

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

16 ottobre 2003 \*

Nella causa C-283/00,

**Commissione delle Comunità europee**, rappresentata dal sig. G. Valero Jordana,  
in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

**Regno di Spagna**, rappresentato dalla sig.ra M. López-Monís Gallego, in qualità  
di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuto,

\* Lingua processuale: lo spagnolo.

avente ad oggetto il ricorso diretto a far dichiarare che, in occasione della gara d'appalto relativa all'esecuzione dei lavori del Centro Educativo Penitenziario Experimental de Segovia, indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, società rientrante nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della 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), e il cui importo supera ampiamente la soglia di applicazione della direttiva il Regno di Spagna, non essendosi conformato a tutte le disposizioni della detta direttiva e, in particolare, alle norme di pubblicità di cui all'art. 11, nn. 2, 6, 7 e 11, nonché agli artt. 12, n. 1, 29, n. 3, 18, 27 e 30, n. 4, è venuto meno agli obblighi impostigli dalla detta direttiva,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dai sigg. J.-P. Puissochet, presidente di sezione, R. Schintgen e V. Skouris (relatore), dalla sig.ra N. Colneric e dal sig. J.N. Cunha Rodrigues, giudici,

avvocato generale: sig. S. Alber  
cancelliere: sig. R. Grass

vista la relazione del giudice relatore,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 novembre 2002,

ha pronunciato la seguente

### Sentenza

- 1 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 18 luglio 2000, la Commissione delle Comunità europee ha proposto a questa Corte, in forza dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che, in occasione della gara d'appalto relativa all'esecuzione dei lavori del Centro Educativo Penitenziario Experimental de Segovia (Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia), indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (in prosieguo: la «SIEPSA»), società rientrante nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GUL 199, pag. 54), e il cui importo supera ampiamente la soglia di applicazione della direttiva, il Regno di Spagna, non essendosi conformato a tutte le disposizioni della detta direttiva e, in particolare, alle norme di pubblicità di cui all'art. 11, nn. 2, 6, 7 e 11, nonché agli artt. 12, n. 1, 29, n. 3, 18, 27 e 30, n. 4, è venuto meno agli obblighi impostigli in forza della detta direttiva.

### Ambito normativo

#### *La normativa comunitaria*

- 2 Nel secondo 'considerando' della direttiva 93/37 si afferma che «la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in

materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

3 A termini dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37:

«si considerano “amministrazioni aggiudicatrici” lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali 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

— dotato di personalità giuridica,

e

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

Gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico, che soddisfano i criteri di cui al secondo comma della presente lettera, figurano nell'allegato I. Questi elenchi devono essere quanto più completi possibile e possono subire revisioni secondo la procedura di cui all'articolo 35 (...).

4 L'art. 11, nn. 2, 6, 7 e 11, della direttiva 93/37 dispone:

«2. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono attribuire un appalto di lavori pubblici mediante procedura aperta, ristretta o negoziata nei casi previsti all'articolo 7, paragrafo 2, 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 (...).

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. (...)

(...)

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 (...).

5 L'art. 12, n. 1, della direttiva 93/37 è redatto come segue:

«Nelle procedure aperte, il termine di ricezione delle offerte, stabilito dalle amministrazioni aggiudicatrici, non può essere inferiore a cinquantadue giorni a decorrere dalla data di spedizione del bando di gara».

6 A termini dell'art. 18 della direttiva:

«L'aggiudicazione dell'appalto è fatta in base ai criteri previsti nel capitolo 3 del presente titolo, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 19 dopo accertamento dell'idoneità degli imprenditori non esclusi dalla gara in applicazione dell'articolo 24. Tale accertamento è effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 26 a 29».

7 L'art. 24 della direttiva 93/37 dispone in particolare:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore:

- a) che sia in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di regolamento giudiziario o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali;
- b) relativamente al quale sia in corso una procedura di dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di concordato preventivo oppure ogni altra procedura della stessa natura prevista dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali;
- c) nei confronti del quale sia stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale;
- d) che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;

(...)

g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste in applicazione del presente capitolo.

(...)».

8 A termini dell'art. 27, n. 1, della direttiva 93/37:

«1. La dimostrazione della capacità tecnica dell'imprenditore può essere data mediante:

(...)

c) una dichiarazione dalla quale risultino l'attrezzatura, i materiali e i mezzi tecnici di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera;

(...)

e) una dichiarazione indicante i tecnici o gli organi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'impresa, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera».

9 Dall'art. 29, n. 3, della direttiva 93/37 emerge che l'iscrizione in elenchi ufficiali, certificata dalle autorità competenti, costituisce per le amministrazioni aggiudicatrici degli altri Stati membri una presunzione di idoneità dell'imprenditore per i lavori corrispondenti alla classificazione di detto imprenditore, in particolare ai sensi dell'art. 27, punti b) e d).

10 L'art. 30, nn. 1 e 4, della direttiva 93/37 dispone:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

(...)

4. Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite.

L'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente.

Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte giudicate troppo basse.

(...».

- 11 L'allegato I, parte V, della direttiva 93/37 contiene l'elenco delle categorie degli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), per quanto riguarda la Spagna. Si tratta delle seguenti categorie:

«— Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (enti di gestione e servizi comuni della sicurezza sociale),

— Organismos Autónomos de la Administración del Estado (enti autonomi dell'amministrazione statale),

— Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas (enti autonomi delle comunità autonome),

- Organismos Autónomos de las Entidades Locales (enti autonomi degli enti locali),
  
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español (altri enti soggetti alla legislazione sugli appalti dello Stato spagnolo)».

12 L'art. 1, punti 1 e 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), è redatto come segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intendono per:

- 1) “autorità pubbliche”: lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico.

Si considera ente di diritto pubblico ogni ente:

- istituito allo scopo specifico di provvedere ad esigenze di pubblico interesse, che non abbiano carattere industriale o commerciale,

— dotato di personalità giuridica,

e

— la cui attività è finanziata in via maggioritaria dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico o la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi o il cui consiglio d'amministrazione, consiglio direttivo o consiglio di vigilanza è composto da membri, più della metà dei quali sia nominata dallo Stato membro, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico;

2) "imprese pubbliche": le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:

— detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa,

oppure

— controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa,

oppure

—hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza».

