

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 22 ottobre 2020 (1)

Causa C-537/19

**Commissione europea
contro
Repubblica d'Austria**

«Ricorso per inadempimento – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Contratto tra un ente pubblico e un'impresa privata avente per oggetto la locazione di un edificio non ancora costruito – Influenza determinante dell'ente pubblico sulla progettazione dell'edificio – Onere e valutazione della prova»

1. La Commissione addebita alla Repubblica d'Austria di avere violato la direttiva 2004/18/CE (2) in quanto, il 25 maggio 2012, un ente pubblico collegato al Comune di Vienna [la Stadt Wien-Wiener Wohnen (in prosieguo: la «Wiener Wohnen»)] ha stipulato con un'impresa privata, senza attenersi alle disposizioni di detta direttiva, un contratto pubblico di lavori, che le parti hanno qualificato come contratto di locazione, ai fini della costruzione, su terreni appartenenti a tale impresa, di un edificio per uffici, denominato «Gate 2» (3).
2. La Commissione si basa su una serie di elementi dai quali, a suo avviso, emergerebbe che la Wiener Wohnen (la cui natura di amministrazione aggiudicatrice non è in discussione) ha avuto un'influenza decisiva sulla progettazione e sull'esecuzione dell'immobile «Gate 2». Da tale premessa deduce che, sebbene le parti abbiano stipulato un contratto qualificato come locazione di immobile, si tratterebbe, in realtà, di un contratto pubblico di lavori, il cui valore supera la soglia minima fissata dalla direttiva 2004/18.
3. La Repubblica d'Austria respinge la tesi della Commissione, in quanto ritiene che sia applicabile l'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18, il quale esenta gli appalti pubblici per la locazione di fabbricati dalle procedure di aggiudicazione previste da detta direttiva.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2004/18

4. Ai sensi dell'articolo 2 («Principi di aggiudicazione degli appalti»):

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

5. L'articolo 16 («Esclusioni specifiche») così recita:

«La presente direttiva 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; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione della presente direttiva;

(...))».

6. L'articolo 28 («Ricorso a procedure aperte, ristrette e negoziate e al dialogo competitivo») prevede quanto segue:

«Per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva.

(...))».

B. Diritto austriaco

7. L'articolo 10, paragrafo 8, del Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (4) riproduce l'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18.

II. Procedimento precontenzioso

8. Nella lettera di diffida del 25 luglio 2016, la Commissione ha sostenuto che la conclusione del contratto, senza previa pubblicità, violava gli articoli 2, 28 e 35 della direttiva 2004/18.

9. Nella risposta del 26 settembre 2016, la Repubblica d'Austria ha ammesso che l'assegnazione del contratto rientrava nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 e che essa avrebbe dovuto indire una gara d'appalto conformemente a tale direttiva (5).

10. Nelle osservazioni complementari del 27 febbraio 2017 (6), la Repubblica d'Austria, al fine di giungere ad una composizione amichevole, ha tentato di spiegare le circostanze e ha nuovamente ammesso il proprio inadempimento. In osservazioni successive (7) essa ha sottolineato che intendeva garantire, per il futuro, il rispetto del diritto degli appalti pubblici, in particolare attraverso un registro degli appalti.

11. Il 18 maggio 2018 la Commissione ha emesso un parere motivato, dopo avere preso atto dell'ammissione dell'inadempimento da parte della Repubblica d'Austria, e ha invitato quest'ultima ad attuare le misure necessarie, non ancora adottate in modo soddisfacente.

12. Con lettera del 18 luglio 2018, la Repubblica d'Austria ha modificato il suo approccio precedente e ha negato l'inadempimento che le veniva addebitato.

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

13. Il 12 luglio 2019 la Commissione ha proposto il ricorso chiedendo alla Corte di dichiarare che, «poiché la Città di Vienna – Wiener Wohnen ha affidato direttamente il contratto del 25 maggio 2012 per l'immobile ad uso ufficio situato nella Guglgasse 2-4 in Vienna, senza indire una procedura di gara e pubblicare il relativo bando, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2, 28 e 35, paragrafo 2, della direttiva 2004/18». Essa ha inoltre chiesto la condanna della convenuta alle spese.

14. Il 19 settembre 2019 la Repubblica d'Austria si è opposta al ricorso, chiedendo il rigetto dello stesso e la condanna della Commissione alle spese.

15. Il 25 ottobre 2019 e il 16 gennaio 2020 sono state presentate rispettivamente una replica e una controreplica.

16. La Corte ha deciso di non tenere un'udienza, ma ha posto quesiti per risposta scritta alla Repubblica d'Austria, la quale ha risposto l'8 luglio 2020. La Commissione ha commentato tale risposta con memoria del

24 luglio 2020.

IV. Analisi

A. *Precisazioni preliminari*

17. Il presente ricorso per inadempimento presenta due aspetti ben distinti:

- quello relativo all'interpretazione delle disposizioni controverse, in particolare dell'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18, e all'onere della prova; e
- quello riguardante i fatti e la qualificazione dell'appalto (solo di locazione o anche di lavori?).

18. La funzione della Corte nel presente procedimento va oltre la mera interpretazione del diritto dell'Unione ed è più simile a quella di un giudice civile chiamato a stabilire, sulla base delle prove fornite, come si siano svolti i fatti e quale tipo di rapporto contrattuale esistesse in realtà.

19. La mia analisi verterà, in primo luogo, sugli aspetti propriamente giuridici. Paradossalmente, sono quelli che hanno suscitato meno discussioni, forse perché esiste già una giurisprudenza della Corte che chiarisce il senso delle norme applicabili.

20. In secondo luogo, valuterò gli argomenti e le prove presentati per pronunciarmi sui fatti e sulla qualificazione del contratto.

B. *Elementi propriamente giuridici*

1. *Giurisprudenza della Corte sull'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18*

21. Ai sensi di detta disposizione, la direttiva non si applica agli «appalti pubblici di servizi (...) 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».

22. La Corte non si limita ad accogliere, sic et simpliciter, la qualificazione attribuita dalle parti al loro rapporto contrattuale. La questione se quest'ultimo appartenga o meno, nonostante la denominazione di locazione che gli hanno dato le parti contraenti, alla categoria degli appalti di lavori soggetti alla direttiva 2004/18 deve essere risolta sulla base di quest'ultima (8).

