Capitolo XI

APPALTI PUBBLICI

DI GINEVRA GRECO E PAOLO PROVENZANO CON LA COLLABORAZIONE DI VANIA DANZI, GIULIA PINOTTI, GIACOMO PISANI, LUIGI PREVITI, FEDERICO VOTTA E MARCO VELLISCIG.

1. ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO.....1

1.1. Gli elementi teleologico e personalistico.....1

20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, causa 31/87, ECLI:EU:C:1988:422.....1

15 gennaio 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, causa 44/96, ECLI:EU:C:1998:4.....2

10 novembre 1998, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding BV, causa 360/96, ECLI:EU:C:1998:525.....5

10 maggio 2001, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Ciftat Soc. coop. Arl*, cause riunite C-223/99 e C-260/99, , ECLI:EU:C:2001:259.....7

12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, causa 470/99, ECLI:EU:C:2002:746.....10

22 maggio 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varkauden Taitotalo Oy*, causa 18/01, ECLI:EU:C:2003:300.....11

1.2. L'elemento gestionale.....13

3 ottobre 2000, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, causa 380/98, ECLI:EU:C:2000:529.....13

1 febbraio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, causa 237/99, ECLI:EU:C:2001:70.....15

15 maggio 2003, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, causa 214/00, ECLI:EU:C:2003:276.....17

13 dicembre 2007, *Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen c. GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, causa 337/06, ECLI:EU:C:2007:786.....19

11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*, causa 300/07, ECLI:EU:C:2009:358.....21

1.3 Casistica.....24

16 ottobre 2003, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, causa 283/00, ECLI:EU:C:2003:544.....24

27 febbraio 2003, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, causa 373/00, ECLI:EU:C:2003:110..26

10 aprile 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH, causa 393/06, ECLI:EU:C:2008:213.....29

12 settembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*, causa 526/11, ECLI:EU:C:2013:543.....33

5 ottobre 2017, *«LitSpecMet» UAB c. «Vilniaus lokomotyvų remonto depas» UAB*, causa 567/15, ECLI:EU:C:2017:736.....36

3 febbraio 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c. arl c. De Vellis Servizi Globali Srl*, cause riunite 155/19 e 156/19, ECLI:EU:C:2021:88.....37

2. CENTRALI DI COMMITTENZA....42

20 ottobre 2005, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Francese,* causa C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620....42

19 dicembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust*, causa C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034....46

4 giugno 2020, *Asmel Soc. cons. a r.l.,* causa C-3/19, ECLI:EU:C:2020:423....50

3. AFFIDAMENTO IN HOUSE....54

3.1 Nozione....54

18 novembre 1999, *Teckal*, causa C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562....54

7 dicembre 2000, causa C-94/99, *ARGE*, ECLI:EU:C:2000:677....56

3.2 Il controllo analogo....57

11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, causa C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5....57

21 luglio 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, causa C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487....59

19 aprile 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo),* causa C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227....61

13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, causa C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621....64

09 giugno 2009, *Commissione c. Repubblica federale di Germania,* causa C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 69

10 settembre 2009, *Sea S.r.l.*, causa C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532....71

29 novembre 2012, *Econord S.p.a.,* cause riunite C-182/11 e C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758....78

19 dicembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento,* causa C- 159/11, ECLI:EU:C:2012:817....80

19 giugno 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE,* causa C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004....81

3.3 Fornitura prevalente all'ente pubblico di riferimento....83

12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG*, causa C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746....83

11 maggio 2006, *Carbotermo S.p.A.,* causa C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308....85

08 dicembre 2016, *Undis Servizi S.r.l.*, causa C- 553/15, ECLI:EU:C:2016:935....91

18 giugno 2020, *Porin Linjat Oy,* causa C-328/19, ECLI:EU:C:2020:483....95

3.4. Capitali privati....99

13 ottobre 2005, *Praking Brixen GmbH,* causa C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605....99

06 aprile 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, causa C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237....104

3.5 In house orizzontale....106

08 maggio 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg, causa C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303....106

3.6 Limitazioni dell'in house....109

3 ottobre 2019, Irgita, causa C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829....109

6 febbraio 2020, (ordinanza) Rieco, cause riunite da C-89/19 a C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87....112

4. CONCESSIONI DI LAVORI E SERVIZI....115

7 dicembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*, causa C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669....115

27 ottobre 2005, *Contse SA*, causa C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644....120

18 luglio 2007, *Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Italiana*, causa C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445....122

22 aprile 2010, *Commissione europea c. Regno di Spagna,* causa C-423/07, ECLI:EU:C:2010:211....124

13 novembre 2008, *Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Italiana*, causa C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624....127

13 aprile 2010, *Wall AG*, causa C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182....129

10 settembre 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)*, causa C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540....131

10 marzo 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, causa C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130....136

10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA,* causa C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721....140

5. APPALTO....144

5.1 Affidamento diretto....144

21 luglio 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti,* causa C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487....144

18 gennaio 2007, *Jean Auroux e altri contro Commune de Roanne*, causa C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31....146

4 maggio 2017, *Esaprojekt sp. z o.o. contro Województwo Łódzkie*, causa C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338....149

18 ottobre 2018, *IBA Molecular Italy Srl contro Azienda ULSS n. 3 e a*, causa C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843....151

8 maggio 2019, *Stadt Euskirchen contro Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*, causa C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386....153

5.2 Appalti di servizi a disciplina limitata....154

13 novembre 2007, *Commissione c. Irlanda*, causa C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676....154

5.3 Nozione di appalto pubblico....155

21 febbraio 2008, *Commissione c. Italia*, causa C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102....155

13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*, causa C-437/07 - ECLI:EU:C:2008:624....157

10 marzo 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contro Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, causa C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130....158

19 dicembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento contro Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, causa C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817....160

13 giugno 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG contro Kreis Düren*, causa C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385....161

12 dicembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contro SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, causa C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827....162

5.4 Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza....163

10 ottobre 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contro Manova A/S*, causa C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647....163

11 settembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl contro Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU),* causa C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435....164

22 ottobre 2015, *Impresa Edilux srl e Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) contro Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e a*, causa C-425/14 - ECLI:EU:C:2015:721....166

2 giugno 2016, *Pippo Pizzo contro CRGT Srl*, causa C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404....167

6. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE....169

20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV e Stato dei Paesi Bassi*, causa C-31/87, *ECLI:EU:C:1988:422* 169

26 settembre 2000, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, causa C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494....171

18 ottobre 2001, *SIAC Construction Ltd e County Council of the County of Mayo*, causa C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553....172

19 giugno 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) e Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, causa C-315/01, *ECLI:EU:C:2003:360*....173

4 dicembre 2003, *EVN AG, Wienstrom GmbH, e Republik Österreich, con l'intervento di Stadtwerke Klagenfurt AG e Kärntner Elektrizitäts-AG*, causa C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651....174

7 ottobre 2004, *Sintesi SpA contro Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e Ingg. Provera e Carassi SpA*, causa C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593....176

10 maggio 2012, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, causa C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284....177

14 luglio 2016, *TNS Dimarso NV contro Vlaams Gewest*, causa C-16/05, ECLI:EU:C:2016:555....179

20 settembre 2018, *Montte SL contro Musikene*, causa C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752....182

7. AVVALIMENTO....185

14 aprile 1994, *Ballast Nedam Groep NV I*, causa C-386/92, ECLI:EU:C:1994:133....185

18 dicembre 1997, *Ballast Nedam Groep NV II*, causa C-5/97, ECLI:EU:C:1997:636....186

2 dicembre 1999, *Holst Italia SpA*, causa C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593....186

18 marzo 2004, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner E Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, causa C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159....188

10 ottobre 2013, *SWM Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI contro Provincia di Fermo e nei confronti di Torelli Dottori SpA*, causa C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646....189

14 gennaio 2016, *«Ostas celtnieks» SIA contro Talsu novada pašvaldiba e Iepirkumu uzraudzibas birojs*, causa C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6....191

7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz contro Zarz d Oczyszczania Miasta, con l'intervento di: Remondis sp. z o.o., MR Road Service sp. z o.o.,* causa C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214....192

2 giugno 2016, *Pi. Pi. contro CRGT Srl e nei confronti di Autorità Portuale di Messina, Messina Sud Srl, Fr. To. e Myleco Sas*, causa C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404....195

8.PROCEDURA DI AFFIDAMENTO E RELATIVO REGIME....196

8.1. Sul diritto di esercitare mezzi di ricorso efficaci avverso procedure di affidamento illegittime....196

29 ottobre 1999, *Alcatel*, causa C-81/98, ECLI:EU:C:1999:534....197

8.2. Sulla possibilità di contestare la mancata indizione di una gara pubblica....199

11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, causa C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 199

8.3. Sulla possibilità di ricorrere a centrali di committenza private per l'affidamento di contratti pubblici 201

4 giugno 2020, *Asmel c. ANAC*, causa C-3/19, ECLI:EU:C:2020:423 201

8.4. Sul mancato rispetto delle procedure di affidamento prescritte dalle direttive europee 204

9 luglio 1987, *CEI e Bellini*, cause riunite 27/86-29/86, ECLI:EU:C:1987:355 204

10 dicembre 2009, *Commissione europea c. Repubblica francese*, causa C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769 205

8.5. Sulla possibilità di affidare all'aggiudicatario lavori "supplementari" rispetto a quelli previsti dal bando di gara 207

22 aprile 2010, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, causa C-423/07, ECLI:EU:C:2010:211 207

8.6. Sulla possibilità degli offerenti di rettificare la documentazione da presentare in sede di partecipazione 209

28 febbraio 2018, *MA.T.I. SUD SpA*, cause riunite C-523/16 e C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122 209

2 maggio 2019, *Lavorgna Srl c. Comune di Montelanico*, causa C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350 211

9.SUBAPPALTO 213

9.1. Sulla possibilità di un operatore economico di eseguire l'appalto attraverso risorse appartenenti ad altri soggetti 213

2 dicembre 1999, *Holst Italia SpA c. Comune di Cagliari*, causa C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593 213

18 marzo 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, causa C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159 215

9.2. Sui limiti percentuali all'utilizzabilità dell'istituto 216

22 ottobre 2015, *Impresa Edilux Srl*, causa C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721 216

14 luglio 2016, *Wrocław*, Causa C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562 219

27 ottobre 2016, *Hörmann Reisen GmbH c. Stadt Augsburg*, Causa C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817 220

5 aprile 2017, *UAB "Borta" c. Klaipėdos*, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266 221

26 settembre 2019, *Vitali SpA c. Autostrade per l'Italia SpA*, causa C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787 223

27 novembre 2019, *Tedeschi Srl c. C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza*, Causa C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023 225

9.3. Esclusione di un operatore economico per aver ricorso al subappalto in assenza di autorizzazione 227

3 ottobre 2019, *Delta Antrepriz de Construc ii SA c. Compania Na ional de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, Causa C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 227

9.4. Esclusione di un operatore economico per motivi riguardanti un subappaltatore menzionato nell'offerta 229

30 gennaio 2020, *Tim SpA c. Consip SpA e Ministero dell'Economia e delle Finanze*, causa C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58 229

9.5. Ammissibilità del subappalto in caso di affidamento diretto di un contratto pubblico 232

4 giugno 2020, *Terna SpA c. Commissione europea*, Causa C-812/18, ECLI:EU:C:2020:437 232

9.6. Sulla possibilità di sostituire il subappaltatore durante l'esecuzione del contratto...233

13 aprile 2010, *Wall AG*, Causa C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182.....233

10. RISOLUZIONE DELLA CONCESSIONE.....235

17 luglio 2008, *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*, causa C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416 235

18 luglio 2017, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, causa 503/04, ECLI:EU:C:2007:432.....236

19 giugno 2019, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, causa C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507.....238

11. RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STAZIONE APPALTANTE.....240

19 giugno 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, causa C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360.....240

28 gennaio 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority,* causa C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45.....242

6 maggio 2010, *Club Hotel Loutraki AE e altri c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias e Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,* cause riunite C-145/08 C-149/08, ECLI:EU:C:2010:247.....244

30 settembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG e altri.*, causa C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567.....246

8 novembre 2012, *Evropaïki Dynamiki c. Commissione*, causa C-469/11, ECLI:EU:C:2012:705.....249

26 novembre 2015, *MedEval* causa C-116/14 ECLI:EU:C:2015:779.....251

3 maggio 2018, *Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale c. European Dynamics e a.,* causa C-376/16, ECLI:EU:C:2018:299.....254

7 agosto 2018, *Hochtief AG c. Budapest F város Önkormányzata* causa C-300/17, ECLI:EU:C:2018:635 255

12. TUTELA GIURISDIZIONALE.....257

12.1 Tutela cautelare.....257

19 settembre 1996, causa C-236/95, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, ECLI:EU:C:1996:341.....257

15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2003:276.....258

12.2 Ricorso principale/ricorso incidentale.....260

4 luglio 2013, *Fastweb SpA contro Azienda Sanitaria Locale di* Alessandria, causa C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448.....260

5 aprile 2016, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA*, causa C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199.....262

5 settembre 2019, *Lombardi Srl contro Comune di Auletta e altri* causa C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675 264

Capitolo XI
APPALTI PUBBLICI

1. ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

1.1. Gli elementi teleologico e personalistico

20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, causa 31/87, ECLI:EU:C:1988:422.

Il 28 gennaio 1987 l'Arrondissementsrechtbank dell'Aia sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva 71/305 del 26 luglio 1971 del Consiglio, la quale appresta una disciplina di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

Tali questioni sono sorte nell'ambito di una controversia instaurata dall'impresa Beentjes BV nei confronti del Ministero dell'agricoltura e della pesca dei Paesi bassi. In particolare, la Beentjes lamentava l'illegittima esclusione da una gara avente ad oggetto alcuni lavori pubblici relativi a un progetto di ricomposizione fondiaria, cui era conseguito il vantaggio per un'altra impresa che in sede di offerta aveva proposto un prezzo più alto. Secondo la Beentjes il provvedimento di esclusione era stato adottato in violazione della menzionata direttiva 71/305.

A seguito di tali doglianze, l'Arrondissementsrechtbank sospendeva il procedimento, domandando alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su alcuni quesiti.

Il primo quesito verteva sulla possibilità di ricondurre alla nozione di Stato o di ente pubblico territoriale, di cui all'art. 1, lett. b), della citata direttiva 71/305, un ente avente le caratteristiche di una commissione locale, così come prevista dalla Ruilverkavelingswet 1954, ossia la legge olandese sulla ricomposizione fondiaria, disciplinante appunto la natura e le funzioni delle commissioni locali per la ricomposizione fondiaria.

Il secondo quesito aveva ad oggetto la legittimità della esclusione dalla gara alla luce della sopra precisata direttiva; mentre con il terzo quesito si richiedeva alla Corte di giustizia di esprimersi sulla possibilità di fare valere determinate disposizioni della direttiva 71/305 in un procedimento civile.

La Corte ha osservato:

«9. Si deve ricordare che la direttiva 71/305 ha lo scopo di coordinare le procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto di lavori pubblici conclusi negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altre persone giuridiche di diritto pubblico.

10. A norma dell' art. 1, lett. b), della direttiva, sono da considerare "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell' allegato I.

11. Alla nozione di Stato, ai sensi di questa norma, si deve dare un' interpretazione funzionale. La finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe infatti compromessa se l' applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell' amministrazione statale.

12. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti ch'esso ha il compito di aggiudicare rientri nella nozione di Stato ai sensi della summenzionata disposizione, anche se formalmente non fa parte dello Stato».

15 gennaio 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, causa 44/96, ECLI:EU:C:1998:4.

L'Österreichische Stattsdruckerei, ente economico autonomo con sede in Vienna, istituito dall'art. 1 del Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) del 1 luglio 1981, acquisiva nel febbraio del 1995 la Strohal Gesellschaft mbH, società attiva nel campo della stampa. Quest'ultima fondava nell'ottobre del medesimo anno la Strohal Rotationsdruck GesmbH (anche SRG), detenendone il 99,9% del capitale sociale, allo scopo di produrre stampati.

L'Österreichische Stattsdruckerei avviava una gara per la progettazione degli impianti tecnici della SRG. Tuttavia, a seguito di un procedimento di conciliazione instaurato dinnanzi alla Commissione federale di controllo degli appalti (la Bundesvergabekontrollkommission), tale bando veniva revocato. Faceva seguito un ulteriore bando di appalto da parte del medesimo ente, in conseguenza del quale su richiesta del Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (l'associazione austriaca delle imprese industriali d'impianti edilizi) veniva promosso un ulteriore procedimento di conciliazione volto ad accertare se l'aggiudicazione dovesse rispettare la disciplina nazionale sugli appalti pubblici di lavori. Secondo Österreichische Stattsdruckerei e la SRG non poteva trovare applicazione detta normativa, non sussistendo un'amministrazione aggiudicatrice.

La Bundesvergabekontrollkommission accoglieva la tesi dell'ente e della SRG, non senza rilevare la propria incompetenza. Ciò portava la Mannesmann Anlagebau Austria AG e altri a ricorrere al Bundesvergabeamt, che prontamente sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione dell'art. 1, punto b), della direttiva del Consiglio 93/87/CEE del 14 giugno 1993, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, oltre che dell'art. 7, n. 1, del Regolamento del Consiglio del 20 luglio 1993, n. 2081, dettante una disciplina dei Fondi a finalità strutturali.

Per ciò che qui interessa, con il primo e il sesto quesito, il Bundesvergabeamt domandava alla Corte di giustizia se l'Österreichische Stattsdruckerei dovesse essere considerato un organismo di diritto pubblico alla stregua dell'art. 1, punto b), comma secondo, della direttiva 93/37, e dunque

un'amministrazione aggiudicatrice. In caso di risposta affermativa, il giudice nazionale chiedeva altresì se gli appalti di lavori aggiudicati da detto ente fossero da considerare appalti pubblici di lavori ai sensi dell'art. 1, punto a), della direttiva da ultimo citata.

Inoltre, con il quarto e il quinto quesito, il giudice nazionale domandava se una impresa svolgente attività commerciale, le cui quote risultano detenute in misura maggioritaria da un'amministrazione aggiudicatrice, a cui si deve anche la relativa istituzione e il trasferimento di mezzi finanziari derivanti dalle attività esercitate per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dovesse considerarsi per ciò solo amministrazione aggiudicatrice alla luce della menzionata direttiva 93/37.

La Corte ha osservato:

«20. In proposito, si deve osservare che, a termini dell'art. 1, punto b), secondo comma, della direttiva 93/37, un organismo di diritto pubblico è un organismo istituito per soddisfare specificatamente 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.

21. Risulta da tale disposizione che le tre condizioni da essa enunciate hanno carattere cumulativo.

22. Per quanto riguarda la prima condizione, si deve anzitutto osservare che l'ÖS è stata creata per provvedere in esclusiva alla produzione di documenti amministrativi ufficiali, taluni dei quali sono soggetti al segreto o all'osservanza di norme di sicurezza, come i passaporti, le patenti e le carte d'identità, mentre altri sono destinati alla diffusione di testi legislativi, regolamentari ed amministrativi dello Stato.

23. Inoltre, i prezzi degli stampati che l'ÖS è obbligata a produrre sono fissati da un organo composto in maggioranza di membri nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri e un ufficio di controllo statale è incaricato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza.

24. Si deve quindi constatare che un ente del genere, in forza della normativa ad esso relativa, è stato istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Infatti, i documenti alla cui produzione deve provvedere l'ÖS sono strettamente collegati all'ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato, che esigono una garanzia di approvvigionamento e condizioni di produzione che garantiscano il rispetto delle norme di riservatezza e di sicurezza.

25. Occorre poi rilevare che risulta dagli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, dello StDrG che l'ÖS è stata istituita allo scopo specifico di soddisfare tali bisogni di interesse generale. In proposito è irrilevante il fatto che, oltre a tale compito, un ente del genere sia libero di svolgere altre attività, come la produzione di altri stampati nonché l'edizione e la distribuzione di libri. Il fatto, menzionato dal governo austriaco nelle osservazioni scritte, che la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte dall'ÖS è, esso pure, irrilevante, dato che un tale ente continua a provvedere ai bisogni che è specificatamente tenuto a soddisfare.

26. Infatti, la condizione posta nel primo trattino dell'art. 1, punto b), secondo comma, della direttiva, secondo cui l'organismo dev'essere stato istituito per soddisfare «specificatamente» bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere.

27. Per quanto riguarda la seconda condizione posta dall'art. 1, punto b), secondo comma, della direttiva 93/37, occorre rilevare che, secondo la legge nazionale, l'ÖS è dotata di personalità giuridica.

28. Quanto alla terza condizione, va osservato che il direttore generale dell'ÖS viene nominato da un organo composto in maggioranza dei membri nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri. Inoltre, essa è soggetta al controllo della Corte dei conti ed un ufficio di controllo statale è incaricato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza. Infine, secondo le dichiarazioni fatte in udienza dalla SRG, la maggior parte delle azioni dell'ÖS restano nelle mani dello Stato austriaco.

29. Ne consegue che un ente quale l'ÖS dev'essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, punto b), secondo comma, della direttiva 93/37 e, pertanto, dev'essere considerato amministrazione aggiudicatrice ai sensi del primo comma di tale disposizione.

30. A questa conclusione, i governi austriaco e olandese obiettano che non si può trascurare il fatto che nell'attività globale di un ente quale l'ÖS hanno una parte preponderante le attività esercitate per soddisfare bisogni aventi carattere industriale o commerciale.

31. A questo proposito, occorre ricordare che, come si è detto al punto 26 della presente sentenza, lo stesso testo dell'art. 1, punto b), secondo comma, della direttiva 93/37 non esclude che un'amministrazione aggiudicatrice, oltre al suo compito di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, possa esercitare altre attività.

32. Per quanto riguarda siffatte attività, si deve constatare anzitutto che l'art. 1, punto a), della direttiva non distingue tra gli appalti pubblici di lavori aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito.

33. La mancanza di una distinzione del genere si spiega con la finalità della direttiva 93/37, che mira ad escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

34. Infine, un'interpretazione dell'art. 1, punto b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 secondo la quale la sua applicazione varia in base alla parte relativa, più o meno ampia, dell'attività esercitata per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale sarebbe in contrasto col principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati.

39. Non è quindi sufficiente che un'impresa sia stata istituita da un'amministrazione aggiudicatrice o che le sue attività siano finanziate con mezzi finanziari derivanti dalle attività esercitate da un'amministrazione aggiudicatrice perché essa stessa venga considerata un'amministrazione aggiudicatrice. Occorre inoltre che essa soddisfi la condizione di cui all'art. 1, punto b), primo

trattino, della direttiva 93/37, secondo cui deve trattarsi di un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale [...]».

10 novembre 1998, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding BV, causa 360/96, ECLI:EU:C:1998:525.

Nel giugno del 1994 i comuni di Arnhem e di Rheden nei Paesi Bassi decidevano di costituire la ARA, una società per azioni destinata a gestire alcuni servizi nell'ambito della raccolta dei rifiuti urbani, domestici e industriali.

Lo Statuto di tale società prevedeva che azionisti della medesima potessero essere soltanto persone giuridiche di diritto pubblico o società controllate, almeno per il 90%, da tali persone giuridiche, oltre che la società stessa.

In cambio del servizio offerto dall'ARA, i comuni di Rheden e di Arnhem concordavano con la società determinati corrispettivi.

Successivamente, il servizio di raccolta dei rifiuti industriali veniva affidato a un'altra società per azioni: la Aracom, mentre al contempo veniva costituita la ARA Holding NV, controllante sia della ARA che della Aracom.

Il 2 novembre 1994 la società BFI Holding BV, attiva nel settore della raccolta e del trattamento dei rifiuti domestici e industriali, ricorreva alla Arrondissementsrechtbank di Arnhem chiedendo di accertare se la direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, si dovesse applicare all'aggiudicazione dell'appalto affidato alla ARA qualche mese prima.

A seguito dell'accoglimento di tale domanda da parte dell'Arrondissementsrechtbank, i comuni di Rheden e di Arnhem proponevano appello al Gerechtshof di Arnhem, che ritenne non corretta l'interpretazione fornita dall'Arrondissementsrechtbank, precisando che la raccolta dei rifiuti domestici costituiva un obbligo gravante sui comuni, così come previsto dalla Wet milieubeheer (legge relativa alla tutela dell'ambiente). Ciononostante, il giudice nazionale sospendeva il giudizio, sottoponendo alla Corte di giustizia alcune questioni legate all'interpretazione degli artt. 1 e 6 della citata direttiva 92/50.

Sostanzialmente i quesiti posti alla Corte di giustizia interessavano la nozione di organismo di diritto pubblico, e più in particolare il requisito dei bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Rispondendo a tali interrogativi, la Corte di giustizia ha rilevato:

«28. A tal riguardo, emerge dall'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, che un organismo di diritto pubblico è un organismo istituito per soddisfare specificatamente 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 (v. sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punto 20).

29. Come affermato dalla Corte nella menzionata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., punto 21, le tre condizioni enunciate in tale disposizione hanno carattere cumulativo.

32. In proposito, dal tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, nelle sue differenti versioni linguistiche, emerge che il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni di interesse generale ai sensi di tale disposizione.

33. Nella menzionata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., punti 22-24, la Corte ha accolto la stessa interpretazione per quanto attiene all'art. 1, lett. b), secondo comma, 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), disposizione sostanzialmente identica all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50.

34. Inoltre, l'unica interpretazione che possa garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 è quella di ritenere che tale disposizione abbia istituito, nell'ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sotto-categoria comprendente quelle di carattere non industriale o commerciale.

35. Infatti, se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestissero carattere non industriale o commerciale, non l'avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva, questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità.

39. Secondo la BFI, sarebbe escluso che possa trattarsi di organismi di diritto pubblico quando imprese private possano svolgere le stesse attività, attività che si prestano, dunque, al gioco della concorrenza. Nella specie, oltre la metà dei comuni dei Paesi Bassi affiderebbero la raccolta dei rifiuti ad operatori economici privati. Si tratterebbe quindi di un mercato commerciale e gli enti operanti su tale mercato non costituirebbero organismi di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50.

40. Si deve anzitutto sottolineare al riguardo che l'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 92/50 fa riferimento unicamente ai bisogni che l'organismo deve soddisfare e non opera alcun riferimento alla circostanza che tali bisogni possono essere soddisfatti o meno anche da imprese private.

41. Si deve inoltre ricordare che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro.

42. Conseguentemente, l'obiettivo della direttiva 92/50 è di escludere che, nell'attribuzione degli appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici venga data la preferenza alle imprese offerenti o ai candidati nazionali (v., in tal senso, la sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., citata supra, punto 33).

43. Orbene, il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche. Così, ad esempio, un ente di tal genere potrebbe essere indotto a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica di acquisti dell'ente da cui dipenda strettamente.

44. Inoltre, essendo difficile immaginare attività che non possano essere in alcun caso svolte da imprese private, la condizione che non vi siano imprese private che possano provvedere a soddisfare i bisogni per i quali l'ente di cui trattasi sia stato creato rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50.

48. Si deve tuttavia sottolineare che l'esistenza della concorrenza non è del tutto irrilevante ai fini della soluzione della questione se un bisogno di interesse generale rivesta carattere non industriale o commerciale.

49. Infatti, l'esistenza di una concorrenza articolata e, 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 tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale.

62. Si deve inoltre ricordare che, al fine di assicurare piena efficacia al principio della libera circolazione, alla nozione di amministrazione aggiudicatrice dev'essere data interpretazione funzionale (v., in tal senso, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punto 11). Tale esigenza esclude che possa essere operata una distinzione a seconda della forma giuridica delle disposizioni che istituiscono l'organismo ed individuano i bisogni per il cui soddisfacimento l'organismo stesso è istituito.

63. La sesta questione dev'essere pertanto risolta affermando che l'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 dev'essere interpretato nel senso che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi [...]».

10 maggio 2001, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Ciftat Soc. coop. Arl*, cause riunite C-223/99 e C-260/99, , ECLI:EU:C:2001:259.

Le cause prese in considerazione riguardano la natura dell'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, inizialmente sorto quale comitato e in seguito trasformato in persona giuridica di diritto privato.

Esso, secondo il proprio statuto, "ha lo scopo di svolgere e di sostenere ogni attività diretta all'organizzazione di manifestazioni fieristiche, attività congressuali e di ogni altra iniziativa che, favorendo l'interscambio, promuova la presentazione della produzione di beni e servizi ed

eventualmente la loro vendita. L'Ente non ha fini di lucro e svolge attività di interesse pubblico. Esso opera secondo i principi del codice civile". Inoltre, lo stesso "deve provvedere al raggiungimento dello scopo per il quale è costituito con il ricavato dell'esercizio della sua attività e dell'amministrazione, anche straordinaria, e della gestione del suo patrimonio, nonché con i contributi di enti o persone".

Il 2 dicembre 1997 la società Agorà a responsabilità limitata presentava al sopra descritto ente istanza di accesso, ai sensi dell'art. 25 della L. 241/1990, con riguardo ad alcuni documenti amministrativi relativi a una gara di appalto. Tuttavia, l'Ente Fiera rispondeva di non essere tenuto ad osservare detta normativa.

Conseguentemente, la Agorà ricorreva al giudice amministrativo, reiterando la domanda di accesso agli atti amministrativi. A seguito dell'accoglimento da parte del Tar Lombardia della tesi della società, l'Ente Fiera appellava la sentenza al Consiglio di Stato, il quale ritenendo che il giudizio di primo grado presentasse un vizio assorbente di procedura, rinviava la causa al primo giudice. Quest'ultimo, ritenendo fondamentale determinare se l'Ente Fiera potesse essere qualificato quale amministrazione aggiudicatrice, rimetteva la causa alla Corte di giustizia per la soluzione della questione.

Parallelamente a tale causa, e nei confronti del medesimo ente, ne veniva instaurata un'altra da parte della Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C., avente ad oggetto il provvedimento di attribuzione temporanea di un appalto di servizi.

Il Tar Lombardia sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte di giustizia di chiarire se all'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano fosse applicabile la nozione di organismo di diritto pubblico prevista all'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50/CEE.

La Corte di giustizia, successivamente alla riunione dei due procedimenti, ha riscontrato:

«28. Emerge inoltre dall'art. 1 dello statuto che l'Ente Fiera ha lo scopo di svolgere e sostenere qualsiasi attività diretta all'organizzazione di fiere e di esposizioni, di congressi e di ogni altra iniziativa che, favorendo gli scambi, promuova la presentazione della produzione di beni e servizi ed eventualmente la loro vendita.

29. Tale attività viene svolta, come dedotto dalla Commissione, a livello internazionale da vari operatori stabiliti nelle grandi città dei singoli Stati membri che si trovano in situazione di concorrenza.

30. L'Ente Fiera non persegue peraltro scopi lucrativi, ma la sua gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività.

31. Da tutte le suesposte considerazioni emerge che la questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che con essa si chiede sostanzialmente se un ente che abbia ad oggetto lo svolgimento di attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe senza scopo lucrativo, ma la cui gestione si fondi su criteri di rendimento, di efficacia nonché di redditività e che operi in un ambiente concorrenziale soddisfi bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva.

33. A tale riguardo si deve rilevare, da un lato, che le attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe soddisfano bisogni di interesse generale.

34. Infatti, l'organizzatore di manifestazioni di tal genere, riunendo in un medesimo luogo geografico produttori e commercianti, non agisce solamente nell'interesse particolare di questi ultimi, che beneficiano in tal modo di uno spazio di promozione per i loro prodotti e per le loro merci, bensì fornisce parimenti ai consumatori che frequentano tali manifestazioni un'informazione che consente ai medesimi di effettuare le proprie scelte in condizioni ottimali. L'impulso per gli scambi che ne deriva può essere ricondotto all'interesse generale.

35. D'altro canto, occorre interrogarsi, alla luce delle informazioni che si evincono dagli atti di causa, in merito alla questione se i bisogni di cui trattasi presentino carattere non industriale o commerciale.

39. Orbene, si deve rilevare, anzitutto, che l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituisce un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato. Nella specie, emerge dagli atti che l'ente di cui trattasi fornisce questi servizi agli espositori dietro versamento di un corrispettivo. Mediante la propria attività l'ente soddisfa bisogni di natura commerciale, da un lato, degli espositori che beneficiano così della promozione dei beni o dei servizi che espongono e, dall'altro, dei visitatori che desiderano raccogliere informazioni ai fini di eventuali decisioni di acquisto.

40. Si deve inoltre sottolineare che l'ente di cui trattasi, per quanto non persegua scopi lucrativi, opera, come emerge dall'art. 1 del proprio statuto, secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività. Considerato che non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie, esso sopporta direttamente il rischio economico della propria attività.

43. La questione pregiudiziale dev'essere quindi risolta nel senso che un ente

- avente ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe,

- che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività

- e che opera in un ambiente concorrenziale

non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva [...]».

12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, causa 470/99, ECLI:EU:C:2002:746.

La Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (anche EBS) pubblicava un bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori per realizzare uno stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna.

La Universale-Bau AG e il consorzio di imprese costituito dalla Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg e dalla ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH manifestavano il proprio interesse a partecipare alla gara.

A seguito della decisione della EBS di non comprendere tra i cinque migliori candidati la Universale e il consorzio di imprese, questi ultimi proponevano ricorso al Vergabekontrollsenat, lamentando la nullità della procedura di gara posta in essere.

Il Vergabekontrollsenat, accertato che la EBS è dotata di personalità giuridica ed è controllata in maniera maggioritaria dalla città di Vienna, riteneva soddisfatto il requisito di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37. Tuttavia, osservava la mancata previsione nello statuto di tale società, al momento della costituzione, del perseguimento di interessi generali di carattere non industriale o commerciale. Infatti, solo a seguito dell'attribuzione delle gestione del depuratore della città di Vienna essa avrebbe iniziato a svolgere attività aventi carattere non industriale o commerciale.

Questo è stato il principale motivo che, insieme ad altri ad esso collaterali, ha indotto il Vergabekontrollsenat ad interpellare in via pregiudiziale la Corte di giustizia, che sul punto ha osservato:

«46. Nella causa principale è certo che la EBS, dal momento che assume l'esercizio del depuratore centrale ai sensi del contratto concluso nel 1985 con la città di Vienna, soddisfa effettivamente un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Pertanto la sua definizione quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dipende dalla soluzione che deve ricevere la questione se la condizione di cui al primo trattino di tale disposizione escluda che possa definirsi amministrazione aggiudicatrice un organismo il quale non è stato istituito al fine di soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha assunto un impegno siffatto in seguito alla modifica della sua sfera di attività successivamente verificatasi.

56. Ne risulta che, al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività da esso effettivamente svolte.

57. Va sottolineato in proposito che l'effetto utile della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica.

58. Il medesimo intento di garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 osta anche a che si operi una distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività.

59. Va inoltre rilevato che il tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non contiene alcun riferimento al fondamento giuridico delle attività dell'organismo interessato.

60. Occorre peraltro ricordare che, trattandosi della definizione della nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, formulata in maniera identica a quella contenuta nell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, la Corte ha già dichiarato che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 63).

61. Ne consegue che è irrilevante il fatto che, nella causa principale, l'estensione della sfera di attività della EBS non ha dato luogo ad una modifica delle disposizioni del suo statuto relative all'oggetto sociale.

62. Infatti l'assunzione da parte della EBS di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, se non è stata formalmente consacrata nel suddetto statuto, è nondimeno prevista nei contratti conclusi dalla EBS con la città di Vienna e può quindi essere oggettivamente constatata [...]».

22 maggio 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varkauden Taitotalo Oy*, causa 18/01, ECLI:EU:C:2003:300.

Il Markkinaoikeus (Tribunale della concorrenza della Finlandia) sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione dell'art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 92/50/CEE.

Tale rinvio pregiudiziale veniva esercitato nell'ambito di una controversia tra le società Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa (per semplicità espositiva: la «Korhonen e a.») e la società Varkauden Taitotalo Oy (di seguito, «Taitotalo»). Più nel dettaglio, la causa proposta da Korhonen e a. nei confronti della Taitolato aveva ad oggetto la decisione di quest'ultima di non considerare l'offerta presentata dalle prime relativamente a un appalto per la prestazione di servizi di pianificazione e di costruzione di un progetto immobiliare.

Korhonen e a., infatti, sostenevano che la Taitolato avesse violato la normativa finlandese sugli appalti publici. Di contro, la società resistente eccepiva la non applicabilità di detta disciplina, dal momento che essa non poteva essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2 della legge 1505/1992 (la julkisista hankinnoista annettu laki, ossia la legge sugli appalti pubblici, con

cui era stata trasposta nel diritto interno la citata direttiva 92/50), dal momento che non era stata costituita per perseguire fini generali aventi carattere non industriale o commerciale.

A tal fine, la Corte di giustizia ha osservato:

«41. Per quanto riguarda la questione se l'attività di cui trattasi nella causa principale soddisfi un bisogno d'interesse generale, si deve constatare che emerge dall'ordinanza di rinvio che l'attività principale della Taitotalo si esplica nel l'acquistare, vendere e locare beni immobili, nonché nell'organizzare e fornire servizi di gestione immobiliare ed altre prestazioni accessorie necessarie per l'amministrazione di tali beni. L'operazione effettuata dalla Taitotalo nella causa principale consiste, più precisamente, nell'acquistare servizi di pianificazione e di costruzione nell'ambito di un progetto immobiliare per la costruzione di diversi immobili per uffici e di un immobile per parcheggio al coperto.

43. A tale proposito, si deve in particolare ricordare che, investita della questione se un organismo il cui scopo è di esercitare e di agevolare ogni attività diretta all'organizzazione di fiere, esposizioni e congressi potesse essere considerato organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, la Corte ha deciso che le attività volte alla realizzazione di manifestazioni di tal genere soddisfano bisogni di interesse generale in quanto il loro organizzatore, riunendo in un medesimo luogo geografico produttori e commercianti, non agisce solamente nell'interesse particolare di questi ultimi, che beneficiano in tal modo di uno spazio di promozione per i loro prodotti e per le loro merci, bensì fornisce parimenti ai consumatori che frequentano tali manifestazioni un'informazione che consente ai medesimi di effettuare le proprie scelte in condizioni ottimali. L'impulso per gli scambi che ne deriva può, quindi, essere ricondotto all'interesse generale (v. sentenza Agorà e Excelsior, cit., punti 33 e 34).

44. Osservazioni analoghe possono essere fatte, mutatis mutandis, in merito all'attività oggetto della causa principale, in quanto non si può negare che, acquistando servizi di pianificazione e di costruzione nell'ambito di un progetto immobiliare vertente in particolare sulla costruzione di immobili per uffici, la convenuta nella causa principale non agisce solamente nell'interesse particolare delle imprese direttamente interessate da tale progetto, ma parimenti nell'interesse del comune di Varkaus.

45. Attività quali quelle esercitate dalla Taitotalo nella causa principale possono infatti essere considerate atte a soddisfare bisogni d'interesse generale in quanto idonee a dare un impulso agli scambi e allo sviluppo economico e sociale dell'ente locale interessato, dato che l'insediamento di imprese nel territorio di un comune produce spesso effetti favorevoli per tale comune in termini di creazione di posti di lavoro, di aumento del gettito fiscale nonché di miglioramento dell'offerta e della domanda di beni e servizi.

46. E' invece più delicata la questione se tali bisogni d'interesse generale abbiano carattere non industriale o commerciale. Mentre il governo finlandese afferma che tali bisogni sono privi di carattere industriale o commerciale, dato che la Taitotalo non mirerebbe tanto ad ottenere un profitto quanto a creare condizioni favorevoli all'insediamento di imprese nel territorio del comune di Varkaus, la convenuta nella causa principale sostiene la tesi opposta, secondo la quale essa

servirebbe proprio alle imprese commerciali e il finanziamento del progetto immobiliare in esame sarebbe essenzialmente a carico del settore privato.

49. A tale proposito, occorre in particolare verificare se l'organismo in esame esercita la propria attività in regime di concorrenza, dato che l'esistenza di tale concorrenza può, come già deciso dalla Corte, costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale (v., in tal senso, sentenza BFI Holding, punti 48 e 49).

50. Tuttavia, si evince dalle espressioni stesse utilizzate in quest'ultima sentenza che l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di dichiarare l'insussistenza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale (v. sentenza Adolf Truley, cit., punto 61). La medesima constatazione è d'obbligo in merito al fatto che l'organismo in esame è volto a soddisfare specificamente i bisogni di imprese commerciali. Occorre prendere in considerazione altri fattori prima di giungere a una tale conclusione e, in particolare, si deve chiarire in quali condizioni tale organismo esercita la sua attività.

51. Infatti, se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale. In una tale ipotesi, le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, del resto, non si applicherebbero, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate [...]».

1.2. L'elemento gestionale

3 ottobre 2000, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, causa 380/98, ECLI:EU:C:2000:529.

A cavallo tra il 1995 e il 1996 il Committee of Vice-Chancellors and Principals of the Universities (il Consiglio dei rettori universitari del Regno Unito) eccepiva alla H.M. Treasury (Ministro delle Finanze) che le direttive 92/50 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), 93/36 (sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture) e 93/37 (coordinante le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) fossero caratterizzate da un'applicazione generalizzata alle università. A seguito di ciò, il Treasury proponeva alla Commissione la sostituzione della formulazione "Università e politecnici, scuole e collegi sovvenzionati" con la seguente: "Scuole sovvenzionate, università e collegi finanziati in modo maggioritario da altre amministrazioni aggiudicatrici", in modo da limitare l'ambito di applicazione delle menzionate direttive.

Tuttavia, stante il silenzio serbato dalla Commissione sulla questione, l'Università di Cambridge proponeva un ricorso per judicial review (dunque, volto al controllo giurisdizionale degli atti amministrativi), chiedendo alla High Court of Justice (England and Wales) di essere autorizzata a presentare un ricorso giurisdizionale.

La High Court of Justice consentiva all'Università di procedere in via giudiziale, stante il fatto che quest'ultima aveva sollevato una questione interpretativa delle sopra citate direttive, e conseguentemente il 21 luglio 1998 tale Corte sospendeva il procedimento sottoponendo alcuni quesiti alla Corte di giustizia, tutti inerenti all'interpretazione dell'art. 1 delle direttive oggetto di causa, nella parte in cui, nel definire l'organismo di diritto pubblico, prevedono il finanziamento in modo maggioritario da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico.

A seguito del rinvio pregiudiziale esercitato dalla High Court of Justice, la Corte di giustizia ha rilevato:

«18. Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, per «organismo di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (primo trattino), dotato di personalità giuridica (secondo trattino) 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, o ancora 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 (terzo trattino).

19. Nella causa a qua, è incontestato che l'Università soddisfa le due condizioni poste dall'art. 1, lett. b), secondo comma, rispettivamente primo e secondo trattino, delle succitate direttive. Pertanto, l'inclusione dell'Università nell'elenco previsto dall'allegato I della direttiva 93/37 dipende unicamente dalla risposta che si debba dare al quesito se la detta Università sia «finanziata in modo maggioritario» da una o più amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del terzo trattino della norma predetta.

20. Quanto alle condizioni, tra loro alternative, stabilite dall'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, risulta dal punto 20 della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a. che ciascuna di esse riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico. Di conseguenza, la norma predetta definisce le tre forme sotto le quali si può presentare un organismo di diritto pubblico come tre varianti di «stretta dipendenza» nei confronti di un'altra amministrazione aggiudicatrice.

21. Se da un lato la forma di finanziamento di un dato organismo può essere rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice, dall'altro bisogna però constatare come tale criterio non abbia valore assoluto. Non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza. Soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come «finanziamento pubblico».

22. Ne consegue che prestazioni del tipo contemplato al punto a) della prima questione pregiudiziale, consistenti in sovvenzioni o finanziamenti concessi al fine di promuovere lavori di ricerca, devono essere considerate come finanziamento erogato da un'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, anche nel caso in cui beneficiario di tale finanziamento non dovesse essere l'Università medesima, bensì un soggetto che ne faccia parte in qualità di prestatore di servizi, si tratterebbe di un finanziamento che torna a vantaggio dell'istituzione nel suo insieme nell'ambito delle sue attività di ricerca.

23. In questa stessa prospettiva, i contributi per borse di studio di cui al punto d) della prima questione possono essere qualificati come «finanziamento pubblico». Tali erogazioni di somme, infatti, costituiscono provvedimenti a carattere sociale istituiti a vantaggio di taluni studenti che da soli non sono in grado di sostenere l'onere di spese di istruzione talvolta assai elevate. Poiché tali erogazioni sono svincolate da una controprestazione contrattuale, occorre considerarle come rientranti in un finanziamento concesso da un'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito delle sue attività nel settore della pubblica istruzione.

24. Diversa è invece la situazione nel caso delle fonti di finanziamento indicate ai punti b) e c) della prima questione pregiudiziale formulata con l'ordinanza di rinvio. Le somme versate da una o più amministrazioni aggiudicatrici costituiscono in questo caso il corrispettivo di prestazioni contrattuali fornite dall'Università, quali la realizzazione di determinate ricerche o l'organizzazione di seminari e conferenze. Poco importa, a questo proposito, che tali attività a carattere commerciale si confondano, eventualmente, con le attività di insegnamento e di ricerca dell'Università. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice ha un interesse economico all'esecuzione della prestazione [...]».

1 febbraio 2001, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, causa 237/99, ECLI:EU:C:2001:70.

Il 24 giugno 1999 la Commissione giungeva a proporre un ricorso alla Corte di giustizia chiedendo che fosse dichiarata l'inottemperanza della Repubblica francese agli obblighi previsti dalla direttiva del Consiglio 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori.

Più nel dettaglio, la Commissione contestava che la Repubblica francese non avesse rispettato detta normativa nell'ambito di svariate procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la costruzione di alloggi e bandite da enti pubblici per la pianificazione e l'edilizia (ossia, gli offices publics d'aménagement et de construction, ovvero anche solo OPAC) e da società per azioni per l'edilizia popolare (sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, ovvero anche solo SA HLM).

Il ricorso presentato dalla Commissione prendeva in considerazione tre specifiche procedure di aggiudicazione, poste in essere dagli OPAC di Parigi e di Val-de-Marne, oltre che dalla SA HLM Logirel.

La tesi su cui si fondava detto ricorso si concentrava sostanzialmente sulla natura degli OPAC e delle SA HLM. Infatti, da un lato la Commissione sosteneva che gli OPAC andassero considerati organismi di diritto pubblico, stante la soddisfazione delle tre condizioni di cui all'art. 1, lett. b),

comma secondo, della direttiva 93/37; dall'altro, riteneva che per le SA HLM risultasse rispettato il criterio delle esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, così come quello relativo al controllo della gestione da parte del potere pubblico.

Il Governo francese, senza contestare il fatto che gli OPAC e le SA HLM soddisfassero i primi due elementi indicati dalla nozione di organismo di diritto pubblico, di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della menzionata direttiva, riteneva non sussistente il terzo requisito ivi previsto, attinente al controllo della gestione, dal momento che definiva detto controllo di tipo amministrativo e non sulla gestione o sugli investimenti.