### *La normativa nazionale*

#### Il regime generale applicabile alla SIEPSA

13 La direttiva 93/37 è stata recepita nel diritto interno spagnolo con la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (legge sugli appalti pubblici) 18 maggio 1995 (BOE n. 119 del 19 maggio 1995, pag. 14601; in prosieguo: la «legge n. 13/1995»).

14 L'art. 1, nn. 2 e 3, della legge n. 13/1995 dispone:

«2. Si intendono per amministrazioni pubbliche ai fini della presente legge:

a) l'amministrazione centrale dello Stato;

b) le amministrazioni delle comunità autonome;

c) gli enti che compongono l'amministrazione locale.

3. In materia di aggiudicazione di appalti, la presente legge si applica anche agli organismi autonomi in ogni caso, nonché agli altri enti di diritto pubblico, legati ad una pubblica amministrazione, oppure da questa dipendenti, dotati di personalità giuridica, nella misura in cui soddisfano le seguenti condizioni:

- a) essere stati istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;
- b) essere enti la cui attività è finanziata in modo maggioritario dalla pubblica amministrazione oppure da altri organi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri dei quali più della metà è designata dalla pubblica amministrazione oppure da altri organi di diritto pubblico».

15 La sesta disposizione aggiuntiva della stessa legge, intitolata «Principi relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici», è redatta come segue:

«Le imprese commerciali, il cui capitale è detenuto per la maggior parte, direttamente o indirettamente, da organismi autonomi oppure da enti di diritto pubblico appartenenti alla pubblica amministrazione osservano, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti, le norme di pubblicità e di concorrenza, salvo che la natura dell'operazione da svolgere non sia compatibile con tali norme».

16 Occorre rilevare che, dopo la proposizione del ricorso in esame, il Regno di Spagna ha adottato, con il Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (regio

decreto legge che approva il testo codificato della legge sugli appalti pubblici), del 16 giugno 2000 (BOE n. 148 del 21 giugno 2000, pag. 21775), una nuova versione codificata della legge summenzionata che si limita tuttavia a riunire e ad ordinare le disposizioni precedenti, senza modificarne la sostanza.

- 17 L'art. 2, n. 2, della Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (legge sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e sulla procedura amministrativa comune) del 26 novembre 1992, come modificata con la Ley 4/1999 del 13 gennaio 1999 (BOE n. 12 del 14 gennaio 1999, pag. 1739; in prosieguo: la «legge n. 30/1992»), dispone:

«Gli enti di diritto pubblico dotati di una personalità giuridica distinta legati ad una qualsiasi delle amministrazioni pubbliche o che ne dipendono sono del pari considerati come amministrazioni pubbliche. L'attività di detti enti è disciplinata dalla presente legge quando questi esercitano poteri amministrativi, mentre il resto della loro attività è soggetta alle norme sulla loro istituzione».

- 18 Dalla dodicesima disposizione aggiuntiva della Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (legge sull'organizzazione e sul funzionamento dell'amministrazione centrale dello Stato) del 14 aprile 1997 (BOE n. 90 del 15 aprile 1997, pag. 11755; in prosieguo: la «legge n. 6/1997») emerge che le imprese commerciali statali sono interamente disciplinate dal diritto privato, indipendentemente dalla loro forma giuridica, salvo nei settori disciplinati dalle leggi in materia di bilancio, di contabilità, di controllo finanziario e di appalti pubblici e che esse non potranno in alcun caso disporre di poteri che implicano l'esercizio dei pubblici poteri.

- 19 Peraltro, la SIEPSA è disciplinata in particolare dal Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (testo codificato dalla legge generale di bilancio),

approvato con il Real Decreto Legislativo 1091/1988 del 23 settembre 1988 (BOE n. 234 del 29 settembre 1988, pag. 28406), dal Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (testo codificato della legge sulle società per azioni), approvato con il Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 settembre 1989 (BOE n. 310 del 27 dicembre 1989, pag. 40012), dalla legislazione generale sulle società per azioni nonché dal suo statuto.

## Lo statuto della SIEPSA

- 20 La SIEPSA è una società statale istituita con decisione del Consiglio dei Ministri 21 febbraio 1992, sotto forma di una società per azioni commerciale. Creata in origine per una durata di otto anni, la società in parola è divenuta, in seguito ad una modifica del suo statuto nell'ottobre 1999, una società a tempo indeterminato. All'inizio dell'anno 2000 il suo capitale ammontava a ESP 85 622 000 000, interamente sottoscritto e versato dallo Stato spagnolo in quanto unico azionista.
- 21 Conformemente a quanto previsto dal suo statuto, la società è diretta e rappresentata da un consiglio di amministrazione. Gli otto membri di detto consiglio sono designati dall'assemblea generale degli azionisti, su proposta dei Ministri della Giustizia, dell'Economia e delle Finanze. Il suo presidente è nominato dal consiglio di amministrazione e scelto tra i membri del consiglio proposti dal Ministero della Giustizia.
- 22 Lo scopo sociale della SIEPSA, in seguito alla modifica statutaria del 17 luglio 1998, è il seguente:

«1. Lo sviluppo e l'esecuzione dei programmi e delle azioni contenuti o che potranno essere contenuti in futuro nel piano di chiusura e di creazione di

centri penitenziari, approvato con decisione del Consiglio dei Ministri (...), per tutto ciò che riguarda la costruzione di centri e di sedi secondarie penitenziari effettuata dalla stessa società o tramite terzi, nonché la chiusura o l'alienazione di beni immobili e di centri che, avendo cessato di essere destinati a servizi o a obiettivi penitenziari, saranno assegnati alla società conformemente a quanto previsto dal piano, affinché essa effettui, conformemente alle istruzioni provenienti dalla direzione generale dell'amministrazione penitenziaria, in particolare le seguenti operazioni:

- a) esercitare tutte le attività di consulenza e di gestione urbanistica necessarie all'attuazione del summenzionato piano nonché collaborare con enti pubblici o privati ai fini precitati;
  