23. Secondo la Corte, «la definizione della nozione di “appalto pubblico di lavori” (...) include tutte le operazioni nelle quali un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dalla sua qualifica formale, è concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice e un imprenditore, e ha ad oggetto la realizzazione, da parte di quest'ultimo, di un'“opera” ai sensi dell'[articolo 1, paragrafo 2, lettera b)], della stessa direttiva. Il criterio essenziale, a tale riguardo, è che tale opera sia realizzata conformemente alle esigenze precisate dall'amministrazione aggiudicatrice, essendo indifferenti i mezzi utilizzati ai fini della realizzazione» (9).

24. Nella sentenza *Impresa Pizzarotti*, la Corte ha aggiunto che, «quando un contratto contiene sia elementi propri di un appalto pubblico di lavori sia elementi propri di un altro tipo di appalto, occorre riferirsi al suo oggetto principale per determinarne la qualificazione giuridica e le norme del diritto dell'Unione applicabili» (10).

25. Nella sentenza *Helmut Müller*, la Corte si è concentrata sul carattere oneroso e ha precisato che la prestazione ricevuta dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di un appalto pubblico di lavori, che deve implicare per essa un interesse economico diretto, «consiste nella realizzazione dei lavori che l'amministrazione aggiudicatrice intende ottenere». Tale interesse economico sussiste quando l'amministrazione aggiudicatrice divenga proprietaria dei lavori e dell'opera oggetto dell'appalto, ma «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» (11).

26. Tale disponibilità può essere ottenuta con un contratto di locazione, attraverso le sue clausole particolari. Ciò è stato confermato dal considerando 4 della direttiva 2014/24/UE (12), che, pur non essendo applicabile *ratione temporis* al presente procedimento, contiene la medesima esclusione dei contratti di locazione di fabbricati prevista dalla direttiva 2004/18 (13).

27. La sentenza *Impresa Pizzarotti* riguarda proprio la locazione di un edificio (destinato ad accogliere la cittadella giudiziaria di Bari, Italia) non ancora costruito, che la Corte ha qualificato, dopo averne analizzato il contenuto, come appalto pubblico di lavori, soggetto alle norme dell'Unione in tale materia.

28. Tra gli elementi che hanno condotto a questo risultato spiccano il fatto che l'oggetto principale del contratto era «la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice (...) anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi» (14) e che l'amministrazione aggiudicatrice abbia «adottato provvedimenti allo scopo di definire le caratteristiche dell'opera o, quantomeno, di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione della stessa» (15).

29. In tale causa, la Corte ha sottolineato che «l'oggetto principale di detto contratto consiste in tale costruzione, quale necessario presupposto (...) della futura locazione», e che l'esecuzione dell'opera progettata rispondeva «alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice» (16). Ne ha dedotto che doveva applicarsi la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

30. Aggiungo che, nei suoi termini letterali, l'esclusione di cui all'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18 riguarda le locazioni di «fabbricati esistenti». Sembra quindi dubbio che essa si estenda alle locazioni di fabbricati *non esistenti*, vale a dire, non ancora costruiti (17), anche se quest'ultima è stata l'interpretazione accolta dalla Corte nella sentenza *Impresa Pizzarotti*.

31. Affinché tale interpretazione non comporti un ampliamento sproporzionato dell'esclusione (18), va escluso che l'amministrazione aggiudicatrice possa dissimulare, sotto un apparente contratto di locazione a lungo termine, l'affidamento diretto (senza pubblicità né procedura regolamentata di aggiudicazione) della costruzione di un edificio rispondente alle sue esigenze e nella cui progettazione ed esecuzione dei lavori essa svolga un ruolo rilevante.

2. Prova dei fatti e sua valutazione

32. La giurisprudenza della Corte sulla ripartizione dell'onere della prova nei procedimenti per inadempimento può essere sintetizzata come segue.

- In generale, «spetta alla Commissione dimostrare l'esistenza dell'inadempimento contestato. Ad essa incombe l'onere di fornire alla Corte gli elementi necessari alla verifica, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di tale inadempimento, senza potersi basare su una qualunque presunzione» (19).
- «Tuttavia, gli Stati membri sono tenuti, [in forza del principio di leale cooperazione], ad agevolare la Commissione nello svolgimento del suo compito (...). In particolare, si deve tener conto del fatto che, nel verificare la corretta applicazione pratica delle disposizioni nazionali destinate a garantire la concreta attuazione di una direttiva, la Commissione, che non dispone di propri poteri di indagine in materia, dipende in ampia misura dagli elementi forniti da eventuali denunciatori nonché dallo Stato membro interessato» (20).
- «Ne discende, in particolare, che, quando la Commissione fornisce elementi sufficienti a dimostrare che determinati fatti si sono verificati sul territorio dello Stato membro convenuto, spetta a quest'ultimo contestare in modo sostanziale e dettagliato i dati forniti dalla Commissione e le conseguenze che ne derivano» (21).

C. Elementi di fatto e qualificazione del contratto

1. Argomenti della Commissione

33. Il contratto del 25 maggio 2012, concluso dalla *Wiener Wohnen*, non corrisponde a una locazione di immobile «normale», in quanto tale ente pubblico controllava l'esecuzione dell'opera allo stesso modo in cui lo

farebbe un committente.

34. Il contratto si basa su due allegati (22) contenenti talune specifiche, concordate tra le parti, che vanno ben oltre quanto abitualmente convenuto in un contratto di locazione (23).

35. Nel 2012 la Wiener Wohnen ha commissionato a un prestatore di servizi (24) un'analisi del mercato degli immobili per uffici a Vienna. Secondo tale analisi, tra dieci siti potenzialmente idonei, sei soddisfacevano le condizioni e il «Gate 2» era il più adatto. In tale analisi si riconosce che la Wiener Wohnen aveva la possibilità di influire sull'elaborazione del progetto.

36. La Repubblica d'Austria ha ammesso che la costruzione dell'immobile «Gate 2» sarebbe stata in dubbio se la Wiener Wohnen non avesse stipulato il contratto controverso.

37. È stata la Wiener Wohnen, come se si trattasse del committente, ad affidare alla SET Bauprojektierung GmbH, specializzata nell'elaborazione di progetti di costruzione, il controllo dell'esecuzione dell'opera.