La Corte, a seguito del ricorso, ha osservato:

«47. Per quanto riguarda le SA HLM, è pacifico, e il governo francese del resto non lo contesta, che esse soddisfano esigenze di interesse generale, che non hanno carattere industriale o commerciale, e che sono dotate di personalità giuridica.

48. Quanto alla terza condizione che caratterizza un organismo di diritto pubblico, occorre esaminare se i diversi controlli ai quali le SA HLM sono soggette creino una dipendenza di queste ultime riguardo ai poteri pubblici, che permetta a questi ultimi d'influenzare le loro decisioni in materia di appalti pubblici.

49. Come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, dato che il controllo sulla gestione ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva costituisce uno dei tre criteri menzionati da tale disposizione, esso deve creare una dipendenza riguardo ai poteri pubblici equivalente a quella che esiste allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto, vale a dire il finanziamento che provenga in modo maggioritario dai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di più della metà dei membri che compongono gli organi dirigenti della SA HLM.

50. A tal proposito occorre constatare, da un lato, come ha fatto l'avvocato generale ai paragrafi 53-64 delle sue conclusioni, che, sebbene le SA HLM siano società commerciali, la loro attività è tuttavia disciplinata molto severamente.

51. Infatti, l'art. L. 411-1 del codice definisce le loro attività in termini generali e dispone che le caratteristiche tecniche e i prezzi siano stabiliti con decisione amministrativa. Ai sensi dell'art. R. 422-1 del codice, lo statuto delle SA HLM deve contenere clausole conformi alle clausole tipo riprodotte in allegato al detto codice, clausole che sono molto particolareggiate, segnatamente riguardo all'oggetto sociale di tali enti.

52. Orbene, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 67 delle sue conclusioni, dal momento che le norme sulla gestione sono molto particolareggiate, la semplice sorveglianza del loro rispetto può, da sola, portare a conferire un'influenza importante ai pubblici poteri.

54. Inoltre, occorre rammentare il potere che detiene il Ministro incaricato dell'edilizia e della politica abitativa, in forza dell'art. L. 422-7 del codice, di disporre lo scioglimento di una SA HLM e di nominare un liquidatore, così come il suo potere di sospendere gli organi dirigenti e di nominare un amministratore provvisorio, che gli è conferito dall'art. L. 422-8 del detto codice.

55. Tali poteri sono previsti per casi di gravi irregolarità, di colpa grave nella gestione o di carenza del consiglio d'amministrazione o del direttivo e del consiglio di vigilanza. Come ha osservato l'avvocato generale ai paragrafi 72-75 delle sue conclusioni, i due ultimi casi di intervento dell'amministrazione rientrano nella politica di gestione della società interessata e non nel semplice controllo della regolarità.

56. Inoltre, anche ammettendo che, come sostenuto dal governo francese, l'esercizio dei poteri conferiti al ministro competente dalle dette disposizioni rimanga effettivamente eccezionale, esso implica ciò nondimeno un controllo permanente che da solo permette la scoperta di colpe gravi o di carenze da parte degli organi dirigenti.

57. Inoltre, emerge dagli artt. L. 423-1 e L. 423-2 del codice che il Ministro incaricato dell'edilizia e della politica abitativa può imporre alle SA HLM un profilo di gestione determinato sia costringendole a un minimo di dinamismo, sia limitandone la loro attività considerata eccessiva.

58. Infine occorre osservare che la commissione interministeriale di ispezione per l'edilizia popolare, istituita dal decreto n. 93-236, può essere incaricata, oltre che dei controlli su documenti e in loco delle operazioni degli organismi per l'edilizia popolare, di studi, di verifiche contabili o di valutazioni nel settore dell'edilizia popolare e può formulare proposte sul seguito da dare alle sue relazioni ispettive. Essa si accerta altresì dell'attuazione da parte delle persone controllate delle misure adottate dai ministri da cui essa dipende.

59. Deriva da tutte le disposizioni menzionate ai punti 51-58 della presente sentenza che la gestione delle SA HLM è soggetta al controllo dei pubblici poteri, che permette loro di influenzare le decisioni di queste ultime in materia di appalti pubblici.

60. Di conseguenza le SA HLM che soddisfano parimenti almeno uno dei tre criteri alternativi menzionati all'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva soddisfano così le tre condizioni che caratterizzano un organismo di diritto pubblico ai sensi di quest'ultima e sono amministrazioni aggiudicatrici [...]».

15 maggio 2003, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, causa 214/00, ECLI:EU:C:2003:276.

Tra la Commissione delle Comunità europee e il Regno di Spagna sorgeva una controversia riguardante la trasposizione da parte del secondo della direttiva 89/665/CEE, che appresta una disciplina di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

In particolare, Governo spagnolo provvedeva a comunicare alla Commissione i testi delle leggi con cui era stata trasposta nell'ordinamento interno la direttiva sopra citata. Si trattava della Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ossia, la legge sulla giurisdizione del contenzioso amministrativo) del 27 dicembre 1956, della Ley de Procedimiento Administrativo (la

legge sulla procedura amministrativa) del 18 luglio 1958, della Ley de Contratos del Estado (la legge sugli appalti pubblici) e della Costituzione spagnola.

La Commissione, comunicava che tale trasposizione doveva considerarsi inadeguata, stante il fatto che la normativa nazionale non coincideva con quella dettata dalla direttiva. Il Governo spagnolo, a sua volta, ribatteva sostenendo il contrario.

Successivamente, in occasione della comunicazione da parte delle autorità spagnole alla Commissione delle leggi 29/1998 e 4/1999, la Commissione, confermando la propria posizione, decideva che il Regno di Spagna era inadempiente circa gli obblighi derivanti dalla direttiva 89/665, e in conseguenza di ciò notificava allo stesso un parere motivato, invitandolo a porre fine a tale situazione entro il termine di due mesi. A tale parere il Governo spagnolo rispondeva ribadendo la propria tesi contraria, costringendo così la Commissione a ricorrere alla Corte di giustizia.

La Corte ha affermato:

«51. Ne consegue che, al fine di determinare se la normativa spagnola adottata per l'attuazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 garantisca un'esatta trasposizione della nozione di «amministrazioni aggiudicatrici» contenuta in tale articolo, si deve fare riferimento alla definizione di tale nozione e, più dettagliatamente, a quella di «organismo di diritto pubblico» impiegata, in termini sostanzialmente identici, all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.

52. La Corte ha già precisato, con riguardo all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, che, per poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione, un organismo deve possedere i tre requisiti cumulativi ivi enunciati, ossia deve essere un organismo istituito per soddisfare specificatamente 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 (sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punti 20 e 21).

53. Inoltre, la Corte in diverse occasioni ha statuito che, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di «organismo di diritto pubblico» dev'essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, sentenze 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punti 41-43, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punti 51-53). La Corte ha anche precisato che, rispetto a tale duplice scopo, la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata estensivamente (sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, Racc. pag. I-1931, punto 43).

54. Seguendo tale orientamento, al fine di risolvere la questione dell'eventuale qualificazione come organismi di diritto pubblico di vari enti di diritto privato, la Corte, seguendo una giurisprudenza costante, si è limitata a verificare se tali organismi soddisfacessero le tre condizioni cumulative di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, ritenendo indifferente a tal fine la forma di costituzione degli organismi interessati (v., in tal senso, in particolare, sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit., punti 6 e 29; 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punti 61 e 62, e Commissione/Francia, cit., punti 50 e 60).

55. Dai principi così affermati dalla giurisprudenza della Corte emerge che il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 e, pertanto, dell'art. 1, n.1, della direttiva 89/665 [...]».

13 dicembre 2007, *Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen c. GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, causa 337/06, ECLI:EU:C:2007:786.

La sezione competente per gli appalti pubblici dell'Oberlandesgericht Düsseldorf interpellava la Corte di giustizia, sottoponendole alcuni quesiti inerenti all'interpretazione della direttiva 92/50/CEE, art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, prima ipotesi, nonché lett. a), iv), relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Il rinvio pregiudiziale si rendeva necessario a seguito di una controversia vertente sull'estensibilità della disciplina comunitaria degli appalti pubblici agli organismi pubblici radiotelevisivi tedeschi.

Infatti, la Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, società operante nel campo delle pulizie, ricorreva alla Bezirksregierung Köln (sezione appalti pubblici), lamentando il mancato rispetto da parte della Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (centrale per la riscossione dei canoni creata dagli organismi radiotelevisivi pubblici) della disciplina comunitaria sulle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

Successivamente, a seguito dell'accoglimento del ricorso da parte di tale organo giurisdizionale, gli organismi radiotelevisivi proponevo appello all'Oberlandesgericht Düsseldorf - sezione appalti pubblici, eccependo la propria natura di amministrazioni aggiudicatrici, stante l'assenza di controllo pubblico e dal momento che l'unico finanziamento degli stessi era costituito dai canoni pagati dai telespettatori.

L'Oberlandesgericht Düsseldorf, nonostante avesse da una parte rilevato che gli organismi radiotelevisivi presentavano i requisiti della personalità giuridica e delle esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e dall'altra che essi non erano soggetti a un controllo pubblico, evidenziava il dubbio circa il requisito del finanziamento da parte dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche. Pertanto, tale giudice decideva di sospendere il procedimento, sottoponendo alla Corte di giustizia alcune questioni riguardanti l'interpretazione del requisito del finanziamento statale, di cui all'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

La Corte ha riscontrato:

«32. La detta questione, la Corte è invitata a interpretare la nozione di «attività (...) finanziata in modo maggioritario dallo Stato» o da altro ente pubblico, contenuta nell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, prima ipotesi, della direttiva 92/50, al fine di accertare se tale requisito sia soddisfatto qualora le attività di organismi radiotelevisivi pubblici come quelli di cui alla causa principale siano finanziati in modo maggioritario mediante l'imposizione di un canone, calcolato e riscosso secondo una disciplina come quella di cui alla causa principale.

33. Si deve anzitutto osservare che, per quanto riguarda il carattere «maggioritario» del finanziamento, è pacifico che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale requisito è in questo caso soddisfatto, dal momento che gli introiti degli organismi radiotelevisivi pubblici in questione provengono per più della metà dal canone di cui alla causa principale (v., in tal senso, sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 30).

34. Occorre poi rilevare che la formulazione dell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, prima ipotesi, della direttiva 92/50 non contiene alcuna precisazione sulle modalità secondo le quali deve essere effettuato il finanziamento oggetto di tale disposizione. Pertanto, in particolare, quest'ultima non impone che l'attività degli organismi considerati sia finanziata direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico affinché sia soddisfatta la relativa condizione. L'esame delle modalità di finanziamento non deve quindi limitarsi a quelle cui fanno riferimento diverse parti interessate nella presente causa.

41. A questo proposito, si deve anzitutto rilevare che il canone che garantisce il finanziamento maggioritario dell'attività degli organismi in questione trae origine dalla convenzione sulla radiodiffusione, cioè da un atto dello Stato. Detto canone è previsto e imposto dalla legge e non deriva da una transazione contrattuale conclusa tra tali organismi e i consumatori. L'assoggettamento al detto canone è generato dal mero fatto della detenzione di un apparecchio ricevente e non costituisce la contropartita del godimento effettivo dei servizi forniti dagli organismi in questione.

42. Si deve poi osservare che la determinazione dell'importo del canone non è neanch'essa il frutto di una relazione contrattuale tra gli organismi radiotelevisivi di cui alla causa principale e i consumatori. In conformità alla convenzione sul finanziamento degli enti radiotelevisivi, tale importo è stabilito da una decisione formale dei parlamenti e dei governi dei Länder, adottata sulla base di un rapporto elaborato dalla KEF in funzione dei fabbisogni finanziari dichiarati dai medesimi organismi. Pur rispettando il principio di libertà della radiodiffusione, i parlamenti e i governi dei Länder possono disattendere le raccomandazioni della KEF, per motivi tuttavia limitati, cioè qualora l'ammontare del canone costituisca per i consumatori un onere finanziario sproporzionato rispetto alla situazione economica e sociale complessiva, idoneo a pregiudicare il loro accesso all'informazione (v. sentenza 11 settembre 2007 del Bundesverfassungsgericht, BvR 2270/05, BvR 809/06 e BvR 830/06).

43. Anche nell'ipotesi in cui i parlamenti e i governi dei Länder dovessero seguire senza modifiche le raccomandazioni della KEF, tale meccanismo di determinazione dell'importo del canone sarebbe pur sempre stabilito dallo Stato, che avrebbe così delegato ad una commissione di esperti determinate potestà di imperio.

44. Riguardo alle modalità di riscossione del canone, emerge dalla convenzione sul canone che la riscossione di quest'ultimo è effettuata dalla GEZ che agisce, per conto degli organismi radiotelevisivi pubblici, mediante avvisi di accertamento, cioè con un atto di imperio. Allo stesso modo, in caso di mora del pagamento, i solleciti sono oggetto di procedura amministrativa di esecuzione, dato che l'organismo radiotelevisivo pubblico interessato, in quanto creditore, può direttamente inoltrare all'ufficio competente la richiesta di esecuzione forzata. Pertanto, gli organismi in questione godono a questo proposito di potestà di imperio.

45. Le risorse così assegnate ai detti organismi sono, ai sensi della giurisprudenza della Corte, versate senza controprestazione specifica (v., in tal senso, sentenza University of Cambridge, cit., punti 23-25). Infatti, nessuna controprestazione contrattuale è collegata a tali versamenti, dal momento che né l'assoggettamento al canone, né il relativo importo costituiscono l'esito di un accordo tra gli organismi radiotelevisivi pubblici e i consumatori, i quali sono obbligati a versare il canone per la sola ragione di detenere un apparecchio ricevente, indipendentemente dall'utilizzo del servizio offerto dai detti organismi. Di conseguenza, i consumatori devono saldare il canone anche qualora non abbiano mai fatto ricorso ai servizi di tali organismi.

48. Occorre dunque concludere che un finanziamento come quello di cui alla causa principale, che è originato da un atto dello Stato, è garantito da quest'ultimo ed è assicurato attraverso un sistema impositivo e di riscossione che rientra nell'ambito delle potestà di imperio, soddisfa il requisito del «finanziamento statale», ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici [...]».

11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*, causa 300/07, ECLI:EU:C:2009:358.

Nel giugno 2006 l'ente pubblico AOK Rheinland/Hamburg, una cassa pubblica di assicurazione malattia, invitava i tecnici ortopedisti a presente le proprie offerte per la gestione del servizio di confezionamento e la fornitura di calzature.

Tra gli offerenti vi era la Hans & Christophorus Oymanns Gbr, Orthopädie Schuhtechnik, una impresa attiva nella produzione di articoli ortopedici. Quest'ultima, dopo aver presentato la propria offerta, proponeva ricorso lamentando la mancata osservanza da parte della AOK Rheinland/Hamburg delle norme comunitarie e nazionali sugli appalti pubblici.

L'ente pubblico rispondeva sostenendo di non essere tenuto a conformarsi a tali disposizioni, stante la non applicabilità delle stesse al caso di specie.

A seguito dell'accoglimento della tesi della cassa pubblica di assicurazione malattia da parte del giudice di prime cure, la Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik adiva la Corte d'appello di Düsseldorf (sezione appalti), il quale, una volta accertata la sussistenza dei requisiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma dell'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18/CE, sollevava dubbi relativamente al requisito previsto dalla lettera c) del medesimo articolo.

A tal fine, il giudice d'appello sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia, chiedendo, tra l'altro, di chiarire se le casse di assicurazione malattia tedesche fossero considerabili amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva 2004/18.

Di conseguenza, la Corte di giustizia ha osservato:

«41. Per risolvere tale questione va innanzitutto affrontata la questione preliminare latente che emerge dalla motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale e dalla problematica ivi illustrata dal giudice del rinvio, cioè se la circostanza che le casse pubbliche di assicurazione malattia oggetto della causa principale siano espressamente menzionate nell'allegato III della direttiva 2004/18 costituisca un elemento sufficiente affinché esse siano, solo per questo, considerate organismi di diritto pubblico e, quindi, amministrazioni aggiudicatrici.

42. La ricorrente nella causa principale nonché la Commissione delle Comunità europee adducono in proposito che il semplice fatto che un'entità sia menzionata nell'annesso III della direttiva 2004/18 è requisito sufficiente ai fini della qualifica di tale entità come organismo di diritto pubblico. Una simile menzione costituirebbe una presunzione inoppugnabile di detta qualifica, che renderebbe superfluo ogni esame supplementare della natura e delle caratteristiche dell'entità di cui trattasi.

43. Tale impostazione non può essere condivisa.

44. Infatti, dall'art. 234, primo comma, lett. b), CE risulta che un giudice nazionale può, in qualsiasi momento, interrogare la Corte sulla validità di un atto compiuto dalle istituzioni della Comunità europea, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione della Corte su questo punto.

45. Al riguardo occorre sottolineare che la normativa comunitaria in questione, ossia la direttiva 2004/18, contiene sia norme sostanziali, come l'art. 1, n. 9, secondo comma, che enuncia i requisiti ai quali un organismo deve rispondere per essere considerato un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tale direttiva, sia misure di attuazione delle predette norme sostanziali, come la previsione, nell'allegato III, di un elenco non esaustivo di organismi pubblici che si suppone soddisfino detti requisiti. In tale contesto spetta al giudice comunitario, allorché è investito di una domanda motivata in tal senso da parte di un giudice nazionale, assicurarsi che l'atto comunitario di cui trattasi sia dotato di coerenza interna, verificando se il fatto che un dato organismo figura in tale elenco rappresenti una corretta applicazione dei criteri sostanziali definiti nella disposizione succitata. Questo intervento da parte della Corte è necessario ai fini della certezza del diritto, che costituisce un principio generale del diritto comunitario.

46. Nel caso di specie, il giudice del rinvio solleva, ancorché in modo non esplicito, una questione di validità dell'inclusione delle casse pubbliche di assicurazione malattia oggetto della causa principale nell'allegato III della direttiva 2004/18. Esso espone le divergenze che esistono in Germania nella giurisprudenza e nella dottrina in merito alla questione se tale inclusione configuri un requisito sufficiente ed esclusivo ai fini della qualifica delle predette casse malattia quali organismi di diritto pubblico e lascia altresì chiaramente intendere i propri dubbi al riguardo. Per questi motivi detto giudice formula la sua prima questione sotto il profilo dei requisiti sostanziali previsti dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), della direttiva 2004/18.

49. Come emerge dalla decisione di rinvio, nel caso in esame i requisiti stabiliti dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. a) e b), della direttiva 2004/18 sono soddisfatti. Infatti, le casse pubbliche di assicurazione malattia di cui trattasi sono persone giuridiche di diritto pubblico, sono state istituite per legge al fine di soddisfare specificamente esigenze collegate alla salute pubblica, che sono esigenze di interesse generale, e tali esigenze hanno un carattere non industriale o commerciale, dato che i servizi sono prestati dalle predette casse malattia senza scopo di lucro. Resta quindi da esaminare se nel caso di specie sia soddisfatto almeno uno dei requisiti alternativi previsti dalle tre ipotesi indicate dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), di tale direttiva e, in primo luogo, quello relativo al finanziamento maggioritario da parte dello Stato.

52. Si deve rilevare, in primo luogo, che il finanziamento delle casse pubbliche di assicurazione malattia di cui trattasi nella causa principale è garantito, conformemente alla normativa nazionale pertinente, mediante i contributi degli affiliati, versamenti diretti delle autorità federali e pagamenti compensativi tra dette casse malattia, conseguenti al sistema di perequazione dei rischi tra esse. I contributi obbligatori degli assicurati rappresentano il finanziamento di gran lunga maggioritario delle predette casse malattia.

55. In quarto luogo, occorre sottolineare che la fissazione del tasso di contribuzione da parte delle casse pubbliche di assicurazione malattia necessita, in ogni caso, dell'autorizzazione dell'autorità pubblica di sorveglianza di ciascuna di esse. Pertanto il suddetto tasso, secondo la formulazione impiegata dal giudice del rinvio, è entro certi limiti giuridicamente imposto. Infine, per quanto attiene alle altre fonti di introiti delle casse malattia, i versamenti diretti delle autorità federali, benché di per sé di minore importanza, costituiscono senza dubbio un finanziamento diretto da parte dello Stato.

56. Per quanto concerne, da ultimo, le modalità di riscossione dei contributi, dalla decisione di rinvio emerge che, in pratica, la quota degli stessi a carico dell'assicurato viene trattenuta dalla sua busta paga dal datore di lavoro e viene versata alla cassa pubblica di assicurazione malattia competente insieme alla parte dei contributi a carico di quest'ultimo. La riscossione dei contributi, quindi, ha luogo senza alcuna possibilità di intervento ad opera dell'assicurato. Il giudice del rinvio rileva a tal riguardo che la riscossione dei contributi è effettuata in modo obbligatorio, in base a norme di diritto pubblico.

57. Pertanto, alla stregua delle conclusioni cui è pervenuta la Corte nel punto 48 della citata sentenza Bayerischer Rundfunk e a., si deve dichiarare che un finanziamento come quello di cui alla causa principale di un sistema pubblico di assicurazione malattia, avente la sua fonte in atti dello Stato, garantito in pratica dai pubblici poteri ed assicurato per mezzo di un sistema di riscossione dei relativi contributi disciplinato da norme di diritto pubblico, soddisfa il requisito relativo al finanziamento maggioritario da parte dello Stato ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

58. Alla luce di tale conclusione e considerato il carattere alternativo dei requisiti posti dall'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), della direttiva 2004/18, non occorre esaminare se

nella fattispecie in esame sia soddisfatto il requisito attinente al controllo della gestione delle casse pubbliche di assicurazione malattia da parte dei pubblici poteri [...]».

1.3 Casistica

16 ottobre 2003, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, causa 283/00, ECLI:EU:C:2003:544.

La SIEPSA, società statale costituita a seguito della decisione del Consiglio dei Ministri, adottata il 21 febbraio 1992, e avente quale scopo sociale lo sviluppo e l'esecuzione dei programmi e delle azioni per la chiusura e la creazione di centri penitenziari, bandiva una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori da eseguire per il Centro educativo penitenziario sperimentale di Segovia.

Tuttavia, la Commissione, a seguito della ricezione di una denuncia relativa a tale procedimento, comunicava alle autorità spagnole la mancata osservanza di svariate disposizioni della direttiva 93/37.

Il Regno di Spagna rispondeva alla comunicazione della Commissione rilevando l'erronea considerazione della SIEPSA quale amministrazione aggiudicatrice tenuta all'osservanza delle citata normativa comunitaria.

La Commissione, sostenendo la tesi contraria, provvedeva a inviare una diffida alle autorità spagnole, onerandole di conformarsi alle disposizioni della direttiva citata. Tuttavia, il Regno di Spagna rispondeva ribadendo che la SIEPSA era regolata esclusivamente dalle norme di diritto privato.

Ritenendo insufficiente detta risposta, la Commissione emanava un parere motivato, in cui rilevava l'inosservanza degli obblighi derivanti dalle disposizioni della direttiva 93/37 da parte del Regno di Spagna nel bandire una gara per l'aggiudicazione di un appalto, cui seguiva una nuova risposta del governo spagnolo contraria a tale impostazione.

Conseguentemente, la Commissione proponeva ricorso alla Corte di giustizia, la quale a tal precipuo fine ha affermato:

«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.

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).

84. E' 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. E' 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.

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 [...]».

27 febbraio 2003, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, causa 373/00, ECLI:EU:C:2003:110.

Il Vergabekontrollsenat des Landes Wien (la commissione di controllo delle aggiudicazioni del Land di Vienna) il 14 settembre 2000 rivolgeva in via pregiudiziale alla Corte di giustizia alcuni quesiti riguardanti l'interpretazione dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36/CEE, disciplinante il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

Le questione sottoposte alla Corte di giustizia sorgevano a seguito di una controversia instaurata tra la Adolf Truley GmbH e la Bestattung Wien GmbH.

Fino al 1999 a Vienna i servizi mortuari e di pompe funebri venivano esercitati dalla Wiener Bestattung (le Pompe funebri di Vienna), ossia da una impresa facente parte delle Aziende comunali

di Vienna (le Wiener Stadtwerke), la quale spesso bandiva delle gare d'appalto per lo svolgimento delle proprie attività.

Nel dicembre 1998, a seguito della decisione del Consiglio comunale di Vienna di dissociare le Aziende comunali, veniva costituita una nuova società partecipata al 100% dalla città di Vienna: la Wiener Stadtwerke Holding AG, composta da sei succursali. Una di esse, la Bestattung Wien promuoveva un procedimento per l'affidamento di un appalto di fornitura di equipaggiamenti per bare.

La Adolf Truley GmbH partecipava alla gara, presentando la propria offerta, ma la società neocostituita la informava del fatto che, a causa dell'elevato prezzo richiesto nell'offerta, non le era stato assegnato l'appalto.

Successivamete, la Truley ricorreva al Vergabekontrollsenat des Landes Wien, avviando un procedimento di verifica dell'aggiudicazione dell'appalto. In detto procedimento si discuteva circa l'applicabilità alla Bestattung Wien della sopra menzionata direttiva 93/36, oltre che del Wiener Landesvergabegesetz (la legge del Land di Vienna sull'aggiudicazione degli appalti pubblici).

Il Vergabekontrollsenat des Landes Wien decideva di sospendere il procedimento e di rimettere la causa alla Corte di giustizia, stante la necessità di interpretare la nozione di amministrazione aggiudicatrice presente all'art. 1, lett. b), della citata direttiva.

La Corte di giustizia ha rilevato:

«34. L'art. 1, lett. b), secondo comma, della suddetta direttiva si limita a precisare che siffatti bisogni di interesse generale devono essere privi di carattere industriale o commerciale, laddove da una lettura complessiva di tale norma emerge che il soddisfacimento di detti bisogni aventi carattere non industriale o commerciale è una condizione necessaria, ma non sufficiente, per qualificare un determinato organismo come «organismo di diritto pubblico» e, pertanto, come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva 93/36. Infatti, per rientrare in quest'ultima direttiva tale organismo deve essere anche dotato della personalità giuridica e dipendere strettamente, quanto a modalità di finanziamento, di gestione e di controllo, dallo Stato, da enti locali o da altri organismi di diritto pubblico [v., a proposito del carattere cumulativo delle condizioni menzionate, in termini identici, all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/97, sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit., punti 21 e 38; BFI Holding, cit., punto 29; 1. febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 40, e 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior, Racc. pag. I-3605, punto 26].

50. Si deve osservare che la Corte ha già statuito che in genere 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. citate sentenze BFI Holding, punti 50 e 51, e Agorà e Excelsior, punto 37).

51. Orbene, non si può contestare che i servizi mortuari e di pompe funebri possono essere considerati come servizi rispondenti effettivamente a un bisogno di interesse generale.

52. Da una parte, infatti, tali attività sono connesse all'ordine pubblico in quanto lo Stato ha un manifesto interesse ad esercitare un rigoroso controllo sul rilascio di certificati quali i certificati di nascita e di decesso.

53. D'altra parte, evidenti motivi di igiene e sanità pubblica possono giustificare il fatto che lo Stato conservi, su tali attività, un'influenza determinante e adotti misure come quelle previste dall'art. 10, n. 1, del WLBG, qualora i funerali non siano stati organizzati entro un determinato termine successivo al rilascio del certificato di decesso. L'esistenza stessa di una tale disposizione rappresenta pertanto effettivamente un indizio del fatto che le attività di cui trattasi possono soddisfare un bisogno di interesse generale.

58. Con la seconda questione il giudice a quo cerca di accertare se i servizi mortuari e di pompe funebri rispondano a un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale, ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36. Avendo rilevato, a tale proposito, che in Austria esistono oltre 500 imprese attive nell'ambito delle pompe funebri ma che, stando a quanto sostenuto dalla ricorrente nella causa principale, la concorrenza è inesistente sul mercato locale di Vienna, il giudice a quo chiede, in sostanza, se l'esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale o se in ogni fattispecie occorra tener conto della situazione di fatto e di diritto pertinente.

59. A tale riguardo, è sufficiente rammentare che, adita per un'analoga questione, la Corte ha statuito, al punto 47 della citata sentenza BFI Holding, che la mancanza di concorrenza non costituisce una condizione necessaria ai fini della definizione di un organismo di diritto pubblico. Infatti, pretendere che non vi siano imprese private che possano soddisfare i bisogni per i quali è stato creato un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico prevista, in particolare, all'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36 (v., in tal senso, sentenza BFI Holding, cit., punto 44).

67. Infine, con la terza questione, il giudice a quo si interroga sulla portata del criterio figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva 93/36, relativo al controllo della gestione dell'organismo interessato da parte dello Stato, degli enti locali o di altri organismi di diritto pubblico. Esso mira ad accertare, in particolare, se tale criterio ricorra nell'ipotesi di un mero controllo a posteriori esercitato sulla gestione dell'organismo di cui trattasi.

68. A tale proposito, basti rammentare che dalla giurisprudenza della Corte (v. in particolare citate sentenze University of Cambridge, punto 20, e Commissione/Francia, punto 44) che ciascuno dei criteri alternativi che figurano all'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, delle direttive 92/50,

93/36 e 93/37 riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico.

69. Per quanto riguarda, in particolare, il criterio relativo al controllo della gestione, la Corte ha statuito che il suddetto controllo deve creare una dipendenza nei confronti dei poteri pubblici equivalente a quella che esiste allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto, vale a dire il finanziamento che provenga in modo maggioritario dai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di una maggioranza dei membri che costituiscono l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale organismo, che permetta ai poteri pubblici d'influenzare le decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici (v. citata sentenza Commissione/Francia, punti 48 e 49).

70. Alla luce di tale giurisprudenza, sembra non potersi considerare che il criterio del controllo e della gestione è soddisfatto nel caso di un mero controllo a posteriori perché, per definizione, un tale controllo non consente alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato in materia di appalti pubblici.

74. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si deve risolvere la terza questione nel senso che un mero controllo a posteriori non soddisfa il criterio del controllo della gestione figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva 93/36. Soddisfa per contro detto criterio una situazione in cui, da un lato, le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità e, dall'altro, le4 stesse autorità sono autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche a un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi [...]».

10 aprile 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH, causa 393/06, ECLI:EU:C:2008:213.

Nel gennaio del 1969 veniva costituita dalla Città di Vienna la Fernwärme Wien, una impresa avente quale scopo principale la fornitura di teleriscaldamento ad abitazioni, uffici pubblici e privati, oltre che a imprese, e la pianificazione generale dei sistemi di refrigerazione per progetti immobiliari di grandi dimensioni.

La proprietà pubblica comportava il potere della Città di Vienna di nominare e di revocare i gestori e i membri del collegio sindacale e di controllare la gestione economica e finanziaria di detta impresa.

Nel marzo del 2006 tale impresa pubblica avviava una gara di appalto per la realizzazione di un impianto di refrigerazione da inserire in un complesso di uffici commerciali a Vienna. A seguito della esclusione dell'offerta presentata dalla Ing. Aigner, quest'ultima impugnava tale decisione dinnanzi al Vergabekontrollsenat des Landes Wien, rilevando il mancato rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici da parte della Fernwärme Wien.

Il giudice nazionale, pur sostenendo che all'attività svolta da tale impresa pubblica si applicasse la direttiva 2004/17 (sul coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti fornitori di servizi di trasporto e di servizi postali), rilevava come le attività relative agli impianti di refrigerazione esulassero dall'ambito di applicazione di tale direttiva. A tal fine, detto giudice si domandava se dovesse trovare applicazione la c.d. "teoria del contagio", per cui qualora un'attività di un organismo sia soggetta alle direttive in materia di appalti pubblici anche tutte le altre attività dello stesso si considerano soggette a tali direttive, indipendentemente dal loro eventuale carattere industriale o commerciale.

Conseguentemente, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien sopendeva il procedimento, rimettendo alla Corte di giustizia la soluzione di alcune questioni interpretative. In particolare, per ciò che qui rileva sottolineare, il giudice austriaco chiedeva alla Corte di accertare la natura di organismo di diritto pubblico della Fernwärme Wien, alla luce delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativamente all'attività di teleriscaldamento da essa posta in essere.

La Corte di giustizia ha osservato:

«19. Il giudice del rinvio rileva che le attività della Fernwärme Wien relative alla gestione di una rete fissa di teleriscaldamento rientrano inequivocabilmente nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17. Per contro, le sue attività relative agli impianti di refrigerazione non rientrano nel campo di applicazione di tale direttiva. Si domanda pertanto se anche queste ultime attività rientrino nelle disposizioni della detta direttiva, in applicazione, mutatis mutandis, dei principi sviluppati nella sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, in particolare punti 25 e 26), approccio che in dottrina viene comunemente denominato «teoria del contagio». Conformemente all'interpretazione fornita dal giudice del rinvio di tale sentenza, qualora una delle attività di un organismo rientri nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, tutte le altre attività di tale organismo, a prescindere dal loro eventuale carattere industriale o commerciale, rientrano anche esse nelle direttive in tale materia.

25. Per quanto riguarda, in primo luogo, gli enti cui si applicano le rispettive disposizioni delle dette direttive, va constatato che, a differenza della direttiva 2004/18 che, in forza del suo art. 1, n. 9, primo comma, si applica alle «amministrazioni aggiudicatrici», gli enti contemplati dalla direttiva 2004/17 sono denominati, all'art. 2, «enti aggiudicatori». Dal medesimo art. 2, n. 2, lett. a) e b), risulta che quest'ultima direttiva si applica non solo agli enti aggiudicatori che sono «amministrazioni aggiudicatrici», ma anche a quelli che sono «pubbliche imprese» o imprese che beneficiano di «diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro», nella misura in cui tutti questi enti esercitano una delle attività di cui agli artt. 3-7 della detta direttiva.

26. In secondo luogo, dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori

della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata «direttiva generale».

27. Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente.

28. Le frontiere tra gli ambiti di applicazione di queste due direttive sono altresì tracciate da disposizioni esplicite. Così, l'art. 20, n. 1, della direttiva 2004/17 dispone che questa non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori assegnano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli artt. 3-7 della medesima direttiva. A tale disposizione corrisponde, nella direttiva 2004/18, l'art. 12, primo comma, il quale dispone che tale direttiva non si applica agli appalti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici, che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, aggiudicano per tali attività.

29. Pertanto, il campo di applicazione della direttiva 2004/17 è strettamente circoscritto, il che non consente che le procedure ivi istituite vengano estese oltre tale campo di applicazione.

30. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva 2004/17, dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a.. Tale sentenza è stata pronunciata dalla Corte nel contesto della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 199, pag. 54), cioè in un settore che attualmente rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18.

35. Si deve a questo proposito ricordare che, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, gli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 2004/17 e 1, n. 9, secondo comma, della direttiva 2004/18 contengono una definizione identica della nozione di «organismo di diritto pubblico».

36. Da tali disposizioni risulta che per «organismo di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo che, in primo luogo, è stato istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, in secondo luogo, è dotato di personalità giuridica e, in terzo luogo, 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 di questi ultimi, o il cui organismo di 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. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, tali condizioni hanno carattere cumulativo (sentenza 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

37. Inoltre, considerato l'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di escludere, in particolare, la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve avere un'interpretazione funzionale (v., in tal senso, sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e a., Racc. pag. I-11173, punti 36 e 37 nonché la giurisprudenza ivi citata).

38. Nella specie, è pacifico che i due ultimi criteri fissati dalla normativa esposta al punto 36 della presente sentenza sono soddisfatti, dato che la Fernwärme Wien è dotata di personalità giuridica e che la Città di Vienna detiene interamente il capitale di tale ente e ne controlla la gestione economica e finanziaria. Resta quindi da esaminare se tale ente sia stato istituito per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale.

39. Per quanto riguarda, in primo luogo, la finalità della costituzione dell'ente di cui trattasi e la natura dei bisogni soddisfatti, si deve constatare che, come risulta dagli atti presentati alla Corte, la Fernwärme Wien è stata creata allo specifico scopo di assicurare, nel comprensorio della Città di Vienna, la fornitura del teleriscaldamento di abitazioni private, di stabilimenti pubblici, di locali di imprese o di uffici utilizzando l'energia proveniente dalla combustione dei rifiuti. Nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte è stato rilevato che, attualmente, tale sistema di riscaldamento serve circa 250.000 abitazioni, numerosi uffici e impianti industriali nonché praticamente tutti gli stabilimenti pubblici. Assicurare la fornitura di riscaldamento di un agglomerato urbano mediante un procedimento rispettoso dell'ambiente costituisce un obiettivo che rientra innegabilmente nell'interesse generale. Non è pertanto possibile contestare che la Fernwärme Wien sia stata creata per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale.

40. È a questo proposito indifferente che siffatti bisogni siano anche soddisfatti o possano esserlo da imprese private. È importante che si tratti di bisogni ai quali, per ragioni connesse con l'interesse generale, lo Stato o una collettività territoriale scelgano in linea generale di provvedere essi stessi o nei confronti dei quali intendano mantenere un'influenza determinante (v., in tal senso, sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punti 44, 47, 51 e 53, nonché 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior, Racc. pag. I-3605, punti 37, 38 e 41).

41. In secondo luogo, al fine di verificare se i bisogni soddisfatti dall'ente di cui trattasi nella causa principale abbiano un carattere diverso da quello industriale o commerciale, si deve prendere in considerazione l'insieme degli elementi giuridici e di fatto pertinenti, come le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo di cui trattasi e le condizioni nelle quali esso svolge le sue attività. A questo riguardo è importante verificare se l'organismo di cui trattasi eserciti le sue attività in una situazione di concorrenza (v. sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a., Racc. pag. I-5321, punti 48 e 49 nonché la giurisprudenza ivi citata).

42. Come è stato esposto al punto 39 della presente sentenza, la Fernwärme Wien è stata creata allo scopo specifico di assicurare la fornitura del riscaldamento nel comprensorio della Città di Vienna. È pacifico che non è la ricerca di profitto che ha presieduto alla creazione di tale ente. Anche se non è da escludersi che tale attività possa produrre utili distribuiti sotto forma di dividendi agli azionisti del detto ente, la ricerca di siffatti utili non ne costituisce l'obiettivo principale (v., in tal senso, cit. sentenza Korhonen e a., punto 54).

43. Per quanto riguarda, poi, l'ambito economico pertinente o, in altri termini, il mercato di riferimento di cui si deve tener conto per verificare se l'ente di cui trattasi eserciti o meno le sue attività in una situazione di concorrenza, si deve prendere in considerazione, come suggerito

dall'avvocato generale ai paragrafi 53 e 54 delle sue conclusioni, alla luce della interpretazione funzionale della nozione di «organismo di diritto pubblico», il settore per il quale la Fernwärme Wien è stata creata, e cioè quello della fornitura di teleriscaldamento mediante l'utilizzo dell'energia prodotta dalla combustione dei rifiuti.

44. Dalla decisione di rinvio risulta che la Fernwärme Wien gode in questo settore di una situazione di quasi monopolio di fatto, in quanto le due altre società che ivi esercitano le loro attività sono di dimensioni trascurabili e non possono pertanto essere veri concorrenti. Inoltre, tale settore presenta una considerevole autonomia in quanto il sistema di teleriscaldamento potrebbe essere sostituito molto difficilmente da altre energie, poiché questo richiederebbe importanti lavori di trasformazione. Infine, la Città di Vienna attribuisce un'importanza particolare a tale sistema di riscaldamento, anche in ragione di considerazioni ambientali. Pertanto, considerata la pressione dell'opinione pubblica, essa non ne consentirebbe la soppressione, anche se tale sistema dovesse funzionare in perdita.

46. Nelle citate sentenze BFI Holding (punto 49) e Agorà e Excelsior (punto 38), la Corte ha rilevato che l'esistenza di una concorrenza articolata può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratta di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Nelle circostanze di cui alla causa principale, risulta chiaramente dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che tale criterio dell'esistenza di una concorrenza articolata è lungi dall'essere soddisfatto.

47. Si deve aggiungere che è a tal riguardo indifferente che, oltre a tale compito d'interesse generale, il detto ente svolga anche altre attività con uno scopo di lucro, dal momento che continua a farsi carico dei bisogni d'interesse generale che è specificamente obbligato a soddisfare. La parte che le attività esercitate a scopo di lucro occupano nell'ambito delle attività globali di tale ente è pure priva di pertinenza ai fini della sua qualifica come organismo di diritto pubblico (v., in tal senso, sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit., punto 25; 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, Racc. pag. I-1931, punto 56, nonché Korhonen e a., cit., punti 57 e 58) [...]».

12 settembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*, causa 526/11, ECLI:EU:C:2013:543.

L'Ordine professionale dei medici della Vestfalia-Lippe (l'Ärztekammer) avviava una gara per l'aggiudicazione di un appalto per la stampa e la spedizione del proprio bollettino, oltre che per la pubblicazione di annunci pubblicitari e la vendita di abbonamenti.

A seguito dell'aggiudicazione alla WWF Druck + Medien GmbH, la IVD GmbH & Co. KG ricorreva alla Vergabekammer (l'organo amministrativo competente in materia di appalti pubblici) lamentando la mancata presentazione da parte della società aggiudicataria delle referenze richieste dalla committente. Tuttavia, tale organo rigettava il ricorso.

Pertanto, la IVD GmbH & Co. KG proponeva ricorso avverso detta decisione all'Oberlandesgericht Düsseldorf (ossia, il tribunale regionale superiore di Düsseldorf), il quale sospendeva il procedimento rimettendo alla Corte di giustizia la soluzione di una questione interpretativa della nozione di

organismo di diritto pubblico, di cui all'art. 1, paragrafo 9, secondo comma, lett. c), della direttiva 2004/18/CE.

La Corte ha affermato:

«19. A questo proposito, conformemente all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, un ente costituisce un «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione, ed è soggetto, in quanto tale, alle disposizioni di tale direttiva, quando siano soddisfatte tre condizioni cumulative, cioè che tale ente sia stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale [lettera a)], che esso sia dotato di personalità giuridica [lettera b)], e che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dall'autorità pubblica, oppure che la sua gestione sia soggetta al controllo di quest'ultima, oppure ancora che più della metà dei membri del suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia designata dall'autorità pubblica [lettera c)].

20. I tre criteri alternativi enunciati all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della suddetta direttiva consistono tutti in una stretta dipendenza dall'autorità pubblica. Infatti, una simile dipendenza è tale da consentire a quest'ultima di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici, il che determina la possibilità che considerazioni diverse da quelle economiche guidino tali decisioni, e in particolare il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti, il che potrebbe creare quegli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci, che l'applicazione delle direttive relative agli appalti pubblici intende precisamente evitare (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 1 febbraio 2001, Commissione/Francia, C-237/99, Racc. pag. I-939, punti 39, 41, 42, 44 e 48, e giurisprudenza ivi citata).

22. Per quanto riguarda, innanzitutto, il primo criterio enunciato all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, la nozione di finanziamento indica un trasferimento di risorse finanziarie effettuato senza specifico corrispettivo, al fine di sostenere le attività dell'ente in questione (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 3 ottobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Racc. pag. I-8035, punto 21).

23. Dal momento che tale nozione deve essere oggetto di un'interpretazione funzionale, la Corte ha affermato che il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica include le modalità di finanziamento indirette.

24. Un finanziamento del genere può essere effettuato attraverso un contributo previsto e imposto dalla legge con riferimento al suo presupposto e al suo importo, che non costituisce corrispettivo del godimento effettivo dei servizi forniti dall'organismo in questione da parte dei soggetti passivi, e le cui modalità di riscossione derivano dai pubblici poteri (v., in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punti 41, 42, 44, 45, e da 47 a 49).

25. Il fatto che, da un punto di vista formale, un organismo fissi autonomamente l'importo dei contributi che assicurano il suo finanziamento maggioritario, non esclude l'esistenza di un finanziamento indiretto che soddisfa il suddetto criterio. È questo il caso di organismi come le casse

pubbliche di previdenza sociale, quando sono finanziate attraverso contributi versati da o per i loro iscritti, senza corrispettivo specifico, quando l'iscrizione alle stesse casse e il versamento di tali contributi sono resi obbligatori per legge, quando l'importo di questi ultimi, sebbene formalmente fissato dalle casse stesse, è da un lato legalmente imposto, in quanto la legge stabilisce le prestazioni fornite dalle suddette casse così come i relativi costi, e vieta alle stesse di esercitare le loro funzioni a fini di lucro, e dall'altro deve essere approvato dall'autorità di controllo, e quando la riscossione avviene in modo coattivo, sulla base di norme di diritto pubblico (v., in tal senso, sentenza Hans & Christophorus Oymanns, cit., punti da 53 a 56).

27. Infatti, sebbene le funzioni di tale organismo siano elencate nell'HeilBerG NRW, dalla decisione di rinvio risulta invece che la situazione di tale organismo è caratterizzata dalla rilevante autonomia ad esso attribuita dalla suddetta legge nel determinare la natura, la portata e le modalità di esercizio delle attività che esso intraprende nello svolgimento delle sue funzioni, e dunque nel fissare le risorse finanziarie necessarie a tale scopo e, di conseguenza, l'importo dei contributi da richiedere ai suoi membri. Il fatto che il regolamento che fissa tale importo debba essere approvato da un'autorità pubblica di controllo non è determinante, in quanto tale autorità si limita ad accertare l'esistenza di una gestione finanziaria equilibrata dell'organismo in questione, cioè che quest'ultimo si assicuri, attraverso i contributi dei suoi membri e le sue altre risorse, entrate sufficienti a coprire l'insieme delle spese per il suo funzionamento secondo le modalità da esso stesso stabilite.

29. Per quanto riguarda poi il secondo criterio enunciato all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, va ricordato che, in linea di principio, un controllo a posteriori non soddisfa tale criterio, in quanto un simile controllo non permette all'autorità pubblica di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, Racc. pag. I-1931, punto 70). Questo è dunque, in linea di principio, il caso di un controllo generale di legittimità effettuato a posteriori da parte di un'autorità di controllo, e, a fortiori, di un intervento di tale autorità sotto forma di approvazione della decisione con cui tale organismo fissa l'importo dei contributi che assicurano la parte essenziale del suo finanziamento, intervento che si limita ad accertare l'equilibrata gestione finanziaria del suddetto organismo.

30. Risulta pertanto che un organismo come l'Ärztekammer, sebbene la legge stabilisca le sue funzioni nonché il modo in cui deve essere organizzato il suo finanziamento maggioritario da un lato, e preveda che la decisione con cui esso fissa l'importo dei contributi dovuti dai suoi membri deve essere approvata da un'autorità di controllo dall'altro, dispone concretamente di un'autonomia organizzativa e finanziaria che non consente di affermare che esso si trova in una situazione di stretta dipendenza dall'autorità pubblica. Pertanto, le modalità di finanziamento di un tale organismo non costituiscono un finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica e non permettono un controllo sulla gestione di tale organismo da parte di questa [...]».

5 ottobre 2017, *«LitSpecMet» UAB c. «Vilniaus lokomotyvų remonto depas» UAB*, causa 567/15, ECLI:EU:C:2017:736.

