

## **Corte di giustizia europea, Sez. II, 17/7/2008 n. C-371/05**

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

17 luglio 2008 (\*)

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/50/CEE – Artt. 11 e 15, n. 2 – Appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione dei servizi informatici del Comune di Mantova – Aggiudicazione diretta senza previa pubblicazione di un bando di gara»

### **Nella causa C-371/05,**

avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 5 ottobre 2005,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. X. Lewis, C. Zadra e L. Visaggio nonché dalla sig.ra C. Cattabriga, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

### **contro**

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. I. M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dai sigg. K. Schiemann, J. Makarczyk (relatore), J.-C. Bonichot e dalla sig.ra C. Toader, giudici,

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro

cancelliere: sig. H. von Holstein, cancelliere aggiunto

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 24 aprile 2008,

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

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 Con il presente ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, avendo il Comune di Mantova affidato in via diretta e senza pubblicazione di un apposito bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee la gestione, la manutenzione e lo sviluppo di propri servizi informatici all'ASI SpA (in prosieguo: l'«ASI»), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), così come modificata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), in particolare degli artt. 11 e 15, n. 2, della suddetta direttiva 92/50.

## Contesto normativo

2 L'art. 1, lett. a)-f), della direttiva 92/50 recita come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, (...);

b) "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per "organismo di diritto pubblico" si intende qualsiasi organismo:

– istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

– avente personalità giuridica, e

– la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)

c) "prestatori di servizi" le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi. Viene chiamato "offerente" il prestatore di servizi che presenti un'offerta e "candidato" chi solleciti un invito a partecipare ad una procedura ristretta o negoziata;

d) "procedure aperte" le procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i prestatori di servizi interessati possono presentare offerte;

e) "procedure ristrette" le procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione;

f) "procedure negoziate" le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi».

3 Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della medesima direttiva, quest'ultima si applica agli appalti pubblici di servizi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a [EUR] 200 000.

4 L'art. 8 di detta direttiva così prevede:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

5 L'art. 11, n. 1, della direttiva 92/50, che compare al titolo III della stessa rubricato «Scelta delle procedure d'aggiudicazione e norme relative ai concorsi di progettazione», dispone che, nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici applichino le procedure definite all'art. 1, lett. d)-f), di tale direttiva. I nn. 2 e 3 di detto art. 11 specificano i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono alla procedura negoziata, rispettivamente, previa pubblicazione di un bando di gara e senza pubblicazione di un tale bando. Il n. 4 del citato art. 11 precisa che in tutti gli altri casi le amministrazioni assegnano gli appalti di servizi con procedura aperta ovvero con procedura ristretta.

6 Ai sensi dell'art. 15, n. 2, della direttiva 92/50, che figura al titolo V della stessa relativo alle norme comuni di pubblicità:

«Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti nell'articolo 11, negoziata, rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

7 Tra i servizi a norma dell'art. 8 l'allegato I A di tale direttiva comprende, nella categoria 7, i «servizi informatici ed affini».

#### Procedimento precontenzioso

8 Mediante una convenzione conclusa in data 2 dicembre 1997, il Comune di Mantova affidava all'ASI la gestione, la manutenzione e lo sviluppo dei servizi informatici comunali fino al 31 dicembre 2012 (in prosieguo: la «convenzione»), senza che tale attribuzione fosse oggetto di una procedura di gara.

9 In seguito ad un reclamo, la Commissione indirizzava alla Repubblica italiana, in data 20 giugno 2001, una lettera in cui chiedeva delucidazioni in merito alla convenzione e ricordava le condizioni affinché un appalto pubblico possa essere sottratto all'applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Il suddetto Stato membro rispondeva con lettera 26 giugno 2001 sostenendo l'inapplicabilità delle disposizioni della direttiva 92/50 al caso di specie.

10 Il 24 ottobre 2001 la Commissione indirizzava una lettera di diffida alla Repubblica italiana, alla quale quest'ultima rispondeva in data 11 febbraio 2002.

11 In seguito all'esame delle osservazioni presentate dalla Repubblica italiana, la Commissione, in data 27 giugno 2002, emetteva un parere motivato invitando tale Stato membro ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi al suddetto parere nel termine di due mesi dalla data di ricezione dello stesso.

12 Poiché la Repubblica italiana non ha dato riscontro a tale parere motivato, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

#### Sul ricorso

13 Con ordinanza del presidente della Corte 4 maggio 2006, la Repubblica di Finlandia è stata ammessa a intervenire nella causa a sostegno delle conclusioni della Repubblica italiana. Con lettera depositata presso la cancelleria della Corte il 5 settembre 2006, la Repubblica di Finlandia ha informato la Corte della sua intenzione di rinunciare ad intervenire nella presente causa. Con ordinanza del presidente della Corte 2 ottobre 2006, la Repubblica di Finlandia è stata cancellata come parte interveniente nella controversia.

#### Argomenti delle parti

14 La Commissione deduce un motivo unico a sostegno del proprio ricorso, affermando che la convenzione non è stata conclusa nel rispetto degli artt. 11 e 15, n. 2, della direttiva 92/50.

15 La Commissione sostiene, infatti, che la convenzione rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 e che, pertanto, avrebbe dovuto essere stipulata conformemente, in particolare, ai citati articoli.