38. Nella replica, la Commissione sostiene che:

- la costruzione dell'immobile costituiva l'oggetto principale del contratto, in quanto presupposto necessario della locazione. L'importanza dell'obbligazione di costruire è evidenziato, ad esempio, dalla gravosa penale prevista in caso di ritardo nella consegna (EUR 30 000 al giorno senza limitazioni).
- L'immobile è stato costruito secondo le specifiche formulate dalla Wiener Wohnen. Prima della stipula del contratto, l'edificio non era ancora stato interamente progettato né autorizzato in via definitiva. Esso ha subito modifiche sostanziali, proprio in risposta alle esigenze della Wiener Wohnen.
- Non si trattava di un «immobile standard», uguale a qualsiasi altro edificio per uffici. Sebbene alcune specifiche del «Complemento» presentino tale carattere (25), è stata la Wiener Wohnen a scegliere, in ampia misura, le soluzioni tecniche e, pertanto, a determinare la concezione definitiva dell'edificio. Anche se molte di tali specifiche rinviano alle norme ÖNORM (26), queste ultime sono soltanto raccomandazioni, vincolanti solo ove il contratto lo preveda.
- Le specifiche contenute nel «Complemento», per il loro numero e il loro livello di dettaglio, vanno molto oltre le consuete esigenze di un locatario (27).
- In tali circostanze, non sorprende che un articolo di stampa intitolato *Eine Zentrale nach Maß* (Una sede centrale su misura) evocasse la possibile elusione, da parte della Wiener Wohnen, delle norme sugli appalti pubblici nella costruzione dell'edificio «Gate 2» (28).
- La costruzione del ponte di congiunzione tra le ali A e B dell'edificio era prevista come opzione nella «Descrizione» ed è divenuta un'esigenza definitiva nel «Complemento». La decisione della Wiener Wohnen, tre giorni prima della firma del contratto, è stata determinante per la sua realizzazione.
- L'affermazione della Repubblica d'Austria secondo cui la costruzione dei piani da 6 a 8 dell'ala B sarebbe stata realizzata in ogni caso non è coerente con la clausola 1.9 del contratto. La costruzione del ponte e di tali piani dipendeva esclusivamente dalla Wiener Wohnen.
- La cessione di spazi per uffici alla Wiener Wohnen Haus & «Außenbetreuung GmbH» non è sorprendente, in quanto la Wiener Wohnen poteva stipulare contratti di sublocazione con servizi del Comune di Vienna o persone giuridiche in cui quest'ultimo detiene partecipazioni di maggioranza.
- La lunga durata del contratto è un indizio del fatto che il committente tenta di assicurarsi il recupero dell'investimento effettuato nella costruzione dell'edificio.

2. Argomenti della Repubblica d'Austria

39. La Repubblica d'Austria, nello spiegare il contesto precedente alla conclusione del contratto, indica che la Wiener Wohnen è il più grande gestore di case comunali d'Europa e, in tale qualità, è responsabile nei confronti di oltre 500 000 persone in circa 200 000 alloggi comunali.

40. Nell'ambito di un riorientamento strategico dell'impresa, è stato deciso di concentrare in un unico sito tutti i suoi uffici, precedentemente sparsi per la città di Vienna. La nuova sede doveva essere disponibile al momento della messa in atto della nuova organizzazione (alla fine del 2014) e ospitare almeno 750 dipendenti o, qualora l'ampliamento progettato fosse stato costruito, fino a 1 000.
41. Non essendo possibile acquistare o costruire un immobile adatto alle sue esigenze (29), l'unica soluzione alla portata della Wiener Wohnen era prendere in locazione un edificio per uffici standard, esistente o la cui progettazione fosse già stata realizzata.
42. All'inizio del 2012, per avere una panoramica generale degli immobili per uffici disponibili sul mercato viennese che rispondevano alle sue esigenze, la Wiener Wohnen ha commissionato alla Immoventum un'analisi globale di tale mercato.
43. I criteri di selezione comprendevano alcuni requisiti minimi: una superficie calpestabile superiore a 20 000 m², la possibilità di utilizzare il pianterreno per un servizio di assistenza ai clienti, un numero sufficiente di parcheggi (almeno 300) e la consegna degli uffici entro la fine del terzo trimestre del 2014.
44. L'analisi della Immoventum ha individuato dieci immobili per uffici, alcuni dei quali erano già stati costruiti o erano in corso di costruzione, mentre altri erano stati progettati, ma non ancora costruiti. Di questi dieci, sei rispondevano alle esigenze della Wiener Wohnen e il «Gate 2» era il più adatto.
45. Al momento dell'elaborazione di tale analisi, la progettazione dell'immobile «Gate 2» era già terminata. I relativi piani erano pronti, ma il progetto non era ancora stato realizzato.
46. A parte alcune domande concernenti la superficie e il numero di posti di parcheggio, le trattative relative al contratto di locazione hanno riguardato soprattutto l'importo del canone e le spese di funzionamento.
47. Gli unici aspetti dei lavori sui quali la Wiener Wohnen poteva intervenire atenevano alla suddivisione dei locali e all'occupazione degli uffici, nonché alle attrezzature essenziali delle superfici locate. Tale intervento era limitato dalla struttura dell'edificio e aveva ad oggetto dettagli minori delle attrezzature.
48. Sia la «Descrizione» che il «Complemento» hanno soltanto stabilito i requisiti che tutti i moderni fabbricati per uffici devono rispettare in forza di norme vincolanti.
49. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti in Austria al momento della conclusione del contratto, la locazione di immobili per uffici la cui costruzione non era ancora stata completata, ma che erano già stati interamente progettati, beneficiava dell'esclusione prevista dall'articolo 10, punto 8, del BVergG 2006 [che corrisponde all'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18].
50. Secondo tale dottrina, la portata dell'influenza effettiva sul progetto della costruzione era decisiva per stabilire se si trattasse di un contratto di locazione o di un appalto di lavori. In tale contesto, assume un ruolo significativo l'esistenza di progetti ultimati e della licenza urbanistica rilasciata prima dell'inizio delle trattative sul canone di locazione.
51. Per quel che riguarda l'immobile «Gate 2», esso è stato progettato come edificio per uffici generico, senza prendere in considerazione categorie particolari di locatari o esigenze specifiche.
52. La Wiener Wohnen non era l'unica locataria dell'edificio per uffici (30). Inoltre, fino a una data recente, alcune superfici erano sublocate alla Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH.
53. Per quanto concerne la durata del contratto, la risoluzione ordinaria non può avere luogo, in generale, prima del 1° ottobre 2040, o, per le superfici locate facoltativamente nell'ala B, prima del 1° aprile 2041. Non sarebbe quindi possibile una risoluzione unilaterale da parte della Wiener Wohnen – al di fuori dei casi di risoluzione straordinaria – senza il consenso del locatore.
54. Quanto al controllo sull'esecuzione dell'opera, lo scopo dell'incarico affidato alla SET Bauprojektierung GmbH era garantire il rispetto dei termini previsti per la messa a disposizione dell'immobile, rilevando con sufficiente anticipo eventuali ritardi o difetti. In tal modo, la Wiener Wohnen avrebbe potuto adottare i