- b) localizzare e acquistare gli immobili adeguati o adattare, se necessario, quelli che risultino idonei all'installazione dei nuovi centri o sedi secondarie penitenziari, nonché procedere al pagamento degli acquisti effettuati dall'amministrazione penitenziaria con tutti i mezzi e per l'obiettivo indicato;
  
- c) redigere i progetti di esecuzione dei lavori, realizzarne i piani e preparare le condizioni di aggiudicazione dei lavori oggetto di un appalto;
  
- d) organizzare e aggiudicare gli appalti per l'esecuzione dei lavori secondo le procedure previste dalla legge, nonché effettuare gli interventi necessari relativi alla direzione dei lavori, al controllo di qualità, alle misurazioni, alle certificazioni e supervisioni, nonché a tutto ciò che concerne l'equipaggiamento e il materiale ausiliario, con la collaborazione dei tecnici designati dall'amministrazione penitenziaria;

e) promuovere ed eseguire i lavori di pianificazione, di costruzione, di edificazione, di finanziamento necessari, nonché prevedere l'equipaggiamento necessario per l'installazione dei nuovi centri e sedi secondarie penitenziari.

2. L'alienazione dei beni immobili e centri penitenziari che, non essendo più destinati al servizio o agli obiettivi penitenziari, sono assegnati ad esso dallo Stato (...), i quali, se ciò è opportuno per aumentare gli utili che ne possono essere ricavati e il valore della loro alienazione, potranno costituire oggetto di una cessione parziale alle amministrazioni locali interessate o di uno scambio con altri beni di queste ultime, con le quali possono essere conclusi accordi di collaborazione che consentono tale miglioramento e la soddisfazione di bisogni che rientrano nella loro competenza. I fondi così ottenuti sono destinati al finanziamento delle azioni previste nel piano.

(...)».

### Procedimento precontenzioso

23 La Commissione è stata investita di una denuncia relativa ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto di lavori per il Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia, avviato dalla SIEPSA conformemente ad un progetto approvato dai Ministeri della Giustizia e dell'Interno, per il quale era stato stanziato un bilancio per un importo massimo di ESP 4 392 399 500, esente dall'IVA. Il bando di gara per il procedimento di cui trattasi era stato pubblicato nel quotidiano *El País* il 3 aprile 1997.

- 24 Con lettera 24 settembre 1997 la Commissione ha richiamato l'attenzione delle autorità spagnole sul fatto che, in detto bando di gara, non si era tenuto conto di numerose disposizioni della direttiva 93/37.
- 25 Nella loro risposta datata 17 dicembre 1997 le autorità spagnole hanno sostenuto che la SIEPSA, in quanto impresa statale commerciale disciplinata dal diritto privato, non costituisce un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della detta direttiva e che, per tale motivo, le disposizioni di questa non si applicano al caso di specie.
- 26 A seguito di tale risposta, la Commissione ha inviato alle autorità spagnole il 6 novembre 1998 una lettera di diffida, in cui concludeva che la SIEPSA doveva essere considerata come un'amministrazione aggiudicatrice e che, per tale motivo, essa era tenuta a conformarsi a tutte le disposizioni della direttiva 93/37, nonostante il tenore della legge n. 13/1995.
- 27 Con lettera 26 gennaio 1999 le autorità spagnole inviavano le loro osservazioni ribadendo, in primo luogo, l'argomento secondo il quale le imprese statali come la SIEPSA sono escluse dalla sfera di applicazione della direttiva e della legge n. 13/1995, in quanto esse sono disciplinate dalle norme di diritto privato. In secondo luogo, esse affermavano che la SIEPSA non rispondeva al primo requisito di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, poiché essa soddisfaceva bisogni di interesse generale di natura commerciale. Inoltre, esse consideravano che la SIEPSA aveva sufficientemente rispettato le norme in materia di pubblicità e di concorrenza, pubblicando bandi di gara nei quotidiani della stampa nazionale e locale.
- 28 La Commissione, considerando insufficiente tale risposta, emetteva il 25 agosto 1999 un parere motivato in forza dell'art. 226 CE, nel quale, riprendendo e completando l'argomentazione già esposta nella lettera di diffida 6 novembre

1998, concludeva che, in occasione del bando di gara concernente la realizzazione dei lavori nel Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia, indetto dalla SIEPSA, il Regno di Spagna era venuto meno agli obblighi impostigli da talune disposizioni della direttiva 93/37.

- 29 Il governo spagnolo rispondeva a detto parere motivato con lettera 22 novembre 1999, nella quale respingeva la tesi della Commissione.
- 30 Considerando che dalle osservazioni presentate dal governo spagnolo risultava che sussistevano gli inadempimenti menzionati nel parere motivato, la Commissione ha deciso di proporre il ricorso in esame.

## Nel merito

### *Argomenti delle parti*

- 31 La Commissione osserva che, in occasione del procedimento seguito per l'assegnazione dei lavori di cui trattasi, non sono state soddisfatte alcune condizioni della direttiva 93/37. Dopo aver sottolineato, in via preliminare, che l'importo massimo di bilancio superava la soglia prevista dalla direttiva 93/37, ammontante allora a ECU 5 milioni, essa rileva che il bando di gara è apparso esclusivamente nella stampa nazionale, senza essere stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, in violazione dell'art. 11, nn. 2, 7 e 11, della direttiva 93/37. Peraltro, il termine di deposito delle offerte era soltanto di 35 giorni, mentre l'art. 12, n. 1, della direttiva prevede un termine minimo di 52 giorni nelle procedure aperte.

