CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIEGBERT ALBER

presentate il 7 novembre 2002 [1]

I — Introduzione

1. Il ricorso per inadempimento in esame riguarda la delimitazione dell'ambito di applicazione ratione personae della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [2] (in prosieguo: la «direttiva 93/37»). Secondo il governo spagnolo, le imprese commerciali, il cui capitale è detenuto dai pubblici poteri, ma che sono organizzate secondo il diritto privato, non rientrano nella nozione di «organismo di diritto pubblico» ai sensi della direttiva.

II — Ambito normativo

2. Ai sensi 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

1 — Lingua originale: il tedesco.
2 — GU L 199, pag. 54.

dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

3. Tale disposizione è stata trasposta nell'ordinamento spagnolo per mezzo della Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas[3] (in prosieguo: la «legge 13/1995»). L'art. 1, n. 3, di tale legge recita:

«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) essi sono stati istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;

b) si tratta di 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 a 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 (...)».

4. L'allegato VI della legge 13/1995, intitolato «principi relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici», così dispone:

«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».

III — Fatti e fase precontenziosa del procedimento

5. La Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (in prosieguo: la «SIEPSA») è stata istituita dal Regno di Spagna ed è diventata operativa il 7 aprile 1992. In origine, essa è stata

3 — BOE n. 119, 19 maggio 1995, pag. 14601. La legge è stata pubblicata il 16 giugno 2000 nella sua versione codificata [Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n. 148, 21 giugno 2000, pag. 1775)]. Il contenuto delle disposizioni summenzionate non è stato modificato.

istituita per una durata massima di 8 anni a decorrere dall'inizio della propria attività (art. 4 del suo statuto). Tuttavia, negli anni 1998 e 1999, l'art. 4 dello statuto è stato modificato nel senso che la società sussiste ormai a tempo indeterminato.

6. Secondo l'art. 2 del suo statuto, la SIEPSA ha il compito di gestire programmi ed attività previsti nel «Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios», approvato dal Consiglio dei Ministri. Tali programmi ed attività consistono, da un lato, nello scegliere ed acquistare, direttamente o per il tramite di terzi, i terreni adatti alla costruzione di centri penitenziari, ivi incluse le relative gare di appalto e l'esecuzione dei lavori di pianificazione e di costruzione così come il loro finanziamento, necessari all'avvio di tali centri e, dall'altro lato, nelle operazioni di vendita dei centri non più necessari. Lo Stato spagnolo è azionista unico della SIEPSA. Quest'ultima è diretta da un consiglio di amministrazione, i cui membri sono designati dal governo spagnolo. Ad eccezione delle regole di diritto pubblico relative al bilancio, alla contabilità ed al controllo finanziario, la SIEPSA è soggetta soltanto al diritto privato spagnolo.

7. In occasione della costruzione del Centro Educativo Penitenciario Experimental di Segovia, la SIEPSA ha indetto una gara di appalto, la quale, sebbene conforme ai requisiti stabiliti dalla Ley spagnola 13/1995 relativamente all'avviso di gara (art. 11)[4], al termine di ricezione delle offerte (art. 12), ai criteri di selezione qualitativa (artt. 24, 27 e 29, n. 3), ai criteri di aggiudicazione dell'appalto (artt. 18 e 30) ed al trattamento di offerte anormalmente basse (art. 30, n. 4), è, per contro, incontestabilmente in contrasto con i requisiti della direttiva 93/37.

8. Al termine della fase precontenziosa, svoltasi previa presentazione della lettera di diffida e del parere motivato, trasmessi rispettivamente il 6 novembre 1998 ed il 25 agosto 1999, e conclusasi con esito negativo, la Commissione ha presentato il ricorso in esame.

IV — Conclusioni delle parti

9. La Commissione chiede che la Corte voglia:

1) dichiarare che, in occasione della gara di appalto relativa all'esecuzione dei lavori del «Centro Educativo Penitenciario Experimental» di 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

4 — Gli articoli, non seguiti da ulteriore specificazione, appartengono alla direttiva 93/37.

direttiva 93/37, e il cui importo supera ampiamente la soglia di applicazione della direttiva, il Regno di Spagna, non essendosi conformato al combinato disposto delle disposizioni della direttiva 93/37, e più precisamente 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 dal diritto comunitario;

2) condannare il Regno di Spagna alle spese.

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

1) respingere il ricorso;

2) condannare la Commissione alle spese.

V — Argomenti delle parti

11. Dopo non avere obiettato in modo dettagliato alle contestazioni di inadempimento alle disposizioni della direttiva 93/37, il Regno di Spagna, con lettera 16 luglio 2002, ha ammesso espressamente che la gara di appalto in questione non soddisfa i requisiti della direttiva 93/37, eccepiti dalla Commissione. Di conseguenza, la controversia riguarda solamente la questione se la SIEPSA debba essere considerata o meno un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva. Pertanto, gli argomenti delle parti verranno qui di seguito riprodotti soltanto nella misura in cui tale questione è discussa.

12. Anche con riguardo ad entrambi i primi criteri di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, le parti sono unanimi nel ritenere che la SIEPSA dispone di una propria personalità giuridica e che è soggetta al controllo dell'autorità pubblica. Controversa è unicamente la questione in che misura la SIEPSA soddisfi bisogni aventi carattere non industriale o commerciale.

A — *La Commissione*

13. Secondo la Commissione, la SIEPSA soddisfa bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Nella propria analisi, la Commissione si basa soprattutto sullo scopo, per cui la SIEPSA è stata istituita, ed in misura minore sulle attività da questa effettivamente esercitate.