provvedimenti del caso, come ad esempio la proroga di determinati contratti di locazione degli immobili ancora occupati.

55. Tale controllo riguardava esclusivamente gli spazi oggetto del contratto di locazione, ad esclusione delle altre aree dell'immobile, quali, ad esempio, le centrali tecniche di riscaldamento o gli impianti relativi agli ascensori, alla domotica o alle parti comuni o esterne.

56. La Repubblica d'Austria sostiene la sua posizione con gli ulteriori argomenti che seguono, alcuni dei quali contenuti nella controreplica.

- L'analisi della Immoventment non indica che le imposizioni della Wiener Wohnen andassero oltre i consueti desideri di un locatario. È normale che un locatario il cui intento sia impegnarsi ad utilizzare per un lungo periodo un grande edificio per uffici voglia sapere esattamente, prima di prendere una decisione, in quale misura il locatore accetti gli eventuali adattamenti che il locatario ritenga necessari.
- La «Descrizione» è stata redatta dal locatore e il «Complemento» non contiene alcun requisito diverso da quelli normalmente previsti per un edificio adibito a uffici. Quest'ultimo documento comprende una sintesi dei requisiti normativi conformi allo stato della tecnica, applicabili a tutti gli immobili per uffici e la cui vigenza non è circoscritta al Comune di Vienna (31), che avrebbero dovuto essere rispettati in ogni caso.
- Quanto al permesso di costruire, la Wiener Wohnen, in qualità di locatario, non ha partecipato al procedimento di richiesta delle licenze edilizie e non può prendere conoscenza del fascicolo relativo alla licenza urbanistica né presentare documenti provenienti da detto procedimento.
- Era noto fin dall'inizio che la Wiener Wohnen non sarebbe stata l'unico locatario dell'immobile. Il fatto che altre persone abbiano preso in affitto spazi di tale immobile e continuino ad utilizzarli dimostra che le aree per uffici corrispondono a modelli standard che possono essere presi in locazione da terzi direttamente alle normali condizioni di mercato, e non solo, come ritiene la Commissione, da sublocatari della Wiener Wohnen.
- La durata (25 anni) del contratto corrisponde alla realtà del mercato immobiliare. Solo a tali condizioni i locatori sono disposti a dare in locazione grandi superfici a prezzi accessibili.
- Secondo la Wiener Wohnen, la rinuncia alla possibilità di risolvere il contratto era un problema minore, in quanto un nuovo trasferimento di 1 000 dipendenti risultava insostenibile, dati il costo e la mancanza di siti alternativi idonei.
- È semplicistico supporre, come fa la Commissione, che una durata contrattuale di 20 anni sia sufficiente ad ammortizzare le spese di costruzione, in quanto non si tiene conto del fatto che il locatore è anche responsabile di tutti i lavori di manutenzione e di riparazione, deve sopportare i costi di finanziamento, coprire le spese amministrative, ecc.
- La Commissione sembra ignorare che, di norma, al controllo dei lavori esercitato dal committente si aggiunge quello del locatario, quando vi sia un piano di trasloco complesso.

3. *Mia valutazione*

57. Nell'applicare al caso di specie la giurisprudenza della Corte (in particolare quella relativa alla sentenza Impresa Pizzarotti), occorre stabilire, attraverso l'analisi degli argomenti e delle prove fornite, se, accanto alla locazione di un immobile non ancora costruito, esistesse un appalto pubblico di lavori che costituiva il vero oggetto principale del contratto.

58. Per giungere a tale qualificazione occorrerà verificare se, nel progetto di lavori definitivamente approvato e nella successiva esecuzione dell'edificio, la Wiener Wohnen abbia avuto un'«influenza determinante» e se tale immobile sia stato costruito conformemente «alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice» (32).

a) Influenza determinante della Wiener Wohnen sulla progettazione finale e sulla susseguente esecuzione dei lavori dell'edificio

59. Al momento della conclusione del contratto (25 maggio 2012), la società proprietaria del terreno non aveva avviato lavori di costruzione. Inoltre, essa non disponeva del permesso di erigere l'edificio (33).

60. Per confutare l'affermazione secondo cui la progettazione dell'edificio è stata realizzata a seguito della conclusione del contratto, la Repubblica d'Austria deduce che la Wiener Wohnen non ha influito su tale progettazione e che l'immobile era già stato pianificato al momento della firma del contratto.

61. Se così fosse, sarebbe stato logico che la Repubblica d'Austria fornisse il progetto architettonico originale (e, se del caso, il permesso di costruire), nel quale figurerebbero le relative specifiche e la data in cui esso è stato approvato. Con tale prova, facilmente alla portata della convenuta, sarebbe stato dimostrato che il progetto completo esisteva al 25 maggio 2012 e si potrebbe verificare che l'edificio corrispondeva ad esso.

62. In mancanza della suddetta prova, gli elementi di valutazione di carattere oggettivo che illustrerò nel prosieguo, ottenuti dagli atti, mi inducono a ritenere che il progetto non fosse chiuso e che la volontà della Wiener Wohnen sia stata determinante per la sua configurazione finale nonché per la costruzione dell'edificio.