Nel 2003, in conseguenza della ristrutturazione della società ferroviaria statale lituana (la «Lietuvos gele inkeliai» AB), veniva costituita la società Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB (anche VLRD), di cui la Lietuvos gele inkeliai vantava il controllo.

La VLRD procedeva ad avviare una gara per la fornitura di barre di metalli ferrosi, per la quale la LitSpecMet UAB presentava la propria offerta. Tuttavia, a seguito dell'aggiudicazione di una sola parte dell'offerta, quest'ultima ricorreva al Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius), chiedendo l'annullamento del bando per violazione della normativa lituana sugli appalti pubblici. Facendo ciò, la LitSpecMet sosteneva che la VLRD fosse considerabile un'amministrazione aggiudicatrice, come tale tenuta all'osservanza di tale disciplina.

Sia il giudice di primo grado che la Corte d'Appello respingevano la domanda attorea, portando la LitSpecMet a far valere le proprie ragioni alla Corte suprema della Lituania (il Lietuvos Aukš iausiasis Teismas), la quale annullava la decisione emessa dalla Corte d'Appello, sollevando un problema interpretativo con riguardo all'espressione "organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale", prevista dall'art. 1, par. 9, comma 2, lett. a), della direttiva 2004/18/CE (concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), oltre che dall'art. 4 della Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (la legge lituana sugli appalti pubblici).

Una volta rinviata la causa al Lietuvos apeliacinis teismas, tale giudice annullava la decisione del Tribunale regionale di Vilnius, rinviando a sua volta la causa a quest'ultimo, il quale sospendeva il procedimento e sottoponeva in via pregiudiziale alla Corte di giustizia alcune questioni attinenti all'interpretazione dell'art. 1, par. 9, della direttiva 2004/18/CE. A tale fine, la Corte ha osservato:

«32. Va rilevato che la VLRD sembra soddisfare le condizioni previste all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettere b) e c), della direttiva 2004/18. Infatti, è pacifico che essa sia dotata di personalità giuridica. Inoltre, il giudice del rinvio ha constatato che la VLRD è una controllata al 100% della società ferroviaria statale lituana e che essa è «controllata» da quest'ultima società.

33. L'unica questione che occorre analizzare verte, di conseguenza sulla necessità di sapere se la VLRD costituisca o meno un «organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera a), della direttiva 2004/18.

37. Nel caso di specie, dai termini della prima questione risulta che la VLRD fornisce merci e servizi al fine di «garantire [alla propria società controllante] l'attività di trasporto passeggeri e merci [da essa] svolta».

38. Dalla decisione di rinvio risulta, infatti, che la VLRD è stata istituita dopo la ristrutturazione della società ferroviaria statale lituana e che «sia la costituzione della [VLRD] che la sua attività sono tuttora intese a soddisfare le esigenze del suo fondatore, ossia esigenze di interesse generale». A tale riguardo, va rilevato che, nel procedimento principale, l'attività della VLRD, in particolare la

produzione e la riparazione di locomotive e di vetture, nonché la fornitura di tali prodotti e servizi alla società ferroviaria lituana, appare necessaria affinché quest'ultima possa esercitare la sua attività destinata a soddisfare le esigenze di interesse generale.

39. Emerge quindi che la VLRD è stata istituita allo scopo specifico di soddisfare esigenze della sua società controllante, atteso che le esigenze del cui soddisfacimento la VLRD è stata investita costituiscono una condizione necessaria per l'esercizio delle attività di interesse generale di tale società controllante, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.

40. Occorre rilevare che è indifferente che, oltre alle attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, il soggetto di cui trattasi svolga anche altre attività a scopo di lucro sul mercato concorrenziale (v., in tal senso, sentenza del 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., C 44/96, EU:C:1998:4, punto 25, nonché del 10 aprile 2008, Ing. Aigner, C 393/06, EU:C:2008:213, punto 47 e giurisprudenza citata).

42. Al fine di valutare se un organismo rientri nella nozione di «organismo di diritto pubblico», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera a), della direttiva 2004/18, è altresì necessario che esso soddisfi esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

43. A tale riguardo, occorre rilevare che la valutazione di detto carattere deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi.

46. In tali circostanze, spetta al giudice del rinvio verificare, sulla base di tutti gli elementi di diritto e di fatto del caso di specie, se, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, le attività esercitate dalla VLRD, dirette al soddisfacimento delle esigenze di interesse generale, fossero effettuate in situazione di concorrenza, e in particolare se la VLRD potesse, alla luce delle circostanze della specie, lasciarsi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche [...]».

3 febbraio 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c. arl c. De Vellis Servizi Globali Srl*, cause riunite 155/19 e 156/19, ECLI:EU:C:2021:88.

Il Consiglio di Stato sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali a seguito di una controversia tra la Federazioni Italiana Giuoco Calcio (FIGC), con il Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl, e la De Vellis Servizi Globali Srl, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 2, par. 1, n. 4, lett. a) e c), della direttiva 2014/24/UE, regolante gli appalti pubblici, e che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE.

Più nel dettaglio, la FIGC invitava la De Vellis Servizi Globali Srl a partecipare a una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di facchinaggio per le squadre nazionali di calcio e presso il magazzino della FIGC situato a Roma. Ciononostante, l'appalto veniva affidato al Consorzio Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl. Pertanto, la De Vellis ricorreva al T.A.R. Lazio, lamentando l'inosservanza delle regole di pubblicità in ambito di appalti pubblici sancite dal Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016), sostenendo il fatto che la FIGC dovesse essere considerata un organismo di diritto pubblico.

Il giudice di prime cure, accogliendo il ricorso, annullava il provvedimento di affidamento dell'appalto.

Conseguentemente, sia la FIGC che il Consorzio proponevano appello, fondando le proprie ragioni sull'impossibilità di ricomprendere la Federazione tra gli organismi di diritto pubblico.

Il Consiglio di Stato, dopo aver osservato che la FIGC ha natura privatistica, gode di personalità giuridica e si autofinanzia, rilevava comunque che la stessa è tenuta a perseguire le finalità di interesse pubblico previste dallo Statuto del C.O.N.I., oltre a conformarsi agli indirizzi e ai controlli del Comitato, e che ciò potrebbe portare a considerare l'attività di facchinaggio strumentale rispetto al perseguimento di dette finalità.

Oltre a ciò, il giudice di appello si domandava se si potesse ritenere sussistente in capo alla FIGC il requisito dell'influenza pubblica dominante, di cui all'art. 2, par. 1, n. 4, lett. c), della predetta direttiva, con particolare riguardo alla seconda condizione ivi prevista ("la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi").

Per tali motivi, e alla luce delle premesse fino a qui brevemente riassunte, il Consiglio di Stato ha proposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandando di fornire la propria interpretazione circa la possibile natura di organismo di diritto pubblico della FIGC. La Corte di giustizia ha rilevato:

« 36. Per quanto riguarda il primo di questi tre requisiti, stabilito all'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera a), della direttiva 2014/24, risulta dalla giurisprudenza della Corte che il legislatore dell'Unione ha inteso sottoporre alle norme vincolanti sugli appalti pubblici soltanto le entità create allo scopo specifico di soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e l'attività delle quali risponda a siffatte esigenze (v., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, punto 35).

37. A questo proposito, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga sin dalla sua creazione oppure successivamente a quest'ultima, l'entità in questione deve assicurare effettivamente il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, e la presa in carico di siffatte esigenze deve poter essere constatata oggettivamente (v., in tal senso, sentenza del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., C-470/99, EU:C:2002:746, punto 63).

38. Nel caso di specie, risulta dai chiarimenti forniti dal giudice del rinvio che, in Italia, l'attività di interesse generale costituita dallo sport viene realizzata da ciascuna delle federazioni sportive nazionali nell'ambito di compiti a carattere pubblico espressamente attribuiti a queste federazioni

dall'articolo 15, comma 1, del decreto legislativo n. 242 e tassativamente elencati all'articolo 23, comma 1, dello Statuto del CONI.

39. A questo proposito, consta che vari dei compiti elencati all'articolo 23, comma 1, dello Statuto del CONI, quali il controllo del regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi, la prevenzione e la repressione del doping, oppure la preparazione olimpica e di alto livello, sono privi di carattere industriale o commerciale, aspetto questo la cui verifica è però riservata al giudice del rinvio. Date tali circostanze, qualora assicuri effettivamente la realizzazione di compiti siffatti, una federazione sportiva nazionale soddisfa il requisito enunciato all'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera a), della direttiva 2014/24.

40. Tale conclusione non è invalidata, in primo luogo, dal fatto che la FIGC ha la veste giuridica di un'associazione di diritto privato e che la sua creazione non deriva, di conseguenza, da un atto formale istitutivo di un'amministrazione pubblica.

41. Infatti, da un lato, il tenore letterale dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/24 non contiene alcun riferimento alle modalità di creazione o alla veste giuridica dell'entità in questione. Dall'altro lato, occorre ricordare che la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve ricevere un'interpretazione funzionale indipendente dalle modalità formali della sua attuazione, cosicché tale necessità osta a che venga operata una distinzione in base alla veste legale e al regime giuridico applicabile all'entità di cui trattasi in virtù del diritto nazionale ovvero in base alla forma giuridica delle disposizioni che istituiscono tale entità (v., in tal senso, sentenze del 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punto 62; del 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, EU:C:2003:276, punti 55 e 56, nonché del 12 settembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, punto 21 e la giurisprudenza ivi citata).

42. In secondo luogo, è del pari irrilevante il fatto che la FIGC persegua, a fianco delle attività di interesse generale tassativamente elencate all'articolo 23, comma 1, dello Statuto del CONI, altre attività che costituiscono una gran parte dell'insieme delle sue attività e che sono autofinanziate.

43. Infatti, la Corte ha già statuito che è indifferente che un'entità, oltre alla propria missione di soddisfacimento di esigenze di interesse generale, realizzi altre attività e che il soddisfacimento delle esigenze di interesse generale costituisca soltanto una parte relativamente poco importante delle attività realmente intraprese da tale entità, nella misura in cui questa continui a farsi carico delle esigenze che è specificamente obbligata a soddisfare (v., in tal senso, sentenza del 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punto 55).

44. Occorre precisare che, date tali circostanze, il fatto che una federazione sportiva nazionale sia dotata di una capacità di autofinanziamento in relazione, segnatamente, alle attività prive di carattere pubblico da essa esercitate non può presentare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 56 delle sue conclusioni, alcuna rilevanza, dato che, infatti, una siffatta capacità di autofinanziamento è ininfluente sull'attribuzione di compiti a carattere pubblico.

49. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio desidera sapere se il secondo dei criteri alternativi previsti dall'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera c), della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che la gestione di una federazione sportiva nazionale deve considerarsi posta

sotto la vigilanza di un'autorità pubblica, tenendo conto, da un lato, dei poteri di cui tale autorità è investita nei confronti di una federazione siffatta e, dall'altro, del fatto che gli organi fondamentali di detta autorità sono composti in via maggioritaria da rappresentanti dell'insieme delle federazioni sportive nazionali.

50. A questo proposito, occorre ricordare che i criteri alternativi figuranti all'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera c), della direttiva 2014/24, quali ricordati al punto 34 della presente sentenza, rispecchiano tutti la stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, delle autorità regionali o locali o di altri organismi di diritto pubblico, e che, per quanto riguarda più precisamente il criterio relativo alla vigilanza sulla gestione, una vigilanza siffatta si basa sulla constatazione di un controllo attivo sulla gestione dell'organismo in questione idoneo a creare una dipendenza di quest'ultimo nei confronti dei poteri pubblici, equivalente a quella che esiste allorché è soddisfatto uno degli altri due criteri alternativi, ciò che può consentire ai poteri pubblici di influire sulle decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, punti 68, 69 e 73 nonché la giurisprudenza ivi citata).

51. Pertanto, in linea di principio, un controllo a posteriori non soddisfa tale criterio, in quanto esso non consente ai poteri pubblici di influire sulle decisioni dell'organismo in questione in tale settore (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata).

52. Nel caso di specie, risulta dalla normativa nazionale, e in particolare dal combinato disposto dell'articolo 1 del decreto-legge n. 220, dell'articolo 2, comma 1, e dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo n. 242, nonché dell'articolo 1, comma 2, e dell'articolo 6, comma 1, dello Statuto del CONI che quest'ultimo, in quanto autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, ha come compito principale, nell'ambito dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e nel rispetto dei principi dell'ordinamento sportivo internazionale, l'organizzazione ed il potenziamento dello sport nazionale, ed in particolare la preparazione degli atleti e l'approntamento dei mezzi idonei per la preparazione ai Giochi olimpici, l'adozione di misure antidoping, nonché la promozione della massima diffusione della pratica sportiva. A questo scopo, il Consiglio nazionale del CONI, in quanto organo supremo di rappresentanza dello sport italiano, opera per la diffusione dell'idea olimpica, assicura l'attività necessaria per la preparazione olimpica, disciplina e coordina l'attività sportiva nazionale, e armonizza, tra l'altro, l'azione delle federazioni sportive nazionali.

53. Risulta dunque che, esercitando essenzialmente una funzione di regolazione e di coordinamento, il CONI costituisce un'organizzazione di vertice che mira innanzitutto a rivolgere alle federazioni sportive nazionali regole sportive, etiche e strutturali comuni in modo da inquadrare la pratica sportiva in modo armonizzato in accordo con le norme internazionali, in particolare nel contesto delle competizioni e della preparazione ai Giochi olimpici. A questo proposito, occorre d'altronde rilevare che, a norma dell'articolo 7, comma 2, lettera e), del decreto legislativo n. 242, il controllo del CONI su tali federazioni sembra essere essenzialmente limitato ai settori del regolare svolgimento delle competizioni, della preparazione olimpica, dell'attività sportiva di alto livello e dell'utilizzo dei contributi finanziari, circostanza questa la cui verifica spetta al giudice del rinvio.

56. In una configurazione siffatta, la quale, tenuto conto della grande varietà delle soluzioni adottate nei diversi Stati membri, è peculiare dell'ordinamento sportivo italiano, occorre considerare che un'amministrazione pubblica, incaricata, essenzialmente, di dettare delle regole in materia sportiva, di verificare la loro corretta applicazione e di intervenire unicamente a livello dell'organizzazione delle competizioni e della preparazione olimpica senza disciplinare l'organizzazione e la pratica nel quotidiano delle varie discipline sportive, non può essere considerata, di primo acchito, come un organo gerarchico capace di controllare e dirigere la gestione delle federazioni sportive nazionali, e ciò ancor meno nel caso in cui tali federazioni godano di autonomia di gestione.

57. L'autonomia di gestione conferita alle federazioni sportive nazionali in Italia sembra dunque, in linea generale, deporre in senso contrario all'esistenza di un controllo attivo da parte del CONI esteso a tal punto che quest'ultimo potrebbe influire sulla gestione di una federazione sportiva nazionale come la FIGC, segnatamente in materia di affidamento di appalti pubblici.

59. Spetta dunque al giudice del rinvio verificare se i diversi poteri spettanti al CONI nei confronti della FIGC mostrino, nel complesso, l'esistenza di una dipendenza cui si accompagna una siffatta possibilità di influenza. Se tale verifica incombe esclusivamente al giudice del rinvio, la Corte può, nondimeno, statuendo su un rinvio pregiudiziale, fornire, se del caso, delle precisazioni intese a guidare il giudice nazionale nella propria decisione (v., in tal senso, sentenza del 2 maggio 2019, Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego, C-614/17, EU:C:2019:344, punto 37 e la giurisprudenza ivi citata).

75. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che il secondo dei criteri alternativi previsti dall'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera c), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che, nel caso in cui una federazione sportiva nazionale goda, in virtù del diritto nazionale, di autonomia di gestione, la gestione di tale federazione può considerarsi posta sotto la vigilanza di un'autorità pubblica soltanto qualora da un'analisi complessiva dei poteri di cui tale autorità dispone nei confronti della federazione suddetta risulti che esiste un controllo di gestione attivo il quale, nei fatti, rimette in discussione l'autonomia di cui sopra fino al punto di consentire all'autorità summenzionata di influire sulle decisioni della federazione stessa in materia di appalti pubblici. La circostanza che le varie federazioni sportive nazionali esercitino un'influenza sull'attività dell'autorità pubblica in questione in virtù della loro partecipazione maggioritaria in seno ai principali organi collegiali deliberativi di quest'ultima è rilevante soltanto qualora sia possibile dimostrare che ciascuna delle suddette federazioni, considerata singolarmente, è in grado di esercitare un'influenza significativa sul controllo pubblico esercitato da tale autorità nei confronti della federazione stessa, con la conseguenza che tale controllo venga neutralizzato e la federazione sportiva nazionale torni così ad avere il dominio sulla propria gestione, e ciò malgrado l'influenza delle altre federazioni sportive nazionali che si trovano in una analoga situazione [...]».

2. CENTRALI DI COMMITTENZA

20 ottobre 2005, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Francese,* causa C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620

La decisione attiene al ricorso promosso dalla Commissione delle Comunità europee avverso la norma nazionale francese che riservava la funzione di committente delegato ad un elenco (tassativo) di persone giuridiche di diritto interno.

*In particolare, la legge disponeva che per "*ogni opera di costruzione di edifici o infrastrutture, oltre alle attrezzature industriali destinate al loro utilizzo*" da realizzare in favore di enti pubblici il committente potesse affidare ad un mandatario, individuato dall'elencazione tassativa di persone giuridiche contenuta all'art. 4, l'esercizio delle proprie attribuzioni tramite una convenzione all'uopo stipulata (atto ritenuto dalla Repubblica come contratto commerciale non rientrante nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie ed, in ogni caso, comportante una compartecipazione ad un compito di interesse generale non qualificabile come prestazione di servizi).*

La Commissione, ritenendo il mandato di committenza delegata un appalto pubblico di servizi inidoneo a comportare alcuna compartecipazione all'esercizio di pubblici poteri, reputava la disciplina de qua in contrasto con le previsioni della Direttiva 92/50/CEE e con il principio di libera prestazione di servizi statuito all'art. 49 CE e, pertanto, rivolgeva alla Repubblica francese un invito a presentare le proprie osservazioni (ritenute insoddisfacenti) trasmettendole in un secondo momento un parere motivato contenente l'invito a conformarsi (a fronte del quale lo Stato si era limitato a confermare quanto già dedotto in sede di osservazioni).

Nel delineato contesto la Corte di Giustizia, investita del caso, ha statuito rispetto alla violazione della Direttiva 92/50 che:

«36. Per stabilire se il contratto di mandato di committenza delegata ai sensi della legge n. 85-704 rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50, si deve verificare se i criteri sanciti dall'art. 1, lett. a), della stessa siano soddisfatti. Dal momento che tale norma non contiene alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per determinarne il senso e la portata, non occorre ricercare la qualificazione che il diritto francese attribuisce al detto contratto.

37. Nel caso di specie, quei criteri risultano soddisfatti.

[...]

43. I soggetti che possono essere investiti delle attribuzioni del committente delegato sono enumerati all'art. 4 della legge n. 85-704. Si deve rilevare che alcuni di questi soggetti possono essi stessi costituire amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50. Benché effettivamente l'art. 6 della detta direttiva escluda dal suo ambito di applicazione gli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice in base a un diritto esclusivo di cui gode in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, resta tuttavia il fatto che, nelle circostanze del caso di specie, tali condizioni non sono soddisfatte.

44. I soggetti che possono essere investiti delle attribuzioni del committente delegato possono essere considerati come «prestatori di servizi» in quanto le attribuzioni loro trasmesse mediante il contratto di mandato di committenza delegata, in applicazione dell'art. 3 della legge n. 85-704, corrispondono all'esecuzione delle prestazioni di servizi ai sensi del diritto comunitario.

45. A tale proposito, l'argomento sviluppato dal governo francese per dimostrare che il mandatario non effettua prestazioni di servizi non può essere accolto.

46. Dall'art. 3 della legge n. 85-704, che elenca le attribuzioni di cui il committente può investire un mandatario, risulta che il contratto di mandato di committenza delegata non è solamente un contratto con cui il mandatario s'impegna a rappresentare il committente. Le dette attribuzioni comprendono diverse funzioni corrispondenti, da un lato, a prestazioni di assistenza di carattere amministrativo e tecnico e, dall'altro, a compiti aventi ad oggetto la rappresentanza del committente.

47. Innanzitutto, in relazione al problema di stabilire se la funzione di rappresentanza sia inseparabile da tutte le azioni compiute dal mandatario per conto del mandante, come sostenuto dal governo francese, si deve rilevare che è perfettamente immaginabile scindere tali differenti compiti. Infatti, il committente può affidare ad un mandatario, in applicazione dell'art. 3 della legge n. 85-704, l'esercizio in tutto o in parte di talune delle attribuzioni elencate nella citata norma. Occorre altresì constatare che, come giustamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle conclusioni, nulla si oppone a che tali due categorie di funzioni siano eventualmente sottoposte ad un regime differente.

48. Quanto, poi, alla natura delle dette attribuzioni, si deve rilevare che il problema di stabilire se il mandatario contribuisca all'esercizio di una funzione di interesse generale non è decisivo per stabilire se effettui o meno prestazioni di servizi. Infatti, non è insolito, nell'ambito degli appalti pubblici, che l'amministrazione aggiudicatrice affidi ad un terzo una missione economica volta alla soddisfazione di un bisogno di interesse generale. Tale constatazione è rafforzata in particolare dal fatto che la direttiva 92/50 si applica, salvo determinate eccezioni, agli appalti pubblici di servizi aggiudicati dalle amministrazioni nel settore della difesa.

49. Infine, si deve determinare se il contratto di mandato di committenza delegata dia luogo ad un trasferimento di pubblici poteri, come sostenuto dal governo francese. L'esame di tale questione presuppone che l'esercizio delle attribuzioni in parola comporti, in capo al committente, una partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri.

50. Sotto questo profilo il governo francese non ha dato prova dell'esistenza di circostanze in cui l'amministrazione aggiudicatrice sia a capo di una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico ai sensi della giurisprudenza della Corte (v., in questo senso, sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 50, e Coname, cit., punto 26). Infatti, nulla consente di supporre che il mandante eserciti sul mandatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il mandatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori (v., in questo senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49).

51. I compiti di assistenza amministrativa e tecnica, poi, come la definizione delle condizioni amministrative e tecniche in base alle quali l'opera sarà progettata ed eseguita, risultano essere prestazioni di servizi ai sensi dell'art. 8 e dell'allegato I A della direttiva 92/50 e il mandatario non risulta partecipare all'esercizio dei pubblici poteri.

52. Quanto ai contratti di mandato di committenza delegata aventi ad oggetto compiti che comportano una funzione di rappresentanza, si deve rilevare anzitutto che, anche se una prestazione è effettuata in esecuzione di un contratto del genere, ciò non basta ad escluderla dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Tale constatazione è corroborata dal fatto che, come rilevato a titolo d'esempio dalla Commissione, i contratti di mandato conclusi da un'amministrazione aggiudicatrice e dal suo avvocato rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 14 e 16 della detta direttiva, in conformità dell'art. 9 e del punto 21 dell'allegato I B della stessa.

53. In virtù dell'art. 3 della legge n. 85-704, al mandatario possono essere affidati diversi compiti che comportano una funzione di rappresentanza del committente. Così avviene, in particolare, per la sottoscrizione del contratto di direzione dei lavori e del contratto d'appalto o nel momento in cui il mandatario versa ai prestatori e agli imprenditori prescelti la loro remunerazione.

54. Come giustamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 41 delle conclusioni, sebbene il mandatario sia abilitato a sottoscrivere i contratti di direzione dei lavori e di appalto in nome del committente, esso, nello svolgimento dei suoi compiti, non possiede un'autonomia sufficiente per essere considerato beneficiario di un trasferimento di pubblici poteri. Infatti, secondo l'art. 2 della legge n. 85-704, il committente, responsabile principale dell'opera, in questo ruolo svolge una funzione di interesse generale della quale non può spogliarsi. Inoltre, il mandatario può agire solo dopo che il committente abbia espresso la propria approvazione. Per quanto riguarda il versamento della remunerazione ai prestatori e agli imprenditori, il finanziamento è garantito dal committente, cosicché il mandatario non ha margine di manovra nemmeno in tale ambito. Egli si limita ad anticipare somme che gli sono poi rimborsate dal committente.

55. Date queste circostanze, i contratti di mandato di committenza delegata aventi ad oggetto compiti che comportino una funzione di rappresentanza del committente rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 9 e dell'allegato I B della direttiva 92/50.

[...]

58. Alla luce delle precedenti considerazioni, si deve dichiarare che il contratto di mandato, quale definito dalla legge n. 85-704, è un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 e rientra nel suo ambito di applicazione.

59. Si deve pertanto verificare se l'art. 4 della legge n. 85-704, che riserva il ruolo di mandatario a categorie di persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate, sia conforme al disposto della direttiva 92/50.

[...]

61. Occorre necessariamente constatare che l'art. 4 della legge n. 85-704 non è conforme al principio della parità di trattamento tra i diversi prestatori di servizi, in quanto tale norma riserva la funzione

di committente delegato a categorie di persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate.

62. Inoltre, senza che sia nemmeno necessario determinare le prestazioni di servizi che ricadono nell'allegato I A e quelle che ricadono nell'allegato I B della direttiva 92/50, nonché l'eventuale incidenza, in tale contesto, dell'applicazione dell'art. 10 della stessa, è dimostrato che la legge n. 85-704 non prevede alcuna procedura di gara per la scelta del mandatario.

63. La censura relativa alla violazione della direttiva 92/50 è quindi fondata.

e rispetto alla violazione del principio di libera prestazione di servizi che:

64. Per gli appalti pubblici di servizi che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 resta da stabilire se l'art. 4 della legge n. 85-704 sia conforme al principio della libera prestazione dei servizi sancita dall'art. 49 CE.

65. Si deve anzitutto rilevare, come risulta dai punti 49-55 della presente sentenza, che il contratto di mandato di committenza delegata, come definito dalla legge n. 85-704, non conferisce al mandatario compiti che partecipino dell'esercizio dei pubblici poteri; ciò vale sia per i compiti di assistenza amministrativa o tecnica sia per quelli di rappresentanza affidatigli. Conseguentemente, l'eccezione prevista agli artt. 45 CE e 55 CE non trova applicazione nella presente fattispecie.

66. L'art. 49 CE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità europea nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità diverso da quello destinatario della prestazione. Inoltre, per costante giurisprudenza, tale norma prescrive l'eliminazione di qualsiasi restrizione, anche quando si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare o da ostacolare le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro in cui fornisce legittimamente servizi analoghi (v., in particolare, sentenze 13 luglio 2004, causa C-262/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6569, punto 22, e causa C-429/02, BacardiFrance, Racc. pag. I-6613, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

67. In particolare, uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi nel suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per uno stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi efficacia pratica le norme del Trattato dirette a garantire la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, Racc. pag. I-709, punto 15).

68. Nel caso di specie, si deve constatare che l'art. 4 della legge n. 85-704 costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE in quanto finisce per riservare la funzione di committente delegato ad un elenco tassativo di persone giuridiche di diritto francese.

69. Tuttavia, l'art. 46 CE, letto in combinato disposto con l'art. 55 CE, ammette le restrizioni alla libera prestazione dei servizi giustificate da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. L'esame del fascicolo non ha però consentito di dimostrare l'esistenza di tali cause di giustificazione.

70. La censura relativa alla violazione dell'art. 49 CE è pertanto fondata.

71. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve dichiarare che la Repubblica francese, riservando, all'art. 4 della legge n. 85-704, la funzione di committente delegato ad un elenco tassativo di persone giuridiche di diritto francese, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 92/50 e dell'art. 49 CE».

19 dicembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust*, causa C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034

La sentenza deriva da una domanda di pronuncia pregiudiziale promossa dal Consiglio di Stato circa i requisiti di un accordo quadro.

La sottesa vicenda riguarda l'impugnazione promossa dal gestore uscente del provvedimento con cui un'azienda sanitaria aveva aderito, senza indire un'autonoma gara, al contratto (contenente un'apposita clausola c.d. di estensione, in forza della quale altri enti ivi indicati potevano chiedere all'aggiudicatario di estendere l'affidamento anche nei loro confronti, per mezzo di un autonomo rapporto contrattuale, per la durata residua del contratto iniziale) sottoscritto con un operatore economico da un'altra azienda sanitaria.

Tale provvedimento era stato impugnato, sia dal gestore uscente sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avanti al Tribunale Amministrativo Regionale il quale aveva tuttavia respinto le censure ritenendo legittimo l'accordo quadro cui l'amministrazione aveva chiesto di aderire.

A fronte del proposto gravame avverso il decisum di prime cure, il Consiglio di Stato ha ritenuto di investire la Corte di Giustizia di due questioni pregiudiziali.

Nel delineato contesto la Corte di Giustizia ha statuito che:

«48. Risulta così che, con le sue due questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 5, e l'articolo 32 della direttiva 2004/18 debbano essere interpretati nel senso che autorizzano la conclusione di un accordo quadro in base al quale, da un lato, un'amministrazione aggiudicatrice agisce per se stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, che non sono tuttavia direttamente parti dell'accordo quadro, e, dall'altro, la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo non è determinata o è determinata con riferimento al loro ordinario fabbisogno.

Sulla facoltà di un'amministrazione aggiudicatrice di agire per se stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici chiaramente individuate, che non sono tuttavia direttamente parti dell'accordo quadro

49. Ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo procedure applicabili solo tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro.

50. Poiché il tenore letterale di tale disposizione non consente, di per sé, di determinare se la necessità di essere inizialmente parti dell'accordo quadro si applichi al contempo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici o solo a questi ultimi, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in tal senso, sentenza del 17 novembre 1983, Merck, 292/82, EU:C:1983:335, punto 12).

51. A tale proposito va sottolineato, innanzitutto, che l'articolo 32, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/18, letto alla luce del considerando 11 della stessa direttiva, prevede che, nell'ipotesi di un accordo quadro concluso con più operatori, gli accordi successivi siano stipulati riaprendo il confronto competitivo tra le parti dell'accordo quadro sulle condizioni non fissate. Parimenti, il punto 18 di cui al titolo «Bando di gara» dell'allegato VII A della direttiva suddetta obbliga l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro ad indicare il «numero ed eventualmente [il] numero massimo previsto di operatori economici che ne faranno parte (...)».

52. Deriva da tali disposizioni che la necessità di essere inizialmente parti dell'accordo quadro vale solo per gli operatori economici, poiché non si possono mettere in confronto competitivo le amministrazioni aggiudicatrici stesse.

53. Tale interpretazione contribuisce, inoltre, a garantire l'effetto utile dell'articolo 1, paragrafo 5, e dell'articolo 32 della direttiva 2004/18, il cui obiettivo consiste segnatamente nel migliorare l'efficienza degli appalti pubblici, incoraggiando, attraverso il ricorso ad accordi quadro, l'aggregazione degli acquisti pubblici al fine di ottenere economie di scala.

54. Tale interpretazione è peraltro confermata, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 62 delle sue conclusioni, dal testo dell'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24, ai termini del quale le procedure di gara d'appalto fondate su accordi quadro sono applicabili solo tra, da un lato, le amministrazioni aggiudicatrici chiaramente individuate a tal fine nell'avviso di indizione di gara o nell'invito a confermare interesse e, dall'altro, gli operatori economici parti dell'accordo quadro come è stato concluso.

55. Risulta dalle considerazioni che precedono che l'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18 intende consentire ad un'amministrazione aggiudicatrice di aprire ad altre amministrazioni aggiudicatrici l'accesso ad un accordo quadro che si accinga a concludere con gli operatori economici che saranno inizialmente parti dello stesso.

56. L'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18 non esige, quindi, che un'amministrazione aggiudicatrice «secondaria», come l'ASST Valcamonica nella controversia di cui al procedimento principale, abbia partecipato alla firma dell'accordo quadro per poter stipulare un accordo successivo. È sufficiente che una tale amministrazione aggiudicatrice figuri tra i beneficiari potenziali di tale accordo quadro sin dalla data della sua conclusione, essendo chiaramente individuata nei documenti di gara mediante una menzione esplicita che valga a far conoscere tale possibilità tanto all'amministrazione aggiudicatrice «secondaria» stessa quanto a ogni operatore interessato. Tale indicazione può figurare vuoi nell'accordo quadro stesso vuoi in un altro

documento, come una clausola di estensione nel capitolato d'oneri, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati.

Sulla possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie di un accordo quadro di non determinare la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione degli accordi successivi o di determinarla mediante riferimento al loro ordinario fabbisogno

57. L'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 2004/18 enuncia che un accordo quadro ha lo scopo di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.

58. Vero è che potrebbe essere dedotto dalla locuzione avverbiale «se del caso» che l'indicazione della quantità delle prestazioni che riguarderà l'accordo quadro è solo facoltativa.

59. Tale interpretazione non può tuttavia essere accolta.

60. In primo luogo, risulta da una serie di altre disposizioni della direttiva 2004/18 che l'accordo quadro deve, sin dall'inizio, determinare le quantità massime di forniture o servizi che potranno essere oggetto degli accordi successivi. In particolare, l'articolo 9, paragrafo 9, di tale direttiva, il quale indica segnatamente i metodi di calcolo del valore stimato degli accordi quadro, dispone che il valore stimato da prendere in considerazione sia il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata dell'accordo quadro. A sua volta, il punto 6, lettera c), rubricato «Appalti pubblici di servizi», che figura nel titolo «Bando di gara» dell'allegato VII A della direttiva 2004/18, esige anch'esso che il bando di gara relativo a un tale accordo specifichi il valore complessivo stimato delle forniture per l'intera durata dell'accordo quadro nonché, per quanto possibile, il valore e la frequenza degli appalti da aggiudicare. Come sostiene essenzialmente la Commissione e come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 78 delle sue conclusioni, se è vero che è soggetta soltanto a un'obbligazione di mezzi quando si tratta di precisare il valore e la frequenza di ognuno degli accordi successivi, l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro deve, per contro, imperativamente precisare il valore complessivo nel quale tali accordi successivi potranno iscriversi.

61. In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico, gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni da esso definite. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro può assumere impegni, per se stessa e per le potenziali amministrazioni aggiudicatrici che siano chiaramente individuate in tale accordo, solo entro una determinata quantità e che, una volta raggiunto tale limite, detto accordo avrà esaurito i suoi effetti.

62. In terzo luogo, tale interpretazione è idonea a garantire il rispetto dei principi fondamentali che disciplinano le procedure degli appalti pubblici, i quali sono applicabili durante la conclusione di un accordo quadro, conformemente all'articolo 32, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/18. Infatti, l'accordo quadro rientra, in generale, nella nozione di appalti pubblici, poiché conferisce un'unità ai diversi contratti specifici che disciplina (v., in tal senso, sentenze del 4 maggio 1995, Commissione/Grecia, C-79/94, EU:C:1995:120, punto 15; del 29 novembre 2007,

Commissione/Italia, C-119/06, non pubblicata, EU:C:2007:729, punto 43, e dell'11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 36).

63. Orbene, tanto il principio della parità di trattamento e di non discriminazione quanto quello di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, UNIS e Beaudout Père et Fils, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 38) implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 2017, Ingsteel e Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, punto 34).

64. Infatti, i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici interessati alla conclusione dell'accordo quadro, sanciti, in particolare, dall'articolo 2 della direttiva 2004/18, sarebbero compromessi se l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro non specificasse la quantità complessiva oggetto di un tale accordo.

65. L'obbligo di trasparenza s'impone soprattutto in quanto, nell'ipotesi di un accordo successivo, le amministrazioni aggiudicatrici sono, ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/18, esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato sull'accordo quadro.

66. Inoltre, se l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro non fosse tenuta ad indicare in anticipo la quantità e l'importo massimi dei servizi che saranno oggetto di tale accordo, la conclusione dello stesso potrebbe servire per suddividere artificialmente un appalto e restare in tal modo al di sotto delle soglie previste dalla direttiva 2004/18, ciò che è vietato dall'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2004/18.

67. In aggiunta, anche a supporre che il riferimento all'ordinario fabbisogno delle amministrazioni aggiudicatrici chiaramente individuate nell'accordo quadro possa essere un dato sufficientemente esplicito per gli operatori economici nazionali, non si può presumere che senz'altro lo sia anche per un operatore economico stabilito in un altro Stato membro.

68. In ultimo, se la quantità complessiva delle prestazioni che rappresentano tale fabbisogno ordinario è notoria, non dovrebbe esservi alcuna difficoltà a menzionarla nell'accordo quadro stesso o in un altro documento reso pubblico, ad esempio il capitolato d'oneri, e, in tal modo, a garantire il pieno e integrale rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

69. In quarto luogo, esigere che l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro precisi nell'accordo quadro la quantità e l'importo delle prestazioni che detto accordo riguarderà rispecchia il divieto, imposto nell'articolo 32, paragrafo 2, quinto comma, della direttiva 2004/18, di ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

70. Occorre pertanto rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 5, e l'articolo 32, paragrafo 2, quarto comma, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che:

– un'amministrazione aggiudicatrice può agire per se stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici, chiaramente individuate, che non siano direttamente parti di un accordo quadro, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati, e

– è escluso che le amministrazioni aggiudicatrici che non siano firmatarie di tale accordo quadro non determinino la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione da parte loro degli accordi che gli danno esecuzione o che la determinino mediante riferimento al loro ordinario fabbisogno, pena violare i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici interessati alla conclusione di tale accordo quadro».

4 giugno 2020, *Asmel Soc. cons. a r.l.,* causa C-3/19, ECLI:EU:C:2020:423

La decisione concerne

Asmel, società consortile che svolgeva attività di centralizzazione delle committenze in favore di enti pubblici e nella cui compagine risultavano anche soggetti privati, aveva impugnato avanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio la decisione con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), ritenendo che la società fosse un soggetto di diritto privato e che la partecipazione degli enti locali alla sua compagine fosse solo indiretta, le aveva vietato di svolgere attività di intermediazione negli acquisti pubblici e aveva dichiarato prive di legittimazione le gare poste in essere sostenendo il proprio status di organismo di diritto pubblico (ed amministrazione aggiudicatrice) ed il possesso dei requisiti per essere qualificata come centrale di committenza.

L'actio radicata veniva respinta dal Tribunale di prime cure per difetto del requisito dell'influenza pubblica dominante, non conformità ai modelli organizzativi delle centrali di committenza ed operatività non limitata al territorio dei comuni fondatori.

Asmel proponeva quindi appello avanti al Consiglio di Stato il quale rilevava che la normativa nazionale consentiva ai piccoli comuni di rivolgersi a centrali di committenza strutturate secondo due specifici modelli organizzativi: l'unione di comuni ovvero il consorzio di enti locali.

Il Giudice di gravame, evidenziando che la Direttiva 2004/18 consentiva il ricorso a centrali di acquisto senza limitare le "forme di cooperazione" possibili e che sia l'obbligo di ricorso a modelli organizzativi pubblicistici sia la limitazione di operatività territoriale delle centrali di committenza potessero contrastare con i principi comunitari di massima apertura delle procedure competitive e di libera prestazione di servizi investiva in via pregiudiziale la Corte di Giustizia di tre questioni pregiudiziali.

La Corte rispetto alle prime due questioni

«49. Con la sua prima e seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private».

dopo aver richiamato la definizione di centrale di committenza contenuta all'art. 1, par. 10, della Direttiva 2004/18 (evidenziandone il collegamento con la nozione di amministrazione aggiudicatrice resa dal par. 9) e quella di organismo di diritto pubblico (ai sensi del secondo comma del medesimo par. 9) ha precisato anzitutto che

«54. La Corte ha già avuto occasione di precisare che l'articolo 1, paragrafo 9, di tale direttiva definisce la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» in senso ampio e funzionale, al fine di garantire gli obiettivi di detta direttiva volti a escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (v., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Peraltro, tale disposizione non impone alcun obbligo di rispettare modelli di organizzazione specifica per rispondere alla nozione di «amministrazione aggiudicatrice».

55. Occorre rilevare, in secondo luogo, che, ai sensi del considerando 16 della direttiva 2004/18, «[a]l fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere (...) a centrali di committenza (...) quali sono definit[e] e disciplinat[e] dalla presente direttiva». In tal senso, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza. Ai sensi del paragrafo 2 di tale articolo, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza nei casi di cui all'articolo 1, paragrafo 10, della medesima direttiva sono considerate in linea con la direttiva 2004/18 a condizione che detta centrale l'abbia rispettata.

56. Dall'articolo 11 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 1, paragrafi 9 e 10, della direttiva 2004/18 e con il considerando 16 di quest'ultima, risulta che l'unico limite che tale direttiva impone rispetto alla scelta di una centrale di committenza è quello secondo cui tale centrale deve avere la qualità di «amministrazione aggiudicatrice». Tale ampio margine discrezionale si estende altresì alla definizione dei modelli organizzativi delle centrali di committenza, purché le misure adottate dagli Stati membri per l'attuazione dell'articolo 11 della direttiva 2004/18 rispettino il limite stabilito da tale direttiva, relativo alla qualità di amministrazione aggiudicatrice del soggetto al quale le amministrazioni aggiudicatrici intendono rivolgersi in quanto centrale di committenza. Pertanto, a un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18, non può essere riconosciuta, da parte di una normativa nazionale, la qualità di «centrale di committenza», ai fini dell'applicazione di tale direttiva.

57. In terzo luogo, una siffatta interpretazione della direttiva 2004/18 è peraltro conforme ai principi ad essa sottesi, vale a dire i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, enunciati al considerando 2 della medesima direttiva.

58. Sebbene l'articolo 11, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 esoneri le amministrazioni aggiudicatrici stesse che fanno ricorso una centrale di committenza, nelle ipotesi previste da tale disposizione, dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste da detta direttiva, esso impone allo stesso tempo a tale centrale di committenza l'obbligo gravante sulle amministrazioni aggiudicatrici di rispettare le procedure previste dalla medesima direttiva. In tal modo, l'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, vale a dire la libera prestazione dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza dell'8 dicembre 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punto 28 e giurisprudenza ivi citata), è garantito.

59. Non osta a tale conclusione la sentenza del 20 ottobre 2005, Commissione/Francia (C-264/03, EU:C:2005:620), nella quale la Corte ha dichiarato che il contratto di mandato di committenza delegata, disciplinato dalla normativa francese in materia urbanistica, che riservava il ruolo di mandatario a categorie di persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate, costituisce un appalto pubblico di servizi ai fini della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), e, nella misura in cui non prevede alcuna procedura di gara per la scelta del mandatario, viola tale direttiva.

60. Infatti, tale sentenza non verte sulle disposizioni della direttiva 2004/18 che prevedono espressamente la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a centrali di committenza. Ad ogni modo, da detta sentenza risulta che le attribuzioni del mandatario comportavano diversi incarichi costituenti prestazioni di servizi che erano stati attribuiti al di fuori di qualsiasi procedura di gara prevista dalla direttiva 92/50 (sentenza del 20 ottobre 2005, Commissione/Francia, C-264/03, EU:C:2005:620, punti 46, 51 e 55).

61. Tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, menzionato al punto 56 della presente sentenza, nulla nella direttiva 2004/18 né nei principi ad essa sottesi osta neppure a che gli Stati membri possano adattare i modelli di organizzazione di tali centrali di committenza sulla base delle proprie esigenze e delle circostanze particolari prevalenti in uno Stato membro, prescrivendo a tal fine modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di persone o di imprese private.

[...]

63. In ogni caso, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale ai paragrafi da 70 a 72 delle sue conclusioni, tenuto conto dello stretto legame esistente tra la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» e quella di «centrale di acquisto», esposto ai punti da 51 a 58 della presente sentenza, non si può ritenere che le centrali di committenza offrano servizi su un mercato aperto alla concorrenza delle imprese private.

64. Una centrale di committenza agisce infatti in qualità di amministrazione aggiudicatrice, al fine di provvedere ai bisogni di quest'ultima, e non in quanto operatore economico, nel proprio interesse commerciale.

65. Pertanto, una normativa nazionale che limiti la libertà di scelta dei piccoli enti locali di ricorrere a una centrale di committenza, prescrivendo a tal fine due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di persone o di imprese private, non viola l'obiettivo di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, perseguito dalla direttiva 2004/18, dal momento che essa non colloca alcuna impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

66. Peraltro, detta normativa nazionale non accorda alcuna preferenza ad un'impresa offerente nazionale. Al contrario, essa concorre all'obiettivo richiamato al punto precedente, in quanto pone i piccoli enti locali al riparo dal rischio di un'intesa tra una centrale di committenza e un'impresa privata che detenga una partecipazione in tale centrale di committenza.

67. Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private».

Rispetto alla terza questione, così riassunta

«68. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali».

la Corte ha poi sancito la compatibilità del diritto comunitario con previsioni nazionali che limitino l'ambito di operatività delle centrali di committenza con la seguente argomentazione:

«69. A tale riguardo, occorre, in primo luogo, rilevare che, in assenza di una disposizione espressa della direttiva 2004/18 che disciplini i limiti territoriali dell'ambito di operatività di una centrale di committenza, tale questione rientra nell'attuazione delle disposizioni di tale direttiva relative alle centrali di committenza, rispetto alla quale, come risulta dal punto 56 della presente sentenza, gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale.

70. Una misura con cui uno Stato membro limiti l'ambito di operatività territoriale delle centrali di committenza ai rispettivi territori degli enti locali che le hanno istituite, al fine di assicurarsi che tali centrali di committenza agiscano nell'interesse pubblico di tali enti, e non nel loro proprio interesse commerciale, al di là di tali territori, deve essere considerata coerente con l'articolo 1, paragrafo 10, della direttiva 2004/18, il quale prevede che una centrale di committenza deve avere la qualità di amministrazione aggiudicatrice e deve, a tale titolo, soddisfare i requisiti previsti all'articolo 1, paragrafo 9, di tale direttiva. Come già dichiarato dalla Corte, conformemente a quest'ultima

disposizione, un'amministrazione aggiudicatrice è un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 38). Si deve pertanto ritenere che una disposizione di diritto nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale rispetti i limiti del margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell'attuazione della direttiva 2004/18.

71. Per quanto riguarda, in secondo luogo, i dubbi del giudice del rinvio circa la compatibilità della limitazione territoriale discussa nel procedimento principale, che condurrebbe a zone di operatività esclusive per le centrali di committenza, con i principi sottesi alla direttiva 2004/18 di libera prestazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici di servizi, occorre considerare, tenuto conto dei motivi esposti nell'ambito dell'esame della prima e della seconda questione, che una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza ai rispettivi territori degli enti locali che le hanno istituite non ponga, per ciò solo, alcuna impresa privata in una situazione privilegiata rispetto alle sue concorrenti, in violazione di tali principi.

72. Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali».

3. AFFIDAMENTO IN HOUSE

3.1 Nozione

18 novembre 1999, *Teckal*, causa C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi .

Tale questione è stata proposta nell'ambito di una controversia che vedeva la Teckal Srl contrapposta al comune di Viano e all'Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia in ordine all'aggiudicazione, da parte di tale comune, della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali. Infatti, data la natura mista del compito affidato all'AGAC, che consisteva, da un lato, nella prestazione di diversi servizi e, dall'altro, nella fornitura di combustibili, il giudice a quo ha ritenuto di non poter escludere l'applicabilità dell'art. 6 della direttiva 92/50. La Corte di giustizia, dopo aver ricordato che essa può essere indotta a prendere in considerazioni norme di diritto dell'Unione alle quali il giudica nazionale non ha fatto riferimento, ha statuito:

«40 [...] che, per fornire un'interpretazione del diritto comunitario utile al giudice nazionale, occorre interpretare le disposizioni della direttiva 93/36 e non l'art. 6 della direttiva 92/50.

41 Al fine di determinare se, per un ente locale, il fatto di affidare la fornitura di prodotti ad un consorzio al quale esso partecipi debba dar luogo a una procedura di gara prevista dalla direttiva 93/36, occorre esaminare se tale aggiudicazione costituisca un appalto pubblico di forniture.

42 In caso affermativo e se l'importo stimato dell'appalto, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore a 200 000 ECU, la direttiva 93/36 è applicabile. Non è determinante al riguardo il fatto che il fornitore sia o non sia un'amministrazione aggiudicatrice.

43 Infatti, si deve ricordare che le uniche deroghe consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate (v., in ordine alla direttiva 77/62, sentenza 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5923, punto 10).

44 Ora, la direttiva 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici.

45 Si deve peraltro osservare che tale constatazione non pregiudica l'obbligo di queste ultime amministrazioni aggiudicatrici di applicare a loro volta le procedure di gara previste dalla direttiva 93/36.

46 Il comune di Viano, in quanto ente locale, è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36. Spetta pertanto al giudice nazionale verificare se il rapporto tra tale amministrazione e l'AGAC soddisfi anche le altre condizioni previste dalla direttiva 93/36 per configurare un appalto pubblico di forniture.

47 Ciò avviene, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, se si tratta di un contratto concluso per iscritto a titolo oneroso avente per oggetto, in particolare, l'acquisto di prodotti.

48 E' pacifico nella fattispecie che l'AGAC fornisce prodotti, ossia combustibili, al comune di Viano dietro pagamento di un corrispettivo.

49 Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.

50 A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

51 Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un

contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno».

7 dicembre 2000, causa C-94/99, *ARGE*, ECLI:EU:C:2000:677

Il Bundesvergabeamt (ufficio federale delle aggiudicazioni) ha sottoposto quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1) nonché dell'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE- 56 TFUE). Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra l'ARGE Gewässerschutz (in prosieguo: la «ARGE») ed il Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft (Ministero federale dell'Agricoltura e delle Foreste), amministrazione aggiudicatrice, relativamente alla partecipazione di offerenti semipubblici ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. L'Ufficio ha così sollevato le seguenti questioni: "1) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere in un procedimento di aggiudicazione istituzioni, che o da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici ottengono elargizioni tali che consentono a queste istituzioni di presentare un'offerta in un procedimento di aggiudicazione a prezzi che si collocano notevolmente al di sotto di quelli dei loro concorrenti, sia incompatibile con il principio della parità di trattamento di tutti gli offerenti ed i concorrenti in un procedimento di aggiudicazione. 2) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere in un procedimento di aggiudicazione tali istituzioni costituisca una discriminazione dissimulata, qualora le istituzioni, che ricevono tali elargizioni, dimostrino senza eccezioni di possedere la nazionalità dello Stato membro o abbiano la sede nello Stato membro in cui ha sede anche l'amministrazione aggiudicatrice. 3) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere in un procedimento di aggiudicazione tali istituzioni, anche supponendo che essa non discrimini gli altri offerenti e concorrenti, costituisca una limitazione della libera prestazione di servizi, che non è compatibile con le disposizioni del Trattato CE - in particolare con gli artt. 59 e seguenti. 4) Se l'amministrazione aggiudicatrice possa concludere contratti di prestazioni con istituzioni che esclusivamente o almeno in gran parte sono di proprietà dei pubblici poteri e forniscono le loro prestazioni esclusivamente o almeno in gran parte ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri organismi statali, senza avviare un procedimento di aggiudicazione ai sensi della direttiva 92/50/CEE in concorrenza con gli altri offerenti".

Sulla prima questione, dopo aver constatato che dagli elementi del fascicolo non si potessero definire le condizioni cui le amministrazioni aggiudicatrici sarebbero state legittimate ad escludere gli offerenti che beneficiano di sovvenzioni, la Corte ha statuito che:

«32. È sufficiente quindi risolvere la prima questione pregiudiziale nel senso che il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50 non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni

aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni».

La Corte ha risolto la seconda e la terza questione:

« nel senso che il solo fatto che un'amministrazione aggiudicatrice ammette la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni, non costituisce né una discriminazione dissimulata né una restrizione incompatibili con l'art. 59 del Trattato».

Per quanto riguarda il quarto quesito, nonostante la Corte abbia ritenuto, per le soluzioni fornite alle altre tre questioni, di non doversi soffermare, lo stesso ha rilevato che:

«40. [...]la Corte ha esaminato una questione analoga nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121) relativa alla 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). Essa ha dichiarato che questa direttiva è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso e avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia o meno a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice».

3.2 Il controllo analogo

11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, causa C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5

La decisione attiene al contenzioso sorto intorno all'affidamento, da parte di un ente locale, di un appalto di servizi di trattamento rifiuti, senza previa indizione di una procedura competitiva, ad una società il cui capitale era detenuto in via maggioritaria dall'ente affidante e, in parte minoritaria, da una società privata (qualificata come "società mista a prevalente capitale pubblico").La Corte di Giustizia, investita in via pregiudiziale dal Giudice nazionale (per quanto qui in rilievo) del seguente quesito:

«42. Con questa seconda serie di questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con una società di diritto privato da essa giuridicamente distinta, nella quale detiene una partecipazione maggioritaria e sulla quale esercita un certo controllo, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, la detta amministrazione sia sempre tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica previste da tale direttiva per il semplice fatto che un'impresa privata detiene una partecipazione, anche minoritaria, nel capitale della detta società controparte. In caso di soluzione negativa di tale questione, il giudice del rinvio

chiede sulla base di quali criteri debba ritenersi che l'amministrazione aggiudicatrice non sia assoggettata ad un obbligo siffatto.

43. Tale questione fa riferimento alla situazione particolare di una società cosiddetta «mista pubblico-privata», costituita e funzionante in base alle norme privatistiche, alla luce dell'obbligo incombente all'amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici qualora sussistano i presupposti da esse contemplati.

ha così statuito:

44. Al riguardo va ricordato in primo luogo l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, quale evidenziato nell'ambito della risposta alla prima questione, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati.

45. L'obbligo di applicare in tal caso le norme comunitarie risulta confermato dal fatto che, all'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, la nozione di prestatore di servizi, ossia di offerente ai fini dell'applicazione di tale direttiva, include anche «gli enti pubblici che forniscono servizi» (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. pag. I-11037, punto 28).

46. Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente. Pronunciandosi sulla scelta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di appalto, la Corte ha così statuito che l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che contempla questo tipo di procedura, deve – in quanto disposizione derogatoria alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi – essere interpretato restrittivamente, e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 58).

47. Nell'ottica di un'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, quale voluta dalle norme comunitarie, la Corte ha statuito, in riferimento alla 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), che tale direttiva è applicabile qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punti 50 e 51). È opportuno constatare che la controparte contrattuale in quel caso era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici, al quale partecipava anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione.

48. Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un entità giuridicamente

distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

49. In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

50. Al riguardo occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

51. In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

52. Pertanto, occorre risolvere la seconda questione, sub a) e b), dichiarando che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate».

21 luglio 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, causa C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487

La sentenza riguarda un contenzioso sorto intorno all'affidamento, da parte di un ente locale, del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di gas ad una società a prevalente capitale pubblico (di cui l'ente appaltante deteneva una minima partecipazione al capitale sociale) senza il previo esperimento di una procedura competitiva.

La Corte di Giustizia, investita in via pregiudiziale dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia del seguente quesito

«Se gli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 81 [CE], laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione in house».

dopo aver qualificato l'affidamento controverso come concessione, ha stabilito:

«21. In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

22. Se ciò non avviene, è necessario concludere per l'esistenza di una differenza di trattamento a danno di tale impresa.

23. Per quanto riguarda le circostanze obiettive che possono giustificare tale differenza di trattamento, va osservato che il fatto che il Comune di Cingia de' Botti detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive.

24. Infatti, anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo.

25. All'udienza il governo italiano ha fatto valere, in sostanza, che, a differenza di alcune grandi città italiane, la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretta a fare ricorso a strutture, come quella della Padania, nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni.

26. Al riguardo occorre constatare che una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno

in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte.

27. Non è stata portata a conoscenza della Corte nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un'eventuale differenza di trattamento.

28. In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione».

19 aprile 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo),* causa C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227

Con la sentenza in esame è stata affrontata la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con l'ordinamento comunitario della possibilità, per uno Stato membro, di attribuire ad un'impresa pubblica uno status giuridico che le consenta di realizzare operazioni senza essere assoggettata alla normativa comunitaria in tema di pubblici affidamenti.

La questione inerisce un contenzioso sorto dalla denuncia proposta da un operatore economico avverso un'impresa pubblica nella quale si lamentava l'abuso, da parte della seconda, di una posizione dominante sul mercato forestale a causa del mancato rispetto delle procedure concorrenziali.

La Corte di Giustizia, interessata in via pregiudiziale della vicenda, ha così statuito

«46. Con la seconda questione, il giudice a quo chiede alla Corte se le direttive 93/36 e 93/37, come modificate dalle direttive 97/52, 2001/78 e 2004/18, ostino ad un regime giuridico come quello di cui gode la Tragsa, che le consente di realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive in parola.

47. In via preliminare, va constatato che, nonostante i richiami operati dal giudice del rinvio alle direttive 97/52, 2001/78 e 2004/18, tenuto conto sia del contesto e della data dei fatti della causa principale, sia della natura delle attività della Tragsa quale precisata all'art. 88, n. 3, della legge 66/1997, occorre esaminare detta seconda questione alla luce delle previsioni stabilite nelle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, vale a dire le direttive 92/50, 93/36 e 93/37, pertinenti nel caso di specie.

48. A tale riguardo giova ricordare che, secondo le definizioni di cui all'art. 1, lett. a), delle direttive citate al punto precedente, un appalto pubblico di servizi, di forniture o di lavori presuppone l'esistenza di un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un prestatore di servizi, un fornitore o un imprenditore e, dall'altro, un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dello stesso art. 1, lett. b), delle dette direttive.

49. Nel caso di specie va constatato innanzi tutto che, ai sensi dell'art. 88, nn. 1 e 2, della legge 66/1997, la Tragsa è una società statale al cui capitale sociale possono partecipare anche le comunità autonome. Il medesimo art. 88, n. 4, e l'art. 3, n. 1, primo comma, del regio decreto 371/1999 precisano che la Tragsa è strumento esecutivo interno e servizio tecnico dell'amministrazione generale dello Stato e delle amministrazioni di ognuna delle comunità autonome interessate.

50. Inoltre, come risulta dagli artt. 3, nn. 2-5, e 4, nn. 1, 2 e 7, del regio decreto 371/1999, la Tragsa deve realizzare gli incarichi ad essa affidati dall'amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli enti pubblici da queste ultime dipendenti, nelle materie rientranti nel suo oggetto sociale, senza avere la possibilità di fissare liberamente il costo dei suoi interventi.

51. Infine, secondo l'art. 3, n. 6, del detto regio decreto, i rapporti della Tragsa con gli enti pubblici in questione, rappresentando tale società uno strumento esecutivo interno e un servizio tecnico di queste ultime, non hanno natura contrattuale, bensì, sotto tutti gli aspetti, carattere interno, dipendente e subordinato.

52. L'Asemfo sostiene che il rapporto giuridico che discende dagli ordini ricevuti dalla Tragsa, nonostante esso abbia formalmente carattere unilaterale, sarebbe nella realtà dei fatti, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, un legame contrattuale incontestabile con l'accomandatario. A tale proposito, l'Asemfo fa riferimento alla sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409). In siffatto contesto, benché la Tragsa sembri agire su ordine delle amministrazioni pubbliche, essa sarebbe in effetti contraente dell'amministrazione, così che dovrebbero essere applicate le norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

53. A tale riguardo occorre ricordare che, al punto 205 della citata sentenza Spagna/Commissione, la Corte, in un contesto diverso da quello della causa principale, ha dichiarato che la Tragsa, nella sua veste di ente strumentale e di servizio tecnico dell'amministrazione spagnola, è tenuta ad effettuare, in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle proprie controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli organismi pubblici da esse dipendenti.

54. Giova osservare che, se la Tragsa non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni, il che spetta al giudice del rinvio accertare, la condizione per applicare le direttive di cui trattasi relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta.

55. In ogni caso, va ricordato che, secondo costante giurisprudenza della Corte, il ricorso alla gara d'appalto, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatorio, anche quando il contraente è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora due condizioni siano soddisfatte. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che

è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente distinto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, dall'altro, l'ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (v. sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 50; 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49; 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punto 38; 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 34, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 33).

56. Di conseguenza, occorre verificare se le due condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto precedente siano soddisfatte relativamente alla Tragsa.

57. Per quanto riguarda la prima condizione, attinente al controllo dell'amministrazione pubblica, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 37).

58. Nella causa principale, dagli atti risulta, e con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, che il 99% del capitale sociale della Tragsa è detenuto dallo Stato spagnolo stesso, per mezzo di un'impresa di partecipazione e di un fondo di garanzia, e che quattro comunità autonome, ognuna delle quali in possesso di un'azione, detengono l'1% di detto capitale.

59. A tale riguardo, non può essere accolta la tesi secondo la quale la condizione di cui trattasi sarebbe soddisfatta solamente rispetto agli appalti effettuati su incarico dello Stato spagnolo, con esclusione di quelli oggetto di incarichi delle comunità autonome, rispetto alle quali la Tragsa dovrebbe essere considerata come un terzo.

60. Pare, infatti, discendere dagli artt. 88, n. 4, della legge 66/1997 nonché 3, nn. 2-6, e 4, nn. 1 e 7, del regio decreto 371/1999 che la Tragsa è tenuta ad eseguire gli incarichi ad essa affidati dalle amministrazioni pubbliche, comunità autonome incluse. Sembra altresì evincersi da tale normativa nazionale che, come per ciò che concerne lo Stato spagnolo, nell'ambito delle sue attività con queste ultime in quanto strumento esecutivo interno e servizio tecnico, la Tragsa non ha la possibilità di stabilire liberamente il costo dei suoi interventi e che i suoi rapporti con le dette comunità non sono di natura contrattuale.

61. Sembra quindi che la Tragsa non possa essere considerata come un terzo rispetto alla comunità autonome che detengono una parte del suo capitale sociale.

62. Per quanto riguarda la seconda condizione, relativa alla circostanza che la parte essenziale dell'attività della Tragsa dev'essere realizzata con l'ente o gli enti pubblici che detengono detta società, dalla giurisprudenza risulta che, nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione in parola può essere soddisfatta qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati (sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 70).

63. Come risulta dal fascicolo, nella causa principale la Tragsa realizza mediamente più del 55% della sua attività con le comunità autonome e circa il 35% con lo Stato. Appare dunque che la parte più importante dell'attività della società di cui trattasi è realizzato con gli enti e gli organismi pubblici che la detengono.

64. Alla luce di quanto precede, e con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, va rilevato che le due condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto 55 della presente sentenza ricorrono nel caso di specie.

65. Dalle considerazioni che precedono risulta che occorre risolvere la seconda questione dichiarando che le direttive 92/50, 93/36 e 93/37 non ostano ad un regime giuridico quale quello di cui gode la Tragsa, che le consente, in quanto impresa pubblica operante in qualità di strumento esecutivo interno e servizio tecnico di diverse amministrazioni pubbliche, di realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive in parola, qualora, da un lato, le amministrazioni pubbliche interessate esercitino su tale impresa un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e, dall'altro, la detta impresa realizzi la parte più importante della sua attività con le amministrazioni di cui trattasi».

13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, causa C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621

La decisione riguarda un contenzioso sorto intorno all'affidamento, da parte di un ente locale, della gestione della rete di teledistribuzione comunale ad una società cooperativa intercomunale (Brutélé).

In particolare l'ente locale, dopo aver riacquistato la rete de qua dall'operatore che l'aveva installata e gestita, dapprima indiceva una procedura competitiva per assegnarne in concessione lo sfruttamento ed, in un secondo momento, rinunciava a tale soluzione preferendo la vendita.

Cinque operatori economici presentavano quindi la propria offerta di acquisto mentre la società cooperativa intercomunale formulava al Comune una proposta di affiliazione come membro associato.

Dopo aver dichiarato irricevibili quattro offerte ed avere valutato eccessivamente bassa l'unica ricevibile, l'ente decideva di associarsi alla cooperativa e le affidava la gestione della rete di teledistribuzione.

L'operatore economico che aveva proposto l'unica offerta ammessa (Coditel) insorgeva quindi avverso la decisione lamentando la mancata preventiva effettuazione di un confronto tra i vantaggi di tale formula e quelli che avrebbe offerto la concessione della sua rete di teledistribuzione ad un altro operatore.

La Corte di Giustizia, interessata in via pregiudiziale dei seguenti quesiti:

«22. In tale contesto il Conseil d'État ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un comune possa, senza bandire una gara d'appalto, associarsi ad una società cooperativa che raggruppa esclusivamente altri comuni e associazioni di comuni (detta "intercomunale pura") al fine di trasferirle la gestione della sua rete di teledistribuzione, quando la società cooperativa realizza la parte essenziale delle proprie attività con i suoi soli associati, liberandoli dai loro obblighi, e le decisioni ad esse relative vengono adottate dal consiglio di amministrazione e dai consigli di settore, nei limiti delle deleghe che questo accorda loro, quali organi statutari composti di rappresentanti delle autorità pubbliche e che statuiscono a maggioranza.

2) Se i poteri così esercitati, tramite organi statutari, da tutti i cooperatori, o da una parte di questi nel caso di settori o sottosettori di gestione, sulle decisioni della società cooperativa possano essere considerati tali da consentire loro di esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello esercitato sui loro propri servizi.

3) Se tali poteri e tale controllo, per poter essere qualificati analoghi, debbano essere esercitati individualmente da ciascun associato o se sia comunque sufficiente che vengano esercitati dalla maggioranza degli associati».

ha risolto le prime due questioni affermando che:

«23. Tenuto conto della connessione fra loro esistente, occorre esaminare congiuntamente la prima e la seconda questione.

24. Dalla decisione di rinvio risulta che, associandosi alla Brutélé, il Comune di Uccle le ha affidato la gestione della sua rete di teledistribuzione. Risulta parimenti che la remunerazione della Brutélé proviene non già dal comune, bensì dai pagamenti effettuati dagli utenti della rete di cui trattasi. Tale forma di remunerazione caratterizza una concessione di pubblici servizi (sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 40).

25. I contratti di concessione di servizi pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), applicabile alla data in cui si sono verificati i fatti di cui alla causa principale. Benché siffatti contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva citata, le pubbliche amministrazioni che li attribuiscono sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato CE, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenze Telaustria e Telefonadress, cit., punti 60-62, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punti 16-19). Senza necessariamente comportare un obbligo di far ricorso ad una gara, detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura delle concessioni di servizi pubblici alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in tal senso, citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punto 62, nonché Coname, punto 21).

26. L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa se, al tempo stesso, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la parte più importante della sua attività con

l'autorità o le autorità che la detengono (v., in tal senso, citate sentenze Teckal, punto 50, e Parking Brixen, punto 62).

27. Relativamente alla seconda delle condizioni menzionate, nella decisione di rinvio il giudice nazionale ha precisato che la Brutélé svolge la parte essenziale della sua attività con i suoi soci. Resta pertanto da esaminare la portata della prima condizione, vale a dire quella secondo cui l'autorità o le autorità pubbliche concedenti devono esercitare sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

28. Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 36).

29. Fra le circostanze pertinenti delineate dalla decisione di rinvio vanno considerate, in primis, la detenzione del capitale dell'ente concessionario, in secondo luogo, la composizione degli organi decisionali di quest'ultimo e, in terzo luogo, la portata dei poteri riconosciuti al suo consiglio d'amministrazione.

30. Quanto alla prima di dette circostanze, si deve ricordare che è escluso che un'autorità pubblica concedente possa esercitare, su di un ente concessionario, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi se un'impresa privata detiene una partecipazione nel capitale di detto ente (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49).

31. Per contro, la circostanza che l'autorità pubblica concedente detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale autorità pubblica esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 37, e 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo, Racc. pag. I-2999, punto 57).

32. Dalla decisione di rinvio risulta che, nella causa principale, l'ente concessionario è una società cooperativa intercomunale i cui soci sono costituiti da comuni nonché da un'associazione intercomunale, che raggruppa a sua volta esclusivamente comuni, e che tale ente non è aperto a cooperatori privati.

33. In secondo luogo, dal fascicolo emerge che il consiglio di amministrazione della Brutélé è composto di rappresentanti dei comuni nominati dall'assemblea generale, anch'essa composta di rappresentanti dei comuni associati. Questi ultimi, conformemente all'art. 12 della legge sulle associazioni intercomunali, sono designati dal consiglio comunale di ogni comune tra i consiglieri comunali, il sindaco e gli assessori del comune.

34. La circostanza che gli organi decisionali della Brutélé siano composti di delegati delle autorità pubbliche ad essa associate indica che queste ultime controllano gli organi decisionali dell'ente di cui

trattasi e sono dunque in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della Brutélé.

35. In terzo luogo, dal fascicolo risulta che il consiglio d'amministrazione della Brutélé è dotato dei più ampi poteri e, in particolare, stabilisce le tariffe. Esso ha inoltre la facoltà, ma non l'obbligo, di delegare ai consigli di settore o sottosettore la soluzione di taluni problemi propri di detti settori o sottosettori.

36. Si pone la domanda se, ciò posto, la Brutélé ne abbia tratto una vocazione commerciale e un grado di autonomia che renderebbero precario il controllo esercitato dalle autorità pubbliche che le sono associate.

37. In proposito si deve rilevare che la Brutélé non è costituita in forma di società per azioni o di società anonima, tale da poter perseguire obiettivi indipendentemente dai suoi azionisti, ma in forma di una società cooperativa intercomunale, disciplinata dalla legge sulle associazioni intercomunali. Inoltre, in forza dell'art. 3 di detta legge, le associazioni intercomunali non hanno carattere commerciale.

38. Dalla legge menzionata, letta unitamente allo statuto della Brutélé, sembra risultare che lo scopo statutario di quest'ultima sia la realizzazione della missione di interesse comunale, per il conseguimento della quale è stata creata, e che non si prefigga altri interessi diversi da quello delle autorità pubbliche le sono associate.

39. Con riserva della verifica dei fatti da parte del giudice del rinvio, ne risulta che, nonostante la portata dei poteri riconosciuti al suo consiglio d'amministrazione, la Brutélé non gode di un margine di autonomia tale da escludere che i comuni che le sono associati esercitino su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui loro servizi.

40. Siffatte considerazioni valgono a fortiori nel caso in cui le decisioni relative alle attività della società cooperativa intercomunale vengano adottate dai consigli di settore o di sottosettore, nei limiti delle deleghe che il consiglio d'amministrazione accorda loro. Allorché, infatti, uno o più comuni associati sono riconosciuti come costituenti un settore o un sottosettore dell'attività della società in parola, il controllo che tali comuni possono esercitare sulle questioni delegate ai consigli di settore o di sottosettore è ancora più stringente di quello che esercitano con il complesso dei soci all'interno degli organi plenari di detta società.

41. Da quanto precede risulta che, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio dei fatti rispetto al margine di autonomia di cui fruisce la società cooperativa intercomunale di cui trattasi, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, il controllo esercitato attraverso organi statutari dalle autorità pubbliche associate ad una siffatta società cooperativa intercomunale sulle decisioni adottate da quest'ultima può essere considerato tale da consentire alle autorità in parola di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

42. Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione come segue:

– Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un'autorità pubblica

assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, allorché dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche.

– Con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio dei fatti attinenti al margine di autonomia di cui fruisce la società in causa, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi».

mentre, riguardo al terzo quesito, ha statuito:

«43. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, allorché un'autorità pubblica si associa a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima debba, per poter essere qualificato come analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi, venire esercitato individualmente da ognuna delle autorità in parola o se possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

44. Da un lato, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando un ente concessionario è detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della sua attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punti 70 e 71, e Asemfo, punto 62).

45. Sarebbe coerente con il ragionamento sotteso alla citata giurisprudenza considerare che la condizione relativa al controllo esercitato dalle autorità pubbliche possa essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

46. La giurisprudenza impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento (v., in tal senso, sentenza Parking Brixen, cit., punto 62). L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

47. D'altro canto, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.

48. Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48).

49. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza Asemfo, cit., punto 65).

50. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente.

51. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide.

52. Siffatta conclusione non è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza Coname, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta.

53. Del resto, in una sentenza successiva, cioè la citata sentenza Asemfo (punti 56-61), la Corte ha dichiarato che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica poteva essere soddisfatta nel caso in cui tale autorità detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica.

54. Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che, qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza».

09 giugno 2009, *Commissione c. Repubblica federale di Germania,* causa C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357

La sentenza attiene ad un ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità Europee relativamente all'affidamento da parte di alcune circoscrizioni amministrative, senza procedura competitiva, del servizio di smaltimento dei rifiuti al il servizio per la nettezza urbana della Città di Amburgo.

In particolare la Commissione riteneva che nella fattispecie fosse stata violata la normativa comunitaria trattandosi di contratto a titolo oneroso, in forma scritta, di valore superiore alla soglia di rilevanza comunitaria né sarebbe stato configurabile un rapporto in house posto che difettava un rapporto di controllo analogo tra i committenti e l'affidataria.

La Corte di Giustizia, nel dirimere la controversia, dopo aver ricordato che

«34. Dalla giurisprudenza della Corte emerge tuttavia che la gara non è obbligatoria nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, purché tale ente realizzi con essa o con altri enti locali che lo detengono la parte più importante della propria attività (v., in tal senso, citate sentenze Teckal, punto 50, e Stadt Halle e RPL Lochau, punto 49).

35. Del pari, la Corte ha statuito, in merito all'assegnazione, da parte di un comune, di una concessione di servizio pubblico ad una società cooperativa intercomunale il cui scopo è esclusivamente quello di prestare servizi ai comuni associati, che questa poteva legittimamente aver luogo senza gara in quanto ha giudicato che, nonostante gli aspetti autonomi della gestione di tale cooperativa da parte del suo consiglio di amministrazione, si doveva considerare che i comuni associati esercitassero un controllo congiunto (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 41)».

ha respinto il ricorso statuendo:

«36. Tuttavia, nella presente fattispecie è pacifico che i quattro Landkreise interessati non esercitano alcun controllo che potrebbe essere qualificato come analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi, che sia quello sulla controparte contrattuale, vale a dire i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, o ancora quello sul gestore dell'impianto termico di Rugenberger Damm, che è una società il cui capitale è parzialmente costituito da fondi privati.

37. Tuttavia, occorre rilevare che il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti. Va ricordato che tale funzione è connessa all'attuazione della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti (GU L 194, pag. 39), che obbliga gli Stati membri ad elaborare piani di gestione dei rifiuti che contemplino, in particolare, «le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti», e che, ai sensi della direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, che modifica l'art. 5, n. 2, della direttiva 75/442 (GU L 78, pag. 32), una delle più importanti di tali misure è la ricerca di un trattamento dei rifiuti in un impianto il più vicino possibile.

38. Inoltre, è pacifico che il contratto stipulato tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati deve essere inteso come conclusione di un'iniziativa di cooperazione intercomunale tra le parti contrattuali e che contiene requisiti idonei ad assicurare la funzione di smaltimento dei rifiuti. Infatti, esso ha lo scopo di consentire alla città di Amburgo di costruire e di fare gestire un impianto di trattamento di rifiuti alle condizioni economiche più favorevoli grazie agli apporti di rifiuti dei Landkreise limitrofi, il che permette di raggiungere una capacità di 320 000 tonnellate. Per tale motivo, la costruzione di tale impianto è stata decisa e

realizzata soltanto dopo l'accordo dei quattro Landkreise interessati ad utilizzare la centrale e il corrispondente impegno da loro assunto a tale effetto.

[...]

44. Emerge quindi che il contratto controverso costituisce tanto il fondamento quanto il quadro giuridico per la costruzione e la gestione future di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico, ossia la termovalorizzazione dei rifiuti. Detto contratto è stato stipulato soltanto da autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata e non prevede né pregiudica l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti.

45. Orbene, la Corte ha ricordato, in particolare, che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche (v. sentenza Coditel Brabant, cit., punti 48 e 49).

46. La Commissione ha peraltro precisato all'udienza che qualora la cooperazione qui in esame si fossa tradotta nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti interessati avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti, essa avrebbe ammesso che l'uso della centrale da parte dei Landkreise interessati esulava dalla normativa sugli appalti pubblici. Essa ritiene, tuttavia, che in mancanza di un siffatto organismo di cooperazione intercomunale, l'appalto di servizi concluso tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati avrebbe dovuto essere oggetto di una gara d'appalto.

47. Tuttavia, da una parte, va rilevato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 50 e 51)».

10 settembre 2009, *Sea S.r.l.*, causa C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532

La vicenda sottesa al giudizio attiene un contenzioso sorto intorno all'affidamento da parte di un ente locale del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani ad una società per azioni partecipata da enti locali (Setco).

In particolare un operatore economico (Sea) censurava i provvedimenti adottati dal Comune (aventi ad oggetto l'acquisizione di una quota societaria di minoranza di Setco e l'affidamento diretto a tale

società del servizio de quo) lamentando il difetto del requisito del controllo analogo in capo all'ente locale.

Il Giudice di rinvio si è quindi interrogato se, a fronte di una partecipazione minoritaria al capitale sociale, possa sussistere comunque il requisito del controllo analogo.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, ha così stabilito:

«39. Per quanto concerne l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare, in particolare, gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punti 47-49, e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punti 19-21).

40. L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa qualora, al contempo, l'ente locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e detto ente realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano (v., in tal senso, sentenze Teckal, cit., punto 50; Parking Brixen, cit., punto 62, nonché 9 giugno 2009, causa C-480/06, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 34).

41. La circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza richiamata al punto precedente. Nella citata sentenza ANAV, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza nel caso di una società per azioni.

[...]

44. La decisione di rinvio solleva la questione se un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi.

45. Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, Racc. pag. I-8457, punto 31).

46. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 49, nonché Coditel Brabant, punto 30).

47. Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punti 67 e 72).

48. In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punti 38-41).

49. Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

50. Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

51. Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta.

52. Tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287), in base alle quali il fatto che una società come quella in esame nella causa all'origine della citata sentenza sia aperta ai capitali privati impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte. Infatti, in questa causa, il servizio pubblico era stato attribuito ad una società a prevalente capitale pubblico, e dunque misto, al momento di tale assegnazione (v. citata sentenza Coname, punti 5 e 28).

53. Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara.

54. Bisogna capire poi se, nel caso in cui un'autorità pubblica diventi socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuire a quest'ultima la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima, per essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, debba essere esercitato individualmente da ognuna di queste autorità o possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse.

55. La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 46).

56. Infatti, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune, è di norma escluso che una di tali autorità che possiede soltanto una partecipazione minoritaria in tale società eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di quest'ultima. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità siffatta intendesse associarsi ad una società detenuta da altre autorità pubbliche al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 47).

57. Un risultato simile non sarebbe conforme al sistema delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48; Coditel Brabant, punto 48, e Commissione/Germania, punto 45).

58. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenze 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo, Racc. pag. I-2999, punto 57, e Coditel Brabant, cit., punto 49).

59. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 50).

60. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 51).

61. Neanche tale conclusione è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte, al punto 24 di quest'ultima, ha considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare un controllo sul concessionario che gestisce un servizio pubblico. Tuttavia, in questo stralcio di detta sentenza, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 52).

62. Del resto, la Corte ha dichiarato successivamente, nella citata sentenza Asemfo (punti 56-61), che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica aggiudicatrice poteva essere soddisfatta nel caso in cui quest'ultima detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 53).

63. Ne discende che se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.

64. La questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio è volta inoltre a determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto della Setco siano atte a consentire ai comuni azionisti di esercitare effettivamente sulla società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65. Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 36, nonché Coditel Brabant, punto 28).

66. Fra le circostanze pertinenti delineate dalla decisione di rinvio va considerata anzitutto la legislazione applicabile, in secondo luogo la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale e, infine, i meccanismi di controllo previsti dallo statuto della Setco.

67. Per quanto riguarda la legislazione applicabile, l'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000 prevede che l'erogazione del servizio possa essere attribuito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale «esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

68. Adottando tali disposizioni, il legislatore italiano ha ripreso testualmente la formulazione delle condizioni enunciate al punto 50 della citata sentenza Teckal, e confermate in varie sentenze successive della Corte. Una siffatta legislazione nazionale è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario (v., in tal senso, citata sentenza ANAV, punto 25).

69. Peraltro, dalla decisione di rinvio emerge che i comuni azionisti della Setco hanno modificato lo statuto di tale società il 23 dicembre 2006, al fine di sottoporre quest'ultima ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000.

70. Il fatto che detta modifica dello statuto della Setco miri a garantire il rispetto della normativa comunitaria in materia risulta altresì dall'art. 8 bis, primo comma, di tale statuto.

71. Del resto, nessun elemento del fascicolo indica che detto statuto sia stato modificato allo scopo di eludere le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

72. Infine, come risulta dalla decisione di rinvio, sia il contesto legislativo sia quello statutario pertinenti consentono agli enti locali minori di affidare direttamente la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica a società a capitale interamente pubblico solo se tali enti esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del diritto comunitario. Secondo il giudice nazionale, l'espressione «controllo analogo», tuttavia, non è ivi definita.

73. Per quanto concerne la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che ne sono gli azionisti, occorre esaminare la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private.

74. L'art. 3 dello statuto della Setco, intitolato «Oggetto sociale», prevede che quest'ultima gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali che affidano detti servizi.

75. Inoltre l'art. 8 bis, secondo comma, di tale statuto enuncia che la Setco gestisce i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti e nell'ambito dei territori di competenza di questi ultimi.

76. Disposizioni siffatte, da un lato, indicano che l'ambito geografico delle attività della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale non si estende oltre il territorio dei comuni che ne sono gli azionisti e, dall'altro, che questa società mira a gestire i servizi pubblici soltanto riguardo a tali comuni.

77. Tuttavia, l'art. 3, terzo comma, di detto statuto prevede che la Setco possa svolgere servizi anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi.

78. Nel corso dell'udienza la Setco ha affermato che il potere di cui essa dispone di trattare con imprese private costituisce un accessorio indispensabile all'esecuzione delle proprie missioni di servizio pubblico. A titolo esemplificativo essa ha menzionato la raccolta differenziata dei rifiuti, la quale potrebbe rendere necessaria la rivendita ad enti specializzati di talune categorie di materiale recuperato a scopo di riciclaggio. Secondo la Setco, si tratterebbe di attività accessorie alla raccolta di rifiuti e non di attività che esulano dall'attività principale.

79. Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono.

80. Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato.

81. Per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto della Setco, dal fascicolo risulta che i soci, con le modifiche apportate allo statuto il 23 dicembre 2006, hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla Setco un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività della Setco.

[...]

86. Tenuto conto della portata dei poteri di controllo e di decisione che esse attribuiscono ai Comitati istituiti nonché della circostanza che questi ultimi sono composti da rappresentanti degli enti azionisti, le disposizioni statutarie come quelle della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale devono essere intese nel senso di mettere gli enti azionisti in grado di esercitare, tramite detti Comitati, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale società.

87. Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che gli artt. 8 bis-8 quater dello statuto della Setco, laddove riguardano il Comitato unitario e i Comitati tecnici, siano assimilabili ai patti parasociali di cui all'art. 2341 bis del codice civile italiano. Esso ne deduce che il controllo analogo a quello che gli enti azionisti esercitano sui propri servizi, su cui verte il meccanismo di detti Comitati, potrebbe essere ininfluente.

88. Si tratta di una questione interpretativa delle norme nazionali la cui soluzione incombe al giudice del rinvio.

89. Fatta salva la verifica da parte di quest'ultimo dell'operatività delle disposizioni statutarie in oggetto, ne risulta che in circostanze come quelle di cui alla causa principale il controllo esercitato attraverso organi statutari dagli enti azionisti sulla società aggiudicataria può essere considerato tale da consentire a tali enti di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

90. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione pregiudiziale sottoposta nel seguente modo:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora

l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

– l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e

– tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società».

29 novembre 2012, *Econord S.p.a.,* cause riunite C-182/11 e C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758

La decisione riguarda una controversia sorta riguardo all'affidamento diretto da parte dei Comuni di Varese, Cagno e Solbiate ad ASPEM S.p.a., società in house il cui capitale era detenuto in via maggioritaria dal Comune di Varese ed in via minoritaria da altri trentasei enti locali, di un appalto di servizi di igiene urbana.

Interpellata in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato sulla seguente questione

«Se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale debba applicarsi anche nel caso in cui, come nella fattispecie, uno dei Comuni associati possegga una sola azione della società strumentale ed i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante, sicché la partecipazione societaria possa considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi».

La Corte di Giustizia ha stabilito:

«25. Secondo una giurisprudenza consolidata, un'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio un ente locale, è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui essa eserciti sull'entità affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (sentenza Teckal, cit., punto 50). È pacifico che questa giurisprudenza, inizialmente adottata ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi.

26. Occorre altresì rilevare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la questione se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi – e, in quest'ultimo caso, se il valore

dell'appalto raggiunga la soglia prevista dalle norme dell'Unione – è priva di rilevanza ai fini della risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale, dal momento che l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatte le condizioni attinenti all'esercizio di un «controllo analogo», è applicabile in tutte le situazioni suddette (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 31-40).

27. Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e Sea, punto 65). In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46).

28. Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59).

29. Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63).

30. Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

31. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, Coname, C-231/03, Racc. pag. I-7287, punto 24).

32. Ne consegue che, nei procedimenti principali, spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, da parte del Comune di Cagno e del Comune di Solbiate, di un patto parasociale che conferisce loro il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM.

33. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che, quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta».

19 dicembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento,* causa C- 159/11, ECLI:EU:C:2012:817

La decisione attiene ad una vertenza sorta tra l'ASL di Lecce, l'Università del Salento e l'ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce relativamente ad un contratto di consulenza stipulato tra i primi due enti.

In particolare l'Ordine riteneva che tale negozio costituisse un appalto pubblico di servizi di ingegneria e non un mero accordo di cooperazione tra amministrazioni.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, ha stabilito per quanto qui in rilievo che:

31. Emerge tuttavia dalla giurisprudenza della Corte che due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

32. Si tratta, in primo luogo, dei contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50).

33. È comunque assodato che tale eccezione non è applicabile in un contesto come quello di cui al procedimento principale, dal momento che dalla decisione di rinvio risulta che l'ASL non esercita alcun controllo sull'Università.

19 giugno 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE,* causa C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004

La decisione attiene ad un contenzioso relativo all'affidamento diretto, da parte del Centro Ospedaliero di Setúbal al Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (associazione senza scopo di lucro preordinata alla realizzazione di una funzione di servizio pubblico partecipato esclusivamente da soggetti appartenenti al settore pubblico o al settore sociale), del servizio di refezione ospedaliera dell'ospedale pubblico.

Posto che tra la compagine del SUCH figuravano numerosi istituti privati di solidarietà sociale, un operatore economico (Eurest) aveva impugnato l'accordo lamentando l'insussistenza tra le parti di un rapporto di controllo.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, ha stabilito:

«32. Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la condizione relativa al «controllo analogo», applicata dalla Corte affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere considerata come un'operazione «in house» e quest'ultimo possa essere attribuito direttamente senza applicare la procedura prevista dalla direttiva 2004/18, è soddisfatta allorché l'aggiudicatario è un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, in conformità del suo statuto, può annoverare tra i suoi membri non solo enti facenti parte del settore pubblico, ma anche istituzioni private di solidarietà sociale che svolgono attività senza scopo di lucro e allorché, alla data di aggiudicazione dell'appalto, queste ultime costituivano una parte importante, ancorché minoritaria, del numero di membri dell'associazione aggiudicatrice.

33. A tale proposito, occorre anzitutto ricordare che la circostanza che l'aggiudicatario è costituito in forma di associazione di diritto privato e non persegua scopo di lucro è priva di rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, della giurisprudenza della Corte relativa all'eccezione riguardante le operazioni «in house». Infatti, una simile circostanza non esclude che l'entità aggiudicatrice di cui trattasi possa esercitare un'attività economica (v., in tal senso, sentenze, sentenze Sea, C-537/07, EU:C:2009:532, punto 41, e CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 45).

34. Occorre rilevare, poi, che la questione che si pone essenzialmente nel caso di specie è quella di stabilire se la giurisprudenza espressa nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) si applichi, dal momento che il SUCH non è costituito in forma di società e non è quindi dotato di un capitale sociale e che i suoi membri, non rientrando nel settore sociale, non sono imprese nei termini di cui alla citata sentenza.

35. A tale proposito, occorre sottolineare che l'eccezione riguardante l'affidamento «in house» è fondata sull'impostazione secondo cui, in tali casi, si può considerare che la pubblica amministrazione aggiudicatrice ha fatto ricorso alle proprie risorse per svolgere le sue funzioni di interesse pubblico.

36. Uno dei motivi che hanno portato la Corte alle conclusioni espresse nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) era fondato non sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte

dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice. Per tale motivo, quest'ultimo non poteva esercitare sull'aggiudicatario un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punti 49 e 50).

37. Alla luce della circostanza, rilevata dal giudice del rinvio, secondo cui il SUCH è un'associazione senza scopo di lucro e i soci privati, che facevano parte di tale associazione al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui al procedimento principale, erano istituti privati di solidarietà sociale, anch'essi senza scopo di lucro, occorre rilevare che il fatto che la Corte si sia riferita nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) a nozioni come quella di «impresa» o di «capitale sociale» è dovuto alle circostanze della causa che ha dato luogo a tale sentenza e non significa che la Corte abbia voluto limitare le sue conclusioni ai soli casi della partecipazione nell'ente aggiudicatore, di imprese commerciali aventi scopo di lucro.

38. Un'altra ragione che ha condotto la Corte alle conclusioni esposte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) è che l'aggiudicazione diretta di un appalto offrirebbe all'entità privata presente all'interno dell'entità aggiudicatrice un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 51).

39. Nella causa principale i membri privati del SUCH perseguono interessi e finalità che, per quanto apprezzabili da un punto di vista sociale, sono di diversa natura rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono contemporaneamente membri del SUCH.

40. Inoltre, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che i membri privati del SUCH, nonostante il loro status di associazioni caritative senza scopo di lucro, possano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori. Di conseguenza, l'attribuzione diretta di un appalto al SUCH sarebbe suscettibile di offrire ai membri privati di quest'ultimo un vantaggio concorrenziale.

41. Pertanto, le considerazioni che hanno indotto la Corte ad adottare le conclusioni esposte ai punti 36 e 38 della presente sentenza sono altresì valide in circostanze come quelle del procedimento principale.

42. La circostanza che la partecipazione dei membri privati all'ente aggiudicatario sia solo minoritaria, non può rimettere in discussione tali conclusioni (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 49).

43. Infine, occorre rilevare che il fatto che, in conformità del suo statuto, il SUCH disponesse esclusivamente della facoltà di ammettere tra i suoi membri degli enti privati non è in linea di principio rilevante. L'elemento rilevante nel caso di specie è che, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, il SUCH era effettivamente composto non solo da membri pubblici, ma anche da enti rientranti nel settore privato.

44. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione nel senso che, qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18 è applicabile».

3.3 Fornitura prevalente all'ente pubblico di riferimento

12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG*, causa C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746

La decisione riguarda una controversia insorta circa l'esclusione di un operatore economico dalla procedura ristretta indetta per l'affidamento di un appalto di lavori inerenti il depuratore della città di Vienna.

Il Giudice nazionale, dovendo stabilire ai fini del riparto della competenza se la società appaltante Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (controllata dalla città di Vienna, originariamente deputata all'esercizio di impianti di smaltimento rifiuti e successivamente – in forza di un contratto di concessione sottoscritto con l'ente locale – anche alla gestione senza scopo di lucro del depuratore cittadino con personale messo a disposizione dall'ente locale) fosse un'amministrazione aggiudicatrice (stante il fatto che la società non era stata incaricata di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale sin dalla sua costituzione, ma solo in seguito a modifiche della sua sfera di attività), ha interpellato in via pregiudiziale la Corte di Giustizia che ha stabilito:

«40. Con la prima questione il Vergabekontrollsenat chiede in sostanza se un organismo che non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generali aventi carattere non industriale o commerciale, ma che in seguito si è fatto carico di tali bisogni di cui da allora assicura effettivamente la soddisfazione, adempia la condizione imposta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione.

[...]

46. Nella causa principale è certo che la EBS, dal momento che assume l'esercizio del depuratore centrale ai sensi del contratto concluso nel 1985 con la città di Vienna, soddisfa effettivamente un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Pertanto la sua definizione quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dipende dalla soluzione che deve ricevere la questione se la condizione di cui al primo trattino di tale disposizione escluda che possa definirsi amministrazione aggiudicatrice un organismo il quale non è stato istituito al fine di soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha assunto un impegno siffatto in seguito alla modifica della sua sfera di attività successivamente verificatasi.

[...]

50. Va rilevato che la Corte ha già avuto l'occasione di precisare la portata della nozione di organismo di diritto pubblico figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, tenuto conto segnatamente della finalità di tale direttiva.

51. La Corte ha dunque statuito che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (v., segnatamente, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 16, e 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 41).

52. Essa ne ha dedotto che l'obiettivo della direttiva 93/37 è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (v., segnatamente, citate sentenze University of Cambridge, punto 17, e Commissione/Francia, punto 42).

53. La Corte ha pertanto dichiarato che, alla luce di tali obiettivi, alla nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dev'essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, citata sentenza Commissione/Francia, punto 43).

54. Per tale motivo, al punto 26 della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., la Corte ha dichiarato, a proposito della definizione di un organismo il quale era stato istituito per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma svolgeva anche attività commerciali, che la condizione posta nel primo trattino dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non implica che tale organismo sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

55. In particolare, come emerge dal punto 25 della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., la Corte ha dichiarato che è irrilevante che, oltre al compito specifico consistente nel soddisfare siffatti bisogni d'interesse generale, l'organismo in questione sia libero di svolgere altre attività, ma ha invece ritenuto determinante la circostanza che il medesimo organismo continui a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare.

56. Ne risulta che, al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività da esso effettivamente svolte.

57. Va sottolineato in proposito che l'effetto utile della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua

istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica.

58. Il medesimo intento di garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 osta anche a che si operi una distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività.