14. La Commissione fonda la propria tesi, anzitutto, sull'art. 2 dello statuto della

SIEPSA. Ai sensi di quest'ultimo, la SIEPSA sarebbe stata istituita per realizzare i progetti approvati dal Consiglio dei Ministri nel «Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios». Essa si occuperebbe della costruzione e dell'allestimento di centri penitenziari, così come delle operazioni di vendita degli istituti non più necessari. Essa contribuirebbe, quindi, all'attuazione della politica penitenziaria dello Stato. Riferendosi alla sentenza Mannesmann [5], la Commissione sostiene che il soddisfacimento di tale bisogno di interesse generale è strettamente connesso con il mantenimento dell'ordine pubblico e che allo Stato spetta il monopolio dell'azione penale e della privazione della libertà.

15. Inoltre, la SIEPSA dipenderebbe, sotto un profilo funzionale, dall'amministrazione ministeriale. Nell'esercizio delle proprie attività, la SIEPSA seguirebbe le raccomandazioni della direzione generale dell'amministrazione dei centri penitenziari. Anche ciò dimostrerebbe che la SIEPSA appartiene al settore pubblico.

16. Inoltre, secondo la Commissione, nemmeno le attività esercitate dalla SIEPSA hanno natura industriale o commerciale. La costruzione di centri penitenziari e le operazioni di vendita dei centri non più necessari non sarebbero attività per le quali sussiste un mercato generale. L'unica domanda di costruzione di centri penitenziari proviene dallo Stato nell'ambito di attuazione della sua politica penitenziaria.

17. Tuttavia, anche nel caso in cui si volessero qualificare le attività della SIEPSA quali attività di natura industriale o commerciale, ciò non osterebbe, comunque, all'applicazione della direttiva 93/37, dato che un'attività economica, eventualmente esercitata, costituirebbe soltanto lo strumento per soddisfare un interesse generale — avente carattere non industriale o commerciale —, vale a dire l'attuazione della politica penitenziaria.

18. La Commissione rinvia, inoltre, alla sentenza BFI Holding [6]. Secondo quest'ultima, la circostanza che imprese private esercitano eventualmente la stessa attività dell'impresa, della cui qualificazione si discute, non esclude la possibilità di considerare tale organismo quale amministrazione aggiudicatrice. Sempre secondo tale sentenza, nemmeno la mancanza di concorrenza costituisce una condizione per ammettere che si è in presenza di un organismo pubblico.

19. La stessa circostanza, che la SIEPSA agisca eventualmente a fini di lucro, non osta alla sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice. Da un lato, il tenore letterale della direttiva 93/37 non giustificherebbe la presunzione secondo cui gli organismi che realizzano utili non soddisfano più bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Pertanto, la circostanza che degli utili siano stati realizzati non sarebbe un elemento determinante ai fini dell'esistenza di un organismo industriale o commerciale. Dall'altro lato, non sarebbe chiaro se un'impresa economica dello Stato, come

5 — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria (Racc. pag. I-73, punto 24).

6 — Sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 47).

la SIEPSA, abbia effettivamente fini di lucro, dato che la SIEPSA sarebbe finanziata esclusivamente dal bilancio generale dello Stato. Essa sarebbe stata creata per la realizzazione di un progetto nell'ambito della politica penitenziaria; un settore, quest'ultimo, nel quale gli Stati membri di solito non considerano il conseguimento di utili come uno scopo prioritario. La Commissione ricorda che negli anni 1997 e 1998 la SIEPSA avrebbe subito delle perdite considerevoli.

20. La Commissione ritiene che il rinvio del governo spagnolo al proprio diritto nazionale, ai fini della qualificazione della SIEPSA, sia privo di pertinenza. Da un lato, la nozione di «organismo di diritto pubblico» dovrebbe essere oggetto d'interpretazione comunitaria e il diritto nazionale sarebbe, quindi, irrilevante. Nel caso in cui la Ley 13/1995 escludesse la SIEPSA dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie sugli appalti pubblici, vi sarebbe, invero, una trasposizione errata della direttiva 93/37.

21. D'altra parte, sarebbe irrilevante il fatto che, secondo il diritto spagnolo, la SIEPSA è una società di diritto privato ed è soggetta alle norme di diritto privato. La qualificazione di un organismo quale organismo di diritto pubblico non dipenderebbe dalla natura di diritto pubblico oppure privato delle norme che regolano la sua istituzione e le sue attività, bensì dallo scopo per il quale esso è stato istituito.

22. Peraltro, la tesi sostenuta dal governo spagnolo sarebbe contraddetta dal tenore letterale della direttiva 93/37. L'art. 1 di quest'ultima si riferisce ad «ogni» organismo che soddisfa i criteri, ivi stabiliti. Di conseguenza, sarebbe irrilevante il fatto che una normativa nazionale escluda determinati organismi dall'ambito di applicazione ratione personae della direttiva.

23. Nemmeno il rinvio alla distinzione, contenuta nella direttiva 93/38/CEE [7], tra organismi di diritto pubblico, da un lato, ed imprese pubbliche, dall'altro lato, consentirebbe di presumere che le imprese pubbliche siano escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 93/37. Facendo riferimento all'art. 2 della direttiva 93/38, la Commissione sostiene che il riferimento espresso alle imprese pubbliche avrebbe lo scopo di includere nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38 le imprese dotate di diritti esclusivi che esercitano un'attività significativa nei settori economici, da essa regolati. Ciò non modificherebbe il significato della nozione di «organismo di diritto pubblico», il quale sarebbe lo stesso in tutte e quattro le direttive in materia di appalti pubblici. Secondo la Commissione, le «imprese pubbliche» si distinguono dagli «organismi di diritto pubblico» nella misura in cui sarebbero state istituite per scopi industriali o commerciali.