63. Anche ammettendo che la proprietaria del terreno disponesse, nel maggio 2012, di un progetto architettonico iniziale, certo è che quest'ultimo ha subito modifiche molto rilevanti, che la Wiener Wohnen ha preteso per stipulare il contratto o ha imposto successivamente, e che si sono riflesse nella costruzione dell'edificio.

64. Dall'esame dei documenti «Descrizione» e «Complemento» (34) (allegato 1.3 del contratto), valutati nel loro insieme, emerge che la Wiener Wohnen non ha solo imposto condizioni determinanti della progettazione dell'edificio, ma aveva anche il potere di decidere (e, di fatto, ha deciso) come sarebbe stata la struttura finale di quest'ultimo.

65. La clausola 1.9 del contratto prevedeva infatti l'opzione per la Wiener Wohnen di far erigere i piani da 6 a 8 dell'ala B. Tale opzione è stata esercitata il 25 ottobre 2012 (35).

66. Lo stesso valeva per il ponte di congiunzione tra le due ali dell'edificio. La Wiener Wohnen aveva la facoltà di optare per il collegamento tra le ali A e B mediante un ponte, in modo che l'edificio presentasse la struttura di un sistema chiuso.

67. Queste due integrazioni sono indubbiamente un'importante aggiunta architettonica che incide sulla struttura dell'immobile e che, secondo i termini del contratto (36), non sarebbero state costruite se la Wiener Wohnen non lo avesse disposto. La volontà di tale ente pubblico è quindi stata determinante affinché l'edificio fosse costruito con la forma e le caratteristiche da esso desiderate.

68. Peraltro, dal confronto tra i documenti grafici (fotografie di modelli e piani) del progetto, quali risultano dalla «Descrizione», e l'opera effettivamente costruita emergono, al primo sguardo, differenze profonde. Nel primo documento, le ali A e B dell'edificio avevano la stessa altezza e non esisteva un ponte di congiunzione: la Wiener Wohnen poteva modificare a sua discrezione tali specifiche strutturali dell'immobile.

69. La Wiener Wohnen era quindi in grado di esercitare la sua influenza (e in realtà è ciò che ha fatto) in maniera decisiva per modificare il progetto d'opera iniziale, imponendo le variazioni architettoniche che riteneva opportune.

70. Alla medesima conclusione conduce la lettura dello studio di mercato commissionato dalla Wiener Wohnen (37), in base al quale è stato scelto il terreno su cui erigere l'edificio «Gate 2».

71. È vero che tale documento (prodotto, ripeto, dalla Repubblica d'Austria) non ha carattere ufficiale, tuttavia esso rispecchia il modo in cui l'impresa alla quale la Wiener Wohnen si era rivolta per selezionare il sito interpretava la posizione della sua mandante, evidentemente sulla base delle istruzioni o informazioni che quest'ultima le aveva comunicato.

72. Il «Management Summary» di detto documento contiene le seguenti affermazioni.

- «Il locatario [Wiener Wohnen] ha ancora la possibilità di influire sull'elaborazione del progetto secondo le specifiche richieste».
- «Attraverso tale criterio [A10] viene valutata la possibilità di influire su aspetti fondamentali della progettazione. Siffatta influenza è intesa riferita non solo alla circostanza che si tenga conto della volontà del locatario per quanto riguarda le finiture interne, ma anche che al rispetto alcuni presupposti fondamentali relativi alla progettazione, quali vie di accesso e dotazioni esterne e interne, struttura dell'edificio (delimitazione degli spazi, lunghezza della facciata ecc.), struttura delle aree del pianterreno, il sistema di approvvigionamento e smaltimento, nonché la concezione tecnica dell'edificio» (punto 5.2.10).
- «Nel presente progetto non è ancora stata stabilita una soluzione architettonica definitiva per la facciata (...). L'edificio comprende nel complesso semplicemente due blocchi (blocco A e blocco B), che possono essere collegati mediante un ponte costruito a tal fine».
- «Le esigenze del locatario relative ad aspetti essenziali concernenti vie di accesso e dotazioni, struttura dell'edificio e concezione tecnica possono essere integrate e prese in considerazione in maniera effettiva, tenuto conto dello stato del progetto».

73. Tali elementi di valutazione confermano che la posizione contrattuale della Wiener Wohnen non corrisponde a quella tipica di un semplice locatario, bensì a quella di un autentico *committente*, che impone le proprie soluzioni per la progettazione ed esecuzione dell'edificio.

74. Nel «Complemento» redatto dalla Wiener Wohnen, tale ente introduce alcune specifiche dell'opera talmente dettagliate, e in alcuni casi talmente importanti, da oltrepassare quanto normalmente concordato tra un locatore e un conduttore. Contrariamente a quanto affermato dalla Repubblica d'Austria, tali specifiche non sono limitate a quelle strettamente obbligatorie ai sensi delle norme urbanistiche.

75. È vero che, come sostiene la Repubblica d'Austria, nel contesto di un progetto immobiliare di grandi dimensioni ancora da realizzare, il (futuro) locatario può concordare con il proprietario alcuni adattamenti dell'edificio alle proprie esigenze. Tuttavia, nel caso di specie, le condizioni richieste sono state di tale entità, e il ruolo della Wiener Wohnen è stato talmente importante, da trascendere il normale rapporto tra locatore e conduttore.

76. La convinzione che la Wiener Wohnen abbia agito come *committente* è rafforzata dal fatto che essa ha designato propri tecnici per controllare l'esecuzione del progetto, parallelamente al proprietario. Neppure questa è una funzione normalmente spettante al locatario di un immobile ancora da costruire, poiché è inusuale che esso assuma il controllo di un'opera che non gli appartiene.

77. La Repubblica d'Austria offre a tale riguardo una spiegazione che non mi sembra convincente. Essa afferma che la finalità di detto controllo era assicurare il rispetto dei termini di consegna dell'edificio. Aggiunge che per tale motivo ha stipulato un contratto con un'impresa esterna (la SET Bauprojektierung GmbH) affinché rilevasse eventuali ritardi con un anticipo sufficiente perché la Wiener Wohnen potesse reagire.

78. La Repubblica d'Austria indica nel controricorso che la SET Bauprojektierung GmbH era effettivamente incaricata di vigilare sul rispetto dei termini, ma anche di controllare mediante sondaggi la qualità dell'esecuzione degli impianti. Il controllo implicava la vigilanza sulla qualità e quantità previste nella Descrizione dell'edificio ed includeva la presentazione di relazioni periodiche alla Wiener Wohnen (38).

