

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
PAOLO Mengozzi  
presentate il 20 ottobre 2009 (1)

**Causa C-423/07**

**Commissione delle Comunità europee  
contro  
Regno di Spagna**

«Direttiva 93/37/CEE – Concessioni di lavori pubblici – Violazione delle norme in materia di pubblicità, nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione»

1. Il ruolo e il significato delle concessioni nel diritto comunitario costituiscono un tema notoriamente delicato, la cui disciplina è tuttora piuttosto scarsa. Le concessioni di lavori pubblici, di cui si occupa la presente causa, sono state comunque oggetto di espliciti interventi del legislatore comunitario (2), che nella recente direttiva 2004/18/CE (3) ha dedicato ad esse un intero titolo (4).
2. La situazione sulla quale la Corte deve pronunciarsi nel caso in esame, tuttavia, non dovrà essere valutata sulla base del quadro normativo creato dalla direttiva appena citata. Dal punto di vista cronologico, infatti, agli eventi oggetto di contestazione è applicabile la direttiva 93/37/CEE (5). In tale testo legislativo, la disciplina delle concessioni di lavori era molto più limitata ed essenziale di quella attualmente in vigore.
3. Nel presente ricorso per inadempimento, in particolare, la Commissione contesta al Regno di Spagna di avere violato la normativa comunitaria in materia di concessioni di lavori pubblici nell'ambito dell'aggiudicazione della concessione per la costruzione e la gestione, in particolare, di due nuovi raccordi dell'autostrada A-6, che unisce Madrid a La Coruña.

**I – Contesto normativo**

4. Le disposizioni comunitarie pertinenti nella presente causa sono, come anticipato, quelle della direttiva 93/37 (in prosieguo anche: la «direttiva»). In particolare, il quinto 'considerando' di essa osserva che «(...) è opportuno includere nella presente direttiva norme sulla pubblicità relative alle concessioni nel settore dei lavori pubblici data la crescente importanza e la natura specifica di tali concessioni». La volontà del legislatore comunitario è dunque stata quella di fissare, in materia di concessioni di lavori pubblici, alcuni punti fondamentali, lasciando per il resto alle autorità pubbliche margini di libertà più ampi di quelli di cui esse godono in materia di appalti.

5. L'art. 1 della direttiva prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva:

a) 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;

(...)

d) 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;

(...».

6. L'art. 3 della direttiva recita:

«Qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 3, 6, 7 e da 9 a 13, nonché all'articolo 15 sono applicabili a tale contratto se il suo valore è pari o superiore a [EUR] 5 000 000

(...».

7. Le parti dell'art. 11 della direttiva che l'art. 3 dichiara applicabili alle concessioni di lavori sono le seguenti:

« (...)

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

(...)

6. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono redatti conformemente ai modelli che figurano negli allegati IV, V e VI e precisano le informazioni richieste nei suddetti allegati.

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere condizioni diverse da quelle previste agli articoli 26 e 27 allorché domandano informazioni sulle condizioni di carattere economico e tecnico che esse esigono dagli imprenditori per la loro selezione (allegato IV sezione B, punto 11, allegato IV sezione C punto 10 e allegato IV, sezione D punto 9).

7. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono inviati dalle amministrazioni aggiudicatrici, nei termini più brevi e per le vie più appropriate, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 14, i bandi di gara sono inviati per telex, telegramma o fax.

(...)

9. I bandi di gara di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 sono pubblicati per esteso nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e presso la Banca di dati TED, nelle lingue originali. Un riassunto degli elementi importanti di ciascun bando viene pubblicato nelle altre lingue ufficiali delle Comunità; il testo nella lingua originale è l'unico facente fede.

10. L'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee pubblica i bandi di gara al più tardi dodici giorni dopo la loro spedizione. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 14, tale termine è ridotto a cinque giorni.

11. La pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi nella Gazzetta ufficiale o nella stampa del paese dell'amministrazione aggiudicatrice non può avere luogo prima della data di spedizione all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee e deve recare menzione di tale data. Tale pubblicazione non deve contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

12. Le amministrazioni aggiudicatrici devono essere in grado di provare la data di spedizione.

13. Le spese di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee sono a carico delle Comunità. L'avviso di bando di gara non può superare una pagina di detta Gazzetta, ossia 650 parole circa. Ciascun numero della Gazzetta in cui figurano uno o più bandi di gara o avvisi riproduce il modello o i modelli ai quali il bando o i bandi o l'avviso o gli avvisi pubblicati si riferiscono».

## II – Il diritto nazionale applicabile e i fatti all’origine della controversia

### A – Il diritto nazionale

8. La legge 10 maggio 1972, n. 8, relativa alla costruzione, alla gestione e allo sfruttamento delle autostrade in regime di concessione (in prosieguo: la «Ley de Autopistas»), nella sua versione in vigore a partire dal 1996, prevede in particolare, all’art. 8, n. 2, secondo comma, quanto segue:

«(...) fanno parte dell’oggetto sociale della società concessionaria, oltre alle attività indicate al comma precedente, la costruzione delle infrastrutture viarie, distinte da quelle oggetto della concessione ma aventi un effetto su quest’ultima, realizzate nell’area di influenza dell’autostrada o necessarie per la gestione del traffico, il cui progetto ed esecuzione, o la cui sola esecuzione, siano imposti al concessionario come controprestazione (...)».

9. Il regio decreto 16 aprile 1999, n. 597, ha fissato in 20 km l’estensione dell’area di influenza delle autostrade.

### B – I fatti

10. I fatti all’origine della controversia si riferiscono al tratto dell’autostrada A-6 tra le località Villalba a sud e Adanero a nord. È un tratto autostradale a pedaggio, di primaria importanza, caratterizzato da un traffico sempre molto intenso. Il tratto di A-6 immediatamente a sud di questo, tra Madrid e Villalba, è libero da pedaggio, gestito dallo Stato.

11. Dal 1968 il tratto autostradale Villalba-Adanero è gestito in concessione dalla società Ibérica de Autopistas, SA (in prosieguo: «Iberpistas»). Tale concessione era, all’epoca dei fatti in esame, destinata a scadere nel 2018.

12. L’evento all’origine delle vicende che interessano qui è la decisione del governo spagnolo di costruire due nuovi tratti autostradali per connettere con l’autostrada A-6 le due città di Ávila e Segovia, che si trovano rispettivamente ad ovest e ad est del tratto Villalba-Adanero.

13. Con decreto ministeriale 4 giugno 1999, apparso nel *Boletín Oficial del Estado* (Gazzetta ufficiale spagnola; nel prosieguo: il «BOE») l’8 giugno successivo, è stato pubblicato un capitolato (in prosieguo: il «primo capitolato») per una concessione comprendente:

- la costruzione dei due raccordi tra le città di Ávila e Segovia e l’autostrada A-6, nonché la gestione di tali tratti autostradali per un periodo compreso tra 25 e 40 anni;
- la gestione del tratto Villalba-Adanero della A-6 a partire dal 2018, cioè a partire dalla scadenza della concessione in corso di Iberpistas, per un periodo di tempo da determinare sulla base della media del numero di veicoli in transito sul tratto in questione;
- la costruzione della variante di Guadarrama, sul tratto della A-6 Villalba-Adanero (all’incirca a metà strada tra le due città);
- l’ampliamento (costruzione di una quarta corsia in ciascun senso di marcia) del tratto autostradale tra Madrid e Villalba: si tratta, come indicato, del tratto libero da pedaggio, gestito dallo Stato.