- 32 La Commissione fa valere inoltre che, tra le condizioni richieste per essere offerente, occorre, in primo luogo, essere registrato in 25 sottogruppi diversi come imprenditori statali, in secondo luogo, disporre di un capitale sociale versato di un importo minimo di ESP 1 miliardo e, in terzo luogo, avere ottenuto nel corso degli ultimi cinque anni almeno quattro appalti di lavori (tra cui almeno due relativi all'attività edilizia), per un importo finale minimo di ESP 2 miliardi per appalto, confermati dai relativi certificati. Orbene, secondo la Commissione, la terza condizione è ridondante poiché, in conformità all'art. 29, n. 3, della direttiva 93/37, l'iscrizione negli elenchi ufficiali certificati costituisce una presunzione d'idoneità nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici degli altri Stati membri per quanto riguarda l'elenco dei lavori eseguiti nel corso degli ultimi cinque anni.
- 33 Inoltre, la Commissione rileva che tra gli otto criteri di assegnazione dell'appalto figurano «i tecnici destinati a titolo permanente ai lavori» e «la qualità di esecuzione degli appalti stipulati dalla SIEPSA». A questo proposito essa sottolinea che questi due criteri figurano nell'art. 27 della direttiva 93/37 tra gli elementi che possono giustificare la capacità tecnica dell'imprenditore e contribuire alla sua scelta, ma che, al contrario, essi non possono servire a determinare la migliore offerta, poiché i criteri di assegnazione cui si riferisce l'art. 30 della direttiva possono riguardare soltanto la prestazione concreta di cui trattasi. La Commissione ne conclude che il fatto di annoverare i due criteri summenzionati tra i criteri di assegnazione dell'appalto è in contrasto con quanto disposto dagli artt. 18, 27 e 30, n. 1, della direttiva 93/37.
- 34 Quanto al criterio del prezzo, la Commissione rileva come dal capitolato d'appalto emerge che «un punteggio negativo sarà assegnato, senza per questo escluderle, alle offerte di un importo ritenuto anormalmente basso, vale a dire quelle il cui importo si allontana di oltre 10 unità dalla media aritmetica delle proposte selezionate». Orbene, secondo la Commissione, la penalizzazione automatica delle offerte considerate di importo anormalmente basso produce un effetto equivalente alla pratica dell'esclusione automatica di dette offerte, senza possibilità di giustificazione del prezzo, il che costituisce una pratica in contrasto con l'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37.

- 35 La Commissione conclude che, nell'indire la gara di appalto di cui trattasi, la SIEPSA avrebbe dovuto rispettare le disposizioni in questione della direttiva 93/37 poiché, secondo la giurisprudenza della Corte, l'obbligo degli Stati membri, stabilito da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, nonché il loro dovere, in forza dell'art. 10 CE, di adottare tutte le misure generali o particolari proprie a garantire l'esecuzione di detto obbligo, si impongono a tutte le autorità degli Stati membri. La Commissione rinvia a questo proposito, in particolare, alla sentenza 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-8565, punto 23), da cui emergerebbe che le direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici verrebbero private del loro effetto utile se il comportamento di un'amministrazione aggiudicatrice non fosse imputabile allo Stato membro interessato.
- 36 Il governo spagnolo non nega che la gara di appalto relativa al procedimento di assegnazione dell'appalto di lavori per il Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia indetta dalla SIEPSA non fosse conforme a quanto prescritto dalla direttiva 93/37, ma fa valere che tale società non può essere considerata come un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi di detta direttiva.
- 37 Il governo spagnolo fa valere, in generale, che la direttiva 93/37, al pari delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), non include le società commerciali sotto controllo pubblico, quali la SIEPSA, nella nozione di organismo di diritto pubblico. Tale considerazione sarebbe corroborata dal fatto che la direttiva 93/38 distingue fra la nozione di organismo di diritto pubblico, identica nelle quattro direttive, e la nozione di impresa pubblica, la cui definizione corrisponde a quella della società commerciale pubblica.
- 38 Il governo spagnolo sottolinea al riguardo che il legislatore comunitario era a conoscenza del fatto che, nel settore privato, numerose imprese, benché aventi la forma di imprese pubbliche, perseguono specificamente uno scopo meramente

commerciale, nonostante il fatto che siano soggette allo Stato, e operano sul mercato secondo le regole della libera concorrenza e in condizioni di uguaglianza con le altre imprese private perseguendo uno scopo strettamente lucrativo. Ciò sarebbe quindi il motivo per cui il legislatore ha limitato la sfera di applicazione della direttiva 93/37 agli organismi che soddisfano cumulativamente le tre condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), di quest'ultima.

- 39 Orbene, anche se detto governo ammette che la SIEPSA soddisfa le due ultime condizioni di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, esso fa valere che essa presenta le caratteristiche di una società commerciale, poiché le sue finalità e funzioni sono tipicamente commerciali, e soddisfa quindi bisogni di interesse generale di natura commerciale, il che non è conforme al primo criterio di detta disposizione.
- 40 Riferendosi inoltre all'elenco di cui all'allegato I, parte V, della direttiva 93/37, che enuncia le categorie di organismi spagnoli di diritto pubblico che soddisfano i criteri elencati all'art. 1, lett. b), secondo comma, di detta direttiva, il governo spagnolo osserva che la SIEPSA non appartiene a nessuna delle dette categorie, non essendo un organismo autonomo e non essendo soggetta alla legislazione spagnola in materia di appalti pubblici.
- 41 Il governo spagnolo osserva che la SIEPSA non rientra nella sfera di applicazione *ratione personae* della legge n. 13/1995, che, come emerge dal suo art. 1, non comprende le società commerciali statali né si riferisce alle stesse. Infatti, soltanto la sesta disposizione aggiuntiva di detta legge farebbe riferimento espressamente a dette società statali, imponendo loro così l'applicazione rigorosa dei principi di pubblicità e di concorrenza per i procedimenti di assegnazione di appalti da esse organizzati, principi che la SIEPSA avrebbe rispettato nella fattispecie.
- 42 Secondo il governo spagnolo, tale esclusione dalla sfera di applicazione *ratione personae* della normativa spagnola relativa ai procedimenti di assegnazione di appalti pubblici e, pertanto, della normativa comunitaria in materia di appalti

pubblici è dovuta al fatto che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, gli organismi pubblici con statuto di diritto privato, una categoria costituita dalle società commerciali sotto controllo pubblico, quali la SIEPSA, hanno, in via di principio, il compito di soddisfare bisogni di interesse generale, il che spiega che essi sono soggetti a controllo pubblico, ma che tali bisogni hanno un carattere commerciale o industriale poiché, altrimenti, essi non costituirebbero oggetto di una società commerciale.