7 — Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione 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).

B — *Il governo spagnolo*

24. Contrariamente alla Commissione, il governo spagnolo ritiene che la direttiva 93/37 non sia applicabile alla SIEPSA. Secondo sia il suo oggetto sociale, che le attività da essa esercitate, la SIEPSA sarebbe una società di natura puramente industriale o commerciale. Essa sarebbe stata istituita per svolgere tutte quelle attività necessarie per la gestione regolare di programmi ed azioni previsti nel piano di recupero e di creazione di centri penitenziari. Anche le attività da questa esercitate avrebbero natura puramente commerciale o industriale. L'acquisto e la vendita di immobili, così come la pianificazione e l'avvio dell'esecuzione dei lavori di costruzione sarebbero attività di natura puramente commerciale o industriale. I beni così acquistati sarebbero utilizzati soltanto per l'attuazione del piano. In tal senso, essa agirebbe con lo scopo di conseguire utili, il che sarebbe tipico di un modus operandi industriale o commerciale.

25. Secondo il tenore letterale della direttiva 93/37, la nozione di «organismo di diritto pubblico» si riferirebbe ad un'entità di diritto *pubblico*. Tuttavia, nell'esercizio delle proprie attività, gli organismi pubblici spagnoli si avvarrebbero, tradizionalmente, di determinati organismi di diritto *privato*. Questi sarebbero le cosiddette imprese economiche statali («Sociedades Mercantiles Estatales»). Il loro capitale sarebbe detenuto, almeno per la maggior parte, dallo Stato oppure da altri organismi pubblici. Tuttavia, indipendentemente dalla loro forma giuridica, esse sarebbero soggette, nell'esercizio della propria attività, esclusivamente al diritto privato, salvo che le disposizioni relative al bilancio, le norme sulla contabilità, sul controllo finanziario e sugli appalti pubblici non dispongano diversamente. Esse non eserciterebbero alcuna attività rientrante nell'esercizio dei pubblici poteri. Anche la SIEPSA apparterrebbe a tali imprese.

26. La legislazione spagnola, adottata ai fini della trasposizione della direttiva 93/37, escluderebbe le imprese economiche statali dall'ambito di applicazione ratione personae delle norme sugli appalti pubblici. Nel caso in cui tali imprese aggiudicassero appalti, esse sarebbero unicamente tenute ad osservare una certa forma di pubblicità dei loro bandi di gara e le regole di concorrenza. Entrambe sarebbero state osservate dalla SIEPSA nell'indire la gara di appalto in questione.

27. Il governo spagnolo si basa, inoltre, sul fatto che, diversamente dalle altre direttive sugli appalti pubblici, solamente la direttiva 93/38 opererebbe una distinzione tra organismi di diritto pubblico ed imprese pubbliche e dichiarerebbe le regole sugli appalti applicabili anche alle imprese pubbliche. Questo non varrebbe, invece, per la direttiva 93/37, adottata nel medesimo giorno, e rilevante ai fini della soluzione del caso in esame. Per tale motivo, le imprese pubbliche, come la SIEPSA, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Nel caso in cui le imprese pubbliche rientrassero nella nozione di organismo di diritto pubblico, non sarebbe chiaro perché la direttiva 93/38 opera una distinzione tra queste due categorie.

28. Inoltre, secondo il governo spagnolo, la Commissione non terrebbe sufficientemente conto del significato autonomo rivestito dal criterio del «carattere non industriale o commerciale». Se di per sé fosse sufficiente che l'organismo soddisfi un bisogno di interesse generale, come per esempio contribuire all'applicazione della politica penitenziaria, il criterio fissato dalla direttiva, secondo il quale tale bisogno non deve avere carattere industriale o commerciale, sarebbe privo di significato. Tuttavia, nella sentenza BFI Holding [8] la Corte ha stabilito che tale criterio riveste un significato autonomo.

VI — Analisi giuridica

29. Il governo spagnolo non contesta che la gara di appalto indetta dalla SIEPSA non soddisfa i requisiti della direttiva 93/37. Tuttavia, esso ritiene che la direttiva non sia applicabile alla SIEPSA. Di conseguenza, nel prosieguo si discute soltanto dell'applicabilità della direttiva 93/37 alla SIEPSA.

30. La soluzione di tale questione dipende dal fatto se la società debba essere considerata come un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva. Le parti concordano nel ritenere che la SIEPSA detiene una propria personalità giuridica, che è controllata dallo Stato e che è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale. Per contro, le parti non concordano sul fatto che tali bisogni abbiano o meno carattere industriale o commerciale.

31. La Spagna si basa più che altro sulle attività, effettivamente esercitate, di acquisto e vendita di immobili. Pertanto, essa ritiene che la SIEPSA eserciti attività di carattere industriale o commerciale. Per contro, la Commissione si basa più che altro sullo scopo per il quale la SIEPSA agisce, vale a dire la costruzione di centri penitenziari. Da ciò la Commissione deduce il carattere non industriale o commerciale dell'attività svolta.

32. Nessuna delle direttive sugli appalti [9] definisce la nozione di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. A quanto consta, la Corte ha finora preso posizione su tale criterio unicamente nelle cause BFI Holding [10] e Agorà [11].