14. Il corrispondente avviso nella *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* è stato pubblicato in data 16 giugno 1999.

15. Il successivo 7 luglio 1999 è stato però approvato un nuovo capitolato (in prosieguo: il «secondo capitolato»), pubblicato nel BOE due giorni più tardi. Tale capitolato ha sostituito il precedente.

16. In particolare, il decreto ministeriale di approvazione del secondo capitolato ha precisato che «per ragioni di ordine tecnico è necessario modificare il capitolato citato, al fine di ridefinire l’oggetto della gara e di introdurre alcune modifiche nella determinazione della durata della concessione».

17. In concreto, il secondo capitolato aveva ad oggetto:
- la costruzione dei tratti autostradali di collegamento di Ávila e Segovia con la A-6, come previsto nel primo capitolato, con la differenza che la durata della concessione era ora tra 22 e 37 anni;
  - la gestione del tratto Villalba-Adanero della A-6 a partire dal 2018, come previsto nel primo capitolato, anche qui con alcuni ritocchi relativamente alla durata della concessione.
18. Il secondo capitolato ha soppresso, come si vede, l'indicazione della necessità di realizzare la variante di Guadarrama e la quarta corsia nel tratto Madrid-Villalba.
19. Tanto nel primo che nel secondo capitolato erano presenti, all'art. 5, i punti seguenti:
- « (...)
13. Gli offerenti indicheranno esplicitamente nelle proprie offerte le misure che intendono adottare in relazione agli effetti derivanti dalla concessione sulla rete globale del traffico, l'interesse turistico della zona e la valorizzazione dei monumenti di interesse storico o artistico, nonché a quelli relativi alla conservazione e al mantenimento del paesaggio e alla difesa della natura, il tutto a prescindere dal rispetto della legislazione vigente in materia.
- (...)
16. Gli offerenti indicheranno all'amministrazione le misure di cui propongono l'adozione al fine di una adeguata gestione del traffico interurbano delle aree interessate dalla costruzione delle strade oggetto della concessione, indicando quali tra esse l'offerente intenda realizzare a proprie spese. La creatività e la realizzabilità di tali proposte saranno valutate positivamente per aggiudicare la gara, considerato l'elevato livello di congestione delle zone sul cui traffico avranno effetti le strade oggetto di concessione».
20. I criteri per l'aggiudicazione della concessione erano specificati all'art. 10 del secondo capitolato, che è peraltro uguale all'art. 10 del primo capitolato. In particolare, uno di tali criteri era quello relativo alla valutazione delle «misure proposte per la gestione del traffico e dell'ambiente». Il peso di tale criterio era fissato in un massimo di 150 punti su un totale di 1250 possibili.
21. L'art. 29, anch'esso identico nel primo e nel secondo capitolato, recitava:
- «Con riferimento ai tratti di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2 del presente capitolato, il concessionario è tenuto a che in nessun punto dell'autostrada si superi il livello [di traffico] D (...), e deve effettuare a sue spese, senza pretesa alcuna e con adeguato anticipo, tutti gli ampliamenti necessari a tal fine».
22. I tratti indicati all'art. 29, cioè quelli di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2 del capitolato, sono i collegamenti di Ávila e Segovia con la A-6.
23. Alla gara hanno partecipato tre concorrenti, tra i quali Iberpistas, al momento dei fatti già concessionaria, come si è visto, del tratto della A-6 tra Villalba e Adanero. Nessuno dei concorrenti ha presentato una soluzione unica: tutti hanno presentato talune varianti. In particolare, Iberpistas ha presentato ben nove diverse varianti.
24. Con regio decreto 5 novembre 1999, n. 1724, la concessione è stata aggiudicata a Iberpistas, nei termini precisati nella variante «VT-B, TGE» proposta da tale concorrente.
25. In particolare, l'offerta proposta da Iberpistas e giudicata vincitrice conteneva, rispetto a quanto esplicitamente richiesto dal secondo capitolato, una serie di opere aggiuntive:
- costruzione di una corsia aggiuntiva in ciascun senso di marcia nel tratto della A-6 tra Madrid e Villalba (quindi nel tratto della A-6 di competenza statale, senza pedaggio);

- costruzione di una corsia aggiuntiva e di un nuovo tunnel sulla A-6, nel tratto Valle de los Caídos-San Rafael, a nord di Villalba (quindi nel tratto di A-6 di cui già Iberpistas aveva la concessione fino al 2018);
- costruzione di una corsia aggiuntiva per ciascun senso di marcia sulla A-6, nel tratto Villalba-Valle de los Caídos (anche qui, dunque, nel tratto di A-6 di cui già Iberpistas aveva la concessione fino al 2018).

26. Il decreto di aggiudicazione della concessione è stato oggetto, in Spagna, di due distinti ricorsi giurisdizionali, presentati l'uno da un gruppo di membri del Parlamento e l'altro da un sindacato e da un'associazione ecologista. Con due decisioni del Tribunal Supremo, entrambe pronunciate nell'anno 2003, il primo ricorso è stato dichiarato irricevibile, il secondo invece respinto nel merito.

### **III – La procedura precontenziosa**

27. La fase precontenziosa del presente procedimento è stata piuttosto complessa. La prima lettera di messa in mora inviata alle autorità spagnole dalla Commissione in data 30 aprile 2001 partiva infatti dal presupposto che una parte della fattispecie descritta, e più precisamente l'ampliamento del tratto di A-6 tra Madrid e Villalba, libero da pedaggio e gestito dallo Stato, non costituisca una concessione ma un vero e proprio appalto di lavori, a causa della mancanza di un rischio a carico del soggetto aggiudicatario. Di conseguenza, gli addebiti formulati dalla Commissione riguardavano sia la disciplina delle concessioni che quella degli appalti: sotto entrambi tali profili, le contestazioni della Commissione riguardavano il mancato rispetto delle norme di pubblicità previste dall'art. 11 della direttiva 93/37.

28. Il Regno di Spagna ha risposto con lettera del 27 giugno 2001, contestando tutte le affermazioni della Commissione e sostenendo, tra l'altro, la necessità di considerare l'insieme di tutte le opere, ivi comprese quelle sul tratto libero da pedaggio della A-6, quali parti della concessione.

29. Nonostante un incontro con le autorità spagnole e la comunicazione di ulteriori documenti da parte di queste ultime, il 18 luglio 2002 la Commissione ha emesso un parere motivato. In tale parere motivato la Commissione ha accolto le osservazioni del Regno di Spagna circa la necessità di applicare solo la disciplina sulle concessioni, e non quella sugli appalti; per il resto, tuttavia, la Commissione ha confermato gli addebiti relativi alla violazione delle regole di pubblicità previste dalla direttiva.