- 43 Per quanto riguarda in particolare la SIEPSA, il governo spagnolo sottolinea che il compito principale affidatole, vale a dire la costruzione di nuovi centri penitenziari adatti ai bisogni della società, consiste in una necessità di interesse generale avente un carattere commerciale, che serve all'obiettivo finale consistente nel contribuire alla politica penitenziaria, rientrando del pari nell'interesse generale.
- 44 La SIEPSA sarebbe stata istituita per garantire l'attuazione di tutte le azioni che risultino necessarie per la gestione corretta dei programmi e operazioni previsti nel piano di chiusura e di creazione di centri penitenziari, direttamente o tramite terzi. Le sue caratteristiche sarebbero quelle di un ente tipicamente commerciale, anche disciplinato dal diritto commerciale, fatte salve le deroghe previste, in particolare, in materia di bilancio, di contabilità e di controllo finanziario.
- 45 Infatti, per raggiungere tali obiettivi, essa realizzerebbe operazioni che dovrebbero essere oggettivamente qualificate come commerciali, quali la localizzazione e l'acquisto di immobili per l'installazione di nuovi centri, la promozione e l'esecuzione di lavori di pianificazione e di costruzione.
- 46 Il governo spagnolo sottolinea che, svolgendo tali attività, la SIEPSA realizza un utile e che la realizzazione di operazioni al fine di ottenere utili è un'attività tipicamente commerciale che può essere portata a buon fine soltanto da una società soggetta alle regole commerciali del settore privato, con il quale essa deve

necessariamente entrare in contatto. Aggiunge che l'attività di detta società non può essere qualificata amministrativa, poiché il suo obiettivo consiste nell'ottenere mezzi o risorse economiche al pari di ogni imprenditore e che ciò vale anche quando tali risorse si applicano, in definitiva, ad altre finalità di interesse generale.

47 Invocando il punto 47 della sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821), nel quale la Corte avrebbe precisato che la mancanza di concorrenza non è una condizione necessaria ai fini della definizione di un organismo di diritto pubblico, il governo spagnolo fa valere che la SIEPSA, indipendentemente dal fatto che subisca o meno la concorrenza del mercato, esercita un'attività di natura commerciale, il che la esclude puramente e semplicemente dalla nozione di amministrazione aggiudicatrice impiegata nella direttiva 93/37.

48 Secondo detto governo, l'assoggettamento al diritto privato delle società commerciali statali quali la SIEPSA non sarebbe tanto la causa quanto l'effetto della loro natura. A questo proposito esso precisa che il carattere commerciale di detta società non gli è conferito dal suo assoggettamento al diritto privato, ma che è appunto il carattere commerciale della sua attività che gli conferisce le sue caratteristiche e produce l'effetto di sottoporla al diritto privato.

49 Il governo spagnolo ritiene che la sua tesi sia l'unica che rispetti la definizione autonoma del criterio del carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale, quale emerge dai punti 32 e 36 della precitata sentenza BFI Holding. Rileva che, dato che lo Stato persegue l'interesse generale e detiene una partecipazione maggioritaria nelle società commerciali statali, è logico pensare che queste serviranno sempre, in una misura più o meno grande, l'interesse generale. Orbene, se fosse sufficiente che l'organismo svolga un compito di interesse generale, come quello di contribuire all'applicazione delle pene, affinché esso sia qualificato come amministrazione aggiudicatrice, in tal caso non avrebbe alcun senso il criterio secondo il quale tale compito deve avere un carattere non industriale o commerciale.

- 50 Il governo in parola conclude quindi che si dovrebbe applicare alla SIEPSA lo stesso trattamento riservato alle imprese erogatrici di gas, elettricità o acqua, settori che corrispondono a bisogni sociali essenziali e che attualmente sono in mano ad imprese del tutto private. Sottolinea al riguardo che tali imprese perseguono del pari altri obiettivi di interesse generale di natura più ampia poiché esse garantiscono, in particolare, il buon funzionamento di settori essenziali alla vita produttiva nazionale.
- 51 Per contro, la Commissione ritiene che la SIEPSA soddisfi tutti i requisiti stabiliti all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 e, pertanto, che essa costituisca un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della detta direttiva.
- 52 Essa rileva, in limine, che la sfera di applicazione *ratione personae* della direttiva 93/37 è determinata dalla stessa direttiva e non da disposizioni nazionali e che la qualificazione della SIEPSA in diritto spagnolo è pertanto irrilevante. La Commissione ricorda che, quando recepiscono le direttive comunitarie in diritto nazionale, gli Stati membri sono tenuti a rispettare il senso dei termini e delle nozioni che vi figurano, al fine di garantire l'uniformità d'interpretazione e di applicazione delle norme comunitarie nei vari Stati membri. Di conseguenza, le autorità spagnole sarebbero tenute a dare all'espressione «organismo di diritto pubblico», impiegata nella direttiva 93/37, il senso che essa ha in diritto comunitario. Così, secondo la Commissione, se la legge n. 13/1995 esclude la SIEPSA dalla sfera di applicazione delle norme di diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ciò è dovuto al fatto che la direttiva 93/37 non è stata correttamente recepita nel diritto spagnolo.
- 53 Inoltre la Commissione fa valere che l'interpretazione funzionale della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» e, pertanto, di «organismo di diritto pubblico» adottata nella giurisprudenza costante della Corte implica che quest'ultima nozione comprenda le società commerciali sottoposte a controllo pubblico, a condizione che esse soddisfino le condizioni previste dall'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37.