59. Va inoltre rilevato che il tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non contiene alcun riferimento al fondamento giuridico delle attività dell'organismo interessato.

60. Occorre peraltro ricordare che, trattandosi della definizione della nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, formulata in maniera identica a quella contenuta nell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, la Corte ha già dichiarato che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 63).

61. Ne consegue che è irrilevante il fatto che, nella causa principale, l'estensione della sfera di attività della EBS non ha dato luogo ad una modifica delle disposizioni del suo statuto relative all'oggetto sociale.

62. Infatti l'assunzione da parte della EBS di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, se non è stata formalmente consacrata nel suddetto statuto, è nondimeno prevista nei contratti conclusi dalla EBS con la città di Vienna e può quindi essere oggettivamente constatata.

63. La prima questione va pertanto risolta nel senso che un ente il quale non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata».

11 maggio 2006, *Carbotermo S.p.A.,* causa C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308

La sentenza riguarda una controversia sorta intorno all'affidamento diretto, da parte del Comune di Busto Arsizio, all'impresa AGESP S.p.a. (società per azioni interamente controllata da AGESP Holding S.p.a., a sua volta nata dalla trasformazione di un'azienda speciale del predetto Comune il cui capitale era interamente detenuto da enti locali) dell'appalto per la fornitura di combustibili, la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici dell'ente.

Due operatori economici (Carbotramo S.p.a. e Consorzio Alisei) impugnavano tale decisione lamentando che la partecipazione comunale all'affidataria fosse solamente mediata (dalla holding), che quest'ultima conservasse l'autonomia propria delle società di diritto privato e che non realizzasse la parte maggiore della propria attività in favore del Comune di Busto Arsizio.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale dal Giudice nazionale sulle due seguenti questioni

«1) se sia compatibile con la direttiva 93/36 (...) l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (AGESP Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

2) se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38 (...), e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso».

ha stabilito riguardo alla prima questione:

«31. La Corte ha già statuito che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti oggetto dell'appalto sia superiore a quello dei servizi (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 38). Un appalto come quello di cui trattasi nella causa principale, in cui il valore dei prodotti è superiore a quello dei servizi oggetto dello stesso, rientra pertanto nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36, come ha d'altronde constatato il giudice del rinvio.

32. L'esistenza di un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36 implica che vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte (sentenza Teckal, cit., punto 49).

33. Conformemente all'art. 1, lett. a), della suddetta direttiva, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato tra, da una parte, un ente locale e, dall'altra, una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono (sentenza Teckal, cit., punto 50).

34. Dall'ordinanza di rinvio e dagli atti di causa risulta che, allo stato, all'amministrazione aggiudicatrice appartiene il 99,98% del capitale della AGESP Holding, mentre il restante 0,02% è nelle mani di altri enti locali. Conformemente allo statuto della AGESP Holding, azionisti privati

possono entrare nel capitale di tale società a due condizioni: da un lato, la maggioranza delle azioni è riservata al comune di Busto Arsizio; dall'altro, nessun azionista privato può possedere una quota superiore alla decima parte del capitale della suddetta società.

35. A sua volta, la AGESP Holding detiene, allo stato, il 100% del capitale della AGESP. In base allo statuto di quest'ultima, il suo capitale può essere accessibile ad azionisti privati alla sola condizione che a nessun azionista, ad eccezione della AGESP Holding, possa appartenere più di un decimo del capitale della suddetta società.

36. Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 65).

37. Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal.

38. Degli atti di causa risulta che gli statuti della AGESP Holding e della AGESP attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società. Gli statuti di cui trattasi non riservano al comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Il controllo esercitato dal comune di Busto Arsizio su queste due società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi.

39. Inoltre, l'eventuale influenza del comune di Busto Arsizio sulle decisioni della AGESP viene esercitata mediante una società holding. L'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

40. Ne consegue che, in tali circostanze, previa verifica di queste ultime da parte del giudice di merito di cui alla causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice non esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

41. L'art. 6 della direttiva 93/36 impone alle amministrazioni che aggiudicano un appalto pubblico di ricorrere alla procedura aperta o alla procedura ristretta, salvo che l'appalto rientri in uno dei casi eccezionali tassativamente elencati ai nn. 2 e 3 del suddetto articolo. Dall'ordinanza di rinvio non risulta che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientri in uno di tali casi.

42. Ne consegue che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto pubblico in circostanze analoghe a quelle della causa principale.

43. Contro una conclusione in tal senso il governo italiano obietta che il fatto che la AGESP debba ricorrere a una procedura di aggiudicazione pubblica per acquistare il gasolio in questione prova che il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP devono essere considerati nel loro insieme come un unico «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, tenuto ad aggiudicare appalti pubblici di forniture in conformità alla normativa comunitaria e nazionale in materia.

44. Tale argomento non può essere accolto. Da un lato, il comune di Busto Arsizio rientra nella nozione di «ente locale» e non in quella di «organismo di diritto pubblico» ai sensi di detta disposizione. D'altro lato, il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP dispongono ciascuno di una distinta personalità giuridica.

45. Peraltro, come ha rammentato la Corte al punto 43 della menzionata sentenza Teckal, le sole deroghe consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate.

46. Ora, la direttiva 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici (sentenza Teckal, cit., punto 44).

47. Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice».

e, rispetto al secondo quesito, che:

«48. La seconda questione consta di due parti.

49. Da un lato, il giudice del rinvio intende chiarire se la condizione consistente nello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene debba essere accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38. D'altro lato, esso si chiede se si possa ritenere che tale presupposto ricorra nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene o nel territorio dell'ente stesso.

Prima parte della seconda questione

50. Dall'ordinanza di rinvio emerge che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientra nella direttiva 93/36.

51. Si tratta quindi di accertare se l'eccezione prevista dall'art. 13 della direttiva 93/38 debba valere, per analogia, anche con riferimento all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

52. L'eccezione prevista dal suddetto art. 13 riguarda solo gli appalti di servizi e ne sono esclusi gli appalti di forniture.

53. L'art. 13 della direttiva 93/38 riguarda determinati operatori, in particolare imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati, aventi modalità di funzionamento che differiscono da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici previste dalla direttiva 93/36.

54. Inoltre, il suddetto articolo prevede un meccanismo di notifica alla Commissione che non potrebbe essere trasposto alla direttiva 93/36, in mancanza di un fondamento normativo.

55. Dal momento che le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente, ne deriva che non si deve estendere l'operatività dell'art. 13 della direttiva 93/98 all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

56. Tale conclusione è confermata dal fatto che, in sede di rifusione delle direttive in materia di appalti pubblici risalente al 2004, il legislatore comunitario, pur mantenendo la suddetta eccezione con l'art. 23 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1), ha scelto di non includere un'analoga eccezione nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), subentrata alla direttiva 93/36.

57. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve risolvere la prima parte della seconda questione nel senso che la condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38».

Seconda parte della seconda questione

«58. Si deve rammentare che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 44).

59. Le condizioni in presenza delle quali, secondo la menzionata sentenza Teckal, la direttiva 93/36 è inapplicabile agli appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, vale a dire che, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza.

60. La condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la direttiva 93/36 continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

61. Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori.

62. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

63. In applicazione di detti principi, si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.

64. Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative.

65. Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni.

66. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni.

67. Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni.

68. Dal momento che, nella causa principale, il capitale dell'impresa aggiudicataria appartiene indirettamente a vari enti locali, può essere rilevante esaminare se l'attività da prendere in considerazione sia quella che l'impresa aggiudicataria realizza con tutti gli enti che la detengono o soltanto quella realizzata con l'ente che, nel caso specifico, agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice.

69. A tale proposito si deve rammentare che, secondo quanto precisato dalla Corte, la persona giuridicamente distinta di cui trattasi deve realizzare la parte più importante della propria attività «con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (sentenza Teckal, cit., punto 50). La Corte ha quindi contemplato la possibilità che l'eccezione prevista si applichi non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti.

70. Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati.

71. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti.

72. Dalle considerazioni che precedono deriva che si deve risolvere la seconda parte della seconda questione nel senso che, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività».

08 dicembre 2016, *Undis Servizi S.r.l.*, causa C- 553/15, ECLI:EU:C:2016:935

La decisione riguarda una controversia insorta intorno all'affidamento diretto, da parte del Comune di Sulmona, dell'appalto relativo al servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti in favore di una società (Cogesa S.p.a.), società a capitale interamente pubblico partecipata da enti locali (tra cui l'affidante).

Posto che tramite un'autorizzazione integrata ambientale la Regione Abruzzo aveva imposto a tale società di trattare e smaltire presso i propri impianti i rifiuti urbani anche provenienti da comuni non soci, un operatore economico (Undis Servizi S.r.l.) gravava il provvedimento di affidamento de quo ritenendo che nel caso concreto non sussistessero i requisiti per un affidamento in house in quanto l'ente locale era socio di minoranza della società (con conseguente venir meno del requisito del controllo analogo, e che difettasse il requisito dello svolgimento dell'attività in modo prevalente in favore dell'affidatario.

«Il Giudice nazionale ha quindi interpellato in via pregiudiziale la Corte di Giustizia formulando i seguenti quesiti:

«1) Se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci.

2) Se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo».

La Corte ha deciso la prima questione affermando:

«27. Con tale questione, il giudice del rinvio domanda in sostanza se, nell'ambito di applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti «in house», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga la sua attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, si debba ricomprendere in tale attività anche quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica non sua socia a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo.

28. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, ossia la libera circolazione delle merci e dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, implica l'obbligo di applicare le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive pertinenti, qualora un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda concludere in forma scritta, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno (v., in tal senso, sentenze del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 51, nonché dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punti 44 e 47).

29. La Corte ha precisato che qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo deve essere interpretata restrittivamente (sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 46, e dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 23).

30. Dato che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza far necessariamente ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (v., in tal senso, sentenza dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 48), la Corte ha giustificato il riconoscimento dell'eccezione relativa agli affidamenti detti «in house» con l'esistenza di un legame interno particolare, in un caso del genere, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, anche se quest'ultima entità è giuridicamente distinta dalla prima (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 29). In casi siffatti, si può ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice ricorra, in realtà, ai propri strumenti (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 25) e che l'ente affidatario faccia praticamente parte dei servizi interni della stessa amministrazione.

31. Tale eccezione richiede, oltre al fatto che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente affidatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, che tale ente svolga l'attività prevalente a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano (v., in tal senso, sentenza del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50).

32. Pertanto, è indispensabile che l'attività dell'ente affidatario sia rivolta principalmente all'ente o agli enti che lo controllano, mentre ogni altra attività può avere solo carattere marginale. Per verificare se la situazione sia in questi termini, il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative. A tal riguardo, il fatturato rilevante è rappresentato da quello che tale ente realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente o dagli enti locali controllanti (v., in tal senso, sentenze dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punti 63 e 65, nonché del 17 luglio 2008, Commissione/Italia, C-371/05, non pubblicata, EU:C:2008:410, punto 31).

33. Il requisito che il soggetto di cui trattasi svolga l'attività prevalente con l'ente o con gli enti locali che lo controllano è finalizzato a garantire che la direttiva 2004/18 trovi applicazione anche nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese. Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per il mero fatto che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente o dagli enti locali che la controllano, se essa può svolgere ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. Per contro, qualora le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente o agli enti locali in questione, appare giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 2004/18, i quali sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere (v., per analogia, sentenza dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punti da 60 a 62).

34. Da tale giurisprudenza deriva che qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di terzi.

35. Di conseguenza, alla luce di tale giurisprudenza, nel procedimento principale, gli enti territoriali che non sono soci della Cogesa devono essere considerati terzi. Infatti, stando alle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, non sussiste alcuna relazione di controllo tra tali enti e tale società, cosicché manca il legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario che giustifica, secondo la giurisprudenza della Corte, l'eccezione relativa agli affidamenti detti «in house».

36. Pertanto, al fine di verificare se la Cogesa svolga la sua attività prevalente con gli enti che la controllano, l'attività che tale società dedica agli enti territoriali non soci deve essere considerata come svolta a favore di terzi. Spetta al giudice del rinvio esaminare se quest'ultima attività possa essere considerata come avente soltanto carattere marginale rispetto all'attività della Cogesa con gli

enti che la controllano, ai sensi della giurisprudenza della Corte relativa all'affidamento detto «in house».

37. Tale conclusione non può essere inficiata dalla circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, secondo la quale l'attività della Cogesa svolta a favore degli enti territoriali non soci è imposta da un'amministrazione pubblica, anch'essa non socia di tale società. Infatti, sebbene abbia imposto siffatta attività alla Cogesa, dalle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio risulta che tale amministrazione pubblica non è socia di detta società e non esercita alcun controllo su di essa nel senso indicato dalla giurisprudenza della Corte relativa all'affidamento detto «in house». In assenza di un qualsiasi controllo da parte di tale amministrazione pubblica, l'attività che quest'ultima impone alla Cogesa deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.

38. Alla luce delle considerazioni testé svolte, occorre rispondere alla prima questione sottoposta dichiarando che, nell'ambito dell'applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti «in house», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi».

Mentre, riguardo al secondo quesito, ha statuito:

«39. Con tale questione, il giudice del rinvio domanda in sostanza se, al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorra prendere in considerazione altresì l'attività che il medesimo ente abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto.

40. In proposito è d'uopo ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, per valutare il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative (v. sentenza dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punti 63 e 64).

41. Nella fattispecie, dalle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio risulta che la Cogesa ha già svolto attività per gli enti territoriali che la controllano prima della conclusione della convenzione del 30 ottobre 2014. Tali attività devono essere senz'altro prese in considerazione se perdurano al momento dell'attribuzione di un appalto pubblico. Inoltre, per valutare se sia soddisfatto il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, possono essere pertinenti anche le attività esaurite prima del 30 ottobre 2014. Infatti, le attività passate possono costituire un indice dell'importanza dell'attività che la Cogesa intende svolgere per le amministrazioni territoriali sue socie una volta divenuto effettivo il controllo analogo.

42. Tutto ciò considerato, al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra

le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto».

18 giugno 2020, *Porin Linjat Oy,* causa C-328/19, ECLI:EU:C:2020:483

La decisione riguarda un contenzioso sorto intorno all'affidamento del sevizio di trasporto pubblico della Città di Pori ad una società (Porin Linjat Oy).

In particolare nell'anno 2012 alcuni enti locali decidevano di affidare i compiti di trasporto pubblico alla Città di Pori tramite l'istituzione di una commissione comune competente per l'ambito territoriale dei comuni interessati mentre, con separato accordo di cooperazione, altri enti locali convenivano di affidare alla medesima città l'organizzazione dei servizi sociali e sanitari per i territori interessati tramite apposita commissione.

Nell'anno 2015 la seconda commissione citata affidava in regime in house il servizio di trasporto disabili ad una società per azioni interamente detenuta dalla Città di Pori (Porin Linjat).

Tale provvedimento veniva impugnato da un operatore economico (Liikenne Oy) che riteneva che l'affidatario difettasse dei requisiti per essere qualificato come organismo in house per difetto sia del controllo analogo sia del fatturato rivolto prevalentemente ai consociati.

La Corte di Giustizia è stata pertanto interpellata in via pregiudiziale dal Giudice di rinvio con quattro questioni e, per quanto qui in rilievo, ha stabilito:

«59. Con le questioni seconda e quarta, che devono essere esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che un accordo di cooperazione in forza del quale le parti ad esso aderenti trasferiscano ad una di esse la responsabilità dell'organizzazione di servizi a loro favore consenta di considerare il comune in questione, ai fini delle aggiudicazioni successive a tale trasferimento, quale amministrazione aggiudicatrice consentendole di affidare, senza procedere ad un confronto concorrenziale, ad un organismo in house, servizi volti a far fronte non solo a proprie esigenze, bensì anche a quelle degli altri comuni aderenti all'accordo medesimo, laddove, in assenza di tale trasferimento di competenze, detti comuni avrebbero dovuto provvedere in proprio alle rispettive esigenze.

60. Dalla risposta alla prima questione risulta che, fatte salve le verifiche da parte del giudice del rinvio, un dispositivo come il modello cosiddetto del «comune responsabile» realizza un trasferimento di competenze ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, come interpretato nella sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985).

61. Orbene, per effetto del ltrasferimento di competenze, per sua natura, gli altri comuni aderenti all'accordo di cooperazione si spogliano della competenza a favore del comune responsabile. Infatti, come rilevato supra al punto 26, nel modello cosiddetto del «comune responsabile», tale comune

assume per conto degli altri comuni un compito che ogni comune aveva sino a quel momento svolto in proprio.

62. Pertanto, per effetto di tale trasferimento, il comune responsabile si surroga, per così dire, nei diritti e negli obblighi delle proprie controparti contrattuali per quanto riguarda la fornitura di servizi oggetto di un accordo di cooperazione basato sul modello cosiddetto del «comune responsabile».

63. Ne deriva che, nella specie, spetta al beneficiario del trasferimento di competenze, vale a dire al comune responsabile, far fronte alle esigenze degli altri comuni aderenti all'accordo di cooperazione in materia di servizi sanitari fornendo quindi i servizi sanitari e sociali oggetto della causa principale in tutta la zona oggetto dell'accordo stesso, ove ogni comune resta tuttavia debitore del costo effettivo dei servizi utilizzati dalla propria popolazione e dai residenti di cui è responsabile.

64. Pertanto, salvo privare di effetto utile un trasferimento di competenze ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, come interpretato nella sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), l'autorità alla quale il compito de quo viene trasferito deve necessariamente essere considerata, nell'ambito dell'attribuzione di un servizio, quale amministrazione aggiudicatrice per il compito medesimo, e ciò per tutti i territori dei comuni aderenti all'accordo istitutivo del trasferimento di competenze.

65. Occorre, tuttavia, esaminare se tale amministrazione aggiudicatrice possa ricorrere ad un organismo in house per rispondere non solo alle proprie esigenze, bensì anche a quelle dei comuni che le hanno trasferito una determinata competenza.

66. In caso di aggiudicazione in house si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso alle proprie risorse. Infatti, anche se l'ente affidatario è giuridicamente da essa distinto, esso fa, in pratica, parte dei servizi interni di quest'ultima qualora siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sull'organismo affidatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. In secondo luogo, l'organismo deve svolgere la parte essenziale delle proprie attività a beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo detengono (v., in tal senso, sentenze del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50, nonché dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punto 33).

67. La prima condizione, attinente al controllo dell'amministrazione pubblica, si considera soddisfatta, conformemente a costante giurisprudenza della Corte, qualora l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria. Tale circostanza tende, infatti, a indicare, in linea di principio, che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società de qua un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (sentenze del 19 aprile 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, paragrafo 57, e del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, paragrafo 30).

68. Sebbene il ricorso ad un affidamento in house sia stato, a tutt'oggi, ammesso dalla Corte solo in ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice detenesse, in tutto o in parte, il capitale dell'ente affidatario, non se ne può dedurre che, nell'ambito di una disposizione quale il modello cosiddetto

del «comune responsabile», ai sensi del diritto finlandese, sia impossibile per un'amministrazione aggiudicatrice, nella specie il comune responsabile, optare per un affidamento in house al fine di rispondere alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici con cui abbia concluso un accordo fondato sul modello medesimo, in base al solo rilievo che gli altri comuni aderenti all'accordo stesso non detengano alcuna partecipazione nel capitale dell'organismo in house. Il criterio della detenzione di una quota del capitale non può, infatti, costituire l'unico mezzo per conseguire tale obiettivo, considerato che un controllo analogo a quello esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice sui propri servizi può manifestarsi in un modo diverso dai criteri fondati su rapporti di capitale.

69. A tal riguardo, occorre rilevare, in primo luogo, che dalla risposta data alla prima questione e dai punti da 40 a 42 supra, emerge che, nella ispecie, alla città di Pori sono state trasferite competenze da altri comuni non solo in base all'accordo di cooperazione in materia di trasporto pubblico, bensì parimenti in base all'accordo di cooperazione in materia di servizi sanitari. Inoltre, dai punti da 60 a 64 supra risulta che, per effetto di tali trasferimenti di competenze, la città di Pori, in quanto «comune responsabile», ha assunto per conto dei comuni contraenti i compiti da questi ultimi affidatile. Inoltre, è pacifico che l'ente affidatario Porin Linjat sia un organismo collegato alla città di Pori, che lo controlla. Ne consegue che la città di Pori dev'essere necessariamente considerata, nell'ambito di un'aggiudicazione di servizi, quale amministrazione aggiudicatrice dei compiti in questione.

70. In secondo luogo, anche ammettendo che sia applicabile, in esito ad un trasferimento di competenze ex articolo 4, paragrafo 2, TUE, come interpretato nella sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), il requisito del controllo esercitato sull'organismo in house congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice beneficiaria del trasferimento di competenze e dalle altre amministrazioni aggiudicatrici che si sono spogliate dell'esercizio delle competenze in questione, è sufficiente rilevare che il modello cosiddetto del «comune responsabile» consente ai comuni contraenti, aderenti ad un accordo fondato su tale modello, di esercitare, al pari del comune responsabile e pur non possedendo partecipazioni nel capitale dell'organismo in house, un'influenza determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ente affidatario e, pertanto, un controllo effettivo, strutturale e funzionale di detto ente (v., per analogia, sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punto 65; dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punto 36; del 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 27, nonché dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 26).

71. Quanto al secondo requisito menzionato supra al punto 66, secondo cui l'ente affidatario deve svolgere la parte essenziale delle proprie attività a vantaggio dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano, si deve rilevare che, nell'ipotesi in cui un'impresa sia detenuta da più collettività, tale requisito può essere soddisfatto laddove l'impresa stessa eserciti la parte essenziale delle proprie attività con tali enti complessivamente considerati e non con l'uno a l'altro dei medesimi (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punti 70 e 71). Tale requisito è volto a garantire che la direttiva 2004/18 resti applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti locali sia

attiva sul mercato essendo quindi in grado di competere con altre imprese. Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per il sol fatto che le decisioni che la riguardino siano controllate dalle collettività che la detengano, qualora possa ancora svolgere una parte significativa della propria attività economica con altri operatori (sentenza dell'8 dicembre 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punti 32 e 33, e giurisprudenza citata).

72. Occorre pertanto esaminare se i servizi attribuiti ad un organismo interno sulla base di due accordi di cooperazione che, in primo luogo, trasferiscono le rispettive competenze allo stesso comune responsabile, in secondo luogo, riguardano servizi diversi, in terzo luogo, non contemplano le stesse parti e, in quarto luogo, sono destinati a soddisfare esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice stessa e quelle delle altre amministrazioni aggiudicatrici aderenti agli accordi medesimi, possano essere assimilati alle attività svolte a beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice.

73. Fatte salve le verifiche da parte del giudice del rinvio, dagli elementi di cui dispone la Corte, richiamati supra ai punti 10, da 24 a 26 nonché ai punti da 29 a 31 e 33, risulta che l'attuazione di ognuno dei due accordi di cooperazione oggetto del procedimento principale implichi talune garanzie idonee ad impedire che l'ente in house acquisisca una vocazione commerciale e un margine di manovra che renderebbero precario il controllo esercitato tanto dalla città di Porin quanto dalle sue controparti contrattuali (v., per analogia, sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 36).

74. Considerato che tali accordi di cooperazione implicano garanzie sufficienti tali da evitare qualsiasi pregiudizio alla concorrenza, resta irrilevante che le sfere di applicazione ratione personae e ratione materiae di detti accordi non coincidano.

75. Ne consegue che, al fine di determinare se l'organismo in house svolga la parte essenziale delle proprie attività a vantaggio dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano, occorre tener conto di tutte le attività dal medesimo svolte nell'ambito dei due accordi di cooperazione oggetto della causa principale.

76. Pertanto, alla luce delle circostanze della causa principale, per calcolare la quota del fatturato realizzata dalla società Porin Linjat per la gestione dei servizi in esame nella causa principale, occorre sommare il fatturato da essa realizzato su richiesta della città di Pori ai sensi dell'accordo di cooperazione sui servizi sanitari, da un lato, e dell'accordo di cooperazione sui trasporti pubblici, dall'altro, al fine di soddisfare le proprie necessità, a quello realizzato dalla società medesima su richiesta dei comuni aderenti all'accordo.

77. Alla luce delle suesposte considerazioni, la seconda e la quarta questione devono essere risolte nel senso che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 dev'essere interpretato nel senso che un accordo di cooperazione in base al quale i comuni aderenti all'accordo stesso trasferiscano ad uno di essi la responsabilità dell'organizzazione di servizi a vantaggio dei comuni medesimi, consente di considerare detto comune, ai fini delle aggiudicazioni successive al trasferimento, quale amministrazione aggiudicatrice, consentendogli di affidare ad un organismo in house, senza provvedere ad un confronto concorrenziale, servizi volti a soddisfare non solo le proprie esigenze,

bensì anche quelle degli altri comuni aderenti all'accordo, laddove, in assenza di tale trasferimento di competenze, i comuni medesimi avrebbero dovuto provvedere in proprio alle rispettive esigenze».

3.4. Capitali privati

13 ottobre 2005, *Praking Brixen GmbH,* causa C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605

La decisione riguarda una controversia sorta intorno all'affidamento da parte del Comune di Bressanone della gestione di due parcheggi situati nel territorio comunale ad un'azienda speciale comunale (Standwerke Brixen).

Un operatore economico (Parking Brixen) lamentava la violazione della disciplina comunitaria alla luce della trasformazione dell'azienda speciale in società per azioni ed il conseguente ampliamento dell'ambito di attività della stessa (non più limitato al territorio comunale bensì esteso anche a livello nazionale ed internazionale) e la riduzione del controllo comunale alle regole societarie,

La Corte, investita in via pregiudiziale della questione, per quanto qui in rilievo ha stabilito:

«44. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società per azioni costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui il Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

45. La questione riguarda, da un lato, la condotta dell'autorità concedente in relazione all'attribuzione di una concessione specifica e, dall'altro, la normativa nazionale che permette l'attribuzione di tale concessione senza bando di gara.

46. Nonostante che i contratti di concessione di pubblici servizi allo stadio attuale del diritto comunitario siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 16).

47. Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma dispone che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

48. Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale della parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, Überschär, Racc. pag. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio della parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione in base alla nazionalità.

49. I principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, cit., punti 61 e 62).

50. Spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni competenti, se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta. Tuttavia, la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

51. Inoltre, l'art. 86, n. 1, CE stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE - 89 CE.

52. Ne consegue che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consente l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

53. Per sostenere che le disposizioni del Trattato e i principi generali menzionati ai punti 46-52 della presente sentenza non si applicano a una concessione di pubblici servizi attribuita in circostanze quali quelle della causa principale sono richiamati due argomenti.

54. Innanzitutto, la ASM Bressanone SpA sostiene che gli artt. 43 CE - 55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la Parking Brixen, la ASM Bressanone SpA e il Comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia.

55. Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza Commissione/Belgio, cit., punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si opera discriminazione, perlomeno potenziale, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (v., in questo senso, sentenza Coname, cit., punto 17).

56. In secondo luogo, la Repubblica italiana, la ASM Bressanone SpA e il Comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone SpA non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento si richiamano alla sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 49-51).

57. A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza Teckal, la Corte ha dichiarato che la 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), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti.

58. Riguardo all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza Teckal, che, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori.

59. La Corte ha confermato che le medesime considerazioni si applicano alla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, e alla 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) (v., rispettivamente, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punti 48, 49 e 52, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punto 39).

60. Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza Teckal, cit., punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza che vi si ricollegano, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi.

61. Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48).

62. Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrice.

63. Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 46).

64. Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65. Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

66. Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell'art. 1 dello statuto dell'azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale.

67. La ASM Bressanone SpA ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

a) la trasformazione della Servizi municipalizzati Bressanone – azienda speciale del Comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone SpA) e la natura di questo tipo di società;

b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle

telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;

c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;

d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero;

e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune.

68. Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone SpA, in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5 000 000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

69. La decisione di rinvio indica altresì che il Comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone SpA. Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune su quest'ultima è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone SpA.

70. Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67-69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

71. Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili.

72. Ne consegue che la seconda questione proposta dev'essere risolta dichiarando quanto segue:

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente».

06 aprile 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, causa C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237

La sentenza riguarda una controversia relativa all'affidamento diretto da parte del Comune di Bari ad una società il cui capitale è interamente detenuto dall'ente affidante (AMTAB) del servizio di trasporto pubblico comunale.

Un operatore economico (ANAV) insorgeva quindi avverso tale decisione evidenziando come l'ente locale avesse intenzione di cedere la maggioranza del capitale sociale dell'affidataria ed avesse, all'uopo, indetto una procedura competitiva per la selezione del socio privato.

La Corte di Giustizia, investita in via pregiudiziale del seguente quesito

«15. Con la propria questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il diritto comunitario, in particolare gli obblighi di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, osti a una disciplina nazionale, come quella oggetto della causa principale, che non pone alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente detiene l'intero capitale».

ha così deciso:

«16. Risulta dagli atti della causa principale che il servizio di trasporto pubblico sul territorio del Comune di Bari è finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti. Tale sistema di finanziamento caratterizza la concessione di servizi pubblici (sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 40).

17. È pacifico che le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1) (sentenza Parking Brixen, cit., punto 42). Essa è stata sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), il cui art. 17 prevede esplicitamente l'inapplicabilità alle concessioni di servizi.

18. Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 92/50, sostituita dalla direttiva 2004/18, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 16; e Parking Brixen, cit., punto 46).

19. Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (sentenza Parking Brixen, cit., punto 47).

20. Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (sentenza Parking Brixen, cit., punto 48).

21. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in tal senso, citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punti 61 e 62, e Parking Brixen, punto 49).

22. In linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, come quella di cui alla causa principale, non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza Parking Brixen, cit., punto 50).

23. Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza Parking Brixen, cit., punto 52).

24. Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (sentenza Parking Brixen, cit., punto 62).

25. Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario.

26. Va precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 46, e Parking Brixen, cit., punto 63).

27. Stando alle osservazioni scritte presentate alla Corte dall'AMTAB Servizio, il Comune di Bari ha deciso, in data 27 dicembre 2002, di cedere una partecipazione corrispondente all'80% delle azioni di tale società da esso detenute, e in data 21 maggio 2004 ha deciso di avviare, a tal fine, la procedura di gara ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato di maggioranza. Tale informazione è stata confermata dall'ANAV nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte.

28. Nella stessa udienza, però, il Comune di Bari ha sostenuto di aver rinunciato all'intenzione di cedere una parte delle proprie azioni dell'AMTAB Servizio. Esso avrebbe deciso, in data 13 gennaio 2005, di non dare seguito alla propria delibera precedente, e di non privatizzare più detta società. Tale provvedimento non sarebbe stato inserito nei documenti inviati dal giudice a quo in quanto adottato successivamente all'ordinanza di rinvio.

29. Spetta al detto giudice, e non alla Corte, chiarire se il Comune di Bari intenda aprire il capitale dell'AMTAB Servizio ad azionisti privati. Tuttavia, allo scopo di fornire a tale giudice elementi utili per risolvere la controversia sottopostagli, va precisato quanto segue.

30. Qualora, durante la vigenza del contratto di cui alla causa principale, il capitale dell'AMTAB Servizio fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48).

31. Infatti, la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 49).

32. Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v., in tal senso, sentenza Coname, cit., punto 26).

33. Alla luce delle considerazioni svolte, la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene».

3.5 In house orizzontale

08 maggio 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg, causa C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303

La decisione attiene ad una controversia insorta intorno all'affidamento diretto, da parte del Politecnico di Amburgo, della fornitura di un sistema di gestione informatica ad una società di

diritto privato il cui capitale era detenuto per un terzo dallo Stato e per due terzi da sedici Länder tedeschi

In particolare la stazione appaltante riteneva corretta la propria decisione in quanto, sebbene tra l'affidante e l'affidataria non sussistesse alcuna relazione di controllo diretto, la condizione di «controllo analogo» sarebbe stata integrata dal fatto che entrambi gli enti si trovavano sotto il controllo della Città di Amburgo.

Il Giudice nazionale, rilevando che la giurisprudenza comunitaria non si era ancora espressa sulla questione se un'aggiudicazione d'appalto nell'ambito di una relazione fra tre soggetti, qualificata come «operazione in house orizzontale», rientri nella giurisprudenza derivante dalla sentenza Teckal (EU:C:1999:562)" e ritenendo che la ratio sottesa al regime degli affidamenti in house potesse essere coerente con operazioni orizzontali, invocava in via pregiudiziale l'intervento della Corte di Giustizia che così decideva:

«21. Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federato tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federati tedeschi, compreso detto Stato federato, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione.

22. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri nei settori d'esecuzione di lavori, di fornitura di prodotti e di prestazione di servizi, il che implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme pertinenti del diritto dell'Unione qualora sussistano i presupposti da questo contemplati (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 44).

23. Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 46).

24. La Corte ha concluso che, ai fini dell'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 2004/18, basta, in linea di principio, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva, che un contratto a titolo oneroso sia stato stipulato, da una parte, da un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza Teckal, EU:C:1999:562, punto 50).

25. La deroga all'applicazione di tale principio, accolta dalla Corte, relativamente agli affidamenti di appalti cosiddetti «in house», si giustifica per il fatto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che tale deroga può essere estesa alle situazioni in cui la controparte contrattuale è un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora quest'ultima eserciti sull'affidatario un controllo

analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (v., in tal senso, sentenze Teckal, EU:C:1999:562, punto 50, nonché Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punti 48 e 49). In siffatti casi, si può ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice ricorra ai propri strumenti.

26. La Corte ha ulteriormente chiarito la nozione di «controllo analogo», rilevando che deve trattarsi della possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale (v., in tal senso, sentenza Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

27. Inoltre, la Corte ha riconosciuto che, a determinate condizioni, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l'entità affidataria (v., in tal senso, sentenza Econord, EU:C:2012:758, punti da 28 a 31 e giurisprudenza ivi citata).

28. Nel procedimento principale è pacifico che non esiste alcuna relazione di controllo tra l'università, amministrazione aggiudicatrice, e la HIS, entità affidataria. Infatti, l'università non detiene alcuna partecipazione nel capitale di tale entità e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi di quest'ultima.

29. Di conseguenza, in una situazione come quella del procedimento principale, non sussiste il motivo che giustifica il riconoscimento dell'eccezione per quanto concerne gli affidamenti cosiddetti «in house», vale a dire l'esistenza di un legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria.

30. Pertanto, una situazione del genere non può rientrare nell'ambito di applicazione di detta eccezione, salvo estendere i limiti di applicazione di quest'ultima, chiaramente circoscritti dalla giurisprudenza della Corte, in modo da ridurre significativamente la portata del principio enunciato al punto 24 della presente sentenza.

31. Va rilevato inoltre che, in ogni caso, sulla base degli elementi del fascicolo messo a disposizione della Corte e alla luce della summenzionata giurisprudenza, la Città di Amburgo non è in grado di esercitare un «controllo analogo» sull'università.

32. Infatti, si deve constatare che il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sull'università si estende solamente a una parte dell'attività di quest'ultima, vale a dire unicamente in materia di acquisizioni, ma non ai settori dell'istruzione e della ricerca, nell'ambito dei quali l'università dispone di un'ampia autonomia. Riconoscere l'esistenza di un «controllo analogo» in tale situazione di controllo parziale contrasterebbe con la giurisprudenza citata al punto 26 della presente sentenza.

33. Ciò considerato, non occorre esaminare se l'eccezione relativa agli affidamenti «in house» possa applicarsi alle operazioni cosiddette «in house orizzontali», vale a dire una situazione in cui la stessa o le stesse amministrazione/i aggiudicatrice/i eserciti(no) un «controllo analogo» su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro.

34. Quanto all'applicabilità, nel procedimento principale, della giurisprudenza relativa alla cooperazione tra enti locali derivante dalle sentenze Commissione/Germania (EU:C:2009:357), nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (EU:C:2012:817), si deve constatare, al pari del giudice del rinvio, per i motivi esposti al punto 16 della presente sentenza, che non sono soddisfatte le condizioni per l'applicazione dell'eccezione prevista da detta giurisprudenza.

35. Infatti, la cooperazione istituita tra l'università e la HIS non è diretta all'espletamento di una funzione di servizio pubblico comune ai sensi della giurisprudenza (v. sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., EU:C:2012:817, punti 34 e 37).

36. Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rispondere alle questioni pregiudiziali dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federato tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federati tedeschi, compreso detto Stato federato, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva».

3.6 Limitazioni dell'in house

3 ottobre 2019, Irgita, causa C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829

La domanda è stata presentata nell'ambito di una procedura avviata dalla città di Kaunas e dal consiglio comunale della città di Kaunas «amministrazione aggiudicatrice» in merito alla conclusione, tra la UAB «Kauno švara» e l'amministrazione aggiudicatrice, di un contratto di prestazione di servizi, attraverso un'operazione interna. Infatti, La Kauno švara, che ha personalità giuridica, è controllata dall'amministrazione aggiudicatrice, che ne detiene l'intero capitale. Inoltre, nel 2015, il 90,07% del suo fatturato è stato generato operando esclusivamente per l'amministrazione aggiudicatrice.

Il giudice a quo ha ritenuto che la nozione di «operazione interna» costituisca una nozione autonoma, specifica del diritto dell'Unione in quanto, alla luce della sentenza 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), sembra derivare dalla nozione generale di «appalto pubblico». Tuttavia, poiché la definizione di tale nozione non comprende un riferimento al diritto degli Stati membri, si tratterebbe di una questione di diritto dell'Unione, come risulterebbe dalla sentenza del 18 gennaio 2007, Auroux e a. (C-220/05, EU:C:2007:31). Inoltre, dall'articolo 12 della direttiva 2014/24, letto alla luce dei considerando 2, 31 e 32 di tale direttiva, risulta che la legittimità di un'operazione interna ai sensi di tale articolo dipende esclusivamente dalle condizioni stabilite nella sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562). Il giudice nazionale, peraltro, non ha escluso la possibilità che gli Stati membri possano conservare un certo margine di discrezionalità, potendo subordinare la possibilità di utilizzare un'operazione interna al rispetto di requisiti di chiarezza,

prevedibilità e, in particolare, di tutela del legittimo affidamento, a condizione che tali requisiti siano chiaramente stabiliti nella loro legislazione e non derivino esclusivamente dalla giurisprudenza.

La Corte, dunque, è stata chiamata a pronunciarsi sulla libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che più ritengono appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi. Al riguardo ha statuito che tale libertà:

«48 [...] non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (v., per analogia, sentenze del 9 luglio 1987, CEI e Bellini, da 27/86 a 29/86, EU:C:1987:355, punto 15; del 7 dicembre 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, punto 60, nonché del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punto 38).

49 Entro tali limiti, uno Stato membro può imporre ad un'amministrazione aggiudicatrice condizioni, non previste dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, per concludere un'operazione interna, in particolare per garantire la continuità, la buona qualità e l'accessibilità del servizio.

50 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la terza questione, sub a), dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza».

Per quanto riguarda il quesito

«51. [...] se l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, letto alla luce del principio di trasparenza, debba essere interpretato nel senso che le condizioni alle quali gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne devono essere fissate mediante norme precise e chiare di diritto positivo in materia di appalti pubblici»,

la Corte ha statuito che:

«52 Come osservato al punto 44 della presente sentenza, la direttiva 2014/24 non ha l'effetto di privare gli Stati membri della libertà di dare la preferenza, in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto pubblico, ad una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di fornitura a scapito degli altri.

53 Ne consegue che, quando uno Stato membro introduce norme in base alle quali tale modalità di prestazione di servizi, esecuzione di lavori o approvvigionamento di forniture è privilegiata rispetto ad altre, come è accaduto, nella fattispecie, per quanto riguarda le condizioni alle quali la legislazione lituana subordina la conclusione di operazioni interne ai sensi dell'articolo 12, paragrafo

1, della direttiva 2014/24, l'introduzione di tali norme non può essere coperta dal recepimento di detta direttiva.

54 Tuttavia, quando gli Stati membri decidono di procedere in tal senso, essi restano soggetti, come indicato al punto 48 della presente sentenza, al rispetto di vari principi, tra cui il principio di trasparenza.

55 Il principio di trasparenza, così come il principio della certezza del diritto, esige che le condizioni alle quali gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne siano stabilite mediante norme di applicazione sufficientemente accessibili, precise e prevedibili, al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà.

56 Alla luce delle considerazioni che precedono, spetta al giudice nazionale valutare se l'evoluzione dell'interpretazione delle disposizioni della legge sulla concorrenza da parte dei supremi organi giurisdizionali lituani a partire dalla metà del 2015 sia stata sufficientemente chiara e precisa e se essa sia stata oggetto di una sufficiente pubblicità, affinché sia le amministrazioni aggiudicatrici sia gli operatori economici interessati abbiano potuto ragionevolmente esserne informati.

57 Occorre pertanto rispondere alla terza questione, sub b), dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, letto alla luce del principio di trasparenza, deve essere interpretato nel senso che le condizioni cui gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne devono essere fissate mediante norme precise e chiare del diritto positivo degli appalti pubblici, che devono essere sufficientemente accessibili e prevedibili nella loro applicazione, al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare nel caso di specie».

Per quanto riguarda l'ulteriore quesito (se la conclusione di un'operazione interna che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 sia, di per sé, conforme al diritto dell'Unione), la Corte ha statuito che:

«59 Dall'articolo 12, paragrafo 1, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 risulta che un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice ad una persona giuridica di diritto pubblico o privato non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva quando, in primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice esercita su tale persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie attività, in secondo luogo, oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche da essa controllate e, in terzo luogo, in tale persona giuridica non vi è, in linea di principio, partecipazione diretta di capitali privati.

60 Tuttavia, questa disposizione riguarda solo il campo di applicazione della direttiva 2014/24 e non può essere intesa nel senso di stabilire le condizioni alle quali un appalto pubblico deve essere aggiudicato nel contesto di un'operazione interna.

61 Come consegue, in sostanza, dal punto 48 della presente sentenza, il fatto che un'operazione interna, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva non può esentare gli Stati membri, ma neppure le amministrazioni

aggiudicatrici dal rispetto, segnatamente, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

62 Va inoltre rilevato che il considerando 31 di tale direttiva enuncia, per quanto riguarda la cooperazione tra enti appartenenti al settore pubblico, che occorre garantire che una qualsiasi cooperazione di questo tipo, che è esclusa dal campo di applicazione della direttiva, non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti degli operatori economici privati.

63 Nella presente causa, spetta in particolare al giudice nazionale valutare se, concludendo l'operazione interna di cui trattasi nel procedimento principale, il cui oggetto si sovrappone a quello dell'appalto pubblico in corso di esecuzione da parte della Irgita, nella sua qualità di aggiudicataria, l'amministrazione aggiudicatrice non abbia violato i suoi obblighi contrattuali derivanti da tale appalto, nonché il principio di trasparenza se dovesse risultare che quest'ultima non ha definito con sufficiente chiarezza le sue esigenze, in particolare non garantendo all'aggiudicataria un volume minimo di servizi, o se detta operazione costituisce una modifica sostanziale dell'impianto generale dell'appalto concluso con la Irgita.

64 Si deve quindi rispondere alla quarta questione che la conclusione di un'operazione interna che soddisfa le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 non è di per sé conforme al diritto dell'Unione».

6 febbraio 2020, (ordinanza) Rieco, cause riunite da C-89/19 a C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87

La Corte di giustizia si è espressa sulle questioni pregiudiziali rimesse dal Consiglio di Stato sulla coerenza dei vincoli all'affidamento in house c.d. frazionato o pluripartecipato, imposti dalla normativa italiana, rispetto all'art. 12, par. 3 della direttiva n. 2014/24/UE.
In particolare, ha affrontato il quesito in ordine alla compatibilità delle norme italiane, che prevedono la dimostrazione dei vantaggi dell'affidamento in house, rispetto alle altre forme di affidamento (artt. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016), nonché delle norme sul vincolo del perseguimento delle proprie finalità istituzionali delle partecipazioni e del controllo analogo congiunto in caso di affidamento in house a società pluripartecipata (art. 4, c.1 del d.lgs. n. 175 del 2016).

«30 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

31 Come ha rilevato la Corte nella sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, in prosieguo: la «sentenza Irgita», EU:C:2019:829, punto 41), la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo.

32 Dal punto 43 della sentenza Irgita risulta che l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24.

33 Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 (sentenza Irgita, punto 44).

34 La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva (sentenza Irgita, punto 45).

35 Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1 (sentenza Irgita, punto 46).

36 Peraltro, come ha rilevato la Corte al punto 47 della sentenza Irgita, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ai sensi del quale:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

37 Tuttavia, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (sentenza Irgita, punto 48).

38 Di conseguenza, la Corte ha rilevato, al punto 50 della sentenza Irgita, che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

39 È vero che, nella sentenza Irgita, la Corte ha interpretato le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e non quelle dell'articolo 12, paragrafo 3, della medesima direttiva.

40 Tuttavia, dalla formulazione di tali disposizioni emerge che l'unica differenza tra l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e l'articolo 12, paragrafo 3, della medesima direttiva consiste nel fatto che, nell'ambito della prima di tali disposizioni, l'amministrazione aggiudicatrice controlla, da sola, l'ente *in house* mentre, mentre nell'ambito della seconda di tali disposizioni, tale ente è controllato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici.

41 In tali condizioni, la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

42 Occorre quindi rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

[...]

43 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano

inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici.

44 Come emerge dalla sua formulazione, l'articolo 12, paragrafo 3, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 ha lo scopo di precisare le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice che esercita, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo su una persona giuridica di diritto privato o pubblico ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, della medesima direttiva può aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la direttiva in questione.

45 L'esclusione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 è quindi, conformemente alla lettera a) di tale disposizione, subordinata alla condizione che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.

46 Ne consegue che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un'amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società partecipata da altre amministrazioni.

47 Occorre quindi rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici».

4. CONCESSIONI DI LAVORI E SERVIZI

7 dicembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*, causa C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669

Nell'anno 1992 la società pubblica Telekom Austria aveva stipulato un contratto con un'impresa privata per la produzione e pubblicazione degli elenchi telefonici (divenuta eccessivamente onerosa per il bilancio interno).

Una volta giunto il negozio a naturale scadenza, la società invitava gli operatori economici a formularle delle offerte per aggiudicarsi il servizio de quo.

Due imprese impugnavano tale invito, ritenendo che l'affidamento in oggetto dovesse soggiacere alle procedure comunitarie in materia di appalti pubblici mentre la società evidenziava la natura non onerosa del contratto e lo qualificava come concessione di pubblico servizio.

La Corte, investita in via pregiudiziale dal giudice nazionale, ha stabilito quanto segue:

«28. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice nazionale solleva in sostanza due problemi.

29. Il primo consiste nello stabilire se un contratto a titolo oneroso rientri nella sfera di applicazione, in ragione dei soggetti contraenti e del suo oggetto specifico, delle direttive 92/50 o 93/38, laddove con tale contratto, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa, cui la legislazione di uno Stato membro assegna specificamente il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro, e, dall'altro, un'impresa privata, la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici).