30. Le autorità spagnole hanno risposto al parere motivato con lettere di data 20 settembre 2002 e 13 marzo 2003.

31. In data 25 luglio 2003 la Commissione ha inviato al Regno di Spagna una lettera di messa in mora complementare, relativa alla presunta violazione dei principi fondamentali del Trattato, in particolare quelli di parità di trattamento e di non discriminazione.

32. Le autorità spagnole hanno risposto alla nuova lettera di messa in mora in data 28 ottobre 2003; non soddisfatta di tale risposta, la Commissione ha emesso in data 24 dicembre 2004 un parere motivato complementare, a cui il Regno di Spagna ha risposto con lettera del 3 marzo 2005.

### **IV – Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti**

33. Ritenendo persistente la situazione di inadempimento, la Commissione ha introdotto il presente ricorso, pervenuto in cancelleria il 13 settembre 2007.

34. Successivamente allo scambio delle osservazioni scritte, le parti sono state sentite all'udienza del 9 settembre 2009.

35. La Commissione chiede che la Corte voglia:

- dichiarare che il Regno di Spagna, non avendo incluso, tra i lavori oggetto di concessione indicati nel bando e nel capitolato per l'aggiudicazione della concessione amministrativa per

la costruzione, la gestione e lo sfruttamento dei raccordi dell'autostrada A-6 con Segovia e Ávila, nonché per la gestione e lo sfruttamento del tratto Villalba-Adanero dell'autostrada stessa a partire dall'anno 2018, taluni lavori che sono stati poi oggetto di aggiudicazione nell'ambito della concessione, tra i quali alcuni relativi al tratto della A-6 libero da pedaggio, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in base agli artt. 3 e 11, nn. 3, 6, 7, 11 e 12 della direttiva 93/37/CEE, nonché ai principi del Trattato CE, in particolare di parità di trattamento e di non discriminazione;

– condannare il Regno di Spagna alle spese.

36. Il Regno di Spagna chiede che la Corte voglia:

– respingere il ricorso in quanto irricevibile o, in via subordinata, in quanto infondato;

– condannare la Commissione alle spese.

#### **V – Sulla ricevibilità del ricorso**

37. Il Regno di Spagna sostiene l'irricevibilità del ricorso sotto due diversi profili. In primo luogo, la Commissione non avrebbe dimostrato la capacità di rappresentarla in giudizio dell'avvocato che, insieme all'agente della Commissione, ha redatto il ricorso. In secondo luogo, il ricorso avrebbe un oggetto indeterminato, non indicando con precisione le norme che sarebbero state oggetto di violazione da parte dello Stato membro convenuto in giudizio.

38. Le due eccezioni del Regno di Spagna sono prive di fondamento. Per quanto riguarda la prima, basti osservare che la Commissione ha allegato al ricorso una copia della tessera di iscrizione all'ordine dell'avvocato. Tale documento è esplicitamente indicato, nella guida per le parti pubblicata dalla cancelleria della Corte, quale sufficiente per il rispetto di quanto richiesto dall'art. 38, n. 3, del regolamento di procedura. Va peraltro osservato che la Commissione è altresì rappresentata da un proprio agente. Quanto alla seconda eccezione, la Commissione ha chiaramente ed esplicitamente indicato le norme di cui ritiene vi sia stata violazione. Il Regno di Spagna, del resto, le ha considerate una per una nelle proprie difese. Non si pone dunque alcun problema di ricevibilità, ma solo di verifica del fondamento delle censure avanzate dalla Commissione.

39. Il ricorso è dunque ricevibile.

#### **VI – Sull'inadempimento**

##### *A – Le posizioni delle parti*

40. La Commissione ritiene che la Spagna sia venuta meno agli obblighi derivanti dal diritto comunitario sotto due diversi profili. Da un lato, vi sarebbe stata violazione dell'art. 3 e dei nn. 3, 6, 7, 11 e 12 dell'art. 11 della direttiva 93/37. Dall'altro lato, l'aggiudicazione a favore di Iberpistas sarebbe contrastante con i principi fondamentali del Trattato, e più specificamente con quelli di parità di trattamento e di non discriminazione.

1. Gli argomenti della Commissione

41. Il principale argomento utilizzato dalla Commissione per affermare l'esistenza di una violazione della direttiva 93/37 si fonda sulla presenza, nell'offerta giudicata vincitrice, di opere non previste nel capitolato: tali opere, in particolare, avrebbero un valore complessivo di poco inferiore a quello delle opere la cui realizzazione era esplicitamente richiesta.

42. La Commissione osserva inoltre che la formulazione del capitolato, in cui si richiedeva genericamente ai concorrenti di indicare possibili soluzioni per risolvere il problema del traffico, non era tale da indurre nei partecipanti la convinzione che fosse possibile proporre opere aggiuntive aventi un'importanza e una collocazione paragonabili a quelle delle opere aggiuntive proposte da Iberpistas. In particolare, dal momento che le sole opere da realizzare esplicitamente indicate nel secondo capitolato erano i due collegamenti di Segovia e Ávila con la A-6, anche le misure per la riduzione del traffico che i concorrenti avrebbero potuto proporre sarebbero state soltanto misure

direttamente connesse a tali due tratti. Non sarebbe dunque stato possibile accogliere offerte che, come quella vincitrice, contenessero opere collocate altrove, come gli ampliamenti del tratto Villalba-Adanero della A-6 proposti da Iberpistas.

43. La Commissione respinge gli argomenti del governo spagnolo secondo i quali la decisione di annullare il primo capitolato e di sostituirlo con un secondo in cui non era più presente l'esplicita indicazione di talune opere da realizzare avrebbe reso evidente che i partecipanti avrebbero dovuto proporre soluzioni alternative rispetto a quelle previste nel capitolato originale e poi abbandonate. Secondo la Commissione nulla, nel testo del secondo capitolato, permetterebbe di interpretare lo stesso in questi termini. Del resto, gli altri partecipanti alla gara avrebbero proposto solo varianti limitate ai due raccordi della A-6 con le città di Ávila e Segovia.

44. Secondo la Commissione, infine, il comportamento del Regno di Spagna avrebbe anche violato i principi fondamentali del Trattato, in particolare quelli di parità di trattamento e di non discriminazione.

## 2. La posizione del governo spagnolo

45. Il Regno di Spagna contesta con forza gli addebiti: in particolare, non solo la Commissione non avrebbe dimostrato l'esistenza di alcun inadempimento, ma avrebbe anche fornito una rappresentazione distorta dei fatti.

46. Il governo spagnolo sottolinea in primo luogo la gravità della situazione del traffico sull'autostrada A-6 al momento della pubblicazione del bando di gara. Tale gravità, oltre ad essere notoria in quanto oggetto costante di articoli di stampa, sarebbe anche stata chiaramente indicata e descritta in documenti ufficiali delle amministrazioni spagnole, tra i quali la stessa documentazione alla base della gara in esame.