- 54 Per quanto riguarda l'asserita distinzione effettuata dalla direttiva 93/38 tra le nozioni di organismo di diritto pubblico e d'impresa pubblica, la Commissione osserva che questa direttiva non chiarisce la nozione di organismo di diritto pubblico, definita allo stesso modo nelle quattro direttive di cui trattasi, ma estende la sfera di applicazione *ratione personae* delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici a taluni settori (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) esclusi dalle direttive 93/36, 93/37 e 92/50, al fine di comprendere taluni enti che svolgono un'attività importante in detti settori, vale a dire le imprese pubbliche e quelle che usufruiscono di diritti esclusivi o speciali conferiti dalle autorità. Occorrerebbe inoltre ricordare che la nozione d'impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto gli organismi di diritto pubblico sono istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche agiscono per soddisfare bisogni di natura industriale o commerciale.
- 55 La Commissione si oppone del pari all'interpretazione del governo spagnolo che subordinerebbe la nozione di «organismo di diritto pubblico» agli elenchi contenuti nell'allegato I della direttiva 93/37 per ciascuno Stato membro, con il risultato che una nozione comunitaria finisce per avere significati diversi, a seconda del modo in cui sono stati redatti i vari elenchi dell'allegato I.
- 56 Secondo la Commissione, l'interpretazione caldeggiata dal governo spagnolo è incompatibile con l'obiettivo principale della direttiva 93/37, enunciato nel suo secondo 'considerando', e del pari è in contrasto con l'art. 1, lett. b), terzo comma, di detta direttiva, secondo il quale tali elenchi «devono essere quanto più completi possibile». La Commissione sottolinea che tale espressione può interpretarsi soltanto nel senso che essa significa che gli elenchi non sono esaustivi e che tale interpretazione è stata confermata dalla Corte al punto 50 della precitata sentenza BFI Holding. Ne consegue, a suo avviso, che il fatto che le società statali non figurino, direttamente o indirettamente, nell'elenco degli «organismi di diritto pubblico» di cui all'allegato I, parte V, della direttiva 93/37 non significa che esse siano escluse da tale nozione, definita all'art. 1, lett. b), secondo comma, della stessa direttiva.

- 57 Per quanto concerne in particolare le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, la Commissione sottolinea che tale disposizione non fa alcuna menzione del regime, pubblico o privato, in base al quale gli organismi di diritto pubblico sono stati istituiti, né della forma giuridica adottata, ma s'interessa piuttosto ad altri criteri, fra i quali lo scopo per il quale gli organismi in questione sono stati istituiti.
- 58 Orbene, la Commissione sostiene che la SIEPSA è stata specificamente istituita per soddisfare un bisogno di interesse generale con natura non industriale o commerciale, vale a dire per contribuire all'attuazione della politica penitenziaria dello Stato mediante la gestione di programmi e di attività previsti nel piano di chiusura e di creazione di centri penitenziari approvato dal Consiglio dei Ministri.
- 59 Richiamandosi al punto 24 della sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73), la Commissione osserva che tale interesse generale, strettamente collegato all'ordine pubblico, al funzionamento dello Stato, ivi compreso all'essenza stessa dello Stato, in quanto questo detiene il monopolio del potere repressivo costituito dall'applicazione delle pene detentive, non presenta un carattere né commerciale né industriale.
- 60 Inoltre, la Commissione confuta l'argomento del governo spagnolo secondo il quale le società che, come la SIEPSA, operano sul mercato soggette ai principi della libera concorrenza alla stessa stregua delle imprese private e per lo stesso scopo lucrativo perseguono una finalità meramente commerciale e per tale motivo sono escluse dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie relative agli appalti pubblici. In particolare, essa si riferisce, in via esemplificativa, all'assegnazione di appalti di lavori per la costruzione di prigioni pubbliche o all'alienazione del patrimonio penitenziario dello Stato, che costituiscono due degli obiettivi sociali della SIEPSA e che non possono essere considerate come attività soggette alla concorrenza del mercato.

- 61 La Commissione rileva del resto come dal punto 47 della precitata sentenza BFI Holding emerge che, anche ammesso che la SIEPSA svolga un'attività soggetta alla libera concorrenza, tale elemento non esclude che essa possa essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice.
- 62 Inoltre la Commissione rileva che è infondata l'argomentazione del governo spagnolo secondo la quale tutte le attività della SIEPSA sono commerciali.
- 63 In primo luogo, essa afferma che, contrariamente alle affermazioni del governo spagnolo, l'attività svolta dalla SIEPSA non è analoga a quella del settore privato. Rileva che tale società non offre prigioni sul mercato (inesistente) dei centri penitenziari, ma agisce in quanto delegata dell'amministrazione statale per assisterlo in un compito tipicamente statale: la costruzione, la gestione e la liquidazione del patrimonio penitenziario. La Commissione rileva al riguardo che, come emerge dal suo statuto, la SIEPSA, nello svolgimento dei suoi compiti, osserva le istruzioni provenienti dalla direzione generale dell'amministrazione penitenziaria, e che l'alienazione di beni immobili e l'impiego delle somme che ne risultano avvengono conformemente alle istruzioni provenienti dalla direzione generale del patrimonio statale.
- 64 In secondo luogo, la Commissione osserva che il governo spagnolo scinde il bisogno di costruire centri penitenziari (da cui deduce la sua natura d'interesse generale di natura commerciale) dall'obiettivo finale consistente nel contribuire alla politica penitenziaria (da esso qualificata appartenente all'interesse generale). Rileva che tale separazione, oltre ad essere artificiale in quanto i due bisogni sono strettamente collegati fra loro, è incompatibile con il criterio adottato dalla Corte in altre cause, nelle quali essa ha dichiarato che la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti domestici (precitata sentenza BFI Holding) o la stampa di documenti amministrativi ufficiali (precitata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a.) costituiscono bisogni di interesse generale aventi natura diversa da quella industriale o commerciale, senza dissociare tali attività dai loro obiettivi finali: salute pubblica e tutela dell'ambiente, da un lato, e ordine pubblico e funzionamento istituzionale dello Stato, dall'altro.

- 65 In terzo luogo, la Commissione fa valere che, quand'anche la SIEPSA agisse eventualmente per uno scopo lucrativo, tale finalità non escluderebbe che tale società possa soddisfare bisogni di interesse generale non aventi natura industriale e commerciale. A suo avviso, se è possibile che la ricerca degli utili costituisca un elemento distintivo dell'attività della società, dal testo della direttiva 93/37 non risulta affatto che tale scopo impedisca di considerare come privi di carattere industriale o commerciale i bisogni di interesse generale per la cui soddisfazione è stata istituita la SIEPSA.
- 66 A ciò si aggiungerebbe che è criticabile che la ricerca dell'utile sia l'obiettivo per una società statale come la SIEPSA, finanziata esclusivamente mediante fondi pubblici, che è stata istituita per elaborare ed eseguire un piano relativo alla chiusura e alla creazione di centri penitenziari. Infatti, per la Commissione è evidente che, in tale settore, il conseguimento degli utili non è un elemento che uno Stato membro considera come prioritario. A sostegno della sua affermazione, essa rileva come dai «Rapporti economici e finanziari del settore pubblico statale» redatti per gli esercizi 1997 e 1998 dalla Intervención General del Estado emerge che la SIEPSA ha registrato nel corso di detti esercizi perdite notevoli.
- 67 In ogni caso, la Commissione osserva che, anche ammesso che la SIEPSA svolga attività di natura commerciale, tali attività sono soltanto uno strumento che consente di soddisfare un bisogno d'interesse generale avente natura diversa da quella industriale o commerciale, vale a dire l'attuazione della politica penitenziaria dello Stato, per la cui soddisfazione la società è stata specificamente istituita.