79. Tali funzioni vanno oltre una semplice valutazione del rispetto del calendario dei lavori. Inoltre, la stessa argomentazione della Repubblica d'Austria, nel sottolineare l'importanza dei termini di consegna, evidenzia che la penale per ritardo ammontava a EUR 30 000 al giorno: si tratta quindi di un indennizzo sufficientemente elevato da compensare soluzioni transitorie, nel caso in cui il proprietario non avesse consegnato l'immobile in tempo.

b) Costruzione dell'edificio conformemente «alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice»

80. La Commissione aveva sostenuto che, se non fosse stato stipulato il contratto, l'edificio non sarebbe stato costruito. La Repubblica d'Austria, dal canto suo, ammette che la conclusione del contratto è stata determinante per la costruzione dell'immobile: «la locazione dell'immobile per uffici già progettato e pronto per essere realizzato [è stata], in definitiva, la causa della costruzione» (39).

81. Tale ammissione è un indizio del fatto che le esigenze immobiliari dell'amministrazione aggiudicatrice hanno prevalso, di fatto, nell'esecuzione dei lavori. Ciò non sarebbe forse sufficiente di per sé a confermare l'inadempimento addebitato alla Repubblica d'Austria, ma vi si aggiunge il fatto che gli elementi, strutturali e di altro tipo, dell'edificio sono stati adattati precisamente alle suddette esigenze, come ho già rilevato.

82. Nell'allegato C5 della replica, la Commissione fornisce un documento emesso da un'impresa (il Gruppo IC) alla quale il nuovo acquirente dell'edificio (la WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH) aveva commissionato una relazione. In tale documento è indicato che «la progettazione e la costruzione dell'immobile per uffici Gate 2, sito in Guglgasse 2-4, 1030 Vienna, *corrispondono totalmente alle esigenze del locatario unico, la Wiener Wohnen*» (40).

83. La Repubblica d'Austria si limita, nella controreplica, a sminuire il valore giuridico di tale documento e a sottolineare che l'impresa Gruppo IC non aveva rapporti contrattuali con la Wiener Wohnen. È una risposta insufficiente, poiché da detto documento emerge che l'intervento del Gruppo IC è durato dal 15 gennaio 2013 al 31 marzo 2015, sovrapponendosi quindi al controllo d'opera della Wiener Wohnen.

84. Se il Gruppo IC ha assunto questi stessi compiti, aveva una conoscenza approfondita del progetto di cui doveva seguire l'esecuzione ed era in grado di esprimere un parere fondato al riguardo.

85. Ciò posto, occorre aggiungere che un ente pubblico quale la Wiener Wohnen può, e anzi deve (per soddisfare l'interesse generale che giustifica la sua esistenza), disporre di edifici adatti alle sue esigenze. Non vi è nulla di anomalo in questo ed è logico, ad esempio, che, in funzione di tali necessità, proiettate nelle clausole di un capitolato d'oneri, esso propenda per uno qualsiasi degli immobili idonei ad essere selezionati.

86. La censura che le si può rivolgere (ed è, in definitiva, quella formulata dalla Commissione) è che, ai fini di tale scelta, essa prescinde dalla procedura di gara pubblica nella quale, con tutte le garanzie e in base alle offerte presentate, può confrontare queste ultime in modo da optare per quella più favorevole agli interessi pubblici. È proprio questo lo scopo della direttiva 2004/18.

c) Altri elementi concorrenti

1) Durata del contratto

87. Secondo la Commissione, la lunga durata del contratto (la cui risoluzione ordinaria non può aver luogo prima del 2040) (41) costituirebbe un ulteriore indizio del fatto che vi è qualcosa di più di un contratto di locazione. La sommatoria dei canoni accumulati per un certo periodo di tempo potrebbe essere intesa come la remunerazione differita dei lavori relativi all'edificio.

88. Tuttavia, tale argomento avrebbe richiesto un'analisi economica più approfondita che tenesse conto del periodo di ammortamento nonché delle spese di manutenzione dell'edificio sostenute dal proprietario durante il periodo contrattuale minimo. In mancanza di tali elementi, esso non può essere accolto.

2) Utilizzo dell'edificio

89. Il fatto che l'edificio «Gate 2» fosse destinato a soddisfare le esigenze della Wiener Wohnen spiega perché tale ente pubblico, di fatto, l'abbia occupato quasi interamente, il che è coerente con il suo intervento nella progettazione e nella costruzione dell'immobile.

90. La Repubblica d'Austria deduce, come prova del fatto che la Wiener Wohnen non era l'unica occupante dell'immobile, che vi erano anche altri locatari in alcuni dei suoi uffici.

91. Tuttavia, tale argomento non è convincente in quanto risulta che la Wiener Wohnen poteva, in forza di una clausola espressa del contratto, cedere l'uso dei suoi uffici a servizi del Comune di Vienna o a persone giuridiche nelle quali quest'ultima deteneva partecipazioni di maggioranza (42). Ciò dimostra soltanto che l'edificio, nel suo insieme, era destinato ad esigenze pubbliche del Comune di Vienna, comprese quelle dei suoi organi o enti strumentali.

92. Tale esclusività non è rimessa in discussione dall'esistenza, nell'edificio, di un piccolo ufficio (158,45 m²) affittato come centro di informazione a un sindacato di dipendenti comunali, o di altri spazi (2 590,15 m²) subaffittati alla Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH (43). La superficie sublocata a tali soggetti, collegati al locatario principale, è pari ad appena il 9,1% della superficie totale dell'immobile.

3) *Permesso di costruire*

93. Le due parti avevano discusso su ciò che la Repubblica d'Austria, nel controricorso, ha definito «autorizzazione di base» (a costruire) (44).

94. Di fronte all'insistenza della Commissione sul fatto che il permesso di costruire non era ancora stato rilasciato al momento della conclusione del contratto (45), la Repubblica d'Austria non ha opposto alcun argomento solido e ha preferito fare alcune affermazioni piuttosto imprecise, che non chiarivano questo punto di fatto.