47. La tesi di fondo del governo spagnolo è che l'esistenza notoria dei problemi di traffico avrebbe reso del tutto ovvio il fatto che i concorrenti, nonostante il capitolato indicasse esplicitamente solo la costruzione dei collegamenti delle città di Ávila e Segovia con la A-6, avrebbero potuto proporre misure per la riduzione del traffico collocate fisicamente sia sul tratto Villalba-Adanero della A-6, destinato ad essere dato in concessione al vincitore a partire dal 2018, sia sul tratto di A-6 tra Madrid e Villalba. Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo tratto, che come si è visto è gratuito e gestito dallo Stato, il governo spagnolo sostiene che la possibilità di interventi su di esso sarebbe garantita dalla legislazione nazionale. In particolare, la Ley de Autopistas permetterebbe di realizzare misure per la riduzione del traffico anche al di fuori della c.d. «area di influenza» delle autostrade. In ogni caso, tale area di influenza sarebbe oggi fissata in 20 km, cosicché anche il tratto di A-6 a sud di Villalba rientrerebbe comunque nell'area di influenza del tratto di A-6 Villalba-Adanero, oggetto esplicito della concessione.

48. Secondo il Regno di Spagna, in particolare, la possibilità per i concorrenti di proporre simili misure per il controllo del traffico emergerebbe poi dai nn. 13 e 16 dell'art. 5 del capitolato.

49. La scelta di annullare il primo capitolato e di sostituirlo con il secondo sarebbe stata dovuta alla volontà di lasciare un maggiore spazio alla creatività dei concorrenti per quanto riguarda le soluzioni da proporre circa il problema del traffico. Il fatto che il decreto di approvazione del nuovo capitolato si sia limitato ad indicare che la nuova versione dello stesso era resa necessaria da generiche ragioni di ordine tecnico, senza alcun richiamo alla necessità che i concorrenti sostituissero alle opere eliminate dal primo capitolato le proprie soluzioni, si spiegherebbe con il carattere normalmente sintetico di tutti i decreti ministeriali di approvazione dei capitolati.

50. Il governo spagnolo sottolinea con forza il fatto che gli argomenti che esso propone dinanzi alla Corte sono stati fatti propri dai giudici nazionali, e in particolare dal Tribunal Supremo. Trattandosi di una valutazione di tipo fattuale e non giuridico, la Corte dovrebbe rimettersi, in particolare per quanto concerne l'interpretazione del capitolato, a quanto accertato sul punto dal giudice nazionale: ciò sebbene, nella controparte, il governo spagnolo riconosca che le conclusioni del Tribunal Supremo non sono vincolanti per la Corte.

51. Il Regno di Spagna osserva inoltre che Iberpistas non ha proceduto ad eseguire direttamente le opere previste, ma ha bandito a tale proposito una gara: cosicché le esigenze connesse alla pubblicità e al rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione

sarebbero state anche rispettate, quantomeno, in tale fase successiva della realizzazione delle opere. A tale proposito, il governo spagnolo fa riferimento in particolare alla sentenza Ordine degli architetti (6), in cui la Corte avrebbe ammesso la compatibilità con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di una situazione in cui l'autorità pubblica non bandisce una gara, ma vi provvede il soggetto privato a cui l'autorità pubblica affida la realizzazione delle opere.

## B – Valutazione

### 1. Osservazioni preliminari

52. La vicenda oggetto del presente ricorso costituisce, dal punto di vista giuridico, una concessione di lavori pubblici. Come si è visto, la normativa comunitaria definisce la concessione di lavori pubblici come un contratto che possiede le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, con l'importante differenza che la controprestazione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera realizzata. Tale diritto di gestione, peraltro, può anche essere accompagnato dal pagamento di un prezzo a favore del concessionario: detto prezzo, tuttavia, non può costituire l'elemento principale della controprestazione, poiché in tal caso si sarebbe in presenza, anziché di una concessione, di un appalto (7).

53. Il diritto comunitario impone, in materia di concessioni, limiti e prescrizioni molto più ridotti rispetto a quelli imposti in materia di appalti. In particolare, come si è visto esponendo il contesto normativo, alle concessioni sono applicabili, dell'insieme delle norme sugli appalti, soltanto quelle relative alla pubblicità.

54. Ora, così come è sicura, nel caso di specie, la qualificazione dei fatti di causa come concessioni di lavori, e non come appalti, altrettanto pacifico è il fatto che i lavori in esame dovevano essere preceduti da uno specifico bando di gara, non potendosi considerare gli stessi come un semplice naturale «sviluppo» della concessione già esistente, a favore di Iberpistas, del tratto dell'autostrada A-6 tra Villalba e Adanero (8). Tale premessa non è del resto contestata da alcuna delle parti.

### 2. Elementi non pertinenti

55. Prima di procedere all'esame delle questioni giuridiche che sono al centro della presente causa è necessario, a mio avviso, sgombrare il campo da una serie di elementi che sono stati ampiamente discussi dalle parti ma che, in concreto, non hanno rilievo per la soluzione della controversia.

#### a) Le pronunce del Tribunal Supremo

56. Innanzitutto, non sono pertinenti i richiami del Regno di Spagna alle decisioni del Tribunal Supremo che hanno respinto due ricorsi proposti a livello nazionale contro l'aggiudicazione della concessione. Come infatti ammesso dalla stessa difesa del governo spagnolo nella controparte e in udienza, la giurisprudenza della Corte che riconosce al solo giudice nazionale la valutazione dei fatti e limita l'intervento del giudice comunitario alle questioni di diritto riguarda esclusivamente le procedure di tipo pregiudiziale, in cui l'esito finale della causa nazionale è il risultato di una collaborazione tra autorità giurisdizionali nazionali e giudici comunitari. Per contro, in un giudizio relativo ad un presunto inadempimento del diritto comunitario da parte di uno Stato membro la Corte può valutare qualunque elemento sottoposto alla sua attenzione che sia pertinente rispetto all'oggetto del giudizio.

57. Del resto, ai fini del giudizio su un presunto inadempimento lo Stato costituisce l'unico soggetto di riferimento per la Corte, e lo Stato è considerato responsabile per tutte le violazioni del diritto comunitario ad esso riconducibili, anche se dovute in realtà, ad esempio, ad enti costituzionalmente indipendenti. In tale ottica, anche un'interpretazione giurisprudenziale sostenuta da una giurisdizione superiore di uno Stato membro è stata riconosciuta dalla Corte come costitutiva di un'infrazione al diritto comunitario (9). È dunque chiaro, di conseguenza, che lo schema incentrato sull'idea di una collaborazione tra giudice nazionale e giudice comunitario, che coopererebbero nell'ottica della risoluzione della controversia, non è applicabile nel giudizio di inadempimento. Ciò, va detto, non implica in alcun modo una mancanza di rispetto o un disconoscimento delle funzioni dei giudici nazionali: essi, semplicemente, non hanno un ruolo attivo nella procedura ex art. 226 CE.