16 Facendo riferimento alla sentenza della Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121), essa esclude che la relazione tra il Comune di Mantova e l'ASI possa essere qualificata come gestione «interna» ai sensi di tale sentenza. Infatti, il controllo

esercitato dal suddetto comune sull'ASI in applicazione degli artt. 8 e 11 della convenzione sarebbe analogo a quello di un semplice azionista di maggioranza di una società per azioni e sarebbe limitato dalla necessità di prendere in considerazione gli interessi degli altri azionisti di tale società. D'altronde, la Commissione fa notare che il Comune di Mantova è uscito dal capitale dell'ASI senza che ciò abbia messo fine alla convenzione.

17 Per contro, la Repubblica italiana sostiene che, al momento della conclusione della convenzione e conformemente alla normativa nazionale vigente, il capitale dell'ASI era interamente detenuto dal Comune di Mantova e da altri comuni limitrofi. Pertanto il Comune di Mantova avrebbe avuto su tale società un controllo strutturale e funzionale analogo a quello esercitato sui propri servizi.

18 La Repubblica italiana sottolinea che il Comune di Mantova designava i membri degli organi direttivi della suddetta società. Inoltre, è pacifico che l'unico interesse tutelato dalla convenzione è quello del suddetto comune. A ciò si aggiunge che le spese dell'ASI sarebbero periodicamente stabilite da delibere comunali. Il Comune di Mantova si sarebbe anche riservato la possibilità di procedere a una serie di verifiche degli obiettivi previsti dalla convenzione. A questo proposito, la nomina di un funzionario ai sensi dell'art. 8 della convenzione sarebbe l'espressione di quel potere di supervisione che detto comune deve mantenere per soddisfare il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi stabilito dalla citata sentenza Teckal.

19 In ogni caso, la Repubblica italiana precisa che, conformemente alle decisioni adottate in occasione dell'assemblea generale degli azionisti dell'ASI, tenutasi il 23 dicembre 2004, il Comune di Mantova è definitivamente uscito dal capitale sociale dell'ASI e che quest'ultima ha cessato di svolgere le attività oggetto della convenzione al 31 dicembre 2006.

#### Giudizio della Corte

20 Occorre anzitutto rilevare che le parti non contestano che la convenzione riguarda la fornitura di servizi di cui all'allegato I A della direttiva 92/50 e che il valore di tali servizi oltrepassa la soglia, fissata all'art. 7, n. 1, di tale direttiva, idonea a far rientrare la convenzione nell'ambito di applicazione della direttiva stessa.

21 Tuttavia, la Repubblica italiana fa valere che la convenzione non doveva essere assoggettata alle norme che disciplinano gli appalti pubblici, dato che i criteri di gestione «interna» erano soddisfatti.

22 A tale proposito si deve rammentare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (v., in particolare, sentenze Teckal, cit., punto 50, e 8 aprile 2008, causa C-337/05, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza citata).

23 Occorre pertanto esaminare se, riguardo all'ASI, le due condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto precedente siano soddisfatte.

24 Per quanto attiene alla prima condizione, relativa al controllo da parte dell'autorità pubblica, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie. Dall'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità

di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 36).

25 La Repubblica italiana ha affermato, senza essere contraddetta sul punto dalla Commissione, che il Comune di Mantova aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell'ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di questa società. Essa ha parimenti evidenziato che, in applicazione della convenzione, il consiglio comunale del suddetto comune stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento di detta società e che il Comune di Mantova si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI e, dall'altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione.

26 Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal.

27 Tuttavia, la Commissione sostiene che la suddetta condizione non poteva essere soddisfatta in quanto, in primo luogo, al momento della stipula della convenzione partecipavano al capitale dell'ASI due organismi di diritto privato, la TEA SpA e l'APAM SpA, e, in secondo luogo, anche a voler supporre che l'ASI fosse una società a capitale interamente pubblico, la partecipazione di soci privati era esplicitamente prevista sin dalla sua costituzione.

28 Orbene, quanto al primo argomento avanzato dalla Commissione, è sufficiente constatare che quest'ultima non ha contestato le informazioni fornite dalla Repubblica italiana nella controplica in base alle quali le due società in questione erano a loro volta imprese comunali.

29 Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 38).

30 Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Austria, cit., punto 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari.

31 Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all'attività dell'ente in questione, è d'uopo rammentare che un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza Teckal, se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 63).

32 Inoltre, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punti 70 e 71).

33 A tale proposito, dai documenti presentati dalla Repubblica italiana emerge che, se si tiene conto delle attività svolte dall'ASI non soltanto a favore del Comune di Mantova, bensì per tutti gli enti che la detengono, tali attività possono essere considerate come essenzialmente dedicate ai suddetti enti.

34 Pertanto, la seconda condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal è soddisfatta.

35 Alla luce di ciò, si deve ritenere che la Repubblica italiana abbia sufficientemente dimostrato in diritto che le condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto 22 della presente sentenza sono soddisfatte e che, pertanto, il Comune di Mantova non era tenuto a indire una gara pubblica prima di concludere la convenzione.

36 Di conseguenza, il ricorso della Commissione dev'essere respinto in quanto infondato.

### **Sulle spese**

37 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 Repubblica italiana ne ha fatto domanda, la Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

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

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese.

Firme

\* Lingua processuale: l'italiano.