### *Giudizio della Corte*

- 68 Come si è osservato al punto 36 della presente sentenza, il governo spagnolo non nega che la gara d'appalto relativa all'aggiudicazione dell'appalto di lavori per il

Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia indetta dalla SIEPSA non fosse conforme a quanto prescritto dalla direttiva 93/37, ma fa valere che tale direttiva non si applica ai procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici cui partecipa detta società, poiché questa non può essere considerata come un organismo di diritto pubblico e, pertanto, come un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi di detta direttiva.

- 69 In limine, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, per essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 un ente deve possedere i tre requisiti cumulativi ivi enunciati, ossia dev'essere un organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., precitata, punti 20 e 21, e 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-4667, punto 52).
- 70 Nella fattispecie le parti, anche se concordano sul fatto che la SIEPSA soddisfa i requisiti di cui al secondo e terzo trattino dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, non sono d'accordo sul punto se i bisogni d'interesse generale per la cui soddisfazione la SIEPSA è stata specificamente istituita siano privi di carattere commerciale.
- 71 Al riguardo va anzitutto ricordato che nella precitata sentenza Commissione/Spagna la Corte ha già respinto gli argomenti che il governo spagnolo basa sul fatto che, conformemente alla normativa spagnola applicabile nella specie, vale a dire l'art. 1, n. 3, della legge n. 13/1995, in combinato disposto con la sesta disposizione aggiuntiva della stessa legge, le società commerciali sotto controllo pubblico, quali la SIEPSA, sono escluse dalla sfera di applicazione *ratione personae* tanto della normativa spagnola quanto della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

- 72 In particolare, al fine di determinare se tale esclusione garantisca una trasposizione corretta della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), la Corte, considerando che la sfera di applicazione *ratione personae* di detta direttiva coincide, in particolare, con quella della direttiva 93/37, si è riferita alla portata della nozione di «organismo di diritto pubblico» impiegata, in particolare, all'art. 1, lett. b), secondo comma, di quest'ultima direttiva (in questo senso, precitata sentenza Commissione/Spagna, punti 48, 50 e 51).
- 73 In tale contesto, la Corte ha rilevato che, secondo una giurisprudenza costante, alla luce del duplice obiettivo di promozione della concorrenza e di trasparenza perseguito da detta direttiva, a tale nozione dev'essere data un'interpretazione tanto funzionale quanto ampia (in questo senso, precitata sentenza Commissione/Spagna, punto 53).
- 74 In tale prospettiva, ai punti 54 e 55 della precitata sentenza Commissione/Spagna la Corte ha statuito che, secondo una giurisprudenza costante, al fine di risolvere la questione della qualificazione eventuale di un ente come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, si deve verificare unicamente se l'ente interessato soddisfa i tre requisiti cumulativi enunciati dalla detta disposizione, e che il carattere di diritto privato di tale ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi della stessa direttiva.
- 75 La Corte ha inoltre precisato che tale interpretazione, che è l'unica che possa preservare pienamente l'effetto utile della direttiva 93/37, non porta ad ignorare il carattere industriale o commerciale dei bisogni d'interesse generale di cui tale ente assicura la soddisfazione, poiché tale elemento è necessariamente preso in considerazione per determinare se l'organismo interessato posseda o meno il requisito di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 (in questo senso, precitata sentenza Commissione/Spagna, punti 56 e 58).

- 76 Tale conclusione non può neanche essere invalidata dalla mancanza di riferimento espresso, nella direttiva 93/37, alla categoria specifica delle «imprese pubbliche», pur impiegata nella direttiva 93/38. Come giustamente ha rilevato la Commissione, quest'ultima direttiva è stata adottata allo scopo di estendere l'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, che non erano disciplinati da altre direttive. In tale prospettiva, il legislatore comunitario ha adottato, utilizzando le nozioni di «poteri pubblici», da un lato, e di «imprese pubbliche», dall'altro, un approccio funzionale, analogo a quello impiegato nelle direttive 92/50, 93/36 e 93/37. In tal modo, ha potuto assicurarsi dell'inclusione nella sfera di applicazione *ratione personae* della direttiva 93/38 di tutti gli enti aggiudicatori che operano nei settori da questa disciplinati, qualora essi rispondano a taluni criteri, mentre la forma e il regime giuridico degli stessi enti sono irrilevanti al riguardo.
- 77 Per quanto concerne peraltro la pertinenza dell'argomento del governo spagnolo, secondo il quale la SIEPSA non rientra nelle categorie di organismi spagnoli di diritto pubblico elencate nell'elenco di cui all'allegato I della direttiva 93/37, va ricordato che, al punto 39 della sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931), la Corte ha affermato che tale elenco non riveste affatto un carattere esaustivo, in quanto il suo grado di precisione varia notevolmente da uno Stato membro all'altro. La Corte ne ha dedotto che, se un determinato organismo non rientra nel detto elenco, si deve verificare, in ciascun caso di specie, la situazione giuridica e fattuale di tale organismo al fine di esaminare se esso soddisfi o meno un bisogno d'interesse generale (precitata sentenza Adolf Truley, punto 44).
- 78 Inoltre, per quanto attiene in particolare alla nozione dei «bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, va ricordato che la Corte ha già avuto l'occasione di precisare la portata di tale nozione nel contesto di varie direttive comunitarie relative al coordinamento dei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici.