58. Si deve peraltro anche aggiungere che, in ogni modo, nella presente causa è tutt'altro che agevole tracciare una netta linea di demarcazione tra gli accertamenti di fatto e le considerazioni di diritto. Richiamando le constatazioni di conformità al diritto comunitario dei bandi di gara operate dal Tribunal Supremo, infatti, il Regno di Spagna si riferisce, più che ad accertamenti di fatto, a vere e proprie conclusioni in diritto tratte da tale organo giurisdizionale.

b) L'identità dei soggetti all'origine della procedura

59. Allo stesso modo, è irrilevante l'identità dei soggetti che, secondo il Regno di Spagna, sarebbero all'origine, con una propria denuncia, del ricorso proposto dalla Commissione. In particolare, si tratterebbe dei medesimi che hanno proposto i ricorsi respinti, a livello nazionale, dal Tribunal Supremo. Anche ammesso che si tratti effettivamente degli stessi soggetti, è chiaro che ciò non può avere alcun peso nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte.

60. Il fatto che non si sia trattato di partecipanti alla procedura per aggiudicare la concessione, bensì di alcuni membri del Parlamento, di un sindacato e di un'associazione ecologista, può certo indicare che i motivi alla base della scelta di presentare un ricorso e/o una denuncia sono stati, anziché economici, politici o ideali. Resta però il fatto che l'unico obiettivo della procedura di infrazione è quello di determinare se, da un punto di vista oggettivo, uno Stato membro sia o no venuto meno agli obblighi che gli sono imposti dal diritto comunitario. Non spetta alla Corte sindacare le ragioni personali dei denunciati all'origine di una procedura, tanto più che la decisione di presentare un ricorso per inadempimento è presa dalla sola Commissione, discrezionalmente e in piena autonomia. A tale proposito, la giurisprudenza costante della Corte afferma non solo che la Commissione non è tenuta a dimostrare il proprio interesse ad agire, ma anche che le considerazioni sulle quali si fonda la decisione di proporre un ricorso per inadempimento non hanno alcun rilievo (10).

c) L'organizzazione di una gara da parte di Iberpistas

61. Non rileva neppure il fatto, a cui il Regno di Spagna fa riferimento nelle proprie difese, che Iberpistas, dopo aver ottenuto la concessione, abbia deciso di non realizzare direttamente le opere aggiuntive e di ricorrere invece ad una gara, come peraltro imposto, per tale evenienza, dall'art. 20 del capitolato.

62. Il ragionamento alla base di tale argomentazione, esplicitato in realtà dal Regno di Spagna più nella fase precontenziosa che nelle osservazioni presentate dinanzi alla Corte, si fonda sulla possibilità di applicare quanto affermato nella citata sentenza Ordine degli Architetti (11).

63. In tale sentenza, in particolare, la Corte ha affermato che, nel caso di realizzazione di opere di urbanizzazione da parte di un lottizzante che abbia concluso una convenzione di lottizzazione con un'amministrazione comunale, l'effetto utile della direttiva 93/37 è garantito anche qualora le procedure previste dalla direttiva siano poste in essere non dall'amministrazione comunale, bensì dal lottizzante (12).

64. Si deve tuttavia osservare che la situazione esaminata dalla Corte nella causa Ordine degli Architetti è completamente diversa da quella oggetto del presente procedimento. Nella citata sentenza, infatti, si poneva il problema di interpretare talune disposizioni del diritto italiano che ammettevano la possibilità di ridurre o azzerare, a talune condizioni, i contributi per gli oneri di urbanizzazione dovuti in occasione del rilascio di una concessione edilizia. In particolare, tale possibilità era riconosciuta ai soggetti che si obbligassero a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione.

65. La Corte, ritenendo che la riduzione della cifra da pagare riconosciuta in cambio della realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione costituisca a tutti gli effetti un compenso per tale realizzazione, ha ritenuto applicabile la direttiva 93/37, sia pure precisando, come si è visto, che l'effetto utile della stessa poteva essere conseguito anche facendola applicare, anziché al comune, al lottizzante realizzatore delle opere di urbanizzazione.

66. L'elemento determinante alla base della sentenza Ordine degli Architetti, come si vede, era costituito dal fatto che l'amministrazione comunale *non aveva la possibilità di scegliere la propria controparte contrattuale*, dal momento che, per la natura stessa delle cose, tale controparte era il soggetto che richiedeva la concessione edilizia. Di conseguenza, ammettere la possibilità che ad

applicare la direttiva 93/37 fosse il soggetto lottizzante era, in concreto, l'unico modo per assicurare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario in materia di appalti pubblici.

67. Nella presente causa, invece, Iberpistas, lungi dal costituire una controparte obbligata per il governo spagnolo, è stata scelta, e si è vista attribuire la concessione, in quanto vincitrice di una procedura di gara. È dunque chiaro che, qui, la disciplina comunitaria relativa alla scelta del contraente poteva essere applicata fin dalla prima fase della procedura, quella cioè per la scelta del soggetto concessionario. La situazione, pertanto, non è comparabile a quella esaminata nella sentenza degli Architetti, che non può dunque essere qui applicata, neppure per analogia (13).

d) Il valore delle opere aggiuntive

68. Il Regno di Spagna e la Commissione controvertono aspramente sul valore delle opere aggiuntive rispetto al valore totale della concessione.

69. Nel ricorso, in particolare, Commissione ha calcolato che le opere aggiuntive avrebbero un valore pari all'87% delle opere principali, cioè di quelle esplicitamente indicate nel bando. Dal canto suo, il Regno di Spagna contesta tale quantificazione, sottolineando, in particolare, la necessità di includere nel valore delle opere principali anche il valore della gestione, a partire dal 2018, del tratto Villalba-Adanero della A-6. Secondo il Regno di Spagna l'importo delle opere aggiuntive proposte da Iberpistas nell'offerta vincitrice sarebbe di poco superiore al 27% del valore delle opere principali.

70. Ritengo tuttavia che l'esatta quantificazione in termini numerici del valore delle opere aggiuntive rispetto al contenuto principale della concessione non sia qui necessaria ai fini della decisione sul ricorso.

71. Da un lato, infatti, non sono pertinenti i richiami delle parti all'art. 61 della nuova direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici, vale a dire la direttiva 2004/18. Tale disposizione stabilisce che, nei limiti del 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione, e al ricorrere di talune condizioni specifiche, le disposizioni sulla pubblicità previste per le concessioni di lavori pubblici non si applicano «ai lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta, che l'amministrazione aggiudicatrice affida al concessionario (...)».

72. Innanzitutto, come si è già avuto modo di notare, la direttiva 2004/18 non è applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa. D'altra parte, anche volendo ritenere tale disposizione come un semplice consolidamento di un principio giuridico preesistente (operazione ermeneutica, sia detto per inciso, il cui fondamento mi pare piuttosto debole), resta il fatto che l'art. 61 di tale direttiva fa riferimento a lavori «che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta». Si tratta pertanto, come è evidente, di una fattispecie che non ricorre nel presente caso. La disposizione dell'art. 61 si riferisce a situazioni impreviste sopravvenute successivamente all'aggiudicazione, e non ad elementi preesistenti all'aggiudicazione stessa.

