilevato che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v. sentenza 18 luglio 2007, C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 34, e giurisprudenza ivi citata).
- 30 Dalla giurisprudenza risulta altresì che il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, e Commissione/Italia, cit., punti 35 e 37).
- 31 Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori.
- 32 Nel caso di specie, se è vero che l'art. 5 della convenzione conclusa il 2 dicembre 2002 tra il Comune e il CGRT prevede che a quest'ultimo venga riconosciuto quale corrispettivo, oltre al contributo pubblico, il diritto di gestire funzionalmente la tramvia in questione, risulta però dallo stesso art. 5, dal punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione nonché da altri elementi del fascicolo che la gestione della tramvia deve essere garantita da un gestore che è tenuto a concludere un contratto di servizi, non con il concessionario, ma con il concedente che determinerà l'importo da pagare al concessionario.
- 33 L'importo del canone che dovrebbe essere pagato al CGRT dal futuro gestore del servizio di tramvia ammonta a EUR 1 446 079,32 annui per trent'anni. Risulta dagli elementi contenuti nel fascicolo che tale importo fisso è stato calcolato per garantire il pagamento al CGRT della quota

del costo dell'opera, pari al 40% di quest'ultimo, di cui le autorità pubbliche italiane non assicurano direttamente il versamento.

34 In una situazione di questo genere il CGRT non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione.

35 Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici.

36 Nel caso di specie è pacifico che l'importo stimato dei lavori considerati supera la soglia di applicazione della direttiva 93/37.

37 Di conseguenza detti lavori avrebbero dovuto essere attribuiti conformemente alle procedure previste dalla direttiva 93/37 per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

38 Nel caso di specie è pacifico che la procedura di aggiudicazione seguita dal Comune non corrisponde a tali procedure.

39 Occorre, pertanto, considerare fondata la prima censura fatta valere dalla Commissione.

Sulla seconda censura

Argomenti delle parti

40 Con la sua seconda censura, la Commissione afferma che la modifica del progetto preliminare dell'opera in questione posto a base della gara, successivamente alla pubblicazione del bando della concessione, contrasta con gli artt. 43 CE e 49 CE nonché con i principi di trasparenza e di non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

41 La Repubblica italiana ritiene che questa seconda censura sia priva di fondamento. Infatti, la gara si sarebbe svolta sulla base di un progetto preliminare a valenza sperimentale e una serie di aggiustamenti tecnici si sarebbero rivelati indispensabili al fine di dare sicurezza e funzionalità al progetto. Peraltro le modifiche tecniche apportate non avrebbero alterato i termini globali dell'operazione né favorito un operatore a danno di un altro.

Giudizio della Corte

42 Come presentata nell'atto di ricorso, la seconda censura si riferisce ad una violazione delle norme applicabili alle concessioni, in particolare degli artt. 43 CE e 49 CE, del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza, mentre non si riferisce alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. A sostegno di tale censura la Commissione cita esclusivamente sentenze della Corte che hanno per oggetto concessioni e non appalti pubblici.

43 Questa censura avrebbe valore nell'ipotesi in cui l'operazione in questione venisse qualificata come concessione di lavori pubblici e non come appalto pubblico di lavori, contrariamente a quanto affermato dalla Commissione nell'ambito della sua prima censura.

44 Orbene, la Corte ha accolto la prima censura riconoscendo – al punto 30 della presente sentenza – che l'operazione in questione costituisce un appalto pubblico di lavori e non una concessione di lavori pubblici.

45 In tale contesto, la Corte non si deve pronunciare sulla seconda censura fatta valere dalla Commissione.

46 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono occorre dichiarare che, avendo il Comune attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di

una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva 93/37, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

Sulle spese

- 47 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha concluso per la condanna della Repubblica italiana e quest'ultima è risultata sostanzialmente soccombente nei suoi motivi di ricorso, essa deve essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) **Avendo il Comune di L'Aquila attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.**
- 2) **La Repubblica italiana è condannata alle spese.**

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.