8 — Sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6), punti 32-36.

9 — Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1); direttiva 93/37 (citata supra, nota 1); direttiva 93/38 (citata supra, nota 7); direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

10 — Sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6).

11 — Sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605).

33. Nella sentenza BFI Holding la Corte ha affermato che il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni di interesse generale ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 [12]. La Corte ha motivato questo punto richiamandosi soprattutto all'efficacia pratica della disposizione [13].

34. Nella sentenza Agorà, facendo riferimento all'elenco degli organismi di diritto pubblico, contenuta nell'allegato I della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [14], nella versione di cui alla direttiva 93/37, la Corte ha affermato che «si tratta, in generale, di bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e che, dall'altro lato, lo Stato, per motivi connessi all'interesse generale, preferisce soddisfare direttamente ovvero nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza determinante» [15].

35. Inoltre, in entrambe le sentenze, la Corte ha affermato che la nozione di bisogni di interesse generale non esclude bisogni che siano parimenti soddisfatti o possano esserlo da imprese private e che, invece, l'esistenza di una concorrenza articolata ed, in particolare, la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratta di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale [16].

36. Nelle mie conclusioni, presentate nel corso dei procedimenti relativi alle cause Agorà [17], Universale-Bau [18], Truley [19] e Korhonen [20] ho, altresì, suggerito di determinare il carattere dei bisogni soddisfatti in base alla questione se l'organismo interessato deve sopportare direttamente le perdite eventualmente subite, e, quindi, se esso, nell'aggiudicazione di appalti, sopporta le conseguenze economiche delle proprie decisioni. Se così fosse, si dovrebbe dedurre che, nel prendere le proprie decisioni, esso si lascia guidare da considerazioni puramente economiche e che, pertanto, si è in presenza di un'attività industriale o commerciale. Nel caso contrario, in cui tali perdite fossero compensate da un ente pubblico, vi sarebbe il pericolo che, nell'aggiudicare un appalto, l'organismo si lasci guidare anche da considerazioni diverse da quelle puramente economiche.

12 — Sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6), punto 32.

13 — Sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6), punto 35.

14 — GU L 185, pag. 5.

15 — Sentenza Agorà (citata supra, nota 11), punto 37, con richiamo alla sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6), punti 50 e 51.

16 — Sentenze Agorà (citata supra, nota 11), punto 38; BFI Holding (citata supra, nota 6), punto 49.

17 — Conclusioni 30 gennaio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3607, paragrafo 67).

18 — Conclusioni 8 novembre 2001, causa C-470/99, Universale-Bau (Racc. pag. I-11617, paragrafo 27).

19 — Conclusioni 21 marzo 2002, causa C-373/00, Truley (Racc. pag. I-1931, paragrafo 95).

20 — Conclusioni 11 luglio 2002, causa C-18/01, Korhonen (Racc. pag. I-5321, paragrafo 77).

In un caso siffatto sussiste un pericolo per la realizzazione della libera circolazione delle merci e dei servizi; motivo per cui la ratio delle direttive sugli appalti pubblici richiede l'applicabilità delle loro disposizioni all'organismo. La Corte ha confermato questa impostazione nella sentenza Agorà [21].

37. Alla luce di tale giurisprudenza si può, anzitutto, constatare con riguardo alla SIEPSA quanto segue. Occorre condividere l'opinione del governo spagnolo, secondo il quale il criterio del carattere non industriale o commerciale assume un significato autonomo. Affinché la direttiva sia applicabile alla SIEPSA, non è sufficiente che essa soddisfi un bisogno di interesse generale tramite la costruzione di centri penitenziari.

38. D'altra parte, lo scopo, per il quale la SIEPSA è stata istituita, è importante per determinare se essa soddisfi bisogni non aventi carattere industriale o commerciale. Il tenore letterale della direttiva 93/37 esige che l'organismo sia stato istituito per soddisfare specificatamente bisogni aventi carattere non industriale o commerciale. Ne consegue, quindi, che l'organismo è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva qualora sia stato istituito per soddisfare bisogni industriali o commerciali. Non è sufficiente che esso soddisfi anche bisogni industriali o commerciali. Si deve trattare, per di più, di un organismo che offre beni e servizi sul libero mercato e che si trova in una situazione di concorrenza con gli altri operatori economici, privati e pubblici. Per contro, la direttiva si applica agli organismi, i quali, sebbene esercitino attività industriali o commerciali, sono stati, tuttavia, istituiti per soddisfare altri bisogni di interesse generale [22].

39. Per le merci ed i servizi di pianificazione e costruzione di centri penitenziari, offerti dalla SIEPSA, non esiste un libero mercato. A causa del monopolio statale in materia penale, vi è un unico utente di tali prestazioni, vale a dire lo Stato spagnolo. Soltanto quest'ultimo ha bisogno di centri penitenziari. Ciò contrasta con l'ipotesi che la SIEPSA soddisfi bisogni aventi carattere industriale o commerciale.

40. La SIEPSA soddisfa, altresì, un bisogno, nell'ambito del quale lo Stato spagnolo mantiene un'influenza determinante su di essa. La SIEPSA esegue il «Plan de Amortizaciòn y Creacion de Centro Penitenciarios» approvato dal governo e agisce, a tal riguardo, secondo le direttive dell'amministrazione statale. Alla luce della giurisprudenza summenzionata, anche tale circostanza induce ad ammettere che la SIEPSA soddisfa bisogni aventi carattere non industriale o commerciale.