73. D'altra parte, al di là dei contrasti sulla quantificazione specifica del valore delle opere aggiuntive, mi sembra si possa considerare che la Commissione e il Regno di Spagna concordano su un dato di fatto incontrovertibile: nell'economia complessiva della fattispecie sottoposta all'esame della Corte, le opere aggiuntive hanno avuto un peso considerevole, certamente non marginale o secondario rispetto all'oggetto principale della concessione.

3. Il ricorso della Commissione: osservazioni preliminari

74. Per quanto non sia irricevibile, come ho osservato sopra, il ricorso della Commissione presenta una certa imprecisione, in particolare nell'indicazione delle disposizioni che si presumono violate. In particolare, nell'atto introduttivo la Commissione ha contestato al Regno di Spagna, oltre alla violazione del Trattato, quella dell'art. 3 nonché, in generale, quella dei nn. 3, 6, 7, 11 e 12 dell'art. 11 della direttiva 93/37.

75. A fronte delle obiezioni della difesa del Regno di Spagna, in sede di replica la Commissione ha precisato che, in concreto, il ricorso deve considerarsi riferito al n.1 dell'art. 3 e, di conseguenza, alle disposizioni dell'art. 11 che esso richiama.

76. In particolare, dal momento che la Commissione non contesta il fatto che il bando sia stato pubblicato, né i tempi e le modalità della pubblicazione dello stesso, si deve ritenere che le disposizioni della direttiva che sarebbero state violate sono, essenzialmente, i nn. 3 e 6 dell'art. 11. Più precisamente, la violazione consisterebbe nella considerevole disparità tra l'oggetto del bando di gara pubblicato e l'oggetto della concessione effettivamente aggiudicata a favore di Iberpistas. In altri termini, si imputa al Regno di Spagna di aver pubblicato un bando incompleto o, in alternativa, di non aver pubblicato un bando per tutte le opere comprese nella concessione aggiudicata ad Iberpistas ma non nel bando pubblicato.

77. Si deve anche osservare che le disposizioni della direttiva devono essere considerate come l'applicazione pratica, nell'ambito degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, dei principi del Trattato, in particolare del divieto di discriminazione e dell'obbligo di parità di trattamento (14). Di conseguenza, le censure della Commissione nei confronti del Regno di Spagna per violazione della direttiva e quelle per violazione del Trattato possono essere discusse congiuntamente.

78. Tutto ciò premesso, è possibile ora concentrarsi sul problema principale, vale a dire la presunta incompletezza del capitolato pubblicato dalle autorità spagnole. Sarà necessario a tal fine individuare, in primo luogo, quali siano esattamente i requisiti di pubblicità di un bando per una concessione di lavori pubblici. Una volta chiarito tale aspetto, si dovrà vedere se tali requisiti siano stati soddisfatti nel presente caso.

#### 4. Sui requisiti di un bando in materia di concessioni

79. Il primo aspetto da chiarire concerne dunque i requisiti che, in generale, deve possedere un bando per una concessione di lavori pubblici.

80. Non vi sono dubbi sul fatto che un bando per un appalto di lavori deve contenere una descrizione completa di tutte le opere da realizzare. Ciò costituisce una naturale conseguenza sia del fatto che i concorrenti devono poter proporre un prezzo per la realizzazione delle opere – il che presuppone, ovviamente, una esatta conoscenza delle stesse – sia del più generale principio, a cui si è appena fatto riferimento, secondo il quale le disposizioni della direttiva costituiscono la concreta realizzazione dei principi del Trattato in materia di parità di trattamento e divieto di discriminazione. La Corte ha del resto affermato che, proprio al fine di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, tutte le offerte devono essere conformi alle prescrizioni del capitolato (15).

81. A mio parere, tale principio fondamentale in materia di pubblicità deve essere applicato anche alle concessioni, i cui bandi devono pertanto indicare in modo completo tutte le opere oggetto di concessione. Diverse considerazioni militano a favore di ciò.

82. In primo luogo, vi sono evidenti motivi legati alla trasparenza e alla parità di trattamento. Tali due principi, come si è visto, derivano direttamente dal Trattato, e la Corte li ha dichiarati applicabili, in via generale, a tutte le concessioni, ivi comprese quelle sprovviste di una disciplina specifica (16).

83. In secondo luogo, la direttiva prevede che, tra le norme relative agli appalti, trovino applicazione alle concessioni soltanto quelle relative alla pubblicità, o meglio una parte di esse. Ammettere che anche le poche norme applicabili alle concessioni debbano trovare un'interpretazione diversa e più limitativa rispetto a quella richiesta in materia di appalti finirebbe, mi sembra, per ridurre considerevolmente l'effetto utile del quadro normativo applicabile alle concessioni.

84. Il fatto che il modello di bando di gara previsto per le concessioni (all'allegato VI della direttiva) sia considerevolmente più sintetico rispetto a quello previsto per gli appalti (all'allegato V della direttiva) non significa che la descrizione delle opere da realizzare possa essere effettuata in termini significativamente diversi. Del resto, i due modelli di bando sono pressoché identici nella parte in cui si richiede di descrivere l'oggetto dell'appalto e quello della concessione (v. la sezione II di ciascuno dei due modelli).

85. Tra l'altro, nella stessa giurisprudenza della Corte si ritrovano affermazioni che equiparano, senza menzionare alcun tipo di differenza, le norme di pubblicità applicabili agli appalti e quelle applicabili alle concessioni (17).

86. Il fatto di imporre che un bando di gara descriva in modo completo le opere da realizzare non significa naturalmente escludere qualunque tipo di creatività e di libertà nelle offerte che possono essere presentate. Tuttavia, il rispetto del principio della parità di trattamento impone che, in tal caso, i potenziali offerenti siano posti in condizione di conoscere sia l'esistenza di un tale margine di libertà, sia i limiti dello stesso. Può essere in proposito opportuno citare un passaggio della Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (18) (in prosieguo: la «Comunicazione interpretativa»), il quale mi sembra del tutto corretto e condivisibile:

«Accade, talvolta, che il concedente non avendo la possibilità di definire i propri bisogni in termini tecnici sufficientemente precisi, ricorra a offerte alternative idonee a fornire soluzioni diverse a un problema espresso in termini generali. In queste ipotesi, tuttavia, il capitolato d'onere deve comunque, al fine di garantire una concorrenza sana ed efficace, presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto è richiesto ai candidati e, soprattutto, le modalità dell'approccio che essi devono seguire nel preparare le loro offerte. In questo modo, ciascun offerente sa in anticipo di poter prospettare soluzioni tecniche diverse. Più in generale, il capitolato d'onere non deve comportare elementi contrari alle norme e ai principi anzidetti del trattato. I bisogni del concedente possono anche essere determinati in collaborazione con imprese del settore, a condizione che ciò non abbia l'effetto di limitare la concorrenza» (punto 3.1.1, paragrafo 9).