30. Con la seconda questione proposta il giudice di rinvio chiede in sostanza se siffatto contratto, avente quale specifico oggetto le prestazioni menzionate al punto precedente, sebbene sia considerato da una delle suddette direttive, sia escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della direttiva cui è soggetto, a causa del fatto in particolare che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

31. Per risolvere il primo quesito occorre rilevare in via preliminare che, come risulta dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva 92/50, le disposizioni di quest'ultima devono lasciare impregiudicate quelle contenute nella direttiva 90/531, che, avendo preceduto la direttiva 93/38, si applicava del pari, come quest'ultima, alle procedure di appalto degli enti erogatori d'acqua e d'energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

32. Essendo stata sostituita la direttiva 90/531 dalla direttiva 93/38, come risulta dall'art. 45, n. 3, di quest'ultima, e dovendo intendersi, ai sensi del n. 4 della medesima disposizione, i riferimenti alla direttiva 90/531 come riferimenti alla direttiva 93/38, occorre concludere, come per il regime applicabile quando era in vigore la direttiva settoriale 90/531, che le disposizioni della direttiva 92/50 devono lasciare impregiudicate le disposizioni della direttiva 93/38.

33. Di conseguenza, quando un appalto è considerato dalla direttiva 93/38 che disciplina uno specifico settore di servizi, le disposizioni della direttiva 92/50, destinate ad applicarsi ai servizi in generale, non si applicano.

34. In tali circostanze, va quindi esaminato soltanto se il contratto di cui alla causa principale possa rientrare, a causa dei soggetti contraenti e del suo oggetto specifico, nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

35. A tale riguardo si deve stabilire, da un lato, se un'impresa, quale la Telekom Austria, rientri nella sfera di applicazione ratione personae della direttiva 93/38 e, dall'altro, se un contratto, avente ad oggetto le prestazioni menzionate nel punto 26 della presente sentenza, rientri nella sfera di applicazione ratione materiae della medesima direttiva.

36. Per quanto riguarda la sfera di applicazione rationae personae della direttiva 93/38, è pacifico, come risulta dall'ordinanza di rinvio, che la Telekom Austria, il cui capitale è interamente di proprietà delle autorità pubbliche austriache, costituisce un'impresa pubblica sulla quale queste ultime, in forza della detenzione della totalità del suo capitale da parte della Repubblica d'Austria, possono esercitare un'influenza dominante. Ne consegue che la Telekom Austria deve essere considerata un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 1, punto 2, della detta direttiva.

37. Peraltro, è pacifico come tale impresa pubblica eserciti, in base al Telekommunikationsgesetz che l'ha creata, l'attività consistente nella fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni. Ne consegue che la Telekom Austria costituisce un ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38, in combinato disposto con il n. 2, lett. d), di tale disposizione.

38. Inoltre, poiché è altrettanto pacifico che il detto contratto prevede l'esecuzione di prestazioni che incombono, in forza del Telekommunikationsgesetz, alla Telekom Austria e consistono nella fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni, è sufficiente, per stabilire se il contratto di cui alla causa principale rientri nella sfera di applicazione ratione materiae della direttiva 93/38, verificare se l'oggetto specifico di detto contratto sia considerato dalle disposizioni della direttiva 93/38.

39. Al riguardo, va constatato, come nell'ordinanza di rinvio, che le prestazioni che incombono alla Herold comprendono:

- la raccolta, l'elaborazione e l'organizzazione dei dati relativi agli abbonati, allo scopo di renderli tecnicamente sfruttabili, operazioni che richiedono inserimento di dati, trattamento su computer, servizi delle banche dati, i quali sono collegati alla categoria 7, intitolata «Servizi informatici ed affini», di cui all'allegato XVI A della direttiva 93/38;

- la stampa stessa degli elenchi telefonici, che rientra nella categoria 15 dell'allegato XVI A di detta direttiva, categoria relativa ai «Servizi di editoria e di stampa in base a tariffa od a contratto»;

- i servizi di pubblicità che rientrano nella categoria 13 dell'allegato XVI A della direttiva 93/38.

40. Essendo tali prestazioni direttamente collegate ad un'attività relativa alla fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni, si deve concludere che il contratto di cui alla causa principale, avente come oggetto specifico le prestazioni menzionate nel punto precedente, è considerata dalla direttiva 93/38.

41. Per risolvere il secondo problema posto dal giudice nazionale, occorre preliminarmente constatare che quest'ultimo, da un lato, ricollega le proprie questioni alla proposta di direttiva del Consiglio 13 dicembre 1990, 91/C 23/01, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1991, C 23, pag. 1, in prosieguo: la «proposta 13 dicembre 1990»), e, dall'altro, fa propria la definizione di concessione di pubblico servizio proposta in tale documento dalla Commissione.

42. A tale proposito, è importante precisare che la Corte è in grado di risolvere il secondo problema sollevato, senza che essa debba approvare la definizione di concessione di pubblico servizio di cui all'art. 1, lett. h), della proposta 13 dicembre 1990.

43. Si deve infatti rilevare, innanzi tutto, che l'art. 1, punto 4, della direttiva 93/38 fa riferimento ai contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta e fornisce soltanto indicazioni sui soggetti contraenti e sull'oggetto del contratto, senza che siano espressamente considerate le concessioni di pubblico servizio, definite in particolare in relazione al modo di remunerazione del prestatore di servizi, e senza che sia effettuata qualsiasi distinzione tra i contratti nei quali il corrispettivo è fisso e quelli nei quali il corrispettivo consiste in un diritto di sfruttamento.

44. La Teleaustria propone di interpretare la direttiva 93/38 nel senso che un contratto il cui corrispettivo consiste in un diritto di sfruttamento rientra parimenti nella sfera di applicazione della medesima. A suo avviso, perché la direttiva 93/38 si applichi a siffatto contratto, è sufficiente che quest'ultimo, conformemente all'art. 1, punto 4, di tale direttiva, sia a titolo oneroso e stipulato in forma scritta. Sarebbe dunque ingiustificato affermare che siffatti contratti sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38 a causa del silenzio di quest'ultima sul modo di remunerazione del prestatore di servizi. La Teleaustria aggiunge che il fatto che la Commissione non abbia proposto di includere disposizioni relative a tale tipo di contratto nella sfera di applicazione della direttiva significa che essa ha ritenuto che questa riguarda qualsiasi contratto di prestazione di servizi, indipendentemente dalle modalità di remunerazione del prestatore.

45. Dal momento che la Telekom Austria, gli Stati membri e la Commissione hanno presentato osservazioni contro tale interpretazione, occorre esaminarne la fondatezza alla luce della genesi delle pertinenti direttive, in particolare in materia di appalti pubblici di servizi.

46. Al riguardo, va ricordato che, sia nella sua proposta 13 dicembre 1990 sia nella sua proposta modificata di direttiva del Consiglio 28 agosto 1991, 91/C 250/05, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU C 250, pag. 4, in prosieguo: «la proposta 28 agosto 1991»], che hanno portato all'adozionedella direttiva 92/50 relativa agli appalti pubblici di servizi in generale, la Commissione aveva esplicitamente proposto di includere la «concessione di pubblico servizio» nella sfera di applicazione di tale direttiva.

47. Essendo tale inclusione giustificata dall'intento di «garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione», la Commissione ha precisato, nel decimo 'considerando' della proposta 13 dicembre 1990, che «le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della presente direttiva così come la direttiva 71/305/CEE si applica alle concessioni di lavori pubblici». Sebbene il richiamo alla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), sia stato espunto dal decimo 'considerando' della proposta 28 agosto 1991, quest'ultima ha tuttavia esplicitamente conservato il riferimento all'obiettivo di «coerenza delle procedure di aggiudicazione» nel suddetto 'considerando'.

48. Tuttavia, nel corso della procedura legislativa, il Consiglio ha eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi, in particolare a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri per quanto riguarda la delega della gestione dei servizi pubblici nonché le modalità di tale delega, che potrebbero creare una situazione di fortissimo squilibrio nell'accesso a detti appalti di concessione (v. documento n. 4444/92 ADD 1 25 febbraio 1992, punto 6, intitolato «Motivazione del Consiglio», allegato alla posizione comune adottata nella stessa data).

49. Una sorte analoga era stata del pari riservata alla posizione della Commissione espressa nella sua proposta modificata di direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/C 264/02, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e fornitrici di servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU C 264, pag. 22), sfociata nell'adozione della direttiva 90/531, che è stata la prima direttiva in tali settori in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ed ha preceduto la direttiva 93/38, nella quale la Commissione aveva parimenti proposto per i suddetti settori talune disposizioni destinate a disciplinare le concessioni di pubblici servizi.

50. Tuttavia, come risulta dal punto 10 del documento 5250/90 ADD 1 22 marzo 1990, intitolato «Motivazione del Consiglio» e allegato alla posizione comune adottata nella stessa data di quest'ultimo sulla proposta modificata di direttiva del Consiglio 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, il Consiglio non ha accolto detta proposta della Commissione di includere nella direttiva 90/531 norme relative alle concessioni di servizi pubblici, in quanto siffatte concessioni esistevano in un solo Stato membro e, in mancanza di uno studio approfondito sulle diverse forme di concessione di servizi pubblici accordate negli Stati membri nei detti settori, non si doveva procedere alla regolamentazione di questi ultimi.

51. Alla luce di tali elementi, va constatato che la Commissione non ha proposto di includere le concessioni di servizi pubblici nella sua proposta di direttiva del Consiglio 27 settembre 1991, 91/C 337/01, che modifica la direttiva 90/531 (GU C 337, pag. 1), che è sfociata, in seguito, nell'adozione della direttiva 93/38.

52. Tale constatazione è altresì corroborata dai cambiamenti della sfera di applicazione delle direttive in materia di appalti di lavori pubblici.

53. Infatti, l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305, che è stata la prima direttiva in materia, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione.

54. Ciononostante, la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305 (GU L 210, pag. 1), ha inserito nella direttiva 71/305 l'art. 1 ter, che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità stabilite nei suoi artt. 12, nn. 3, 6, 7 e 9-13, nonché 15 bis.

55. Successivamente, la 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), la quale ha sostituito la direttiva 71/305 così come modificata, menziona espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella sua sfera di applicazione.

56. Per contro, la direttiva 93/38, adottata lo stesso giorno della direttiva 93/37, non ha previsto alcuna disposizione relativa alle concessioni di servizi pubblici. Ne consegue che il legislatore comunitario ha deciso di escludere queste ultime dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38. Se così non fosse, l'avrebbe indicato espressamente, come ha fatto quando ha adottato la direttiva 93/37.

57. Dal momento che i contratti di concessione di servizi pubblici non rientrano quindi nella sfera di applicazione della direttiva 93/38, si deve concludere che, contrariamente all'interpretazione proposta

dalla Teleaustria, siffatti contratti non sono inclusi nella nozione di «contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto» di cui all'art. 1, punto 4, della suddetta direttiva.

58. La prima e la seconda questione vanno pertanto risolte nel senso che:

- è preso in considerazione dalla direttiva 93/38 un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa cui la legislazione di uno Stato membro specificamente assegna il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro, e, dall'altro, un'impresa privata, laddove con tale contratto la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici);

- sebbene sia considerato dalla direttiva 93/38, siffatto contratto è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della stessa direttiva, a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

59. Tuttavia, il fatto che siffatto contratto non rientri nella sfera di applicazione della direttiva 93/38 non osta a che la Corte fornisca al giudice nazionale che le ha sottoposto varie questioni pregiudiziali una soluzione utile. A tal fine, la Corte può prendere in considerazione altri elementi interpretativi che possono rivelarsi utili per la soluzione della causa principale.

60. A tale proposito occorre rilevare come, nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano siano cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare.

61. Infatti, come ha statuito la Corte nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31), tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato.

62. Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

63. Spetta al giudice nazionale statuire sul punto se tale obbligo sia stato osservato nella causa principale e valutare inoltre la pertinenza degli elementi probatori addotti a tal fine».

27 ottobre 2005, *Contse SA*, causa C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644

La decisione attiene ad un contenzioso sorto intorno alla legittimità di due bandi di gara per l'affidamento di prestazioni sanitarie recanti dei requisiti che subordinavano l'ammissione degli operatori economici alla preventiva disponibilità di uffici nel territorio di esecuzione delle

prestazioni e criteri di aggiudicazione che favorivano le offerte presentate da concorrenti che avessero già svolto il servizio, che fossero dotati di impianti di produzione in una determinata zona e disponessero di uffici in località definite.

Per quanto qui in rilievo l'amministrazione qualificava tali affidamenti come concessioni di servizi mentre la Corte di Giustizia, investita in via pregiudiziale dal Giudice nazionale circa la compatibilità al diritto comunitario delle cennate previsioni delle lex specialis, ha in primo luogo ricondotto le fattispecie all'alveo degli appalti di servizi facendo leva sull'assenza, nel casus belli, di alcun trasferimento di rischi in capo agli affidatari.

«22. In via preliminare occorre rilevare che la causa principale, contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, pare vertere su un appalto pubblico di servizi e non su un contratto di gestione di un servizio, qualificato come un contratto di concessione. Infatti, come affermato dall'Insalud in udienza, l'amministrazione spagnola resta responsabile per qualsiasi danno subito a causa di un inadempimento di tale servizio. Questa circostanza, che implica un mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione del servizio in questione, e il fatto che il servizio sia remunerato dall'amministrazione sanitaria spagnola avallano tale conclusione. Spetta però al giudice del rinvio verificare che ciò avvenga nella presente fattispecie».

Ciò posto, la Corte ha chiarito la valenza generale della decisione in questione

«23. Ad ogni modo, poiché le questioni formulate dal giudice del rinvio sono incentrate sulle norme fondamentali del Trattato, le considerazioni che seguono gli saranno utili anche qualora si trattasse di una concessione di servizio pubblico non disciplinata dalla direttiva 92/50. Infatti, è alla luce del diritto primario e, in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminati gli effetti del diritto comunitario relativamente all'affidamento di tali concessioni (v., in particolare, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-0000, punto 16)».

decretando la rilevanza anche per le concessioni del principio enunciato

«L'art. 49 CE osta a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri per un appalto pubblico di servizi sanitari di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, preveda, da un lato, un requisito di ammissione che obbliga l'impresa offerente a disporre, al momento della presentazione dell'offerta, di un ufficio aperto al pubblico nel capoluogo della provincia in cui il servizio dovrà essere fornito e, dall'altro, criteri di valutazione delle offerte che tengono conto, attraverso l'attribuzione di punti supplementari, dell'esistenza, al momento della presentazione dell'offerta, di impianti di produzione, di condizionamento e di imbottigliamento di ossigeno, situati nel raggio di 1 000 chilometri da detta provincia, o di uffici aperti al pubblico in altre specifiche località della stessa e che, in caso di parità tra più offerte, favoriscono l'impresa che abbia già fornito precedentemente il servizio in questione, qualora tali elementi siano applicati in modo discriminatorio, non siano giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico né siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito o vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento di questo, circostanze che spetta al giudice nazionale accertare».

18 luglio 2007, *Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Italiana*, causa C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445

La decisione attiene al ricorso promosso dalla Commissione delle Comunità europee avverso la scelta del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia di sottoscrivere delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani senza applicare le procedure di affidamento stabilite dalla Direttiva 92/50/CEE (in particolare senza rispettare gli oneri di pubblicità ivi sanciti).

In particolare la Commissione riteneva che le convenzioni de quibus rientrassero nel novero degli appalti pubblici di servizi e non dovessero qualificarsi, come invece sostenuto dallo Stato, alla stregua di concessioni escluse dall'operatività della citata direttiva, posto che la remunerazione prevista per gli operatori economici consisteva in una tariffa predeterminata (versata direttamente dall'ufficio commissariale) ed alle imprese veniva garantito un quantitativo minimo annuo di materiale (con conseguente esclusione del rischio di attività).

Per l'effetto aveva inviato alla Repubblica Italiana dapprima una lettera di diffida e successivamente un parere motivato contenente l'invito a porre fine all'inadempimento.

Nel delineato contesto la Corte di Giustizia, investita del caso, dopo aver ribadito l'esclusione delle concessioni dall'ambito della direttiva n. 92/50 e l'inconferenza della giurisprudenza nazionale riguardo alla definizione di appalto pubblico di servizi ha sancito quanto segue:

«31. Di conseguenza, la questione se le convenzioni controverse debbano o meno essere qualificate come concessioni di servizi va valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario.

32. A tal proposito occorre rilevare, da un lato, che dette convenzioni prevedono il versamento, da parte del Commissario delegato, all'operatore di una tariffa il cui importo è fissato in euro per tonnellata di rifiuti conferita a quest'ultimo dai comuni interessati.

33. Orbene, come statuito in precedenza dalla Corte, dalla definizione di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di tale direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (citata sentenza Parking Brixen, punto 39). Ne consegue che una tariffa del tipo di quella prevista dalle convenzioni controverse può caratterizzare un contratto a titolo oneroso ai sensi dell'art. 1, lett. a), e quindi un appalto pubblico (v., per quanto riguarda il pagamento di un importo fisso per ogni bidone o cassonetto da parte di un comune ad una società incaricata in via esclusiva della raccolta e del trattamento di rifiuti, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punti 8 e 32).

34. D'altra parte, dalla giurisprudenza della Corte emerge che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punti 27-28, nonché sentenza Parking Brixen, citata, punto 40).

35. Orbene, a tal proposito è giocoforza constatare che le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni controverse non rientrano nel diritto di gestire i servizi di cui trattasi, né implicano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione.

36. Infatti, non solo detto operatore risulta, in sostanza, remunerato dal Commissario delegato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti, come ricordato al punto 32 della presente sentenza, ma risulta assodato che, in forza delle convenzioni controverse, il Commissario delegato s'impegna, da una parte, a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti e, dall'altra, a far sì che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia conferito a quest'ultimo. Tali convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla suddetta quantità minima garantita, ciò al fine di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'operatore. Esse prevedono altresì che l'importo della tariffa sia annualmente rivalutato in relazione all'andamento dei costi relativi al personale, ai materiali di consumo e alle manutenzioni, nonché in relazione ad un indicatore finanziario. Queste stesse convenzioni prevedono, inoltre, che la tariffa sia rinegoziata qualora, per conformarsi ad un mutamento del quadro normativo, l'operatore debba affrontare investimenti eccedenti un certo livello.

37. Sulla scorta di quanto precede, le convenzioni controverse devono essere considerate come appalti pubblici di servizi soggetti alla direttiva 92/50 e non come concessioni di servizi da essa esclusi.

38. Peraltro, nessuno degli argomenti addotti dal governo italiano per contestare tale qualificazione risulta convincente.

39. Anzitutto, per quanto riguarda la circostanza che gli operatori sono in grado, oltre alla riscossione della tariffa pattuita, di beneficiare di proventi finanziari derivanti dalla rivendita dell'energia elettrica prodotta a seguito della termovalorizzazione dei rifiuti, giova ricordare che l'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, il quale definisce la nozione di appalto pubblico, parla di un «contratto a titolo oneroso» e che l'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione offerta al prestatore a motivo della prestazione di servizi prevista dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, citata sentenza Auroux e a., punto 45).

40. Nella fattispecie, è evidente che la controprestazione ottenuta dall'operatore a fronte della prestazione di servizi prevista dal Commissario delegato, ossia il trattamento dei rifiuti conferiti con recupero di energia, consiste essenzialmente nel pagamento, da parte del Commissario delegato, dell'importo della tariffa.

41. Anche supponendo che il prodotto della vendita di energia elettrica possa essere parimenti interpretato come corrispettivo dei servizi previsti dal Commissario delegato, in particolare in ragione del fatto che nelle convenzioni controverse quest'ultimo si impegna ad agevolare tale vendita presso terzi, la sola circostanza che l'operatore, oltre alla remunerazione percepita a titolo oneroso dal detto Commissario delegato, sia così in grado di ricavare accessoriamente determinati proventi da terzi come corrispettivo della sua prestazione di servizi non può essere sufficiente a privare le

convenzioni controverse della loro qualifica di appalti pubblici (v., per analogia, sentenza Auroux e a., citata, punto 45).

42. Neppure la lunga durata delle convenzioni controverse e il fatto che la loro esecuzione sia accompagnata da rilevanti investimenti iniziali a carico dell'operatore costituiscono poi circostanze determinanti ai fini della qualificazione di siffatte convenzioni, giacché tali caratteristiche possono riscontarsi tanto negli appalti pubblici quanto nelle concessioni di servizi.

43. Lo stesso vale per il fatto che il trattamento di rifiuti rientra nell'interesse generale. A tal proposito occorre d'altronde ricordare che, come emerge dall'allegato I A della direttiva 92/50, tra i «[s]ervizi a norma dell'art. 8», ai quali si può applicare la direttiva, figura la categoria dei servizi di «[e]liminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi», rispetto alla quale la Corte ha in precedenza stabilito che essa ricomprende i servizi di raccolta e di trattamento dei rifiuti (v., in tal senso, citata sentenza Commissione/Austria, punto 32).

44. Infine, neppure la circostanza che le prestazioni erogate dall'operatore siano eventualmente tali da richiedere, da parte di quest'ultimo, una notevole autonomia esecutiva risulta determinante per la qualificazione del contratto come appalto pubblico ovvero come concessione di servizi.

45. Poiché le convenzioni controverse danno luogo ad appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, la loro aggiudicazione poteva intervenire soltanto in osservanza delle disposizioni della predetta direttiva, in particolare dei suoi artt. 11, 15 e 17. Orbene, in forza di queste ultime l'amministrazione aggiudicatrice interessata era tenuta a pubblicare un avviso di bando di gara d'appalto conforme al modello previsto dall'allegato III della suddetta direttiva, cosa che essa non ha fatto.

46. Ne consegue che il ricorso della Commissione dev'essere accolto e che occorre dichiarare che, dato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva 92/50 e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17».

22 aprile 2010, *Commissione europea c. Regno di Spagna,* causa C-423/07, ECLI:EU:C:2010:211

La decisione riguarda il ricorso promosso dalla Commissione delle Comunità europee ritenendo che l'inserimento, nel decreto di affidamento di una concessione di lavori, di prestazioni ulteriori non previste ab origine nella legge di gara contrastasse con la normativa comunitaria.

Per l'effetto la Commissione, dopo aver inviato al Regno di Spagna delle diffide e dei pareri motivati, aveva adito la Corte di Giustizia che, investita della questione, ha così deciso:

«52. Al riguardo è pacifico che l'operazione di cui trattasi nella presente causa costituisce una «concessione di lavori pubblici» ai sensi dell'art. 1 , lett. d), della direttiva 93/37. In base a tale disposizione, la «concessione di lavori pubblici» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle relative agli «appalti pubblici di lavori», ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera ovvero in tale diritto di gestione accompagnato da un prezzo.

[...]

54. L'art. 11, n. 3, della stessa direttiva impone alle amministrazioni aggiudicatrici che intendano ricorrere alla concessione di lavori pubblici di rendere nota la loro intenzione con un bando di gara. Quest'ultimo, come risulta dal n. 6 di detto articolo, deve essere redatto conformemente al modello che figura nell'allegato V di tale direttiva e deve fornire le informazioni ivi richieste.

55. Tra le informazioni che detto bando deve contenere figurano, conformemente alla sezione II, intitolata «Oggetto del contratto», del medesimo allegato V, l'oggetto principale e gli oggetti supplementari del contratto, la descrizione e la localizzazione dei lavori cui si riferisce la concessione, nonché il quantitativo e l'entità globale di questi ultimi.

56. Tale obbligo di pubblicità, per la possibilità di paragonare le offerte che esso comporta, garantisce un livello di concorrenza ritenuto soddisfacente dal legislatore dell'Unione europea nell'ambito delle concessioni di lavori pubblici.

57. In tale settore, esso costituisce espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza imposti in qualsiasi situazione alle amministrazioni aggiudicatrici.

58. Tramite la chiara formulazione dei termini del bando, deve essere obiettivamente offerta a qualunque offerente potenziale, normalmente accorto ed esperto e ragionevolmente diligente, la possibilità di farsi un'idea concreta dei lavori da effettuare, nonché della loro localizzazione, e di formulare, di conseguenza, la propria offerta.

59. Il carattere fondamentale del bando, relativamente sia agli appalti pubblici sia alle concessioni di lavori, riguardo all'informazione, nel rispetto del principio di parità di trattamento, degli offerenti dei diversi Stati membri, è sottolineato nell'art. 11, n. 11, della direttiva 93/37, in base al quale le eventuali pubblicazioni d'informazioni a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

60. Tuttavia, essendo limitato lo spazio disponibile nel modello di bando di una concessione figurante nell'allegato V della direttiva 93/37, le informazioni relative ad una concessione possono essere rese note nel capitolato che l'autorità concedente deve redigere e che costituisce il complemento naturale del bando.

[...]

64. Infatti, occorre rilevare che, allo scopo di chiarire i requisiti di una concessione, è talvolta inevitabile che il bando od il capitolato rinvii alla normativa nazionale riguardante specifiche tecniche in materia di sicurezza, di salute, di tutela dell'ambiente o di requisiti di altro tipo. Questa possibilità di rinvio, tuttavia, non può esimere l'autorità concedente dagli obblighi di pubblicità imposti dalla direttiva 93/37, in base ai quali l'oggetto della concessione di cui trattasi deve essere definito nel bando e nel capitolato che devono contenere gli elementi di informazione di cui al punto 55 della presente sentenza. Non può nemmeno ritenersi ammissibile, al fine di rilevare il vero oggetto di una concessione, la necessità d'interpretare il bando od il capitolato alla luce di una siffatta normativa.

65. Tale requisito dev'essere interpretato restrittivamente. Di conseguenza, la Corte, nell'ambito di un appalto pubblico di lavori, ha escluso la legittimità di un rinvio, contenuto nel capitolato d'oneri, alla normativa nazionale riguardante la possibilità per gli offerenti di presentare varianti nelle loro offerte, conformemente all'art. 19, primo e secondo comma, della direttiva 93/37, non essendo precisate nel capitolato le condizioni minime che tali varianti dovevano rispettare (v. sentenza 16 ottobre 2003, causa C-421/01, Traunfellner, Racc. pag. I-11941, punti 27-29). Per quanto attiene all'obbligo di trasparenza volto a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti, al quale deve ispirarsi l'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto disciplinata dalla direttiva 93/37, tale conclusione della Corte si applica parimenti in materia di concessioni di lavori.

66. Si deve altresì aggiungere che l'autorità concedente, considerate le eventuali specificità dei lavori che costituiscono l'oggetto di una concessione, ha la facoltà di lasciare un certo margine all'iniziativa degli offerenti riguardo alla formulazione delle loro offerte.

[...]

70. In ogni caso, anche ammettendo che tutti gli offerenti abbiano la stessa percezione della loro libertà d'iniziativa, non sarebbe conforme alla direttiva 93/37 attribuire al di fuori di qualunque trasparenza un appalto di concessione di lavori pubblici comprendenti lavori cosiddetti «supplementari» che costituiscano di per sé «appalti pubblici di lavori» ai sensi di tale direttiva ed il cui valore superi la soglia ivi stabilita.

71. Ciò comporterebbe, diversamente ragionando, che tali lavori cosiddetti «supplementari» fossero esentati dall'obbligo di pubblicità e, di conseguenza, da qualunque forma di concorrenza. Dato che gli offerenti che si avvalgono della loro facoltà d'iniziativa sarebbero completamente liberi di sottoporre proposte nelle quali essi determinerebbero la natura, l'ampiezza e la localizzazione geografica dei lavori considerati, in modo indipendente e senza la necessità di prevedere un oggetto predeterminato, non sarebbe possibile alcuna comparabilità delle loro offerte.

72. Va rilevato, inoltre, che il Regno di Spagna non può utilmente invocare l'art. 61 della direttiva 2004/18. Infatti, a parte la considerazione secondo cui tale direttiva non è applicabile ratione temporis al caso di specie, è giocoforza constatare che le opere aggiuntive controverse non costituiscono, ai sensi della summenzionata disposizione, «lavori complementari che non figuravano nel progetto inizialmente previsto» della concessione e divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta.

73. Il modus procedendi del Regno di Spagna nella specie non può neanche essere giustificato in base al punto 3.1.1 della summenzionata Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario. Infatti, tale testo riguarda soltanto i casi in cui l'autorità concedente, qualora le risulti impossibile definire le proprie esigenze in termini tecnici sufficientemente precisi, intenda raccogliere offerte alternative volte a risolvere un problema espresso in termini generali, circostanza che non si è verificata nella specie.

74. Pertanto, si deve concludere che le opere aggiuntive sono state attribuite alla Iberpistas nonostante il fatto che esse non fossero comprese nell'oggetto della concessione di cui trattasi, quale descritto nel secondo bando e nel secondo capitolato, il che costituisce violazione degli artt. 3, n. 1, nonché 11, nn. 3 e 6, della direttiva 93/37, letti in combinato disposto con l'allegato V della medesima.

75. Come risulta dal punto 57 della presente sentenza, le disposizioni che richiedono una pubblicità adeguata della direttiva 93/37 costituiscono l'espressione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Di conseguenza, non occorre esaminare separatamente la questione dell'eventuale violazione di tali principi.

76. La conclusione formulata al punto 74 della presente sentenza non risulta inficiata dall'argomento del Regno di Spagna relativo al fatto che la Iberpistas non avrebbe eseguito essa stessa i lavori supplementari, ma li avrebbe attribuiti ad imprese terze, conformemente ai requisiti di pubblicità stabiliti dall'art. 3, n. 4, della direttiva 93/37. Infatti, come osserva giustamente la Commissione, l'art. 3 di tale direttiva impone chiaramente sia all'autorità concedente sia al concessionario obblighi di pubblicità cumulativi e non alternativi, i quali devono essere osservati da entrambi in tutte le fasi del procedimento affinché l'effetto utile di detta disposizione sia preservato».

13 novembre 2008, *Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Italiana*, causa C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624

La decisione attiene al ricorso promosso dalla Commissione delle Comunità europee avverso la decisione di un comune di affidare (alla luce dell'esito infruttuoso della gara bandita dopo la constatazione di fattibilità e pubblico interesse del progetto proposto da un operatore economico) la concessione per la progettazione e realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico all'operatore proponente.

In particolare nella convenzione de qua l'ente locale, per garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione (stante il fatto che al concessionario, oltre al contributo economico pubblico, era riconosciuto come corrispettivo il diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente la tramvia), si era obbligato ad inserire, nelle successive leggi di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico della Tramvia, l'obbligo per l'affidatario/gestore del servizio di versare al concessionario il corrispettivo previsto in convenzione.

La Commissione, per quanto qui in rilievo, riteneva che l'affidamento de quo configurasse un pubblico appalto di lavori poiché all'operatore economico (formalmente titolare del diritto di gestire

l'opera) sarebbe garantito un canone da parte del terzo gestore del servizio eppertanto il primo non assumerebbe alcun rischio finanziario.

Per l'effetto la Commissione, dopo un primo contatto con le autorità nazionali, aveva inviato alla Repubblica Italiana dapprima una lettera di diffida e successivamente un parere motivato contenente l'invito a porre fine all'inadempimento.

Nel delineato contesto la Corte di Giustizia, investita del caso e focalizzandosi sul requisito del rischio che permea l'istituto della concessione, ha stabilito:

«27. Dall'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37, applicabile al momento dei fatti, risulta che la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

28. La Commissione fa valere, inoltre, che la concessione di lavori pubblici è caratterizzata dal fatto che essa implica un trasferimento del rischio legato alla gestione dell'opera al concessionario.

29. A tal proposito la Corte ha rilevato che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v. sentenza 18 luglio 2007, C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 34, e giurisprudenza ivi citata).

30. Dalla giurisprudenza risulta altresì che il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, e Commissione/Italia, cit., punti 35 e 37).

31. Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori.

32. Nel caso di specie, se è vero che l'art. 5 della convenzione conclusa il 2 dicembre 2002 tra il Comune e il CGRT prevede che a quest'ultimo venga riconosciuto quale corrispettivo, oltre al contributo pubblico, il diritto di gestire funzionalmente la tramvia in questione, risulta però dallo stesso art. 5, dal punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione nonché da altri elementi del fascicolo che la gestione della tramvia deve essere garantita da un gestore che è tenuto a concludere un contratto di servizi, non con il concessionario, ma con il concedente che determinerà l'importo da pagare al concessionario.

33. L'importo del canone che dovrebbe essere pagato al CGRT dal futuro gestore del servizio di tramvia ammonta a EUR 1 446 079,32 annui per trent'anni. Risulta dagli elementi contenuti nel fascicolo che tale importo fisso è stato calcolato per garantire il pagamento al CGRT della quota del costo dell'opera, pari al 40% di quest'ultimo, di cui le autorità pubbliche italiane non assicurano direttamente il versamento.

34. In una situazione di questo genere il CGRT non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione.

35. Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici.

36. Nel caso di specie è pacifico che l'importo stimato dei lavori considerati supera la soglia di applicazione della direttiva 93/37.

37. Di conseguenza detti lavori avrebbero dovuto essere attribuiti conformemente alle procedure previste dalla direttiva 93/37 per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori».

13 aprile 2010, *Wall AG*, causa C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182

La decisione attiene all'ipotesi in cui un concessionario intenda sostituire un subaffidatario cui aveva dichiarato di avvalersi in sede di affidamento.

In particolare la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale circa la doverosità, in tali ipotesi, di riaprire il confronto concorrenziale stante il fatto che si tratterebbe di una modifica sostanziale del contratto stipulato.

Nel decidere la questione la Corte ha stabilito che:

«30. Con la sua terza questione, che occorre trattare per prima, il giudice del rinvio chiede se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dagli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva impongano, qualora si intenda modificare un contratto di concessione di servizi – ivi inclusa l'ipotesi in cui detta modifica sia intesa a sostituire un preciso subappaltante, cui sia stata data priorità nel corso della gara –, di aprire di nuovo alla concorrenza i negoziati ad esso relativi garantendo un grado di pubblicità adeguato e, all'occorrenza, secondo quali modalità tale apertura al mercato concorrenziale debba realizzarsi.

31. Tale questione ha anzitutto ad oggetto l'applicazione delle disposizioni e dei principi menzionati al punto precedente ad una fattispecie in cui, nel contesto dell'esecuzione di un contratto di concessione di servizi, è stata presa in considerazione l'ipotesi di sostituire uno dei subappaltanti del concessionario.

32. Dato che gli artt. 43 CE e 49 CE costituiscono applicazioni specifiche del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità, sancito all'art. 12 CE, non è necessario, per risolvere tale questione, riferirsi a quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a., Racc. pag. I-1727, punti 38 e 39, nonché 17 gennaio 2008, causa C-105/07, Lammers & Van Cleeff, Racc. pag. I-173, punto 14).

33. Allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non rientrano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive con cui il legislatore dell'Unione ha disciplinato il settore degli appalti pubblici (v. sentenze Coname, cit., punto 16, e 17 luglio 2008, causa C-347/06, ASM Brescia, Racc. pag. I-5641, punto 57). Tuttavia, le autorità pubbliche che concludono tali

contratti sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE, in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punti 60-62; Coname, punti 16-19, e Parking Brixen, punti 46-49).

34. Detto obbligo di trasparenza si applica al caso in cui la concessione di servizi di cui trattasi possa interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (v., in tal senso, sentenza Coname, cit., punto 17; v. anche, per analogia, sentenze 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-9777, punto 29, e 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 66).

35. Il fatto che, nella causa principale, la concessione di servizi possa interessare imprese aventi sede in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania risulta dalla decisione di rinvio, laddove il giudice nazionale constata che l'invito alla presentazione delle offerte è stato oggetto di un bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale del Comune di Francoforte «su scala dell'Unione europea» e laddove esso considera che una violazione dell'obbligo di trasparenza potrebbe costituire una discriminazione esercitata almeno potenzialmente a danno delle imprese degli altri Stati membri.

36. L'obbligo di trasparenza che incombe alle autorità pubbliche che concludono un contratto di concessione di servizi implica che sia garantito a favore di ogni offerente potenziale un adeguato grado di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v. citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punti 60-62; Parking Brixen, punti 46-49, nonché ANAV, punto 21).

37. Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., per analogia con il settore degli appalti pubblici, sentenze 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46, nonché 19 giugno 2008, causa C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I-4401, punto 34).

38. La modifica di un contratto di concessione di servizi in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (v., per analogia, sentenza Pressetext Nachrichtenagentur, cit., punto 35).

39. La sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica di tal genere di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto, cosa che spetta comunque al giudice del rinvio verificare.

40. Il giudice del rinvio osserva che, nel progetto accluso all'offerta presentata al Comune di Francoforte dalla FES, quest'ultima ha indicato che essa avrebbe utilizzato i «City-WC» di Wall. Secondo detto giudice è probabile che, in tal caso, la concessione sia stata attribuita alla FES a causa dell'identità del subappaltante che essa aveva proposto.

41. Spetta al giudice nazionale accertare se ricorrano le situazioni descritte ai punti 37-39 della presente sentenza.

42. Qualora, nell'ambito di tale valutazione, il giudice del rinvio concludesse per la sussistenza di una modifica di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, sarebbe necessario concedere, in conformità all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, compreso un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione dovrebbe essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della concessione dei servizi di cui trattasi e consentire che un'impresa avente sede sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia aggiudicata.

43. Conseguentemente, la terza questione va risolta dichiarando che, qualora le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione di servizi presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che hanno giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere concessi, conformemente all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità di un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione dovrà essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della concessione di servizi di cui trattasi e permettere che un'impresa avente sede sul territorio di uno Stato membro diverso possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia attribuita.»

10 settembre 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)*, causa C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540

Poiché il contratto per la gestione tecnico-commerciale del servizio di distribuzione idrica stipulato con un'azienda municipale era giunto a scadenza, un'associazione di enti locali, deputata in base alla legislazione nazionale a garantire anche la distribuzione dell'acqua potabile ed il trattamento di quelle reflue, aveva chiesto di poter ammettere la prima tra i propri membri, onde poter continuare ad affidarle il predetto servizio.

Innanzi al diniego opposto dalle autorità di sorveglianza, l'associazione indiceva una procedura informale per l'affidamento in concessione ventennale dei servizi de quibus.

La legge di gara prevedeva l'obbligo per il concessionario locare dall'associazione e manutenere gli impianti nonché fornire i servizi tramite contratti di diritto privato stipulati autonomamente con gli

utenti finali (indicando liberamente il corrispettivo dovuto, nel rispetto delle tariffe legali e conteggiandovi il canone) mentre la concedente s'impegnava a rendere obbligatorio per gli utenti finali l'allacciamento alle reti pubbliche e a versare al concessionario le sovvenzioni pubbliche che avrebbe ricevuto.

Un operatore economico contestava tuttavia la natura di concessione dell'affidamento in parola, qualificandolo come appalto di servizi.

Il giudice di gravame nazionale decideva quindi di rimettere alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale tre questioni (gradate) attinenti alla definizione dell'istituto della concessione di servizi, al rischio di gestione ed al rischio d'impresa.

La Corte, dopo aver preliminarmente ricordato l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria:

«40. Si deve rammentare che una definizione della concessione di servizi è stata introdotta, nel diritto comunitario, dall'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17. Essa non figurava nelle precedenti direttive in materia, in particolare nella 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).

41. All'art. 18 della direttiva 2004/17, il legislatore comunitario ha specificato che quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitino, tra l'altro, attività nel settore dell'acqua.

42. Si deve inoltre rammentare che, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), include, al suo art. 1, nn. 2, lett. a) e 4, definizioni dell'«appalto di servizi» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe a quelle corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17.

43. Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive.

44. Ne consegue che, se l'operazione oggetto della causa principale è qualificata come «appalto di servizi» ai sensi della direttiva 2004/17, un siffatto appalto deve, in linea di principio, essere aggiudicato nel rispetto delle procedure previste agli artt. 31 e 32 di quest'ultima. Per contro, se l'operazione in argomento è qualificata come concessione di servizi, la suddetta direttiva non trova applicazione, in forza del suo art. 18. In tal caso, il rilascio della concessione resterebbe soggetto ai principi fondamentali del Trattato CE, in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato, in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punti 60-62; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punti

16-19; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, Racc. pag. I-8457, punto 25)».

rispetto alle prime due questioni (restando la terza assorbita) ha stabilito:

«46. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo di diritto privato da terzi, sia di per sé sufficiente a qualificare quel contratto come concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17. In caso di risposta negativa a tale questione, il giudice nazionale chiede se un contratto di questo tipo debba essere qualificato come concessione di servizi quando il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

47. Propensi a una risposta affermativa alla prima questione, il WAZV Gotha, la Stadtwirtschaft e la WAL, nonché i governi tedesco e ceco, sostengono che il fatto che la controparte contrattuale sia remunerata attraverso un corrispettivo riscosso presso gli utenti del servizio di cui trattasi è sufficiente a caratterizzare una concessione di servizi.

48. Di contro, l'Eurawasser e la Commissione ritengono che sia altresì necessario che la controparte contrattuale si assuma il rischio economico della gestione del servizio di cui è causa.

49. Si deve rilevare, a tale proposito, che l'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17 prevede che gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» siano contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, n. 2, della medesima direttiva e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

50. In base all'art. 1, n. 3, lett. b), della medesima direttiva, la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste o unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

51. Dal raffronto delle due definizioni sopra menzionate risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punto 39), mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

52. Le questioni sottoposte presuppongono espressamente la circostanza che il contratto in questione preveda che la controparte contrattuale sia remunerata non già direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi.

53. Alla luce del criterio enunciato al punto 51 della presente sentenza, il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, nella fattispecie gli utenti del servizio in oggetto, è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio.

54. Detto criterio emergeva già dalla giurisprudenza della Corte anteriore all'entrata in vigore della direttiva 2004/17. Secondo tale giurisprudenza, si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione (v. citata sentenza Telaustria e Telefonadress, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punti 27-28, nonché sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 34, e 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punto 29).

55. È irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico.

56. La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, in casi nei quali la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punto 16, e Coditel Brabant, cit., punto 24).

57. Ne risulta che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17.

58. Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di «diritto di gestire» come «corrispettivo della prestazione» di cui alla suddetta disposizione.

59. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in tal senso, citate sentenze Parking Brixen, punto 40; 18 luglio 2007, Commissione/Italia, punto 34, e 13 novembre 2008,

[...]

66. A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio.

67. Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatore all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla direttiva 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza.

68. In caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005,

causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punti 35-37, nonché, per analogia, in un'ipotesi di concessione di lavori, sentenza 13 novembre 2008, Commissione/Italia, cit., punti 30 e 32-35). Come si è rilevato al punto 51 supra, in quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio.

69. Le questioni sottoposte muovono dal presupposto che la fornitura del servizio oggetto della causa principale comporti rischi economici molto limitati, anche nel caso in cui detto servizio sia fornito dall'amministrazione aggiudicatrice, e ciò sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame.

70. Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione de qua costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante.

71. In assoluto, queste tesi devono essere respinte.

72. È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono.

73. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza.

74. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

75. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile.

76. Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

77. In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre.

78. Spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice.

79. A tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

80. Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione nel senso che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, alllorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale».

10 marzo 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, causa C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130

Un'impresa che aveva svolto per anni il servizio di soccorso alla popolazione (affidatole tramite il "modello concessorio") in favore di un consorzio intercomunale fino a che quest'ultimo non aveva risolto il contratto.

Vale rilevare che il modello concessorio de quo comportava che la remunerazione non fosse garantita dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì dagli importi riscossi presso gli utenti del servizio attraverso un ufficio liquidatore centrale.

Nelle more del giudizio circa la legittimità di tale risoluzione, l'amministrazione aveva affidato i servizi de quibus ad altri operatori economici tramite provvedimenti a loro volta impugnati dal gestore uscente.

Il Giudice nazionale, rilevato che la controversia verteva sull'accertamento della natura di tali contratti come concessioni di servizi ovvero appalti di servizi, sottoponeva alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali (gradate), a fronte delle quali la Corte stabiliva:

«23. A questo proposito si deve innanzitutto ricordare che la questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 31, e 15 ottobre 2009, causa C-196/08, Acoset, Racc. pag. I-9913, punto 38).

24. Dal raffronto tra le definizioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, fornite, rispettivamente, dal n. 2, lett. a) e d), e dal n. 4 dell'art. 1 della direttiva 2004/18, risulta che la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39, nonché Commissione/Italia, cit., punti 33 e 40), mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o

accompagnato da un prezzo (v., in tal senso, sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser, Racc. pag. I-8377, punto 51).

25. Nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente a soddisfare il requisito di un corrispettivo, previsto dall'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 (v. sentenza Eurawasser, cit., punto 57).

26. Se è vero che la modalità di remunerazione è, quindi, uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, dalla giurisprudenza risulta inoltre che la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione e che il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi (sentenza Eurawasser, cit., punti 59 e 68 nonché giurisprudenza ivi citata).

27. Nella causa principale, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la remunerazione del prestatore di servizi di soccorso non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice che ha aggiudicato il contratto in questione, ma dai corrispettivi d'uso che esso è autorizzato ad esigere, secondo la legge bavarese, presso gli enti previdenziali i cui assicurati hanno usufruito dei servizi di soccorso o ancora presso le persone assicurate privatamente e quelle non assicurate che hanno fruito di tali servizi.

28. Il fatto che il livello dei corrispettivi d'uso non sia determinato unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali che a loro volta rivestono la qualità di amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Racc. pag. I-4779, punti 40-59), e che tali corrispettivi non siano pagati direttamente dagli utenti di tali servizi al prestatore selezionato, bensì da un ufficio liquidatore centrale incaricato di riscuotere e di trasferire tali corrispettivi, sotto forma di acconti regolari, non incide su tale constatazione. Infatti, resta ciò nondimeno il fatto che tutte le remunerazioni del prestatore di servizi provengono da persone diverse dall'amministrazione che ha aggiudicato loro il contratto.

29. In una controversia come quella oggetto della causa principale, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18, si deve ancora verificare se la modalità di remunerazione pattuita consista nel diritto del prestatore di gestire un servizio e implichi che esso si assuma il rischio legato alla gestione del servizio in questione. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punti 77 e 80).

30. Nella causa principale, il consorzio intercomunale di Passau ha trasferito ai prestatori selezionati, per diversi anni, la completa esecuzione sotto il profilo tecnico, amministrativo nonché finanziario

delle prestazioni di servizi di soccorso dei quali era incaricato, conformemente all'art. 4, n. 1, della legge bavarese.

31. I prestatori selezionati sono quindi incaricati di assicurare il servizio di soccorso, alle condizioni stabilite dal contratto e dalla legge bavarese, nel circondario del consorzio intercomunale di Passau.

32. L'impresa Stadler contesta l'affermazione secondo la quale, operando in tal modo, il consorzio intercomunale di Passau ha altresì trasferito ai prestatori selezionati il rischio legato alla gestione dei servizi in questione.