21 — Sentenza Agorà (citata supra, nota 11), punto 40.

22 — V. la presentazione nella guida della Commissione sulle norme comunitarie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, pag. 10, pubblicata nel sito internet della Commissione: *www.europa/internal_market*, alla parola chiave «appalti pubblici».

41. Il fatto che, nell'ambito della propria attività, la SIEPSA debba acquistare immobili non modifica tale conclusione. L'acquisto di nuovi immobili e la vendita di immobili non più necessari è unicamente uno strumento per la realizzazione dello scopo sociale della SIEPSA, vale a dire la costruzione di centri penitenziari per lo Stato spagnolo. Il suo scopo non consiste nel commercio di immobili.

42. Dagli argomenti delle parti non emerge espressamente se la SIEPSA debba sopportare direttamente le perdite eventualmente subite, oppure se queste siano compensate dal bilancio dello Stato. Il governo spagnolo sostiene che la SIEPSA, nell'esercitare le proprie attività, persegue scopi di lucro. Contestando tale argomento, la Commissione fa presente che negli anni 1997 e 1998 la SIEPSA ha subito perdite considerevoli. Tuttavia, nelle argomentazioni della Commissione non vi è alcuna indicazione su chi abbia dovuto sopportare le perdite subite.

43. Infine, alla luce della giurisprudenza finora citata, il fatto che la SIEPSA agisca o meno a scopo di lucro non appare essere determinante ai fini della sua qualificazione. Secondo la Corte, lo scopo di lucro può tutt'al più costituire un indizio di un'attività industriale o commerciale. Nella sentenza Agorà essa ha considerato l'Ente Fiera come un organismo che soddisfa bisogni di carattere industriale o commerciale sebbene non agisse a fini di lucro [23].

44. Anche per quanto riguarda la questione volta a determinare chi sopporta le conseguenze economiche delle decisioni della SIEPSA, occorrerebbe tener conto del fatto che quest'ultima è stata istituita per mettere in atto le decisioni del governo spagnolo relativamente ai centri necessari per l'esecuzione della pena. Si tratta dei presupposti effettivi per l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato. Questo compito deve essere svolto dallo Stato in qualche modo. A tal riguardo, lo Stato spagnolo ha istituito la SIEPSA, affidandole l'esercizio delle attività connesse a tale compito. Da ciò si deduce che lo Stato spagnolo ha anche un interesse alla continuazione della SIEPSA. Infatti, nell'ipotesi in cui quest'ultima fosse messa in liquidazione, esso dovrebbe nuovamente svolgere direttamente le attività, da essa esercitate. L'interesse dello Stato alla continuazione della SIEPSA è dimostrato dall'estensione della durata per la quale l'impresa è stata creata. La società, originariamente istituita per una durata di soli otto anni a decorrere dall'avvio dell'attività economica, è stata nel frattempo trasformata in una società a tempo indeterminato (v. supra, paragrafo 5). Tale interesse alla continuazione della SIEPSA giustifica la presunzione secondo cui lo Stato spagnolo, quale unico azionista, si adopererebbe in qualsiasi modo per evitare che la SIEPSA venga messa in liquidazione [24]. Quindi, anche se non vi è alcun meccanismo ufficiale di compensazione delle perdite eventualmente

23 — Sentenza Agorà (citata supra, nota 11), punti 40 e 43.

24 — V., per un caso simile, le mie conclusioni nella causa Korhonen (citata supra, nota 20), paragrafi 80 e 81.

subite, la SIEPSA non potrebbe, in definitiva, essere esclusivamente responsabile delle conseguenze economiche del proprio operato. Potrebbe, pertanto, sussistere il pericolo che nell'aggiudicazione degli appalti essa si lasci guidare da considerazioni di natura non puramente economica. Ciò è sufficiente perché si applichi la direttiva 93/37 per garantire la libera circolazione delle merci e dei servizi.

45. Come conclusione intermedia, occorre pertanto affermare che, in base ai criteri finora precisati dalla giurisprudenza, i bisogni soddisfatti dalla SIEPSA non hanno carattere industriale o commerciale.

46. Il governo spagnolo basa, altresì, la propria tesi sul fatto che, secondo il diritto spagnolo, la SIEPSA è soggetta soltanto alle norme di diritto privato. La legislazione, emanata ai fini della trasposizione delle direttive sugli appalti pubblici, esclude tutte le imprese economiche statali dall'ambito di applicazione di tali disposizioni.

47. A tal proposito, occorre rilevare che l'approccio, consistente nel distinguere a quale ramo del diritto è soggetto l'organismo in questione, corrisponde, a dire il vero, al tenore letterale dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37. Tale disposizione fa riferimento agli organismi *di diritto pubblico*. Ciò dimostra che gli organismi soggetti al diritto privato sono, in linea di principio, esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva.

48. Tuttavia, un'interpretazione siffatta non tiene sufficientemente conto della serie di trattini, che segue tale espressione e nella quale sono elencati i criteri, in base ai quali si deve determinare se si è in presenza di un organismo di diritto pubblico. In base a tali criteri, avanti carattere cumulativo [25], l'organismo «deve essere finanziato in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la sua gestione deve essere soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il suo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza deve essere costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico». Da ciò si deduce che si tratta di un organismo controllato e diretto dall'autorità pubblica. La questione, volta a determinare a quale ramo del diritto, pubblico oppure privato, l'ente è soggetto, è irrilevante, nonostante la formula di *organismo di diritto pubblico*.