87. Del resto, in materia di appalti l'art. 19 della direttiva prevede esplicitamente, attraverso il meccanismo delle varianti, la possibilità che agli offerenti sia lasciato un certo grado di libertà nella presentazione delle proprie offerte. Tuttavia, nella sentenza Traunfellner la Corte ha interpretato il citato articolo, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento degli offerenti, in modo piuttosto rigido, escludendo ad esempio che, per soddisfare la condizione di cui al secondo comma dell'art. 19 della direttiva – il quale impone alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare nel capitolato le condizioni minime che le varianti devono rispettare – possa bastare il rinvio ad una norma nazionale (19).

88. L'argomento del Regno di Spagna secondo il quale la giurisprudenza Traunfellner, appena citata, non sarebbe applicabile nel caso di specie, in quanto si riferisce a varianti e non ad opere aggiuntive, non mi pare convincente. In primo luogo, infatti, anche ammesso che la distinzione tra varianti e opere aggiuntive abbia un fondamento, rimane il fatto che la giurisprudenza Traunfellner si basa sull'obiettivo essenziale di garantire la parità di trattamento degli offerenti, e che tale obiettivo non può essere considerato meno rilevante in materia di opere aggiuntive di quanto non lo sia in materia di varianti. In ogni modo tale giurisprudenza, in quanto riferita all'art. 19 della direttiva, cioè ad una disposizione non applicabile alle concessioni di lavori, non è direttamente applicabile nella presente causa, e deve piuttosto essere considerata un'indicazione e una guida, peraltro estremamente persuasiva.

89. Un'ulteriore utile indicazione, applicabile in via essenzialmente analogica, può essere anche tratta dalla giurisprudenza della Corte che, sempre in applicazione del principio della parità di trattamento degli offerenti, ha sottolineato la necessità che, una volta indicati, i criteri di aggiudicazione di una gara debbano rimanere gli stessi nel corso di tutta la procedura (20).

90. In conclusione, un bando per l'aggiudicazione di una concessione di lavori pubblici deve indicare in modo completo le opere oggetto della concessione stessa. Eventuali varianti ed opere aggiuntive sono ammissibili se tale possibilità, e i limiti entro cui essa può essere esercitata, sono indicati nel bando stesso.

## 5. Sull'interpretazione del secondo capitolato

91. Chiariti dunque i requisiti che un bando per una concessione di lavori deve possedere al fine di soddisfare gli obblighi di pubblicità imposti dal diritto comunitario, è necessario verificare se, nel caso concreto, il capitolato per la concessione in esame fosse conforme a tali requisiti.

92. Ritengo che la risposta debba essere negativa, e che non vi sia stata una sufficiente corrispondenza tra quanto indicato nel secondo capitolato e le opere aggiudicate nella concessione a favore di Iberpistas.

93. In primo luogo, come si è visto, il governo spagnolo sostiene che la scelta di sostituire il primo capitolato con il secondo sarebbe stata motivata dalla volontà di lasciare uno spazio maggiore alla libera iniziativa degli offerenti, al fine di individuare adeguate soluzioni al problema del traffico. Tale governo sostiene inoltre che ciò sarebbe stato agevolmente comprensibile per i potenziali partecipanti alla gara. Queste argomentazioni non possono tuttavia essere accettate.

94. Va infatti osservato che, in apertura del secondo capitolato, si legge semplicemente che «per ragioni di ordine tecnico è necessario modificare il capitolato citato, al fine di ridefinire l'oggetto della gara e di introdurre alcune modifiche nella determinazione della durata della concessione». Si tratta di una formulazione assai vaga, che è ben lontana dall'indicare con precisione la ragione specifica che ha portato alla riformulazione del capitolato (salvo il cambiamento della durata della concessione). Come minimo, se la ragione di fondo alla base della decisione di annullare il capitolato precedente era quella di lasciare uno spazio maggiore alla libera iniziativa degli offerenti per la risoluzione dei problemi del traffico, la cosa avrebbe potuto e dovuto essere indicata in modo esplicito. Ciò non è tuttavia avvenuto.

95. Allo stesso modo, non possono neppure trovare accoglimento le argomentazioni del governo spagnolo secondo le quali la possibilità di offrire opere aggiuntive come quelle proposte da Iberpistas deriverebbe da un serie di disposizioni del capitolato. Si tratta, in particolare, dei punti 13 e 16 dell'art. 5 del bando, nonché dell'art. 29 dello stesso.

96. Ebbene, per quanto riguarda l'art. 29, è sufficiente osservare che lo stesso si riferisce in modo esplicito ai soli due raccordi della A-6 con Ávila e Segovia (21).

97. Analoga osservazione può essere effettuata per quanto concerne il punto 16 dell'art. 5 del capitolato, il quale indica espressamente che le misure relative al traffico che avrebbero potuto essere proposte all'amministrazione erano relative alle «aree interessate dalla costruzione delle strade oggetto della concessione». Il riferimento alla «costruzione» di dette strade limita dunque in modo chiaro alle connessioni della A-6 con Ávila e Segovia l'area di riferimento di tale disposizione.

98. Per quanto poi concerne il punto 13 del medesimo articolo del capitolato, si deve rilevare che esso fa riferimento, in modo generale, alle misure che gli offerenti avrebbero potuto proporsi di adottare rispetto a tutta una serie di fattori che sono tipicamente da prendere in considerazione nella realizzazione di opere viarie: non solo quindi il traffico, ma anche il possibile impatto sul paesaggio, l'ambiente, il turismo, etc. È chiaro che una simile generica disposizione, che fa riferimento a realizzazioni *meramente accessorie* rispetto ai lavori menzionati in modo esplicito nel capitolato, non può essere considerata come una pubblicità sufficiente a indicare come oggetto del capitolato una serie di opere *di costruzione* di grande importanza, anche dal punto di vista economico, collocate peraltro al di fuori delle aree di costruzione esplicitamente indicate nel bando.

99. Per di più, il citato punto 13 fa riferimento agli «effetti» della concessione sul problema globale del traffico, ma non fa riferimento alla localizzazione delle misure da prendere per la riduzione di tale problema. Non è pertanto da trascurare l'argomento della Commissione secondo il quale, visto il tenore del capitolato, tali misure avrebbero potuto essere interpretate dai partecipanti alla gara solo come collocate nella zona delle opere la cui costruzione era esplicitamente prevista.

100. Infine, non va dimenticato che le disposizioni appena ricordate sono rimaste identiche nel primo e nel secondo capitolato. Di conseguenza, non può essere sostenuto che, tenendo conto di esse, un potenziale partecipante alla gara avrebbe potuto ritenere che la scelta delle autorità spagnole di annullare il primo bando eliminando da esso talune opere fosse stata determinata dalla volontà di ottenere proposte alternative rispetto a tali opere «cancellate».

101. Per quanto riguarda poi gli argomenti aggiuntivi proposti dal Regno di Spagna circa la possibilità di interpretare il secondo capitolato alla luce delle altre disposizioni pertinenti del diritto spagnolo, le quali avrebbero riconosciuto ampio spazio alla libertà e alla creatività degli offerenti, osservo quanto segue.

102. Da un lato, in linea di principio, per le ragioni sopra indicate ritengo applicabili anche in materia di concessioni i principi che la giurisprudenza della Corte ha affermato in relazione alla pubblicità degli appalti. In tale sede, come si è visto, è stata esclusa anche la legittimità di un bando che, relativamente all'ammissibilità delle varianti, conteneva un rinvio *esplicito* alla normativa nazionale (22).