33. A tal proposito va ricordato che, quando la remunerazione del prestatore proviene esclusivamente da terzi, il trasferimento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un rischio di gestione «molto ridotto» è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi (v. sentenza Eurawasser, cit., punto 77).

34. Invero, è normale che alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come quello oggetto della causa principale, siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto (sentenza Eurawasser, cit., punti 72 e 74).

35. In tali settori, le amministrazioni aggiudicatrici non hanno alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, e quindi sul livello del rischio da trasferire, e sarebbe peraltro irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile (v. sentenza Eurawasser, cit., punti 75 e 76).

[...]

37. A tale riguardo occorre rilevare che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punti 66 e 67), il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, nonché Hans & Christophorus Oymanns, cit., punto 74).

38. Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi.

39. Nella causa principale, si deve osservare, in primo luogo, che i corrispettivi d'uso non sono determinati unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali sulla base di trattative che devono avvenire con cadenza annuale. Tali trattative, i cui risultati sono prevedibili solo in parte, comportano il rischio che il prestatore di servizi debba far fronte ai vincoli imposti durante la durata del contratto. Tali vincoli possono risultare, in particolare, dalla necessità di giungere a compromessi in sede di trattative o di procedura arbitrale relativa al livello dei corrispettivi d'uso.

40. Tenuto conto del fatto, sottolineato dallo stesso giudice del rinvio, che gli enti previdenziali con cui il prestatore selezionato deve condurre tali trattative attribuiscono importanza, alla luce dei loro obblighi di legge, alla fissazione dei corrispettivi d'uso al livello più basso possibile, detto prestatore incorre quindi nel rischio che tali corrispettivi non siano sufficienti a coprire la totalità delle spese di gestione.

41. Il prestatore di servizi non può premunirsi contro siffatte eventualità rinunciando alla prosecuzione della propria attività, poiché, da un lato, gli investimenti che egli ha effettuato non sarebbero ammortizzati e, dall'altro, potrebbe dover affrontare le conseguenze giuridiche della sua decisione di recedere in anticipo dal contratto. In ogni caso, un'impresa che si sia specializzata nei servizi di soccorso ha soltanto una flessibilità limitata nel mercato dei trasporti.

42. In secondo luogo, dalla legge bavarese risulta che essa non garantisce la copertura completa dei costi dell'operatore.

43. Se i costi effettivi dell'operatore superano, nel corso di un determinato periodo, i costi previsionali utilizzati come base per il calcolo dei corrispettivi d'uso, tale operatore può trovarsi in una situazione di deficit e dover garantire un prefinanziamento con mezzi propri. È un dato di fatto che la domanda di servizi di soccorso può essere soggetta ad oscillazioni.

44. Inoltre, se sussiste una differenza tra i costi effettivi e quelli previsionali ammessi dagli enti previdenziali, il risultato del rendiconto è messo all'ordine del giorno soltanto in occasione delle trattative successive, il che non obbliga gli enti previdenziali a compensare un eventuale deficit nel corso dell'anno successivo e non comporta quindi la garanzia di una compensazione completa.

45. Occorre aggiungere che, se i costi sono previsti a titolo di bilancio, non è possibile riportare all'esercizio successivo gli utili o le perdite dell'impresa.

46. In terzo luogo, il prestatore selezionato è esposto, in una certa misura, al rischio di inadempienza dei debitori dei corrispettivi d'uso. È vero che la grande maggioranza degli utenti dei servizi è assicurata presso gli enti previdenziali, ma una parte non trascurabile degli utenti è costituita da persone non assicurate o assicurate privatamente. Se è pur vero che l'ufficio liquidatore centrale è tecnicamente responsabile della riscossione dei crediti presso questi ultimi, tuttavia esso né si assume i debiti delle persone non assicurate o assicurate privatamente né garantisce l'effettivo pagamento dei corrispettivi d'uso da parte di tali persone. Dalle informazioni fornite alla Corte risulta che tale ufficio centrale non dispone delle prerogative di un'amministrazione pubblica.

47. Infine, va osservato che, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la legge bavarese non esclude che più operatori siano ammessi a fornire i propri servizi nella medesima zona. Ad esempio, nella causa principale, il consorzio intercomunale di Passau ha concluso contratti con due prestatori di servizi.

48. Occorre pertanto risolvere le questioni sollevate dichiarando che, quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

49. Occorre aggiungere che, se è pur vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna delle direttive mediante le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono cionondimeno tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in particolare gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, nel caso in cui – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – il contratto in oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenza 13 aprile 2010, causa C-91/08, Wall, Racc. pag. I-2815, punti 33 e 34 nonché giurisprudenza ivi citata)».

10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA,* causa C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721

La decisione si inserisce in un contesto di contenziosi relativi all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale tramite autobus instaurati avanti alla giurisdizione nazionale da parte di alcuni operatori economici.

Il Giudice di rinvio, in particolare, investiva la Corte di Giustizia in via pregiudiziale, per quanto qui in rilievo, del seguente quesito

«1) Se l'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17(...) debba essere interpretato nel senso che deve considerarsi una concessione di servizi pubblici il contratto con cui si attribuisce all'aggiudicatario il diritto di fornire servizi di trasporto pubblico mediante autobus, nel caso in cui una parte del corrispettivo consista nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico, ma al contempo l'amministrazione aggiudicatrice compensi le perdite subite dal prestatore di servizi a causa della prestazione di tali servizi e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio nonché le clausole contrattuali limitino il rischio di gestione del servizio».

Al riguardo la Corte riscontrava la domanda pregiudiziale come segue:

«39. Al riguardo è sufficiente rilevare che la direttiva 2004/18, all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 4, fornisce definizioni degli «appalti pubblici» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe alle definizioni corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17. Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive (sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser, Racc. pag. I-8377, punti 42 e 43). Pertanto, l'interpretazione dell'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17 è direttamente trasponibile alle disposizioni corrispondenti della direttiva 2004/18, come riconosce, peraltro, il governo lettone.

40. La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza 10 marzo 2011, causa C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

41. Dalle nozioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, definite, rispettivamente, al n. 2, lett. a) e d), e al n. 3 dell'art. 1 della direttiva 2004/17, risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo (v. in tal senso, in particolare, sentenza Eurawasser, cit., punto 51).

42. Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17 (v., in particolare, sentenza Eurawasser, cit., punto 57).

43. Tale ipotesi ricorre qualora, come nella causa principale, il prestatore dei servizi di trasporto pubblico mediante autobus si vede attribuire il diritto di gestire servizi il cui corrispettivo gli viene pagato dagli utenti di detti servizi in base alla tariffa stabilita.

44. Se è vero che la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, dalla giurisprudenza risulta inoltre che la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Il non avvenuto trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi (v., in particolare, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 26).

45. Occorre pertanto verificare se il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione del servizio. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa al concessionario il rischio nel quale essa

incorre (v., in tal senso, in particolare, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 29).

46. È infatti noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come quello controverso nella causa principale, sono disciplinati da normative che possono avere l'effetto di limitarne i rischi economici. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto (sentenza Eurawasser, cit., punti 72-74).

47. Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile (v. sentenza Eurawasser, cit., punti 75 e 76).

48. Il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punto 67), il quale può tradursi segnatamente nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (v., in tal senso, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 37).

49. Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 38).

50. Se è pur vero, come è stato rilevato al punto 45 della presente sentenza, che il rischio economico legato alla gestione può essere, ab origine, considerevolmente ridotto a causa della configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre.

51. Orbene, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la normativa applicabile nella causa principale prevede che l'amministrazione aggiudicatrice compensi le perdite di gestione del prestatore di servizi e che inoltre, in forza delle disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione

del servizio nonché delle clausole contrattuali, il prestatore non assuma «in misura significativa, il rischio di gestione».

52. Al riguardo il giudice del rinvio rileva in particolare che, in applicazione delle clausole contrattuali, il committente compensa, nella misura dei fondi impegnati nel bilancio dello Stato, le perdite correlate alla fornitura dei servizi di trasporto, generate da quest'ultima, nonché le spese connesse, una volta dedotti gli introiti derivanti dalla gestione dei servizi di trasporto.

53. Peraltro, in applicazione degli artt. 2 e 3 del decreto n. 2009/1226, sono compensate le perdite del prestatore connesse all'esecuzione dell'appalto riguardanti la parte dei costi indispensabili connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di passeggeri e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi, nel caso in cui il rispetto di tali requisiti generi costi aggiuntivi rispetto alle condizioni di qualità precedentemente richieste.

54. A ciò occorre aggiungere che l'art. 40 del decreto n. 2009/1226 prevede il versamento all'aggiudicatario di un importo a titolo di utili che è stabilito moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile, calcolata aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (Euribor) nei dodici mesi dell'anno di riferimento.

55. Tenuto conto di dette clausole e disposizioni del diritto nazionale non si può concludere che il rischio di esposizione all'alea del mercato venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario. Pertanto, una siffatta operazione dovrebbe essere qualificata come «appalto di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva 2004/17, e non come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), di tale direttiva.

56 Certamente, nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte, le parti hanno dibattuto sull'entità del rischio concretamente assunto dall'aggiudicatario. Infatti, il governo lettone e la convenuta nella causa principale sostengono, contrariamente ai ricorrenti nella causa principale e alla Commissione europea, che diversi fattori, come la diminuzione delle risorse pubbliche destinate a coprire le eventuali perdite, la mancata copertura di determinati tipi di costi e perdite, connessi in particolare alla modifica di itinerari e percorsi, o ancora l'incertezza rispetto alla domanda degli utenti, aumentano il rischio in modo tale che questo sarebbe in realtà assunto in misura significativa dall'aggiudicatario, tanto più in quanto la durata del contratto è di otto anni. Pertanto, si tratterebbe effettivamente di una concessione di servizi.

57 Non spetta alla Corte qualificare concretamente l'operazione controversa nella causa principale, dato che questa competenza spetta solo al giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 32).

58. Soltanto il giudice nazionale può, da un lato, interpretare le disposizioni del suo diritto nazionale e, dall'altro, valutare l'entità del rischio concretamente assunto dal contraente in base a tale diritto e

alle disposizioni contrattuali di cui trattasi. Nondimeno, l'esame dell'operazione controversa alla luce delle disposizioni normative e contrattuali, quali esposte nella decisione di rinvio, conduce, a prima vista, alla conclusione che detta operazione presenti le caratteristiche di un appalto di servizi.

59. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, la prima questione va risolta dichiarando che la direttiva 2004/17 dev'essere interpretata nel senso che costituisce un «appalto di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), di tale direttiva un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre. Spetta al giudice nazionale valutare se l'operazione controversa nella causa principale debba essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi tenendo conto di tutte le caratteristiche di detta operazione».

5. APPALTO

5.1 Affidamento diretto

21 luglio 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti,* causa C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487

La domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia concerne l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE. Tale domanda è stata proposta nel contesto di una controversia che vede il Consorzio Aziende Metano (in prosieguo: il «Coname») contrapposto al Comune di Cingia de' Botti in merito all'attribuzione da parte di quest'ultimo alla Padania Acque SpA (in prosieguo: la «Padania») del servizio per la gestione della distribuzione e la manutenzione degli impianti di gas metano.

In particolare, il TAR Lombardia domanda alla Corte se gli arti. 43 CE, 49 CE e 81 CE, laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97 %, non si configurino gli estremi della gestione in house.

Sull'art. 81 CE:

« 12. Occorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio.

13. Pertanto, come giustamente osservano il governo finlandese e la Commissione, la detta disposizione non è applicabile alla controversia di cui alla causa principale, come descritta nell'ordinanza di rinvio.

Sugli artt. 43 CE e 49 CE:

15. Con la questione proposta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE ostino all'affidamento diretto, cioè senza l'indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%.

16. Occorre ricordare che l'attribuzione di simile concessione non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni.

17. Al riguardo, occorre osservare che, nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune di Cingia de' Botti, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro.

19. Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (...).

21. In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

28. (...) gli artt. 43 CE e 49 CE ostano (...) all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97 %, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente

comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione ».

18 gennaio 2007, *Jean Auroux e altri contro Commune de Roanne*, causa C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori come modificata dalla direttiva 97/52/CE. In particolare, il Tribunal administratif de Lyon ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

22 se una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di sistemazione urbanistica, nell'ambito della quale tale seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi delle disposizioni di cui all'art 1 della direttiva;

23 In caso di soluzione affermativa alla prima questione, se, ai fini della valutazione del summenzionato limite di 5 000 000 di diritti speciali di prelievo, fissato dall'art 6 della detta direttiva, occorra tener conto esclusivamente del prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della somma di tale prezzo e delle partecipazioni versate, ancorché queste ultime siano solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere, o, infine, dell'importo complessivo dei lavori, ove i beni non ceduti allo scadere del contratto divengono automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice, che prosegue, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accolla i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice;

24 In caso di soluzione affermativa alle prime due questioni: se la prima amministrazione aggiudicatrice sia dispensata, per concludere una siffatta convenzione, dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla direttiva medesima, sulla base del rilievo che tale convenzione può essere aggiudicata esclusivamente a determinate persone giuridiche e che le medesime procedure verranno applicate dalla seconda autorità aggiudicatrice ai fini dell'attribuzione dei propri appalti di lavori.

« 28. Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, essenzialmente, se la convenzione costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva.

37. (...) deriva dalla giurisprudenza della Corte che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria degli appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata (...).

38. Con riferimento all'applicazione di tale giurisprudenza alla fattispecie, occorre sottolineare che, in contrasto con quanto fatto valere dal governo polacco nelle sue osservazioni, ai sensi della convenzione, l'impegno della SEDL non si limita all'amministrazione ed all'organizzazione dei lavori ma si estende anche alla realizzazione dei lavori ivi previsti. Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata, l'art. 1, lett. a), della direttiva non richiede che il soggetto che conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita, perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore incaricato di un appalto pubblico di lavori (...).Ne deriva che, per valutare se l'oggetto principale della convenzione sia l'esecuzione di un'opera, è irrilevante che la SEDL non esegua essa stessa i lavori ma li faccia eseguire da subappaltatori.

41. Risulta dall'art. 1, lett. c), della direttiva che l'esistenza di un'opera deve essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati (...).Come risulta chiaramente da numerose disposizioni della convenzione, la realizzazione del centro ricreativo è destinata ad accogliere attività commerciali e servizi, sì da far ritenere che la convenzione adempia una funzione economica.

43. Per quanto riguarda gli altri elementi rientranti nella definizione di «appalti pubblici di lavori», prevista all'art. 1, lett. a), della direttiva, va osservato, in primo luogo, che è pacifico che il comune di Roanne, essendo un ente locale, ha lo status di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett b), della direttiva e che esiste un contratto redatto in forma scritta.

44. In secondo luogo è pacifico che la SEDL, in quanto operatore economico attivo sul mercato e che si impegna a realizzare i lavori previsti dalla convenzione, deve essere qualificata come imprenditore ai sensi della direttiva (...).

47. (...) che una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art 1, lett. a), della direttiva, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria in tutto o in parte di tale opera.

50. Va anzitutto osservato che, secondo il dettato dell'art. 6 della direttiva, le disposizioni di essa si applicano agli appalti pubblici di lavori il cui valore raggiunge la soglia prevista dal detto articolo. Esso non stabilisce alcuna regola che limiti gli importi da prendere in considerazione per determinare il valore di un appalto a quelli che provengono dall'amministrazione aggiudicatrice.

53. Dato che l'obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l'accesso agli appalti pubblici che presentano per loro interesse, ne consegue che è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6 della direttiva.

57. (...) occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

61. Va osservato che l'art. 11 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), prevede una deroga con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici che acquistano in particolare lavori facendo ricorso ad una centrale di committenza, come definita all'art. 1, n. 10, della medesima direttiva. Tuttavia, tale disposizione non è applicabile ratione temporis ai fatti di cui alla causa principale.

62. Ne deriva che l'amministrazione aggiudicatrice non è esonerata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che intende concludere l'appalto di cui trattasi con una seconda amministrazione aggiudicatrice (...). Tale constatazione non pregiudica, peraltro, l'obbligo di tale ultima amministrazione aggiudicatrice di applicare a sua volta le procedure di pubblicazione del bando di gara previste dalla direttiva (...).

63. Vero è che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, il ricorso alla gara d'appalto non è obbligatorio per appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, nell'ipotesi in cui, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono (...).

66. Occorre ricordare, anzitutto, che la direttiva non contiene disposizioni che consentono di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, neanche supponendo che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a questo scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva.

68. (...) un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti ».

4 maggio 2017, *Esaprojekt sp. z o.o. contro Województwo Łódzkie*, causa C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. In tale contesto, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 51 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'art. 2 di tale direttiva, debba essere interpretato nel senso che osta a che un operatore economico, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, comunichi all'amministrazione aggiudicatrice, per provare che soddisfa le condizioni per la partecipazione a una gara di appalto pubblico, documenti non contenuti nella sua offerta iniziale, come un contratto eseguito da un soggetto terzo e l'impegno di quest'ultimo di mettere a disposizione di tale operatore capacità e risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi. Inoltre, il giudice del rinvio chiede se l'art. 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'art. 48, par. 2, lett. a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'art. 2 della medesima direttiva, debba essere interpretato nel senso che consente a un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, ai sensi dell'art. 48, par. 3, della suddetta direttiva, sommando le conoscenze e l'esperienza di due soggetti che, singolarmente, non possiedono le capacità richieste per l'esecuzione di un determinato appalto, qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che l'appalto di cui trattasi sia indivisibile e, quindi, che debba essere eseguito da un unico operatore. Ancora, il giudice del rinvio chiede se l'art. 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'art. 48, par. 2, lett. a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'art. 2 di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che consente a un operatore economico, che partecipi singolarmente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, di fare affidamento sull'esperienza di un raggruppamento di imprese, cui esso abbia preso parte nell'ambito di un altro appalto pubblico, a prescindere dalla natura della sua partecipazione all'esecuzione di quest'ultimo. Infine, il giudice chiede il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'art. 48, par. 2, lett, a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'art. 2 di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che consente a un operatore economico di fare affidamento su un'esperienza facendo valere contemporaneamente due o più contratti come un unico appalto, ancorché l'amministrazione aggiudicatrice non abbia esplicitamente previsto siffatta possibilità né nel bando di gara né nel capitolato d'oneri.

« 37. [...] i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non possa essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a

un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri.

39. [...] spetta all'amministrazione aggiudicatrice assicurarsi, in particolare, che la richiesta di chiarimenti di un'offerta non conduca, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta.

45. [...] l'articolo 51 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 2 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che osta a che un operatore economico, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, comunichi all'amministrazione aggiudicatrice, per provare che soddisfa le condizioni per la partecipazione a una gara di appalto pubblico, documenti non contenuti nella sua offerta iniziale, come un contratto eseguito da un soggetto terzo e l'impegno di quest'ultimo di mettere a disposizione di tale operatore determinate capacità e risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi.

47. [...] è necessario, in via preliminare, ricordare che, conformemente a giurisprudenza costante, l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente dei mezzi necessari per eseguire tale appalto (sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

53. [...] l'operatore economico di cui trattasi non può far valere le capacità di un soggetto terzo per dimostrare di possedere determinate capacità tecniche richieste per l'esecuzione dell'appalto pubblico controverso nel procedimento principale.

54. [...] l'articolo 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 della medesima direttiva, deve essere interpretato nel senso che non consente a un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della suddetta direttiva, sommando le conoscenze e l'esperienza di due soggetti che, singolarmente, non possiedono le capacità richieste per l'esecuzione di un determinato appalto, qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che l'appalto di cui trattasi sia indivisibile, nel senso che debba essere realizzato da un unico operatore, e che tale esclusione della possibilità di far valere le esperienze di più operatori economici sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto di cui trattasi, il quale deve pertanto essere eseguito da un unico operatore.

57. [...] spetta all'amministrazione aggiudicatrice verificare l'idoneità dei candidati o degli offerenti conformemente ai criteri di cui agli articoli da 47 a 52 di detta direttiva.

65. [...] l'articolo 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che non consente a un operatore economico, che partecipi singolarmente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, di fare affidamento sull'esperienza di un raggruppamento di imprese, di cui abbia fatto

parte nell'ambito di un altro appalto pubblico, qualora non abbia effettivamente e concretamente partecipato all'esecuzione di quest'ultimo.

82. [...] l'amministrazione aggiudicatrice può indicare in modo esplicito, in via di principio nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, la necessità di soddisfare determinate capacità e concrete modalità sulla base delle quali il candidato offerente deve dimostrare la propria idoneità ad aggiudicarsi e a realizzare l'appalto di cui trattasi. Del pari, in casi eccezionali, tenuto conto della natura dei lavori di cui trattasi nonché dell'oggetto e delle finalità dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice può prevedere limitazioni, in particolare per quanto concerne il ricorso a un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.

87. Pertanto, [...] la possibilità di far valere più esperienze acquisite nell'ambito di più contratti non sia stata esclusa nel bando di gara né nel capitolato d'oneri, spetta all'amministrazione aggiudicatrice, sotto il controllo dei giudici nazionali competenti, verificare se l'esperienza riunita di due o più contratti, tenuto conto della natura dei lavori di cui trattasi nonché dell'oggetto e delle finalità dell'appalto interessato, possa garantire la corretta esecuzione di quest'ultimo.

88. [...] l'articolo 44 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che consente a un operatore economico di fare affidamento su un'esperienza facendo valere contemporaneamente due o più contratti come un unico appalto, a meno che l'amministrazione aggiudicatrice abbia escluso siffatta possibilità in virtù di criteri connessi e proporzionati all'oggetto e alle finalità dell'appalto pubblico di cui trattasi ».

18 ottobre 2018, *IBA Molecular Italy Srl contro Azienda ULSS n. 3 e a*, causa C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 49, 56, 105 TFUE e seguenti, nonché degli articoli 1 e 2 della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la IBA Molecular Italy Srl all'Azienda ULSS – Unità sanitaria locale n. 3 (Italia), alla Regione Veneto (Italia), al Ministero della Salute (Italia), nonché all'Ospedale dell'Angelo di Mestre (Italia), in merito all'affidamento diretto, da parte dell'Unità sanitaria locale n. 3 e dell'Ospedale dell'Angelo di Mestre, all'Istituto Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar della fornitura triennale di uno specifico radiofarmaco. Il Consiglio di Stato ha domandato alla Corte di Giustizia se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli l e 2 della direttiva comprenda nel

proprio ambito applicativo anche le operazioni complesse mediante le quali un'amministrazione pubblica aggiudicatrice intenda attribuire direttamente ad un determinato operatore economico un finanziamento di scopo, interamente finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore; se, di conseguenza, la citata normativa europea osti ad una disciplina nazionale che consenta l'affidamento diretto di un finanziamento di scopo finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore.

« 25. In via preliminare, risulta che, nella fattispecie di cui al procedimento principale, la Regione Veneto e il Sacro Cuore hanno concluso un contratto mediante il quale tale istituto si è impegnato a produrre e a distribuire gratuitamente il farmaco 18-FDG agli ospedali pubblici regionali, dietro corresponsione però, da parte di questi ultimi, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio. A tal fine, la Regione Veneto versa al Sacro Cuore una sovvenzione di EUR 700 000 interamente destinata alla produzione del farmaco suddetto.

26. Non sussiste alcun dubbio riguardo al carattere oneroso di un contratto siffatto.

27. Infatti, in conformità dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, per rientrare nella nozione di appalti pubblici, un contratto concluso tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni giudicatrici deve essere stato concluso «a titolo oneroso».

28. Orbene, risulta dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti s'impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione.

29. Così, un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato.

32. Occorre dunque rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti a titolo oneroso» ricomprende la decisione mediante la quale un'amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell'operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio ».

8 maggio 2019, *Stadt Euskirchen contro Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*, causa C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Stadt Euskirchen e la Rhenus Veniro GmbH & Co. KG in merito a un progetto per l'aggiudicazione diretta di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus e altri veicoli a motore. Pertanto il Tribunale superiore del Land (Düsseldorf) ha domandato alla Corte di Giustizia se l'art. 5, par. 2, secondo periodo, lettera e), del regolamento (CE) n. 1370/2007 1, imponendo all'operatore interno di prestare in proprio la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri, escluda che quest'ultimo possa far prestare tale parte preponderante dei servizi a una società di cui detiene una partecipazione del 2,5%, mentre le quote restanti sono detenute, direttamente o indirettamente, da altre autorità competenti.

« 27. Per quanto riguarda le direttive 2014/24 e 2014/25, che hanno abrogato e sostituito, rispettivamente, le direttive 2004/18 e 2004/17 e che, contrariamente a queste ultime, non definiscono la nozione di «contratto di concessione», attualmente disciplinata dalla direttiva 2014/23, la Corte ha precisato che tali due direttive, la prima all'articolo 12 e la seconda all'articolo 28, hanno codificato e precisato la giurisprudenza elaborata dalla Corte in materia di aggiudicazione diretta, il che dimostra che il legislatore dell'Unione ha voluto che tale regime di aggiudicazione diretta fosse correlato a entrambe le direttive.

28. Nel caso di specie, l'avviso di preinformazione riguardante il progetto per l'aggiudicazione diretta dell'appalto di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus e altri veicoli a motore, di cui trattasi nel procedimento principale, è stato pubblicato l'8 dicembre 2016, laddove, in tale data, le direttive 2014/24 e 2014/25 erano già applicabili, poiché il termine per la loro attuazione era scaduto.

29. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione pregiudiziale che l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che esso non si applica all'aggiudicazione diretta di contratti aventi ad oggetto servizi di trasporto pubblico con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione, ai sensi della direttiva 2014/23 ».

5.2 Appalti di servizi a disciplina limitata

13 novembre 2007, *Commissione c. Irlanda*, causa C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676

La Commissione ha proposto ricorso contro l'Irlanda che decidendo di affidare senza previa pubblicità l'erogazione di servizi di pagamento di prestazioni sociali alla società An post che eroga il servizio postale irlandese, è venuta meno agli obblighi di cui agli artt. 43 CE e 40 CE, nonché dei principi generali del diritto comunitario in relazione ad un appalto avente ad oggetto la prestazione di tali servizi.

« 24. [...] Dalla lettura combinata degli artt. 9, 14 e 16 della direttiva 92/50 risulta che, quando gli appalti hanno ad oggetto, come nella fattispecie, servizi rientranti nell'ambito dell'allegato I B, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare solamente gli obblighi di definire le specifiche tecniche che devono essere contenute nei documenti generali o nei documenti contrattuali relativi ad ogni appalto facendo riferimento a norme nazionali che recepiscano norme europee e di inviare all'OPOCE un avviso che riferisca i risultati della procedura d'aggiudicazione di tali appalti. Le altre regole procedurali previste da questa direttiva, in particolare quelle relative agli obblighi di gara con pubblicità preventiva, non sono invece applicabili agli appalti citati.

25. Infatti, con riferimento ai servizi rientranti nell'ambito dell'allegato I B della direttiva 92/50, e fatta salva un'ulteriore valutazione alla quale fa riferimento l'art. 43 di tale direttiva, il legislatore comunitario si è basato sul presupposto secondo cui gli appalti relativi a servizi di tal genere non presentano, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga all'esito di una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara

d'appalto. Per tale motivo, la direttiva 92/50 si è limitata ad imporre, per questa categoria di servizi, una pubblicità ex post.

27. A questo proposito, secondo una giurisprudenza costante, il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro i quali intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro [...].

29. Di conseguenza, il regime di pubblicità istituito dal legislatore comunitario per gli appalti relativi ai servizi di cui all'allegato I B non deve essere interpretato nel senso che esso impedisce l'applicazione dei principi sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE, nel caso in cui siffatti appalti presentino comunque un interesse transfrontaliero certo.

30. Così, qualora un appalto relativo a servizi rientranti nell'ambito dell'allegato I B presenti un tale interesse, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto [...].

32. Pertanto, spetta alla Commissione dimostrare che, ancorché l'appalto in esame sia riconducibile ai servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50, detto appalto presentava, per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo e che tale impresa, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, non ha potuto essere in grado di manifestare il suo interesse per quest'ultimo ».

5.3 Nozione di appalto pubblico

21 febbraio 2008, *Commissione c. Italia*, causa C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102

La causa ha ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE proposto il 24 settembre 2004 dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica Italiana venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazioni degli appalti pubblici di servizi, della direttiva del Consiglio 93/36/CEE che coordina le procedure di aggiudicazioni degli appalti pubblici di forniture, della direttiva del Consiglio 93/37/CE che coordina le procedure di aggiudicazioni degli appalti pubblici di lavori, della direttiva del Consiglio 93/38/CEE che coordina le procedure di aggiudicazioni degli 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, nonché in forza degli artt. 43 CE e 49 CE e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento che ne costituiscono il corollario.

« 45. Per quanto riguarda la nozione di «appalti pubblici di lavori», ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, occorre rilevare che questa riguarda i contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lett. b) di tale articolo aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione dei lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II di tale direttiva o di un'opera di cui alla lett. c) di detto art. 1, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

46. Inoltre, dal sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, in combinato disposto con l'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, risulta che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto corrisponde alla definizione data al punto precedente e che i lavori non

possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto.

47. Deriva, inoltre, dalla giurisprudenza della Corte che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata (v. sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a., Racc. pag. I-385, punto 37).

49. Questa determinazione deve avvenire tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto in opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto; il valore rispettivo delle varie prestazioni presenti costituisce, a tal riguardo, solo un criterio tra altri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'oggetto principale del contratto.

51. La regola contenuta nell'art. 2, comma 1, della legge n. 109/1994 ha anche per effetto di violare le disposizioni delle direttive 92/50 e 93/36 in quanto la sua applicazione può condurre a sottrarre alle procedure previste da queste direttive taluni appalti misti, ossia quelli nei quali il valore dei lavori, benché accessori, rappresenti più del 50% del prezzo totale e quest'ultimo rimanga inferiore al limite fissato dalla direttiva 93/37, mentre esso raggiunge le soglie stabilite dalle direttive 92/50 e 93/36.

53. La seconda censura si riferisce all'attribuzione diretta di lavori o di opere al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato se questi lavori o opere hanno un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva 93/37.

65. Occorre in primo luogo rilevare che il legislatore comunitario ha fatto la scelta esplicita e di principio di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi.

66. Inoltre, quando sia accertato che un tale appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE [...].

68. L'astensione a tal riguardo del legislatore italiano, per quanto riguarda gli appalti pubblici che interessano le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva 93/37 eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, nel caso in cui è dimostrata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, non mette tuttavia in discussione l'applicabilità ai detti appalti degli artt. 43 CE e 49 CE.

72. Inoltre, dall'art. 6, n. 3, della direttiva 93/37 risulta che, quando un'opera è ripartita in più lotti ciascuno dei quali forma l'oggetto di un appalto, deve essere preso in considerazione il valore di

ciascun lotto per valutare l'importo di cui al n. 1 dello stesso articolo, che determinerà se tale direttiva si applichi o meno a tutti i lotti. Peraltro, in applicazione dell'art. 6, n. 4, della stessa, nessuna opera e nessun appalto possono essere scissi al fine di sottrarsi all'applicazione della direttiva 93/37.

74. Prevedendo una procedura di attribuzione conforme a quanto disposto dalla direttiva 93/37 unicamente nell'ipotesi in cui l'importo di stima di ciascuno di questi lotti, considerato individualmente, supera la soglia di applicazione della stessa, la normativa italiana è incompatibile con tale direttiva.

94. [...] Per quanto riguarda gli appalti per i quali il valore dei servizi interessati è inferiore alla soglia di applicazione delle direttive 92/50 e 93/38, l'assenza, nelle disposizioni nazionali applicabili, di menzione esplicita relativa all'applicazione degli obblighi derivanti dal Trattato, non può significare [...] che non è imposto il rispetto del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza nell'attribuzione di tali appalti purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla giurisprudenza ricordata al punto 66 della presente sentenza ».

13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*, causa C-437/07 - ECLI:EU:C:2008:624

La Commissione ha proposto ricorso contro la Repubblica italiano poiché il Comune di L'Aquila ha attribuito un appalto pubblico di lavoro avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa attraverso una proceduta finalizzata ad attribuire una concessione di lavori. Avendo proceduto ad una modifica del progetto preliminare posto alla base della gara successivamente alla pubblicazione del bando, la Repubblica italiana è risultata inadempiente agli obblighi ad essa importi in forza della direttiva del Consiglio 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e, in particolare, dei suoi artt. 7 e 11, nonché 43 CE e 49 CE e dei principi trasparenza e di non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

« 27. Dall'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37, applicabile al momento dei fatti, risulta che la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

30. Dalla giurisprudenza risulta altresì che il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici.

31. Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori.

Nel caso di specie, se è vero che l'art. 5 della convenzione conclusa il 2 dicembre 2002 tra il Comune e il CGRT prevede che a quest'ultimo venga riconosciuto quale corrispettivo, oltre al contributo pubblico, il diritto di gestire funzionalmente la tramvia in questione, risulta però dallo stesso art. 5, dal punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione nonché da altri elementi del fascicolo che la gestione della tramvia deve essere garantita da un gestore che è tenuto a concludere un contratto di servizi, non con il concessionario, ma con il concedente che determinerà l'importo da pagare al concessionario.

33. L'importo del canone che dovrebbe essere pagato al CGRT dal futuro gestore del servizio di tramvia ammonta a EUR 1 446 079,32 annui per trent'anni. Risulta dagli elementi contenuti nel fascicolo che tale importo fisso è stato calcolato per garantire il pagamento al CGRT della quota del costo dell'opera, pari al 40% di quest'ultimo, di cui le autorità pubbliche italiane non assicurano direttamente il versamento.

34. In una situazione di questo genere il CGRT non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione.

35. Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici.

36. Nel caso di specie è pacifico che l'importo stimato dei lavori considerati supera la soglia di applicazione della direttiva 93/37.

37. Di conseguenza detti lavori avrebbero dovuto essere attribuiti conformemente alle procedure previste dalla direttiva 93/37 per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori ».

10 marzo 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contro Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, causa C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130

La domanda di pronuncia pregiudiziale ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 1, nn. 2, lett. a) e d), e 4, della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi. La domanda è stata presentata nell'ambito di una

controversia concernente l'aggiudicazione di contratti di prestazione di servizi in cui le parti controvertono, nello specifico, sulla qualificazione di tali contratti come «appalti di servizi» o come «concessioni di servizi». A questo proposito, la Corte di giustizia ha osservato:

« 24. Dal raffronto tra le definizioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, fornite, rispettivamente, dal n. 2, lett. a) e d), e dal n. 4 dell'art. 1 della direttiva 2004/18, risulta che la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi [...] mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo [...].

25. Nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente a soddisfare il requisito di un corrispettivo, previsto dall'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 [...].

26. Se è vero che la modalità di remunerazione è, quindi, uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, dalla giurisprudenza risulta inoltre che la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione e che il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi [...].

33. A tal proposito va ricordato che, quando la remunerazione del prestatore proviene esclusivamente da terzi, il trasferimento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un rischio di gestione «molto ridotto» è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi [...].

36. Si deve altresì precisare che non spetta alla Corte qualificare concretamente l'operazione oggetto della causa principale. Il ruolo della Corte è quello di limitarsi a fornire al giudice nazionale un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta [...]. La qualificazione concreta del contratto rientra nella competenza del giudice nazionale che deve verificare se le circostanze accertate corrispondano ai criteri generali stabiliti dalla Corte.

37. [...] Il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio [...].

48. [...]Quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di

servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 ».

19 dicembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento contro Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, causa C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817

La domanda di pronuncia pregiudiziale, avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 1, par. 2, lett. a) e d) e 28 della direttiva 2004/18/CE, è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce e l'Università del Salento e, dall'altro, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri, vertente su un contratto di consulenza stipulato tra l'ASL e l'Università, avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce. Il giudice del rinvio chiede se la direttiva 2004/18 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale due amministrazioni pubbliche istituiscono tra loro una cooperazione come quella di cui al procedimento principale.

« 25. [...] in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico.

29. [...] un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

40. [...] il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti ».

13 giugno 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG contro Kreis Düren*, causa C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, par. 2, lett. a), della direttiva 2004/18/CE. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG e il Kreis Düren riguardo a una bozza di contratto con cui quest'ultimo trasferirebbe alla Stadt Düren l'onere della pulizia di edifici ubicati sul territorio della stessa, ma appartenenti al Kreis Düren e da esso utilizzati, dietro pagamento di un corrispettivo. Il giudice del rinvio domanda se costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. d), della direttiva 2004/18, e sia a tal titolo soggetto alle disposizioni di detta direttiva, un contratto con il quale un ente pubblico conferisce ad un altro ente pubblico il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, con la possibilità, per tale secondo ente, di ricorrere a terzi per l'esecuzione di detto compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, ferma restando la sua facoltà di controllare l'esecuzione dello stesso.

« 28. [...] in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di detta direttiva, costituisce un appalto pubblico.

29. [...] è ininfluente, per un verso, la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice e, per altro verso, che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale o che non assicuri una presenza continua sul mercato.

31. [...] un contratto deve essere considerato concluso «a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, anche se il corrispettivo previsto è limitato al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

41. [...] un contratto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, con il quale, senza instaurare una cooperazione tra gli enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune, un ente pubblico conferisce ad un altro il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, riservandosi al contempo la facoltà di controllare l'esecuzione di tale compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, con la possibilità, peraltro, per il

secondo ente di ricorrere a terzi che siano eventualmente in grado di operare sul mercato per l'esecuzione dello stesso, costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18 ».

12 dicembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contro SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, causa C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Ministero dello Sviluppo economico e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, da un lato, e la SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA dall'altro, in merito alla dichiarazione, ad opera del Ministero e dell'Autorità, dell'inapplicabilità ai servizi offerti dalle società che hanno la qualità di organismi di attestazione (Società Organismi di Attestazione) dell'abrogazione legislativa delle tariffe minime obbligatorie nell'esercizio di attività professionali. In particolare, è stato domandato alla Corte di Giustizia se i principi dell'Unione in materia di concorrenza e gli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE ostino all'applicazione delle tariffe previste dai decreti presidenziali n. 34, del 25 gennaio 2000, e n. 207/2010 per l'attività di attestazione delle SOA.

« 25. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni del Trattato FUE in materia di concorrenza e di libertà di stabilimento debbano essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone alle SOA un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

28. Nel caso di specie, in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, il legislatore italiano ha istituito un regime di certificazione espletato da organismi privati, vale a dire le SOA. Queste ultime sono imprese a scopo di lucro alle quali è stato demandato il compito di fornire servizi di certificazione, nell'ambito di un sistema in cui il conseguimento di un certificato idoneo è requisito necessario per la partecipazione, per i soggetti interessati, agli appalti pubblici di lavori alle condizioni poste dalla normativa nazionale.

35. In tali circostanze si deve rilevare che, come la Corte ha riconosciuto la qualità di impresa ad un costruttore di automobili che operava nel mercato della certificazione delle automobili rilasciando certificati di conformità necessari alla loro immatricolazione (sentenza dell'11 novembre 1986, British

Leyland/Commissione, 226/84, Racc. pag. 3263), le SOA devono essere considerate, nell'ambito della loro attività di certificazione, «imprese» ai sensi degli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE.

44. [...] si deve dichiarare che gli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone alle SOA un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

62. Nel caso specifico, da una parte, alle SOA è demandato il compito della certificazione delle imprese, essendo il conseguimento del certificato idoneo condizione necessaria per la partecipazione delle imprese interessate agli appalti pubblici di lavori. In tale contesto, la normativa italiana mira a garantire l'assenza di interessi commerciali o finanziari che possano determinare comportamenti non imparziali o discriminatori da parte delle SOA nei confronti di dette imprese.

69. [...] si deve dichiarare che una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone alle SOA tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, configura una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE, ma che una siffatta normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela dei destinatari di detti servizi. Spetta al giudice del rinvio valutare se, tenuto conto in particolare delle modalità di calcolo delle tariffe minime, segnatamente in funzione del numero delle categorie di lavori per le quali il certificato è redatto, la citata normativa nazionale vada oltre quanto necessario per conseguire tale obiettivo».

5.4 Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza

10 ottobre 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contro Manova A/S*, causa C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del principio della parità di trattamento. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (Ministero della Ricerca, dell'Innovazione e dell'Insegnamento superiore) e la Manova A/S (in prosieguo: la «Manova») in merito alla regolarità di una procedura d'appalto pubblico organizzata dall'Undervisningsministeriet (Ministero dell'Istruzione; in prosieguo: il «Ministero»). Il giudice del rinvio chiede se il principio della parità di trattamento debba essere interpretato nel senso che osta a che un'amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, comunicazione richiesta dal bando di gara, ma che non erano inseriti all'interno del fascicolo di candidatura depositato da tale candidato.

« 28. Tra gli obiettivi principali delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici figura quello di garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Per perseguire tale duplice obiettivo il diritto dell'Unione applica in particolare il principio della parità di trattamento degli offerenti o dei candidati e l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

31. Il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non possa essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri.

34. [...] la richiesta di chiarimento di un'offerta, che può intervenire soltanto dopo che l'amministrazione aggiudicatrice ha preso atto di tutte le offerte, in linea di principio, deve essere indirizzata in maniera equivalente a tutti gli offerenti che si trovino nella stessa situazione.

36. [...] tale richiesta non può condurre, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta.

39. [...] l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere che i dati contenuti in tale fascicolo siano corretti o completati in maniera puntuale, purché tale richiesta riguardi elementi o dati, come il bilancio pubblicato, la cui anteriorità rispetto alla scadenza del termine fissato per presentare candidatura sia oggettivamente verificabile.

42. [...] il principio della parità di trattamento dev'essere interpretato nel senso che non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, la cui esistenza prima della scadenza del termine fissato per presentare la candidatura sia oggettivamente verificabile, sempreché i documenti di detto appalto non ne abbiano esplicitamente imposto la comunicazione sotto pena di esclusione della candidatura. Tale richiesta non deve indebitamente favorire o sfavorire il candidato o i candidati cui detta richiesta è stata rivolta ».

11 settembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl contro Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU),* causa C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 41, par. 1, 43 e 45 della direttiva 2004/18/CE. La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che vede contrapposte la Croce Amica One Italia Srl e l'Azienda Regionale Emergenza

Urgenza (AREU), in merito alla legittimità della decisione di quest'ultimo ente, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, di non procedere all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in oggetto alla Croce Amica One, che era stata dichiarata aggiudicataria in via provvisoria, e di revocare la procedura di gara. Il giudice a quo chiede se l'art. 45 della direttiva 2004/18 osti – qualora i presupposti per l'applicazione delle cause di esclusione dal medesimo previste non siano soddisfatti – a che l'amministrazione aggiudicatrice decida di rinunciare ad aggiudicare un appalto pubblico per il quale si sia tenuta una gara e di non procedere all'aggiudicazione definitiva di tale appalto al solo concorrente che sia rimasto in gara e sia stato dichiarato aggiudicatario in via provvisoria.

« 27. [...] benché la domanda di pronuncia pregiudiziale si riferisca all'articolo 45 della direttiva 2004/18, dal fascicolo agli atti della Corte risulta che il provvedimento impugnato nel procedimento principale consiste in una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara e di annullare la procedura di aggiudicazione. Siffatta decisione è diversa da quella riguardante l'esclusione di un offerente ai sensi dell'articolo 45 di tale direttiva.

30. L'articolo 41, paragrafo 1, della direttiva 2004/18 prevede l'obbligo di informare di una siffatta decisione, quanto prima possibile, i candidati e gli offerenti nonché di indicarne i motivi, e l'articolo 43 di tale direttiva impone l'obbligo di menzionare tali motivi nel verbale che deve essere redatto per ogni appalto pubblico. Orbene, la direttiva 2004/18 non contiene alcuna disposizione relativa alle condizioni di sostanza o di forma di una simile decisione.

33. [...] l'obbligo di comunicazione dei motivi su cui si basa la decisione di revoca di un bando di gara è dettato precisamente dalla volontà di garantire un livello minimo di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ai quali si applicano le norme del diritto dell'Unione e, di conseguenza, il rispetto del principio della parità di trattamento, che costituisce la base di tali norme.

35. [...] il diritto dell'Unione non osta a che gli Stati membri prevedano, nella loro legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara. I motivi di una siffatta decisione di revoca possono dunque essere fondati su ragioni correlate in particolare alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata. Una simile decisione può altresì essere motivata dal livello insufficiente di concorrenza, a motivo del fatto che, all'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, un solo offerente resta idoneo a dare esecuzione a tale appalto.

37. [...] gli articoli 41, paragrafo 1, 43 e 45 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che, qualora i presupposti per l'applicazione delle cause di esclusione previste dal medesimo articolo 45 non siano soddisfatti, detto articolo non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice decida di rinunciare ad aggiudicare un appalto pubblico per il quale si sia tenuta una gara e di non procedere all'aggiudicazione definitiva di tale appalto al solo concorrente che sia rimasto in gara e sia stato dichiarato aggiudicatario in via provvisoria ».

22 ottobre 2015, *Impresa Edilux srl e Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) contro Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e a*, causa C-425/14 - ECLI:EU:C:2015:721

La domanda pregiudiziale concerne l'interpretazione dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Impresa Edilux Srl, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita tra la stessa e la Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), e quest'ultima e, dall'altro, l'Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, l'Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, l'UREGA – Sezione provinciale di Trapani e l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (in prosieguo, congiuntamente: l'«amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale») in merito all'esclusione, da parte di quest'ultima, della Edilux e della SICEF dalla partecipazione a una procedura di affidamento di appalti pubblici per non aver depositato, unitamente alla loro offerta, una dichiarazione di accettazione delle clausole contenute in un protocollo di legalità. Il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione europea e, in particolare, l'art. 45 osti a una disposizione, come l'art. 1, co. 17, della l. n. 190/2012, che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere come legittima causa di esclusione delle imprese partecipanti a una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, la mancata accettazione, o la mancata prova documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle suddette imprese, degli impegni contenuti nei c.d. "protocolli di legalità" e, più in generale, in accordi, tra le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese partecipanti, volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli affidamenti di contratti pubblici; e, inoltre, se, ai sensi dell'art. 45, l'eventuale previsione da parte dell'ordinamento di uno Stato membro della potestà di esclusione, descritta nel precedente quesito, possa essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione giustificata dall'esigenza imperativa di contrastare il fenomeno dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.

« 26. [...] Va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati.

28. [...] una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione.

29. Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

37. [...] Una siffatta dichiarazione, escludendo qualsiasi accordo tra i partecipanti, compresi gli accordi non idonei a restringere il gioco della concorrenza, eccede quanto necessario al fine di salvaguardare il principio di concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici. Per tale circostanza, una siffatta dichiarazione si distingue da quella di cui al punto g) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale.

38. Ne deriva che un obbligo per un partecipante a un appalto pubblico di dichiarare, da un lato, l'assenza di situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti e, dall'altro, l'assenza di accordi con altri partecipanti alla gara d'appalto, con la conseguenza che, senza una siffatta dichiarazione, esso è automaticamente escluso da tale procedura, è contrario al principio di proporzionalità.