95. Nella replica, la Commissione si interrogava sul motivo per cui la Repubblica d'Austria non allegasse i permessi di costruire e quest'ultima ha risposto, nella controreplica, che la Wiener Wohnen, nella sua qualità di locatario, non era parte della procedura di rilascio di tali licenze e non può accedere al fascicolo né presentare documenti di detta procedura.

96. La risposta della Repubblica d'Austria è stata, ancora una volta, poco soddisfacente. Se già era difficile ammettere che le autorità urbanistiche del Comune di Vienna, dal quale dipende, in definitiva, la Wiener Wohnen, neghino a quest'ultima l'accesso al fascicolo urbanistico, ancorché a posteriori, è ancor meno credibile che, dovendo affrontare un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia, la Repubblica d'Austria non sia in grado di ottenere (e produrre) detti documenti.

97. La Corte ha pertanto posto, d'ufficio, un quesito alla Repubblica d'Austria affinché precisasse tali circostanze. Come ho già indicato (46), la risposta dimostra che, al momento della firma del contratto, il permesso di costruire non era nemmeno stato richiesto.

4) *«Atti propri» del governo austriaco*

98. La Repubblica d'Austria ha reagito alla lettera di diffida della Commissione ammettendo l'asserito inadempimento. Si trattava di una reazione plausibile, tenuto conto degli elementi indicati nella suddetta lettera.

99. Tale ammissione è stata mantenuta nelle lettere successive della Repubblica d'Austria (47). È vero che essa poteva, in un secondo tempo, recedere dalla sua posizione precedente, se la riteneva erronea. Tuttavia, tale cambio di impostazione richiederebbe, per essere credibile, una giustificazione più solida di quella esposta nel controricorso e nella controreplica.

100. Sostenere che l'inadempimento è stato inizialmente ammesso per rendere possibile il dialogo con la Commissione non è molto convincente. Le fasi precontenziose del procedimento per inadempimento consentono di raggiungere una soluzione consensuale, che non è necessariamente subordinata all'iniziale *ammissione di colpa*.

101. Il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e la Commissione implica che essi la agevolino nello svolgimento del suo compito. Non è conforme a tale principio una condotta che, dopo un'ammissione senza riserve, e ripetuta, dell'asserita violazione, si trasforma poi in un cambio di posizione non sufficientemente motivato.

D. *Riepilogo*

102. L'esame congiunto degli argomenti delle parti e delle prove fornite mi induce a concludere che l'oggetto principale del contratto concluso il 25 maggio 2012 tra la Vectigal Immobilien GmbH & Co KG e la Wiener Wohnen era la costruzione dell'edificio «Gate 2», sulla cui progettazione ed esecuzione l'ente pubblico è intervenuto in modo determinante, per adattarlo alle proprie esigenze.

103. In tale contesto, alla luce della giurisprudenza della Corte che interpreta l'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18, gli atti della Wiener Wohnen avrebbero dovuto essere assoggettati, conformemente agli articoli 2, 28 e 35, paragrafo 2, di detta direttiva, alla procedura di aggiudicazione prevista per gli appalti pubblici di lavori.

V. Conclusione

104. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo che la Corte, accogliendo il ricorso della Commissione, voglia:

- dichiarare che, poiché la Stadt Wien-Wiener Wohnen ha affidato direttamente il contratto del 25 maggio 2012 relativo all'immobile per uffici sito nella Guglgasse 2-4 in Vienna senza pubblicare un bando e indire una gara pubblica, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2, 28 e 35, paragrafo 2, 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;
- condannare la Repubblica d'Austria alle spese.

[1](#) Lingua originale: lo spagnolo.

[2](#) Direttiva 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 (GU 2004, L 134, pag. 114).

[3](#) Il Mietvertrag (contratto di locazione; in prosieguo: il «contratto» o il «contratto controverso») è stato sottoscritto dalla Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, in qualità di proprietaria del terreno e locatrice, e dalla Stadt Wien (Città di Vienna), rappresentata dalla Wiener Wohnen, in qualità di locataria. La proprietà dell'edificio è stata successivamente ceduta (in data 29 settembre 2014) alla WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH, la quale è subentrata nella posizione giuridica del precedente proprietario.

[4](#) Legge federale sugli appalti pubblici (in prosieguo: il «BVerG 2006»).

[5](#) Allegato A6 al ricorso. In particolare, il riconoscimento della violazione risultava dai punti 2, 3 e 6 di tale lettera. Al punto 3 era indicato che sia la Repubblica d'Austria che l'amministrazione aggiudicatrice erano ramaricate per la violazione.

[6](#) Allegato A7 al ricorso.

[7](#) Lettere del 5 maggio, 13 settembre e 25 ottobre 2017 (allegati A8, A9 e A10 del ricorso).

[8](#) La sentenza del 29 ottobre 2009, Commissione/Germania (C-536/07, EU:C:2009:664, punto 54), ha dichiarato che la «qualificazione giuridica [del contratto] rientra nell'ambito del diritto comunitario e (...) la qualificazione data nel diritto nazionale non è pertinente a tal fine. Parimenti, nemmeno la qualificazione di un contratto fornita dalle parti contraenti è determinante». Nello stesso senso si è pronunciata la sentenza del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti

(C-213/13, EU:C:2014:2067; in prosieguo: la «sentenza Impresa Pizzarotti», punto 40): «stabilire se un'operazione costituisca o meno un appalto pubblico di lavori, ai sensi della normativa dell'Unione, rientra nell'ambito del diritto dell'Unione. (...) La qualificazione del contratto di cui trattasi come "contratto di locazione", operata dalla Pizzarotti e dal governo italiano, non è decisiva a tal fine».

[9](#) Sentenza del 29 ottobre 2009, Commissione/Germania (C-536/07, EU:C:2009:664, punto 55).

[10](#) Sentenza Impresa Pizzarotti, punto 41.

[11](#) Sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 48 a 51).

[12](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 (GU 2014, L 94, pag. 65).

[13](#) «La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, *locazione finanziaria* o altre forme contrattuali. (...) La nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione *senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà*» (il corsivo è mio).

[14](#) Sentenza Impresa Pizzarotti, dispositivo.

[15](#) Ibidem, punti da 42 a 44, con richiamo al punto 67 della sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168).