103. Dall'altro lato, anche volendo ammettere per assurdo la possibilità, che si porrebbe in totale contrasto con la giurisprudenza della Corte, di un'integrazione *implicita* di un bando di gara sulla base del diritto nazionale, rimane il fatto che, a mio avviso, l'art. 8 della Ley de Autopistas non supporta la posizione del Regno di Spagna. Tale norma infatti, lungi dal riconoscere ai potenziali offerenti un'ampia libertà creativa ai fini della presentazione delle offerte, fa riferimento ad opere che, sebbene non previste nell'originario oggetto della concessione, siano «impost[e] al concessionario come controprestazione». In altri termini, pare trattarsi di opere che sono comunque esplicitamente richieste al concessionario, e non liberamente da questo proposte e realizzate. Appare di conseguenza inutile verificare se, ai sensi della normativa nazionale, tutte le opere aggiuntive proposte da Iberpistas rientrano nell'area di influenza delle opere esplicitamente indicate come oggetto della concessione.

104. Nemmeno la Comunicazione interpretativa può fornire argomenti a sostegno della posizione del governo spagnolo. In particolare, come si è visto, sebbene in tale documento la Commissione ammetta la possibilità che agli offerenti sia riconosciuto un ampio grado di libertà e creatività nelle proprie offerte, viene ivi anche ricordata, in maniera esplicita, la necessità di «presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto richiesto ai candidati» (23).

105. Per di più, la Commissione ha mostrato in modo piuttosto convincente, nonostante le argomentazioni contrarie del Regno di Spagna, che gli altri offerenti non hanno interpretato le clausole relative alla necessità di proporre misure per la riduzione del traffico in modo analogo a quanto fatto da Iberpistas. In particolare, gli altri offerenti hanno proposto soluzioni tutte impiegate sulla realizzazione di opere aggiuntive strettamente connesse alle opere la cui costruzione era esplicitamente richiesta dal capitolato. Si tratta evidentemente di un dato di fatto che, di per sé, non è determinante, dal momento che la valutazione del capitolato operata dagli altri concorrenti non può certo vincolare il giudizio della Corte. Inoltre, non può essere escluso che gli altri concorrenti abbiano interpretato il capitolato in modo erroneo. È però un elemento che, comunque, può essere tenuto presente per delineare il quadro completo della fattispecie.

106. Un'ultima osservazione, infine, concerne gli aspetti pratici conseguenti all'interpretazione del capitolato fatta propria da Iberpistas e avvalorata dal Regno di Spagna. Sulla base dell'offerta vincitrice, la società Iberpistas ha realizzato, oltre ai raccordi tra l'autostrada A-6 e le città di Ávila di Segovia, una serie di opere aggiuntive sul tratto Villalba-Adanero della medesima autostrada, tratto sul quale, al momento della gara oggetto della presente causa, esisteva già una concessione, a favore della stessa Iberpistas, fino al 2018. Ebbene, mi sembra difficilmente immaginabile che un offerente diverso da Iberpistas potesse, in concreto, proporre di propria iniziativa, senza alcuna indicazione in tal senso nel capitolato, di realizzare opere in un tratto autostradale gestito da quest'ultima società.

## **VII – Conclusioni**

107. Sulla base delle considerazioni svolte, propongo alla Corte di statuire nei termini seguenti:

Il Regno di Spagna, non avendo incluso, tra i lavori oggetto di concessione indicati nel capitolato per l'aggiudicazione di una concessione amministrativa per la costruzione, la gestione e lo sfruttamento dei raccordi dell'autostrada A-6 con Segovia e Ávila, nonché per la gestione e lo sfruttamento del tratto Villalba-Adanero dell'autostrada stessa a partire dall'anno 2018, taluni lavori che sono stati poi oggetto di aggiudicazione nell'ambito della concessione, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono ai sensi della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, nonché sulla base dei principi del Trattato in materia di parità di trattamento e di non discriminazione

Il Regno di Spagna è condannato alle spese.

---

2 - Al contrario, invece, le concessioni di servizi sono tuttora prive di una disciplina specifica, fatta eccezione per alcuni importanti principi che sono stati affermati dalla giurisprudenza della Corte. In particolare, la giurisprudenza è costante nell'affermare che, sebbene prive di una esplicita disciplina legislativa, le concessioni di servizi debbono rispettare i principi fondamentali dei trattati, in particolare quello di non discriminazione in base alla nazionalità. V., con riferimento ai servizi di cui alla direttiva 93/38/CEE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punto 60). Con riferimento invece ai servizi di cui alla direttiva 92/50/CEE, v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

---

3 - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

---

4 - Si tratta del Titolo III, che comprende gli artt. 56-65.

---

5 - 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).

---

6 - Sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409).

---

7 - Nei singoli casi concreti, la distinzione tra appalto e concessione può essere piuttosto difficile. Si tratta, in ultima analisi, di un compito che spetta al giudice nazionale: v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, cit. supra alla nota 2 (punto 32).

---

8 - V., in proposito, sentenza 7 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, Commissione/Italia (punto 23).

---

9 - Sentenza 9 dicembre 2003, causa C-129/00, Commissione/Italia (Racc. pag. I-14637, punti 29-32).

---

10 - V., ad esempio, sentenza 8 dicembre 2005, causa C-33/04, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-10629, punti 65-67 e giurisprudenza ivi citata).

---

11 - Cit. supra alla nota 6.

---

12 - Ibidem, punto 100.

---

13 - V., sulla specificità della giurisprudenza Ordine degli Architetti e sulla sua non applicabilità in una situazione in cui la controparte può essere scelta, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 57).

---

14 – V. sentenze 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca, detta «Storebaelt» (Racc. pag. I-3353, punto 33), e 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC (Racc. pag. I-7725, punto 33). Tali sentenze si riferiscono alla precedente direttiva 71/305, ma la ratio delle disposizioni resta evidentemente la stessa. V. anche, ad esempio, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, detta «autobus valloni» (Racc. pag. I-2043, punti 51-52), nonché, in termini più generali, sentenza Parking Brixen, cit. supra alla nota 2 (punto 48).

---

15 – Sentenza Commissione/Danimarca, cit. supra alla nota 14 (punto 37).

---

16 – V. supra alla nota 2.

---

17 – Sentenza 27 ottobre 2005, Commissione/Italia, cit. supra alla nota 8 (punto 19).

---

18 – GU 2000, C 121, pag. 2.

---

19 – Sentenza 16 ottobre 2003, causa C-421/01, Traunfellner (Racc. pag. I-11941, punti 27-29).

---

20 – Sentenze Commissione/Belgio, cit. supra alla nota 14 (punti 88-89), e SIAC, cit. supra alla nota 14 (punti 41-43).

---

21 – V. supra, paragrafi 21-22.

---

22 – Sentenza Traunfellner, cit. supra alla nota 19.

---

23 – V. supra, paragrafo 86.