49. Nelle conclusioni, presentate nelle cause Truley [26] e Korhonen [27], ho spiegato perché ritengo che non sia conforme alla ratio delle direttive sugli appalti pubblici un'interpretazione della nozione di bisogni

25 — V., al riguardo, sentenza BFI Holding (citata supra, nota 6), punto 29.

26 — Citata alla nota 19, paragrafi 42-44.

27 — Citata alla nota 20, paragrafo 57.

di interesse generale a seconda di come lo Stato membro interessato definisca il suo ambito di attività. L'autonomia del diritto comunitario, nonché lo scopo di assicurare la sua applicazione uniforme inducono a considerare ed interpretare tale nozione quale concetto giuridico autonomo del diritto comunitario. Tale approccio è sostenuto dalla ratio delle direttive sugli appalti pubblici, la quale è diretta a contribuire alla creazione ed al funzionamento del mercato interno.

50. L'esempio seguente consente di chiarire tale ragionamento. Nel caso in cui fosse determinante stabilire a quale ramo del diritto l'organismo è soggetto secondo le norme degli Stati membri, le autorità di uno Stato membro potrebbero sottrarsi facilmente all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici. Sarebbe sufficiente istituire una società, come per esempio una «società per azioni di fornitura», soggetta esclusivamente al diritto privato e assegnarle come scopo sociale la fornitura di mobili d'ufficio, di cartoleria, ecc., per le autorità dello Stato. Lo Stato, anche se fosse l'unico azionista e potesse influire su tutte le decisioni della società di fornitura, non sarebbe tenuto ad indire gare di appalto, dato che la «società per azioni di fornitura» non è, per l'appunto, soggetta al diritto pubblico, bensì al diritto privato. È evidente che ciò non corrisponde alla ratio delle direttive sugli appalti pubblici.

51. Per determinare l'ambito di applicazione ratione personae della direttiva 93/37 non è, pertanto, rilevante stabilire se, secondo il diritto nazionale, l'organismo sia soggetto al diritto pubblico oppure a quello privato. Ne consegue che nel presente procedimento non ha rilevanza il fatto che la SIEPSA sia soggetta al solo diritto privato spagnolo.

52. Infine, il governo spagnolo procede, ancora, al confronto fra il tenore letterale della direttiva di settore 93/38 e quello delle altre direttive sugli appalti pubblici. Esso fa presente che tale direttiva menziona accanto alle «autorità pubbliche» anche le «imprese pubbliche». La definizione di «autorità pubbliche» è identica a quella di «amministrazione aggiudicatrice» nelle altre direttive sugli appalti pubblici. Poiché le direttive 93/36, 93/37 e 93/38 sono state emanate nello stesso giorno, le nozioni di «autorità pubbliche» e di «amministrazioni aggiudicatrici» dovrebbero essere interpretate nello stesso senso. Da ciò il governo spagnolo trae la conclusione che le «imprese pubbliche» non potrebbero essere «amministrazioni aggiudicatrici» ai sensi della direttiva 93/37. Poiché la nozione di «imprese pubbliche» non sarebbe utilizzata nella direttiva 93/37, quest'ultima non sarebbe ad esse applicabile.

53. È vero che il tenore letterale della direttiva 93/37 non indica espressamente se essa debba applicarsi alle «imprese pubbliche». Tuttavia, imprese siffatte potrebbero rientrare nella definizione di

«amministrazioni aggiudicatrici», dato che, come dimostrato dall'esempio della SIEPSA, anche queste ultime possono essere state istituite per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale (non aventi carattere industriale o commerciale), possono essere dotate di propria personalità giuridica e, come emerge dalla definizione di cui all'art. 1, n. 2, della direttiva 93/38, anch'esse sono caratterizzate dal fatto che le «autorità pubbliche possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza determinante perché hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione». Occorre, pertanto, chiedersi se dall'assenza di un riferimento espresso alle «imprese pubbliche» nella direttiva 93/37 si possa trarre la conclusione che quest'ultima non è applicabile alle «imprese pubbliche».

54. La norma relativa alle «imprese pubbliche», contenuta nell'art. 1 della direttiva 93/38, assume, infatti, significato qualora queste non rientrano nella nozione di «autorità pubbliche» ai sensi di tale disposizione. E poiché la definizione di «autorità pubbliche» è dello stesso tenore letterale di quella di «amministrazioni aggiudicatrici», contenuta nelle altre direttive sugli appalti pubblici, anche ciò induce a concludere che tali disposizioni debbano essere interpretate nello stesso senso. Gli organismi che rientrano nella nozione di «impresa pubblica» potrebbero poi, però, non costituire «amministrazioni aggiudicatrici» ai sensi della direttiva 93/37. Quindi, il tenore letterale di tali disposizioni conferma, in un primo momento, la tesi sostenuta dal governo spagnolo.

55. Sotto un profilo sistematico occorre, tuttavia, tener conto del fatto che la direttiva 93/38 è una normativa speciale che si applica soltanto a determinati settori economici. Essa si applica soltanto ai settori dell'acqua, energia e trasporti, così come al settore delle telecomunicazioni. Per contro, le direttive 92/50, 93/36 e 93/37 sono applicabili a tutte le attività dei pubblici poteri. In tal senso, la direttiva 93/38 costituisce un'eccezione. Le normative speciali non sono però, in linea di principio, adatte a fornire i criteri per l'interpretazione di norme generali. Ciò contrasta con l'interpretazione restrittiva della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva 93/37, sostenuta dal governo spagnolo, e conferma l'inclusione anche delle «imprese pubbliche» nell'ambito di applicazione di tali disposizioni.