[16](#) Ibidem (punti 42 e 43), con rimando alla sentenza del 29 ottobre 2009, Commissione/Germania (C-536/07, EU:C:2009:664, punti 55 e 56).

[17](#) Ciò è stato evidenziato dall'avvocato generale Wahl nelle conclusioni relative alla causa Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:335, paragrafi 53 e 60). La Corte, tuttavia, non ha accolto questa tesi.

[18](#) Al punto 54 della replica, la Commissione si esprime contro tale ampliamento: «Il fatto che la Wiener Wohnen abbia combinato i due elementi in un medesimo contratto evidenzia i rischi di un'estensione illimitata dell'applicazione dell'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18 ai fabbricati ancora da costruire. Tale prassi avrebbe come risultato che un numero eccessivo di appalti pubblici di lavori, che sono generalmente i più onerosi, beneficerebbe dell'esclusione originariamente prevista solo per i fabbricati esistenti, cosicché tali appalti potrebbero comportare costi più elevati per i contribuenti».

[19](#) Sentenza del 9 dicembre 2010, Commissione/Spagna (C-340/09, non pubblicata, EU:C:2010:758, punto 36).

[20](#) Sentenza del 18 ottobre 2012, Commissione/Regno Unito (C-301/10, EU:C:2012:633, punto 71).

[21](#) Ibidem, punto 72.

[22](#) Gli allegati sono intitolati «Descrizione dell'edificio e dei suoi impianti», del 16 maggio 2012 (in prosieguo: la «Descrizione»), e «Complemento della descrizione dell'edificio e dei suoi impianti», del 22 maggio 2012 (in prosieguo: il «Complemento»). Al contratto di locazione sono inoltre stati aggiunti addenda del 25 ottobre 2012 nonché del 16 e 17 settembre 2013.

[23](#) La Commissione menziona a titolo di esempio, in particolare, una serie di requisiti concernenti la facciata, le pareti interne, la costruzione e i rivestimenti dei pavimenti, i soffitti, gli impianti tecnici, le cabine di distribuzione, il riscaldamento a pavimento radiante, le pompe, l'impianto di areazione dei bagni, lo smaltimento delle acque reflue, i materiali da utilizzare per i dispositivi elettronici, nonché le linee guida per gli impianti elettrici e di protezione antincendio.

[24](#) La Immovement, Immobilien und Facility Management Consulting GmbH (in prosieguo: la «Immovement»).

[25](#) Potrebbero essere definite «standard» nel senso che ogni edificio comprende, ad esempio, una facciata, i muri interni, il pavimento e le canalizzazioni delle acque reflue.

[26](#) <https://www.austrian-standards.at/de/standardisierung/warum-standards/grundbegriffe/oenorm>.

[27](#) A titolo di esempio, essa rileva che un locatario si interesserebbe del buon funzionamento delle canalizzazioni, ma non del tipo di impianto scelto né se, per gli impianti sigillati, i tubi di scarico siano in PE (polietilene) o in ABS (acrilonitrilo-butadiene-stirene).

[28](#) Detto articolo è stato pubblicato sulla stampa austriaca il 22 settembre 2016 (allegato C3 della replica) e, oltre ad evocare l'elusione delle norme in materia di appalti pubblici, riportava che la Wiener Wohnen aveva partecipato attivamente alla progettazione e alla costruzione dell'immobile.

[29](#) In quanto ente incaricato della costruzione di case sociali, la Wiener Wohnen era tenuta ad investire, in linea di principio, le sue risorse economiche nella manutenzione e nel miglioramento degli edifici ad uso abitativo da lei gestiti.

[30](#) Essa fa presente che il Gewerkschaft der Gemeindebediensteten Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (Sindacato dipendenti comunali – arte, media, sport e professioni liberali), che non dipende né dalla Wiener Wohnen né dalla Città di Vienna, era e continua ad essere locatario del pianterreno dell'ala B, in cui ha il proprio centro di informazione.

[31](#) Essa fa riferimento al «capitolato d'oneri degli edifici amministrativi elaborato dal servizio MA34» (Servizio per la gestione delle costruzioni e dell'edilizia di Vienna).

[32](#) V. supra, paragrafi da 21 a 31 delle presenti conclusioni.

[33](#) Al punto 8 della risposta scritta al quesito della Corte, la Repubblica d'Austria afferma che la richiesta di permesso è stata presentata il 17 luglio 2012 e che quest'ultimo è stato rilasciato il 13 novembre 2012.

[34](#) Dalla copertina del «Complemento» risulta che esso è stato elaborato dalla Wiener Wohnen.

[35](#) Prima clausola aggiuntiva al contratto (allegato A3 al ricorso).

[36](#) Clausole 1.2 e 1.9.

[37](#) Documento prodotto dalla Repubblica d'Austria in risposta al parere motivato della Commissione.

[38](#) Controricorso, punto 27.

[39](#) Ibidem, punto 46. Tale circostanza non implica, a suo avviso, che l'edificio sia stato progettato o costruito secondo le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice.

[40](#) Il corsivo è mio.

[41](#) Dopo varie vicissitudini, la durata minima di 25 anni è stata infine stabilita con la clausola 2.4 del secondo addendum al contratto di locazione, del 17 settembre 2013 (allegato A4 al ricorso).

[42](#) Clausola 10.1.1 del contratto.

[43](#) Tali dati sono tratti dalla risposta scritta della Repubblica d'Austria ai quesiti della Corte.

[44](#) Al punto 28 della replica, la Repubblica d'Austria ammette che l'espressione «autorizzazioni di base», utilizzata nel suo controricorso, non coincide con quelle contenute nella normativa in materia di costruzioni del Land di Vienna. Aggiunge che, in realtà, l'autorizzazione di base corrisponde al permesso di costruire iniziale.

[45](#) La Commissione ricorda che, nel controricorso (punto 41), la Repubblica d'Austria ha riconosciuto che l'esistenza di un permesso di costruire rilasciato prima della conclusione del contratto era uno dei criteri per stabilire se fosse applicabile l'esclusione di cui all'articolo 16, lettera a), dalla direttiva 2004/18 (v. paragrafo 50 delle presenti conclusioni).

[46](#) V. paragrafo 59 e nota 23 delle presenti conclusioni.

[47](#) V. paragrafi 9 e 10 delle presenti conclusioni.