- 79 Così, la Corte ha affermato che tale nozione rientra nell'ambito del diritto comunitario e pertanto deve ricevere, in tutta la Comunità, un'interpretazione autonoma e uniforme, che dev'essere ottenuta tenendo conto del contesto della disposizione nella quale essa figura e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di cui trattasi (in questo senso, precitata sentenza Adolf Truley, punti 36, 40 e 45).
- 80 Inoltre, da una giurisprudenza costante risulta che costituiscono bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante (v., in particolare, sentenze Adolf Truley, precitata, punto 50, e 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321, punto 47)).
- 81 Risulta del pari dalla giurisprudenza che l'esistenza o la mancanza di un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione (in questo senso, precitate sentenze Adolf Truley, punto 66, e Korhonen e a., punti 48 e 59).
- 82 Infatti, come la Corte ha affermato al punto 51 della precitata sentenza Korhonen e a., se l'organismo opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale.

- 83 Pertanto, alla luce di tali criteri così affermati dalla giurisprudenza, occorre esaminare la questione se i bisogni d'interesse generale che la SIEPSA mira a soddisfare abbiano o meno un carattere non industriale o commerciale.
- 84 È assodato che la SIEPSA è stata specificamente creata per garantire, a titolo esclusivo, l'esecuzione dei programmi e delle attività previsti nel piano di chiusura e di creazione di centri penitenziari, ai fini dell'attuazione della politica penitenziaria dello Stato spagnolo. A tale scopo essa svolge, come risulta dal suo statuto, tutte le attività che risultino necessarie ai fini della costruzione, della gestione e della liquidazione del patrimonio penitenziario di detto Stato.
- 85 Quindi, poiché i bisogni d'interesse generale che la SIEPSA è incaricata di soddisfare costituiscono una condizione necessaria per l'esercizio del potere repressivo dello Stato, essi sono intrinsecamente legati all'ordine pubblico.
- 86 Tale nesso intrinseco si manifesta in particolare tramite l'influenza decisiva svolta dallo Stato sullo svolgimento dei compiti affidati alla SIEPSA. È infatti assodato che questa esegue un piano di chiusura e di creazione di centri penitenziari approvato dal Consiglio dei Ministri e che la stessa svolge la sua attività conformemente alle istruzioni provenienti dalla pubblica amministrazione.
- 87 Inoltre, essendo l'applicazione delle pene una prerogativa dello Stato, non vi è un mercato per i beni e i servizi offerti dalla SIEPSA in materia di pianificazione e di creazione di centri penitenziari. Come giustamente ha fatto valere la Commissione, le attività quali la chiusura e la creazione di centri penitenziari, che figurano tra gli obiettivi principali della SIEPSA, non sono soggette alla concorrenza del mercato. La società in parola non può quindi essere considerata come un organismo che offre beni o servizi sul mercato libero, in concorrenza con altri operatori economici.

- 88 Quanto all'argomento che il governo spagnolo basa sul fatto che la SIEPSA svolge le sue attività per uno scopo lucrativo, è sufficiente rilevare che, anche ammesso che le attività della SIEPSA procurino utili, appare escluso considerare che il perseguimento di tali utili costituisce di per sé il primo scopo di questa società.
- 89 Infatti, dallo statuto di detta società emerge chiaramente che le attività quali l'acquisto di immobili per la creazione di nuovi centri, la promozione e l'esecuzione di lavori di pianificazione e di costruzione o anche l'alienazione di impianti adibiti ad altro uso sono soltanto mezzi che essa utilizza per raggiungere il suo obiettivo principale, consistente nel contribuire alla realizzazione della politica penitenziaria dello Stato.
- 90 Tale conclusione è corroborata dal fatto che, come ha rilevato la Commissione, senza essere contraddetta dal governo spagnolo, la SIEPSA ha registrato nel corso degli esercizi 1997 e 1998 notevoli perdite finanziarie.
- 91 Al riguardo occorre aggiungere che, indipendentemente dalla questione se vi sia un meccanismo ufficiale di compensazione delle eventuali perdite della SIEPSA, appare poco probabile che questa debba sopportare essa stessa i rischi economici collegati alla sua attività. Infatti, tenuto conto del fatto che lo svolgimento dei suoi compiti costituisce un elemento fondamentale della politica penitenziaria dello Stato spagnolo, appare verosimile che nella sua qualità di azionista unico detto Stato prenderebbe tutti i provvedimenti necessari al fine di evitare un eventuale fallimento della SIEPSA.
- 92 In tali circostanze, v'è la possibilità che, in un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, la SIEPSA si faccia influenzare da considerazioni non meramente economiche. Orbene, appunto per ovviare a tale eventualità si impone l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (in questo senso, in particolare, precitate sentenze Adolf Truley, punto 42, e Korhonen e a., punti 51 e 52).

- 93 Alla luce di tutti gli elementi giuridici e fattuali che presiedono all'attività della SIEPSA, quali rilevati ai punti 84-92 della presente sentenza, si deve concludere che i bisogni d'interesse generale per la cui soddisfazione tale società è stata specificamente creata hanno un carattere non industriale o commerciale.
- 94 Ne consegue che un ente quale la SIEPSA dev'essere qualificato come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 e, pertanto, come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del primo comma di detta disposizione.
- 95 La direttiva 93/37 è quindi applicabile ai procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori avviati da tale società.
- 96 Alla luce di tutte le precedenti considerazioni, va dichiarato che, non avendo rispettato tutte le disposizioni della direttiva 93/37 nell'ambito della gara d'appalto concernente la realizzazione dei lavori del Centro Educativo Penitenziario Experimental de Segovia, indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, società che risponde alla definizione di amministrazione aggiudicatrice contenuta all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi imposti da detta direttiva.

### Sulle spese

- 97 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, il Regno di Spagna, rimasto soccombente, dev'essere condannato alle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

dichiara e statuisce:

- 1) Non avendo rispettato tutte le disposizioni della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, nell'ambito della gara d'appalto concernente la realizzazione dei lavori del Centro Educativo Penitenciaro Exsperimental de Segovia, indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, società che risponde alla definizione di amministrazione aggiudicatrice contenuta all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi imposti da detta direttiva.
  
- 2) Il Regno di Spagna è condannato alle spese.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Colneric

Cunha Rodrigues

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 16 ottobre 2003.

Il cancelliere

Il presidente

R. Grass

V. Skouris