56. Anche l'evoluzione storica delle norme sugli appalti pubblici contrasta con l'interpretazione sostenuta dal governo spagnolo.

57. Vero è che le direttive 93/36, 93/37 e 93/38 sono state tutte emanate il 14 giugno 1993. Da ciò si deduce, quindi, che il

legislatore voleva utilizzare le nozioni nello stesso senso. A tal proposito, però, se si vuole seguire il ragionamento del governo spagnolo, occorre chiedersi perché il legislatore non abbia utilizzato anche nelle direttive 93/36 e 93/37 la nozione di «autorità pubbliche», se la definizione di tale concetto corrisponde, per l'appunto, a quella di «amministrazioni aggiudicatrici», contenuta in entrambe le altre direttive.

58. Per contro, occorre far presente che la terminologia delle direttive 93/36 e 93/37 coincide con quella della direttiva 92/50 relativa agli appalti pubblici di servizi. Ciò induce a considerare la direttiva 93/38, rispetto alle altre norme sugli appalti pubblici, come normativa speciale e a non trarre da essa alcuna conclusione ai fini dell'interpretazione delle altre direttive.

59. Anche l'evoluzione del diritto in materia di appalti pubblici, nel suo insieme, milita a favore di tale impostazione. Il settore degli appalti pubblici di lavori, disciplinato dalla direttiva 93/37, ha già fatto l'oggetto delle direttive 71/304 [28] e 71/305, modificate dalla direttiva 89/440 [29]. Gli appalti pubblici di forniture, disciplinati dalla direttiva 93/36, avevano già costituito oggetto della direttiva 77/62 [30], modificata dalle direttive 80/767 [31] e 88/295 [32]. Per contro, il settore coperto dalla direttiva 93/38 è stato sostanzialmente regolato, per la prima volta, più tardi con la direttiva 90/531/CEE [33]. Tale sequenza cronologica conferma ulteriormente che dalla direttiva 93/38 non si può trarre alcun criterio per l'interpretazione della direttiva 93/37.

60. La definizione di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, inclusa la nozione di «amministrazione aggiudicatrice», risale ad una proposta di emendamento presentata dal Parlamento europeo nell'ambito della consultazione sulla proposta della Commissione di modifica della direttiva 71/305. Nella sua proposta la Commissione faceva

28 — Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali (GU L 185, pag. 1).

29 — Direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 210, pag. 1).

30 — Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 13, pag. 1).

31 — Direttiva del Consiglio 22 luglio 1980, 80/767/CEE, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 215, pag. 1).

32 — Direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE, che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE (GU L 127, pag. 1).

33 — Direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle 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 297, pag. 1).

unicamente riferimento alle «persone giuridiche» [34]. Per assicurare possibilmente una piena applicazione della direttiva sugli appalti pubblici di lavori, il Parlamento ha introdotto la nozione di «organo di diritto pubblico» [35], successivamente modificato in «organismo di diritto pubblico». L'adozione di tale definizione doveva sostituire gli elenchi che dovevano essere formati in base all'art.1, lett. b), della direttiva 71/305 e che dovevano delimitare la categoria delle amministrazioni aggiudicatrici. Essa doveva assicurare una piena applicazione della direttiva [36]. L'intenzione era di estendere l'ambito di applicazione della direttiva ai lavori di costruzione eseguiti da terzi, finanziati completamente o parzialmente, direttamente o indirettamente da fondi pubblici [37].

61. Occorre, quindi, constatare che la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» esisteva già da lungo tempo prima dell'emanazione della direttiva 93/38. Se il legislatore, nell'adottare la direttiva di settore, non ha seguito la terminologia d'uso generale in materia di appalti pubblici, ne consegue che da tale disposizione speciale non può essere tratta alcuna conclusione in ordine all'interpretazione delle nozioni utilizzate in maniera concordante nelle altre direttive. In tal senso, l'adozione contemporanea delle tre direttive del 1993 non dimostra che il legislatore avrebbe fatto espressa menzione delle «imprese pubbliche» anche nelle direttive 93/36 e 93/37 se avesse voluto includerle nell'ambito di applicazione ratione personae delle stesse.

62. Anche la ratio della direttiva 93/37 contrasta con l'interpretazione che il governo spagnolo deduce dal confronto con la direttiva 93/38. Come ho già spiegato, il legislatore voleva sostituire gli elenchi delle amministrazioni aggiudicatrici con una definizione valida in generale, per chiarire che tali disposizioni devono applicarsi a tutti gli organismi che rispondono a determinati criteri, anche nel caso in cui non figurino nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici. È in contrasto con tale obiettivo il fatto di volere escludere un ambito intero dell'attività statale, quale quello delle «imprese pubbliche», soltanto perché questo non è espressamente menzionato.

63. Come ho già chiarito, è corretto il motivo per cui la direttiva 93/37 deve applicarsi anche alle «imprese pubbliche» ai sensi della direttiva 93/38. Anche nel loro caso si tratta di imprese che, sebbene organizzate secondo il diritto privato, sono controllate e dirette dai pubblici poteri.

34 — Proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, COM (86) 679 def., del 23 dicembre 1986, pagg. 6 e 22.

35 — Proposta di emendamento n. 4, rapporto della Commissione per la politica economica, monetaria ed industriale, documenti di riunione del Parlamento europeo, 1988-89, documento A 2 — 37/88, pag. 6, così come i motivi, pag. 31.

36 — V. il rapporto summenzionato, motivi, pag. 31.

37 — V. le considerazioni del relatore Beumer nella riunione del Parlamento europeo 17 maggio 1988, deliberazioni del Parlamento europeo, n. 2-365, pag. 83.

Tale influenza da parte dei pubblici poteri giustifica la loro inclusione nell'ambito dell'applicazione della direttiva.

64. Contrariamente alle altre direttive sugli appalti pubblici, la direttiva 93/38 riguarda soltanto determinati settori. Nel 1990, quando è stata adottata la prima normativa in tale materia, il mercato in tali settori era caratterizzato da una moltitudine di forme organizzative degli organismi, che diventavano operativi. La fornitura di servizi nei settori dell'acqua, elettricità, trasporti e telecomunicazioni veniva eseguita in parte da organismi statali ed in parte da imprese private, ai quali gli Stati membri avevano attribuito diritti esclusivi. La privatizzazione di ampi settori pubblici era appena iniziata. Per poter comprendere la moltitudine di forme organizzative e di struttura allora esistenti, il legislatore non ha utilizzato la formula, già esistente, di «amministrazione aggiudicatrice», ma ha introdotto le nozioni di «autorità pubbliche» ed «imprese pubbliche». Con ciò si è, da un lato, chiarito che la forma organizzativa non è rilevante e, dall'altro lato, si è assicurata l'applicabilità della direttiva di settore a tutti gli organismi, operanti in tali settori, non appena avessero soddisfatto i requisiti. Con tale nozione la direttiva perseguiva esattamente lo stesso scopo perseguito dalle altre direttive sugli appalti pubblici con la definizione della nozione di «amministrazione aggiudicatrice», inclusa quella di «organismi di diritto pubblico».

65. Due comunicazioni della Commissione dimostrano che proprio i settori regolati dalla direttiva 93/38 sono soggetti ad un forte cambiamento. Nel 1998, nella sua comunicazione «Gli appalti pubblici nell'Unione europea» [38] la Commissione ha dichiarato quanto segue:

«A seguito della liberalizzazione di determinati settori, compresi nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38/CEE, il grado di apertura della concorrenza dei settori liberalizzati deve essere accertato alla luce di una decisione volta a determinare se le norme imperative contenute nella direttiva si giustificano ancora per gli enti aggiudicatori. *Nell'assenza di un contesto concorrenziale, tali norme erano sorte per il tramite dell'intervento statale, con il quale è stato concesso un monopolio ad un operatore economico.* Come contropartita di tale posizione di monopolio concessa dallo Stato sono stati imposti obblighi relativi all'avviso di gara e all'osservanza della procedura in occasione dell'aggiudicazione di appalti. Nel caso in cui fosse ormai accertato che in un settore vi è un'effettiva apertura della concorrenza le norme imperative, quali quelle previste dalla direttiva, devono essere eliminate.

38 — COM(1998) 143 def., 11 marzo 1998, punto 2.1.2.1, pag. 7.

La Commissione ha avviato il processo di liberalizzazione dei settori regolati dalla direttiva 93/38/CEE (...). Si deve, quindi, tener conto degli sviluppi che ne sono derivati e dei nuovi orientamenti del mercato. Le imprese, che operano in un contesto di effettiva concorrenza come le imprese private, le quali seguono soltanto criteri economici, devono essere escluse dall'ambito di applicazione della direttiva».

66. Nel 1999 la Commissione ha dichiarato che la direttiva 93/38 non è più essenzialmente applicabile al settore delle telecomunicazioni [39]. Tali considerazioni confermano che la direttiva 93/38 costituisce una normativa speciale che tiene conto delle particolarità allora esistenti nel mercato relativo ai settori in questione. Di conseguenza, essa non riflette alcuna delimitazione generalmente valida degli operatori economici, bensì regola un caso speciale.

67. Di conseguenza, dal fatto che la direttiva 93/37 non include espressamente le «imprese pubbliche» nel suo ambito di applicazione non può essere dedotto che queste non rientrano nella nozione di «amministrazione aggiudicatrice». Pertanto, anche questo argomento del governo spagnolo dev'essere respinto.

68. Non rimane, quindi, che concludere che la SIEPSA è un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37. Poiché il governo spagnolo ha ammesso i singoli inadempimenti delle norme sugli appalti pubblici, addebitatigli dalla Commissione, occorre, pertanto, accogliere il ricorso della Commissione stessa.

VII — Sulle spese

69. Alla luce delle osservazioni svolte, il ricorso va accolto. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta la domanda. La Commissione ha chiesto che il Regno di Spagna sia condannato alle spese. Il Regno di Spagna, risultando soccombente, va condannato alle spese.

39 — Comunicazione della Commissione ai sensi dell'art. 8 della direttiva 93/38/CEE, Elenco, ai sensi dell'art. 8 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, dei servizi da considerare esclusi dal campo di applicazione di detta direttiva (GU C 156, pag. 3).

VIII — Conclusione

70. Alla luce delle osservazioni sin qui svolte, propongo alla Corte di:

«1) dichiarare che, in occasione della gara di appalto relativa all'esecuzione dei lavori del "Centro Educativo Penitenciario Experimental" di Segovia, indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, il Regno di Spagna, non essendosi conformato a tutte le disposizioni della direttiva 93/37/CEE, e più precisamente 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 dal diritto comunitario;

2) condannare il Regno di Spagna alle spese».