41. [...] le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l'offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato né si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l'assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente da detta procedura ».

2 giugno 2016, *Pippo Pizzo contro CRGT Srl*, causa C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Pippo Pizzo, in proprio e in qualità di mandatario dell'associazione temporanea di imprese costituita con la ditta Onofaro Antonino (in prosieguo: la «Pizzo»), e la CRGT Srl per quanto riguarda l'esclusione di un candidato da una procedura di aggiudicazione del servizio di gestione dei rifiuti e residui del carico a bordo di navi. Il giudice del rinvio ha chiesto se il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza debbano essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presentate dai suddetti documenti.

« 36. [...] il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.

43. [...] sebbene l'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/18 non richieda che il capitolato d'oneri specifichi dettagliatamente tutti gli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro, tali obblighi, contrariamente al contributo di cui trattasi nel procedimento principale, non comporterebbero automaticamente l'esclusione dalla procedura nella fase di esame della ricevibilità dell'offerta.

50. [...] una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione.

51. [...] il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere

interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice ».

6. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV e Stato dei Paesi Bassi*, causa C-31/87, *ECLI:EU:C:1988:422*

La controversia è sorta a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dall'Arrondissementsrechtbank dell'Aia nell'ambito della causa pendente tra Gebroeders Beentjes BV e lo Stato dei Paesi Bassi. In particolare, l'Arrondissementsrechtbank ha sollevato tre questioni pregiudiziale di cui la seconda verteva sullo stabilire se la direttiva 71/305 vieta di escludere un offerente dalla gara nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice non consideri più l'offerta formulata accettabile. Nel caso di specie la Corte si sofferma ad analizzare quali criteri di aggiudicazione può utilizzare l'amministrazione aggiudicatrice: se esclusivamente quelli previsti dall'art. 29, n. 1, direttiva 71/305/CEE, ovvero anche diversi criteri variabili a seconda dell'oggetto dell'appalto.

«18. Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione dell'appalto, l'art. 29, n. 1, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici si fondano o unicamente sul prezzo più basso o, quando l'aggiudicazione si fa in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, su diversi criteri variabili secondo l'appalto, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico.

19. Questa seconda alternativa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, ma tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Soltanto in via eccezionale, infatti, il n. 4 dello stesso articolo ammette che l'aggiudicazione possa essere fondata su criteri di diversa natura «in base ad una regolamentazione intesa a far beneficiare taluni offerenti di una preferenza a titolo di aiuto [...] a condizione che la regolamentazione in parola sia compatibile con il trattato ed in particolare con l'art. 29 e seguenti».

20. Si deve poi ricordare che la direttiva non stabilisce una normativa comunitaria uniforme e tassativa, e che invece, nell'ambito delle norme comuni in essa contenute, gli Stati membri restano liberi di mantenere in vigore o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti di lavori pubblici, a condizione di rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario ed in particolare i divieti connessi ai principi sanciti dal trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (sentenza 9 luglio 1987, soprammenzionata).

21. Infine, per realizzare la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, i criteri e le condizioni che si

applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

22. A tale scopo, il titolo III della direttiva organizza un sistema di pubblicità comunitaria dei bandi di gara stabiliti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, in modo da dare agli imprenditori della Comunità una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni, onde permettere loro di valutare se gli appalti proposti li interessino. Contemporaneamente, le informazioni supplementari relative agli appalti devono essere indicate, com'è consuetudine negli Stati membri, nel capitolato d'oneri relativo a ciascun appalto o in ogni documento equivalente (cfr. 9 e 10 punto del preambolo della direttiva).»

[...]

25. Quanto all'esclusione di un offerente dalla gara perché la sua offerta sembrava meno accettabile alle amministrazioni aggiudicatrici, dal fascicolo risulta che questo criterio era previsto dall'art. 21 del suddetto regolamento uniforme olandese 21 dicembre 1971 sulle gare d'appalto (UAR). Secondo il n. 3 di questo articolo, infatti, «i lavori sono aggiudicati all'offerente la cui offerta sembri la più accettabile al committente».

26. La compatibilità di una siffatta disposizione con la direttiva dipende dalla sua interpretazione nell'ambito del diritto interno. La disposizione sarebbe infatti incompatibile con l'art. 29 della direttiva qualora avesse l'effetto di attribuire alle amministrazioni aggiudicatrici una incondizionata libertà di scelta per l'aggiudicazione dell'appalto considerato ad un offerente.

27. Per contro, una disposizione del genere non sarebbe incompatibile con la direttiva se fosse da interpretare nel senso ch'essa attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici un potere discrezionale quanto alla comparazione delle offerte ed alla scelta della più vantaggiosa, in base a criteri obiettivi come quelli elencati, a titolo esemplificativo, nell'art. 29, n. 2, della direttiva.»

«32. Dal fascicolo si desume che il criterio dell'esperienza specifica per il lavoro da eseguire e quello dell'offerta più accettabile non erano menzionati, nella fattispecie, né nel bando di gara, né nel capitolato d'oneri, ma che questi criteri erano previsti dal suddetto art. 21 del regolamento uniforme olandese sulle gare d'appalto (UAR), al quale il bando di gara faceva genericamente rinvio. Per contro, la condizione dell'impiego di disoccupati stabili costituiva oggetto di specifiche clausole del capitolato d'oneri ed era espressamente menzionata nel bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.»

«35. Quanto al criterio della «offerta più accettabile», si deve constatare che, anche qualora un siffatto criterio dovesse essere compatibile con la direttiva, alle condizioni sopra precisate, dallo stesso tenore letterale dell'art. 29, nn. 1 e 2, della direttiva risulta che le amministrazioni aggiudicatrici, quando non adottano come unico criterio di aggiudicazione dell'appalto quello del prezzo più basso, ma si fondano su vari criteri per procedere all'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Di conseguenza, un generico rinvio ad una disposizione della normativa nazionale non può soddisfare questa esigenza di pubblicità.»

«37. La seconda questione formulata dal giudice nazionale deve quindi essere risolta dichiarando che:

– Il criterio dell'esperienza specifica per il lavoro da eseguire è un legittimo criterio di capacità tecnica per l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori. Qualora un siffatto criterio risulti da una disposizione della normativa nazionale cui il bando di gara fa rinvio, detto criterio non è sottoposto in forza della direttiva a particolari esigenze di pubblicità nel bando o nel capitolato d'oneri.

– Il criterio della «offerta più accettabile», risultante da una disposizione della normativa nazionale, può essere compatibile con la direttiva se in esso trova espressione il potere discrezionale attribuito alle amministrazioni aggiudicatoci al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa in base a criteri obiettivi e se, quindi, esso non implica alcun elemento di arbitrarietà. Dall'art. 29, nn. 1 e 2, della direttiva risulta che le amministrazioni aggiudicatrici, quando non adottano come unico criterio di aggiudicazione dell'appalto quello del prezzo più basso, ma si fondano su vari criteri al fine di procedere all'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

– La condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili è compatibile con la direttiva se non produce effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità. Un a siffatta condizione specifica supplementare deve necessariamente essere menzionata nel bando di gara.»

26 settembre 2000, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, causa C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494

La controversia è sorta a seguito di un ricorso diretto promosso dalla Commissione al fine di far accertare una violazione degli art. 12, 26 e 29, direttiva 71/305/CEE e degli art. 8, 11, 22 e 30, direttiva 93/37/CEE. In particolare, la Commissione in merito agli artt. 29, n. 2, direttiva 71/305/CEE e 30, n. 2, direttiva 93/37/CEE, relativi ai criteri di aggiudicazione, ha sostenuto che le amministrazioni aggiudicatoci hanno fatto ricorso, nell'indicazione dei criteri di aggiudicazione, al metodo detto di «aggiudicazione con riferimento al Code des marchés publics», rinviando così in modo astratto a diverse disposizioni del Code, non rispettando il requisito di pubblicità.

«73. Nel merito, si deve ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici, quando non adottano come unico criterio di aggiudicazione dell'appalto quello del prezzo più basso, ma si fondano su vari criteri per procedere all'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Di conseguenza, un generico rinvio ad una disposizione della normativa nazionale non può soddisfare questa esigenza di pubblicità (sentenza Beentjes, citata, punto 35).

74. Certo, il governo francese sostiene che, nel caso di specie, i criteri di aggiudicazione figuravano espressamente nei documenti dell'appalto. Tuttavia, esso non ha fornito alla Corte alcun atto idoneo a provare tale asserzione.

75. Quindi, si deve concludere che la censura della Commissione relativa al metodo detto di «aggiudicazione con riferimento al code des marchés publics» è fondata e che la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti ai sensi degli artt. 29, n. 2, della direttiva 71/305 e 30, n. 2, della direttiva 93/37.»

18 ottobre 2001, *SIAC Construction Ltd e County Council of the County of Mayo*, causa C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553

La questione è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale della Supreme Court dell'Irlanda relativa all'art. 29, direttiva 71/305/CEE, sorta nell'ambito della controversia tra la SIAC Construction Ltd e County Council of the County of Mayo. In particolare, la Supreme Court ha chiesto alla Corte se nel caso in un'amministrazione procede all'aggiudicazione di un appalto ai sensi dell'art. 29, n. 1, secondo trattino, direttiva 71/305/CEE debba interpretarsi nel senso che un'amministrazione che ha scelto di aggiudicare un appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa può aggiudicarlo all'offerente che ha presentato l'offerta il cui costo finale può essere il meno elevato secondo la relazione professionale di un esperto.

«35. Per quanto riguarda i criteri che possono essere adottati come criteri di aggiudicazione di un appalto pubblico all'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre constatare che l'art. 29, n. 1, secondo trattino, della direttiva 71/305 modificata non li elenca in maniera esaustiva.

36. Se tale disposizione lascia quindi alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri di attribuzione che esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, tale scelta può tuttavia riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punto 19).

37. Sarebbe, inoltre, incompatibile con l'art. 29 della direttiva 71/305 modificata un criterio di aggiudicazione che avesse l'effetto di attribuire all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta per l'aggiudicazione dell'appalto ad un offerente (citata sentenza Beentjes, punto 26).

38. Il semplice fatto che un criterio di aggiudicazione verta su un dato che sarà conosciuto con precisione solo in un momento successivo all'aggiudicazione dell'appalto non può ritenersi conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di tal genere.»

«40. Tuttavia, perché l'utilizzo di un tale criterio sia compatibile con l'esigenza di parità di trattamento degli offerenti, bisogna, innanzi tutto, che esso venga menzionato nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, come del resto previsto all'art. 29, n. 2, della direttiva 71/305 modificata.»

«42. Questo significa, più specificamente, che i criteri di aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo.

43. Tale obbligo di trasparenza implica anche che l'amministrazione aggiudicatrice debba attenersi alla stessa interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura (v., in tal senso, la citata sentenza Commissione/Belgio, punti 88 e 89).

44. Infine, al momento della valutazione delle offerte, i criteri di aggiudicazione devono essere applicati in maniera obiettiva ed uniforme a tutti gli offerenti. Il fatto, per un'amministrazione aggiudicatrice, di ricorrere al parere di un esperto per valutare un dato che sarà conosciuto con precisione solo in futuro è in via di principio idoneo a garantire il rispetto di tale condizione.

45. Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, la questione pregiudiziale va così risolta: l'art. 29, nn. 1 e 2, della direttiva 71/305 modificata deve interpretarsi nel senso che esso consente ad un'amministrazione aggiudicatrice che ha scelto di aggiudicare un appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa di aggiudicarlo all'offerente che ha presentato l'offerta il cui costo finale potrebbe essere il meno elevato secondo la relazione di un esperto, a patto che la parità di trattamento degli offerenti sia stata rispettata, il che presuppone che la trasparenza e l'obiettività della procedura siano state assicurate e in particolare:

– che il suddetto criterio di aggiudicazione sia stato chiaramente menzionato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, e

– che la relazione si fondi, per quanto concerne tutti i punti essenziali, su fattori obiettivi presi in considerazione, secondo i principi di una corretta pratica professionale, come rilevanti e appropriati per la valutazione attuata.»

19 giugno 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) e Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, causa C-315/01, *ECLI:EU:C:2003:360*

La questione è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Bundesvergabeamt nel giudizio pendente tra Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) e Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), con il quale è stato chiesto alla Corte di se sia compatibile con il diritto comunitario, in particolare con il divieto di discriminazione, un criterio di aggiudicazione in base al quale la possibilità di collaudare il prodotto offerto può essere valutata positivamente solo se il collaudo è effettuabile in un raggio di 300 km dalla sede dell'appaltante.

«70. Per rispondere a tale questione, occorre constatare che un simile criterio non può costituire un criterio di aggiudicazione degli appalti.»

«72. D'altro lato, un criterio quale quello su cui verte la quarta questione non è tale da consentire di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 26, n. 1, lett. b), della direttiva 93/36, e non può quindi in alcun modo costituire un criterio di aggiudicazione ai sensi di tale disposizione.»

4 dicembre 2003, *EVN AG, Wienstrom GmbH, e Republik Österreich, con l'intervento di Stadtwerke Klagenfurt AG e Kärntner Elektrizitäts-AG*, causa C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651

La questione è sorta a seguito di un ricorso pregiudiziale promosso da Bundesvergabeamt nel corso di un procedimento tra EVN AG, Wienstrom GmbH, Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG e Kärntner Elektrizitäts-AG. Il Bundesvergabeamt ha sollevato quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 26, direttiva 93/36/CEE e in particolare le questioni inerenti all'art. 26 sono due: 1) se le disposizioni dell'articolo 26, direttiva 93/39/CEE vietino all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire un criterio d'aggiudicazione che imponga all'offerente di precisare il quantitativo di elettricità proveniente da fonti rinnovabili e che attribuisca il massimo punteggio all'offerente che indichi il quantitativo più elevato, precisando che sarà preso in considerazione solo il quantitativo eccedente il consumo prevedibile nell'ambito dell'appalto bandito; 2) se l'art. 26 della direttiva 93/36/CEE, obblighi l'amministrazione a revocare il bando di gara d'appalto qualora uno dei criteri d'aggiudicazione risulti illegittimo.

«34. Ne consegue che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per aggiudicare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili purché tale criterio sia collegato all'oggetto dell'appalto, non conferisca alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, sia espressamente menzionato nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione.»

«37. Si deve ricordare che, secondo giurisprudenza costante, la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la selezione dei criteri di attribuzione dell'appalto che esse intendono adottare, purché tali criteri siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta per l'aggiudicazione dell'appalto ad un offerente (v., in questo senso, sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, punti 19 e 26; 18 ottobre

2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punti 36 e 37, nonché Concordia Bus Finland, cit., punti 59 e 61).»

«39. Ne consegue che, nell'osservanza delle previsioni del diritto comunitario, le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.»

«51. Risulta quindi che, allorché un'amministrazione aggiudicatrice stabilisce un criterio d'aggiudicazione indicando di non essere né disposta a verificare l'esattezza delle informazioni fornite dagli offerenti né in grado di farlo, viola il principio della parità di trattamento, poiché siffatto criterio non garantisce la trasparenza e l'obiettività della procedura d'aggiudicazione.

52. Si deve pertanto constatare che un criterio d'aggiudicazione non collegato a requisiti che consentano un effettivo controllo dell'esattezza delle informazioni fornite dagli offerenti è contrario ai principi del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

53. Per quanto riguarda la domanda del giudice del rinvio se il criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale violi la normativa comunitaria in quanto esso non è necessariamente adeguato a contribuire all'aumento dei quantitativi di elettricità ottenuti da fonti di energia rinnovabili, è sufficiente rilevare che, anche ammesso che ciò sia vero, un criterio del genere non può essere considerato incompatibile con le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici per il solo fatto che non consente necessariamente di raggiungere l'obiettivo che si prefigge.»

«56. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che il procedimento d'aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento dei potenziali offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (v., in questo senso, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 93).

57. Più specificamente, questo significa che i criteri d'aggiudicazione devono essere formulati, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di interpretarli nello stesso modo (sentenza SIAC Construction, cit., punto 41).»

[...]

«91. Orbene, risulta dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio che la quarta questione riguarda l'ipotesi in cui l'accertamento dell'illegittimità di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione abbia come conseguenza l'annullamento di quest'ultima. Essa va dunque intesa nel senso che con la stessa si chiede se la normativa comunitaria in materia di pubblici appalti imponga all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto allorché, nell'ambito di un procedimento di ricorso ai sensi dell'art. 1 della direttiva

89/665, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si riveli illegittima e sia per questo motivo annullata dall'organo competente per i ricorsi.

92. Al fine di risolvere la questione così riformulata si deve rilevare che, come la Corte ha già statuito, i principi di parità di trattamento e di trasparenza dei procedimenti d'aggiudicazione implicano che l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di attenersi alla stessa interpretazione dei criteri d'aggiudicazione durante tutta la procedura (v., in tal senso, sentenza SIAC Construction, cit., punto 43).

93. Per quanto riguarda i criteri d'aggiudicazione stessi, si deve ammettere, a maggior ragione, che questi ultimi non devono subire alcuna modifica nel corso del procedimento d'aggiudicazione.

94. Ne consegue che, in caso di annullamento da parte dell'organo competente per i ricorsi di una decisione riguardante un criterio d'aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice non può validamente continuare il procedimento d'aggiudicazione senza tener conto del detto criterio, in quanto ciò equivarrebbe a modificare i criteri applicabili al procedimento di cui trattasi.

95. Pertanto, la quarta questione va risolta dichiarando che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici impone all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la gara d'appalto qualora, nell'ambito del procedimento di ricorso di cui all'art. 1, della direttiva 89/665, una decisione riguardante uno dei criteri d'aggiudicazione da essa fissati si riveli illegittima e sia per questo motivo annullata dall'organo competente per i ricorsi.»

7 ottobre 2004, *Sintesi SpA contro Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e Ingg. Provera e Carassi SpA*, causa C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593

La questione è sorta a seguito di una domanda pregiudiziale sollevata dal Tribunale amministrativo Regionale per la Lombardia durante la controversia tra Sintesi SpA, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e Ingg. Provera e Carassi SpA. In particolare, il TAR ha chiesto alla Corte se l'art. 30, n. 1, direttiva 93/37/CEE, dove conferisce alle amministrazioni la possibilità di scelta del criterio d'aggiudicazione -alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta più vantaggiosa – è conseguente applicazione del principio di libera concorrenza, il quale esige che ogni offerta sia valutata in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le [offerte] stesse. In secondo luogo, viene chiesto se, in via strettamente conseguente, l'art. 30, n. 1, direttiva 93/37/CEE, osti ad una normativa nazionale che preclude per l'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatici del criterio dell'offerta più vantaggiosa, prescrivendo in via generale solo quello del prezzo più basso.

«35. Si deve rilevare che la direttiva, come emerge dal suo secondo 'considerando', mira a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici (v. sentenze 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. pag. I-5697, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 89).»

«37. Nel perseguire l'obiettivo di sviluppo di una concorrenza effettiva, la direttiva mira ad organizzare l'attribuzione degli appalti in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosain base a criteri obiettivi (v. la sentenza Fracasso e Leitschutz, cit., punto 31).

38. Per tale motivo l'art. 30 della direttiva detta al n. 1, i criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si deve basare nell'aggiudicazione dell'appalto, vale a dire o unicamente il prezzo più basso o, quando l'aggiudicazione venga fatta a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili a seconda dell'appalto, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

39. Una disposizione nazionale, come quella oggetto della causa principale, che restringe la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito delle procedure di gara aperte o ristrette, imponendo il ricorso al prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, non impedisce alle amministrazioni aggiudicatici di procedere al raffronto tra le singole offerte e di individuare la migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato, ricompreso appunto tra quelli indicati all'art. 30, n. 1, della direttiva."

40. Tuttavia, la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta.»

[...]

«42. Dalle su esposte considerazioni emerge che le questioni pregiudiziali devono essere risolte affermando che l'art. 30, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.»

10 maggio 2012, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, causa C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284

La questione è sorta durante un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea contro il Regno dei Paesi Bassi in quanto quest'ultimo sarebbe venuto meno agli obblighi incombenti in forza dell'art. 23, paragrafi 6 e 8, dell'art. 2, 44, paragrafo 2, art. 48, paragrafi 1 e 2, e articolo 53, paragrafo 1, direttiva 2004/18/CE. In particolare, la Commissione ha ritenuto che il capitolato avesse previsto dei criteri di aggiudicazioni e valutato le capacità tecniche e professionali sulla base di criteri non rientranti nel sistema chiuso previsto dalla direttiva 2004/18/CE.

«55. Infatti, anche se, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 71 delle sue conclusioni, le informazioni complementari sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari, previsti da tale disposizione, possono chiarire taluni punti o fornire talune informazioni, essi non possono tuttavia modificare, anche solo apportando correzioni, la portata delle condizioni essenziali dell'appalto, tra le quali figurano le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione, così come tali requisiti sono stati formulati nel capitolato d'oneri, sui quali gli operatori economici interessati si sono legittimamente basati per prendere la decisione di preparare la presentazione di un'offerta o, al contrario, di rinunciare a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto interessato. Ciò emerge sia dall'utilizzo stesso, nel citato articolo 39, paragrafo 2, della menzione «informazioni complementari» sia dal breve termine, vale a dire sei giorni, tra la comunicazione di siffatte informazioni e la data limite di ricezione delle offerte, conformemente a tale disposizione.

56. A tale proposito, sia il principio della parità di trattamento sia l'obbligo di trasparenza che ne deriva richiedono che l'oggetto e i criteri di attribuzione degli appalti pubblici siano chiaramente definiti fin dalla fase dell'avvio della procedura di aggiudicazione di questi ultimi (v., in tal senso, sentenza del 10 dicembre 2009, Commissione/Francia, C-299/08, Racc. pag. I-11587, punti 41 e 43).»

[...]

«84. Occorre rilevare, in primo luogo, che, conformemente all'articolo 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18, qualora, come nel caso di specie, un'amministrazione aggiudicatrice decida di aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista di tale amministrazione, quest'ultima deve basarsi su diversi criteri che ha la facoltà di determinare nel rispetto dei requisiti di tale direttiva, dal momento che la citata disposizione, come emerge dall'utilizzo del termine «ad esempio», contiene un elenco non tassativo di possibili criteri.

85. L'articolo 53 della direttiva 2004/18 è illustrato dal 46o considerando di quest'ultima, il cui terzo e quarto comma precisano che i criteri di aggiudicazione possono essere, in linea di principio, non solo economici ma anche qualitativi. Infatti, tra gli esempi menzionati nel paragrafo 1, lettera a), di tale articolo compaiono, in particolare, le caratteristiche ambientali. Come rilevato dall'avvocato generale nell'ambito del paragrafo 103 delle sue conclusioni, il quarto comma del citato considerando sancisce inoltre che «un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni – definiti nelle specifiche dell'appalto – propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture [o] servizi oggetto dell'appalto». Occorre pertanto ammettere che le amministrazioni aggiudicatrici hanno parimenti la facoltà di scegliere criteri di aggiudicazione fondati su considerazioni di natura sociale, che possono riguardare gli utilizzatori o i beneficiari dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'appalto, ma anche altri soggetti.

86. In secondo luogo, l'articolo 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18 impone che i criteri di aggiudicazione siano collegati all'oggetto dell'appalto. A tale proposito il 46o considerando di questa precisa, al suo terzo comma, che «[l]a determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta

presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta», atteso che «l'offerta economicamente più vantaggiosa» è «quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo».

87. In terzo luogo, come emerge dal primo e dal quarto comma di tale considerando, il rispetto dei principi di parità, di non discriminazione e di trasparenza impone che i criteri di aggiudicazione siano oggettivi, il che garantisce che il confronto e la valutazione delle offerte siano condotti in modo oggettivo, e dunque in condizioni di effettiva concorrenza. Ciò non si verificherebbe in caso di criteri che attribuissero all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta (v., per quanto riguarda alcune disposizioni analoghe delle direttive precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 17 settembre 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Racc. pag. I-7213, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

88. In quarto e ultimo luogo, come sottolineato nel secondo comma del citato considerando, gli stessi principi impongono all'amministrazione aggiudicatrice di garantire in ogni fase di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, sia il principio di parità di trattamento dei potenziali offerenti sia quello della trasparenza dei criteri di aggiudicazione, e questi ultimi devono essere formulati in modo da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di conoscerne la portata esatta e, dunque, di interpretarli nello stesso modo (v., per quanto riguarda disposizioni analoghe delle direttive precedenti alla direttiva 2004/18, in particolare, sentenza del 4 dicembre 2003, EVN e Wienstrom, C-448/01, Racc. pag. I-14527, punti 56-58).»

14 luglio 2016, *TNS Dimarso NV contro Vlaams Gewest*, causa C-16/05, ECLI:EU:C:2016:555

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso Raad van State durante la controversia tra TNS Dimarso NV e Vlaams Gewest. In particolare, il Raad van State ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in merito al fatto se l'articolo 53, par.2, direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che, nel caso di un appalto aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione sia sempre tenuta a portare a conoscenza degli offerenti, nella lex di gara, le modalità di valutazione o le regole di ponderazione alla luce delle quali verranno valutate le offerte secondo i criteri di aggiudicazione o, in mancanza di un siffatto obbligo generale, se le circostanze specifiche dell'appalto in esame possano imporre un obbligo del genere.

«20. Per rispondere a tale questione occorre rilevare che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora scelga di aggiudicare un appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente all'articolo 53, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, è tenuta a precisare, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri di aggiudicazione scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ponderazione può essere

espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

21. Tali obblighi, come precisa il considerando 46 della direttiva 2004/18, mirano a consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, essi riflettono il dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 2 della medesima direttiva, in base al quale queste ultime sono tenute a trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e ad agire con trasparenza.»

[...]

«23. Pertanto, la Corte ha dichiarato che l'oggetto e i criteri di attribuzione degli appalti pubblici devono essere chiaramente definiti fin dalla fase dell'avvio della procedura di aggiudicazione di questi ultimi (sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-_368/10, EU:C:2012:284, punto 56) e che un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (sentenza del 21 luglio 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-_252/10 P, non pubblicata, EU:C:2011:512, punto 31). Del pari, l'amministrazione aggiudicatrice deve attenersi alla stessa interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura (sentenza del 18 ottobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

24. Tali obblighi, di regola, valgono mutatis mutandis con riferimento all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di indicare, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, la «ponderazione relativa» di ciascuno dei criteri di aggiudicazione. Pertanto, la Corte ha dichiarato che un'amministrazione aggiudicatrice non può, in via di principio, applicare regole di ponderazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (v., in tal senso, sentenza del 24 gennaio 2008, Lianakis e a., C-532/06, EU:C:2008:40, punti 38 e 42).

25. In particolare, fatte salve le disposizioni dell'articolo 53, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2004/18, la ponderazione relativa di ciascun criterio di aggiudicazione dev'essere chiaramente stabilita fin dalla fase dell'avvio della procedura d'appalto, consentendo in tal modo agli offerenti di determinare oggettivamente l'importanza effettiva di un criterio di aggiudicazione rispetto a un altro nel corso della loro ulteriore valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Del pari, la ponderazione relativa di ciascun criterio di aggiudicazione non può essere modificata durante tutta la procedura.

26. Tuttavia, la Corte ha ammesso la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di determinare, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, coefficienti di ponderazione dei sottocriteri corrispondenti sostanzialmente ai criteri precedentemente resi noti agli offerenti, se sono rispettate tre condizioni, vale a dire, in primo luogo, che tale determinazione ex post non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in secondo luogo, che essa non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della

preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare tale preparazione e, in terzo luogo, che essa non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possano avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno degli offerenti (v. sentenza del 21 luglio 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-_252/10 P, non pubblicata, EU:C:2011:512, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

27. Tuttavia, né l'articolo 53, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 né un'altra disposizione di quest'ultima prevedono un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di portare a conoscenza dei potenziali offerenti, mediante pubblicazione nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, le modalità di valutazione da essa applicate al fine di esaminare e di classificare concretamente le offerte secondo i criteri di aggiudicazione dell'appalto e la loro ponderazione relativa precedentemente fissati nella documentazione attinente all'appalto di cui trattasi.»

«29. Infatti, la Corte ha dichiarato che un comitato di valutazione deve poter disporre di una certa libertà nell'esecuzione del suo compito e, pertanto, può, senza modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto stabiliti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, strutturare il proprio lavoro di esame e di analisi delle offerte presentate (v. sentenza del 21 luglio 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-_252/10 P, non pubblicata, EU:C:2011:512, punto 35).

30. Tale libertà è giustificata altresì da considerazioni di ordine pratico. L'amministrazione aggiudicatrice deve poter adattare il metodo di valutazione che applicherà per esaminare e classificare le offerte in relazione alle circostanze del caso di specie.

31. Conformemente ai principi che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18 e al fine di evitare qualunque rischio di favoritismo, il metodo di valutazione applicato dall'amministrazione aggiudicatrice per esaminare e classificare concretamente le offerte non può essere di regola determinato dopo l'apertura delle offerte da parte dell'amministrazione stessa. Tuttavia, qualora la determinazione di detto metodo non sia possibile per ragioni dimostrabili prima di tale apertura, come rileva il governo belga, non si può contestare all'amministrazione aggiudicatrice di aver stabilito tale metodo solo dopo che essa, o il suo comitato di valutazione, abbia preso conoscenza del contenuto delle offerte.

32. In ogni caso, in base ai suddetti principi in materia di aggiudicazione degli appalti e a quanto rilevato ai punti 24 e 25 della presente sentenza, la definizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice del metodo di valutazione dopo la pubblicazione del bando di gara o del capitolato d'oneri non può avere l'effetto di modificare i criteri di aggiudicazione né la loro ponderazione relativa.»

[...]

«36. Se è pur vero che l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente utilizzare una scala per la valutazione di uno dei criteri di aggiudicazione senza che tale valutazione sia pubblicata nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, quest'ultima, tuttavia, come rilevato al punto 32 della presente sentenza, non può avere l'effetto di modificare la ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione pubblicata in tale documentazione.

37. Di conseguenza, dall'insieme delle considerazioni suesposte emerge che occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 53, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, letto alla luce del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, dev'essere interpretato nel senso che, nel caso di un appalto di servizi che debba essere attribuito secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri relativi all'appalto in questione, il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte. Per contro, detto metodo non può avere l'effetto di modificare i criteri di attribuzione e la loro ponderazione relativa.»

20 settembre 2018, *Montte SL contro Musikene*, causa C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dall'Organo Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autònoma de Euskadi nel corso del procedimento tra Montte SL e Musikene. In particolare, sono state sottoposte alla Corte tre domande pregiudiziali di cui solo le prime due introducono interpretazioni generali sui criteri di aggiudicazioni degli appalti pubblici. Con la prima questione viene chiesto alla Corte se la direttiva 2014/24 debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nella lex di gara, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo. Con la seconda questione è stato chiesto alla Corte se, in caso di risposta negativa alla prima questione, l'articolo 66 della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle successive fasi di aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti rimasti.

«30. A sua volta, l'articolo 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 enuncia che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'articolo 67, paragrafo 2, di detta direttiva prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, come la qualità, che comprende il pregio tecnico.

31. Si deve aggiungere che, come emerge dal considerando 90 della suddetta direttiva e dal suo l'articolo 67, paragrafo 4, tali criteri devono garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore

relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza. Ciò non si verificherebbe in caso di criteri che attribuiscono all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta [v., per analogia, per quanto riguarda la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, p. 114), sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 87].

32. Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono, nel rispetto delle condizioni di cui al punto precedente della presente sentenza, della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto in questione, nonché della libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico. A tal fine, come sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, l'articolo 67 della direttiva 2014/24 non osta alla possibilità, nella fase di aggiudicazione, di escludere inizialmente le offerte presentate che non raggiungono una soglia di punteggio minimo prestabilita nell'ambito della valutazione tecnica. Al riguardo emerge che un'offerta che non raggiunge una simile soglia non soddisfa, in via di principio, le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e non deve essere presa in considerazione al momento della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'amministrazione aggiudicatrice non è quindi, in tal caso, tenuta a stabilire se il prezzo di una simile offerta sia inferiore ai prezzi delle offerte non eliminate che raggiungono detta soglia e che corrispondono quindi alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice.

33. In tale contesto, occorre altresì precisare che, se un'aggiudicazione dell'appalto avviene a seguito della valutazione tecnica, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà tenere necessariamente conto del prezzo delle offerte che raggiungono la soglia minima da un punto di vista tecnico.»

[...]

«35. Infatti, come ha sostanzialmente rilevato l'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, la circostanza che la direttiva 2014/24 riservi a determinate procedure, come quelle di cui all'articolo 29, paragrafo 6, all'articolo 30, paragrafo 4, e all'articolo 31, paragrafo 5, di quest'ultima, la possibilità che esse si svolgano in fasi successive non consente di concludere che una valutazione delle offerte in due tempi, nella sola fase di aggiudicazione dell'appalto, non sia ammissibile nell'ambito di una procedura aperta, come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

36. A tal proposito, occorre rilevare che, come sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, la possibilità, offerta da tali disposizioni all'amministrazione aggiudicatrice, di escludere le offerte che, pur soddisfacendo i requisiti minimi, non si annoverano tra quelle migliori è giustificata dalla natura specifica delle procedure interessate, nell'ambito delle quali la negoziazione o il dialogo potrebbero risultare difficili da condurre ove venisse mantenuto, sino alla fase finale della procedura di aggiudicazione dell'appalto, un numero eccessivo di offerte o di soluzioni.»

[...]

«38. In ogni caso, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità.

39. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che la direttiva 2014/24 deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.»

[...]

«41. Al riguardo, purché nella fattispecie siano state correttamente applicate le condizioni poste dalla direttiva 2014/24, in particolare dagli articoli 18 e 67, si deve riconoscere che l'amministrazione aggiudicatrice ha garantito una concorrenza effettiva. Inoltre, occorre in limine precisare che se anche dovesse rimanere, a seguito della valutazione tecnica, una sola offerta che possa essere presa in considerazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non sarebbe affatto tenuta ad accettarla (v., per analogia, sentenza del 16 settembre1999, Fracasso e Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, punti da 32 a 34). Ciò posto, qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che la procedura di aggiudicazione dell'appalto sia caratterizzata, tenuto conto delle peculiarità e dell'oggetto dell'appalto interessato, da un'assenza di concorrenza effettiva, essa può porre fine a tale procedura e, se necessario, indire una nuova procedura con diversi criteri di aggiudicazione.

42. È vero che, ai sensi dell'articolo 66 della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di offerte da negoziare, prevista all'articolo 29, paragrafo 6, di tale direttiva, o alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere, prevista all'articolo 30, paragrafo 4, della medesima direttiva, devono effettuare tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara, di modo che il numero di offerte prese in considerazione nella fase finale permetta di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di offerte che soddisfano i requisiti richiesti.»

[...]

«44. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell'aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.»

7. AVVALIMENTO

14 aprile 1994, *Ballast Nedam Groep NV I*, causa C-386/92, ECLI:EU:C:1994:133

La controversia è sorta a seguito di un rinvio pregiudiziale del Raad van State con il quale è stato chiesto alla Corte relativo se gli artt. 1, 6, 21, 23 e 26, direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE consentano che, nel valutare i criteri che l'impresa deve soddisfare, si tenga conto solo dell'entità giuridica della persona giuridica dominante oppure si possono tenere in considerazione anche i requisiti in possesso delle consociate – appartenenti allo stesso gruppo – ciascuna con propria personalità giuridica.

«12. [...] i criteri di selezione qualitativa stabiliti dagli artt. 23-26 della direttiva 71/305, [...], sono unicamente volti a definire le norme di valutazione obiettiva della capacità degli imprenditori, in particolare nel settore tecnico. Uno di essi, all'art. 26, lett. e), prevede espressamente la possibilità, per giustificare la detta capacità tecnica, di produrre 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.

13. Come osserva giustamente la Commissione, dal complesso di queste norme si desume che l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici può essere chiesta non solo da una persona fisica o giuridica che provveda direttamente all'esecuzione dell'opera, ma altresì da una persona che le faccia eseguire tramite agenzie o succursali o si avvalga di tecnici od organi tecnici esterni ovvero da un raggruppamento di imprenditori, a prescindere dalla sua forma giuridica.

14. Occorre d'altra parte osservare che la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la citata direttiva 71/305/CEE (GU L 210, pag. 1), in particolare al fine di precisare meglio la nozione di appalti di lavori pubblici, ha espressamente indicato all'art. 1 che questi ultimi hanno ad oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera, oppure «di fare eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice». Questa definizione conferma che una persona che non ha l'intenzione di eseguire direttamente i lavori ovvero i mezzi per farlo può partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto.

15. Pertanto, una holding che non esegue direttamente le opere perché le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte non può per tal motivo essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti di lavori pubblici.

16. Tuttavia, spetta alle amministrazioni aggiudicatrici, come precisa l'art. 20 della direttiva 71/305, procedere all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. da 25 a 28 della medesima direttiva.

17. A tale proposito, qualora, per dimostrare le sue capacità tecniche, finanziarie ed economiche al fine di ottenere l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprese abilitate, una società produca referenze delle sue consociate, essa deve provare che, a prescindere dalla natura del vincolo giuridico intercorrente con dette consociate, essa dispone effettivamente dei mezzi di queste ultime necessari all'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce degli elementi di fatto e di diritto sottopostigli, se ciò sia stato provato nella causa principale.

18. Si deve pertanto risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che la 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, e la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale.»

18 dicembre 1997, *Ballast Nedam Groep NV II*, causa C-5/97, ECLI:EU:C:1997:636

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Raad van State del Belgio in relazione all'interpretazione da fornire alla sentenza C-389/92, Bellast Nedam Groep. In particolare, è stato chiesto alla Corte se la parola "consentono" nella locuzione "consentono (...) di tener conto" debba intendersi nel senso di "impongono".

«14. Occorre pertanto risolvere la questione sollevata dichiarando che le direttive 71/304 e 71/305 vanno interpretate nel senso che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo è obbligata, quando è provato che tale persona ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all'esecuzione degli appalti, a tener conto delle dette società per valutare l'idoneità della persona giuridica interessata, in osservanza dei criteri di cui agli artt. 23-28 della direttiva 71/305.»

2 dicembre 1999, *Holst Italia SpA*, causa C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale amministrativo per la Sardegna con il quale veniva chiesto alla Corte se la direttiva 92/50/CEE consentiva ad una società di comprovare il possesso dei requisiti tecnici e finanziari richiesti per l'ammissione ad una gara

d’appalto, facendo valere le referenze di un altro soggetto che fosse unico socio di una delle società di cui la prima è partecipata.

«25. [...] i criteri di selezione qualitativa stabiliti al capitolo 2 del titolo VI della direttiva 92/50 hanno come unico scopo di definire le regole di valutazione oggettiva della capacità degli offerenti, in particolare in materia finanziaria ed economica ed in materia tecnica. Una di esse, prevista all'art. 31, n. 3, permette al prestatore di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato. Un'altra di tali disposizioni, figurante all'art. 32, n. 2, lett. c), prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità tecnica del prestatore mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi parte integrante o meno dell'impresa del prestatore di servizi, di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione del servizio (v. nello stesso senso, per quanto riguarda la direttiva 71/305, sentenza Ballast Nedam Groep I, citata, punto 12).

26. Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa (v., nello stesso senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, sentenza Ballast Nedam Groep I, citata, punto 15)”

27. Pertanto è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto.”

28. Tuttavia tale ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, spetta all'autorità aggiudicatrice, come precisato dall'art. 23 della direttiva 92/50, procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto.”

29. Pertanto, qualora, per dimostrare le sue capacità finanziarie, economiche e tecniche al fine di essere ammessa a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, una società faccia riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, di qualunque natura giuridica essi siano, spetta ad essa dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non le appartengono in proprio e che sono necessari

all'esecuzione dell'appalto (v., in tal senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, citata sentenza Ballast Nedam Groep I, punto 17)”

30. Spetta al giudice nazionale valutare la pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine. Nell'ambito di tale controllo, la direttiva 92/50 non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo d'imprese.”

31. Pertanto occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 92/50 va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua.»

18 marzo 2004, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner E Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, causa C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Bundesvergabeamt con il quale venivamo promosso quattro questioni pregiudiziali per l'interpretazione della direttiva 89/665/CEE. In particolare, per quanto concerne il tema dell'avvalimento, alla Corte veniva chiesto se l'art. 2, n. 7, direttiva 89/665/CEE in combinato disposto gli artt. 25 e 32, n. 2, lett. c), direttiva 92/50/CEE debba essere interpretato nel senso che un contratto concluso a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, la cui regolarità sarebbe viziata dall'incompatibilità di una disposizione del bando di gara con il diritto comunitario, debba essere ritenuto nullo quando il diritto nazionale applicabile prevede la nullità dei contratti contrari alla legge. La questione si fonda sull'interpretazione fornita dalla sentenza Holst Italia, la quale ha statuito che una disposizione del bando di gara che vieta il ricorso al subappalto per parti importanti del contratto è contraria alla direttiva 92/50.

«42. [...] la direttiva 92/50, [...], prevede espressamente, all'art. 25, la possibilità per gli offerenti di subappaltare a terzi parti dell'appalto. Infatti, secondo la detta disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti del detto appalto che egli intende subappaltare. Inoltre, quanto ai criteri di selezione qualitativa, l'art. 32, n. 2, lett. c) e h), della detta direttiva prevede espressamente la possibilità di fornire la prova della capacità tecnica del prestatore di servizi mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo a tale prestatore di servizi, dei quali si avvarrà per l'esecuzione del servizio, oppure mediante l'indicazione della quota del contratto che intende eventualmente subappaltare.

43. Come statuito dalla Corte ai punti 26 e 27 della citata sentenza Holst Italia, risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far

valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto."

44. Tuttavia, secondo la Corte, spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (sentenza Holst Italia, cit., punto 29).

45. Come giustamente rilevato dalla Commissione delle Comunità europee, un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente.

46. Discende da quanto precede che la premessa sulla quale si fonda la seconda questione sarebbe esatta solo qualora fosse accertato che il punto 1.8 del bando di gara vieta, nella fase della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario dell'appalto, che quest'ultimo subappalti prestazioni essenziali del contratto. Infatti, un soggetto che fa valere le capacità tecniche ed economiche di terzi cui intende fare riferimento se l'appalto gli viene attribuito può essere escluso solo qualora non sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente di tali capacità.

47. Orbene, risulta che il punto 1.8 del bando di gara non riguarda la fase della valutazione e della selezione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, bensì la fase della sua esecuzione, e mira proprio ad evitare che l'esecuzione delle parti essenziali dell'appalto sia affidata a soggetti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice non ha potuto accertare le capacità tecniche ed economiche al momento della selezione dell'aggiudicatario. Spetta al giudice nazionale verificare se si sia verificata tale circostanza.»

[...]

«50. Di conseguenza, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che la direttiva 89/665 e, in particolare, i relativi artt. 1, n. 1, e 2, n. 7, devono essere interpretati nel senso che, ove una clausola del bando di gara sia incompatibile con il diritto comunitario in materia di appalti pubblici, l'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri deve prevedere la possibilità di far valere tale incompatibilità nell'ambito delle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665.»

10 ottobre 2013, *SWM Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI contro Provincia di Fermo e nei confronti di Torelli Dottori SpA*, causa C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso Tribunale amministrativo regionale per le Marche nell'ambito della controversia sorta tra la Provincia di Fermo e l'RTI formato dalla SWM e dalla Mannocchi Luigino DI escluso dalla gara d'appalto in considerazione del divieto

generale di avvalimento plurimo all'interno della medesima categoria di qualificazione. Il Tribunale amministrativo regionale ha sottoposto alla Corte la questione se l'art. 47, par. 2, direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che osti ad una norma che vieta agli operatori economici partecipanti ad una gara di avvalersi di un'impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, fatta salva la circostanza che il bando di gara può ammettere l'avvalimento tra più imprese ausiliarie in ragione dell'importo o della peculiarità delle prestazioni da svolgere.

«29. [...] gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono ad ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per eseguire tale appalto.

30. In proposito si deve osservare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 18 delle sue conclusioni, che l'uso sistematico del plurale nelle succitate disposizioni indica che le stesse non vietano, in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. A fortiori, tali disposizioni non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice.

31. Siffatta constatazione è suffragata da svariate disposizioni della direttiva 2004/18. L'articolo 48, paragrafo 2, lettera b), della medesima concerne infatti la possibilità di avvalersi indistintamente di tecnici o di organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico interessato, ma di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione dell'opera. Analogamente, la lettera h) del citato paragrafo 2 fa riferimento all'attrezzatura, al materiale e all'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore disporrà per eseguire l'appalto, senza limitazioni di sorta quanto al numero dei soggetti che forniranno tali strumenti. Ancora, nel medesimo senso, l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola autorizza i raggruppamenti di operatori economici a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici senza prevedere limitazioni relative al cumulo di capacità, così come l'articolo 25 della stessa direttiva considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito.

32. Infine, la Corte ha espressamente fatto menzione della facoltà, per un operatore economico, di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi (v., in tal senso, sentenze del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, Racc. pag. I-8607, punti 26 e 27, e del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Racc. pag. I-2549, punto 43).

33. È pertanto d'uopo considerare che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

34. Un'interpretazione del genere è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 33 e 37 delle sue conclusioni, essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32.

35. È pur vero che non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

36. Tuttavia, poiché tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, la direttiva 2004/18 osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'articolo 49, sesto comma, del decreto legislativo n. 163/2006.»

«38. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione sottoposta che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese.»

14 gennaio 2016, *«Ostas celtnieks» SIA contro Talsu novada pašvaldiba e Iepirkumu uzraudzibas birojs*, causa C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dalla Augstaka tiesa, nell'ambito della controversia sorta tra «Ostas celtnieks» SIA la Talsu novada pašvaldiba e il Iepirkumu uzraudzibas birojs, con il quale è stato chiesto se le disposizioni della direttiva 2004/18/CE debbano essere interpretate nel senso che non ostano al fatto che il capitolato stabilisca che, nel caso l'appalto sia aggiudicato ad un operatore che abbia fatto affidamento sulle capacità di altri soggetti, l'operatore dovrà concludere con i soggetti che mettono a disposizione le capacità, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, un accordo di partenariato ovvero concludere una società in nome collettivo.

«28. [...] l'offerente rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami.

29. Peraltro, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 43 delle conclusioni, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 indicano espressamente che è solo a titolo esemplificativo che la presentazione dell'impegno di altri soggetti a mettere a disposizione dell'offerente i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto costituisce una prova accettabile del fatto che egli disporrà effettivamente di tali mezzi. Pertanto, tali disposizioni non escludono affatto che l'offerente dimostri in altra maniera l'esistenza dei legami che lo associano agli altri soggetti delle cui capacità si avvale ai fini della buona esecuzione dell'appalto per il quale esso presenta la sua offerta.»

«34. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sottoposta che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri relativo ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, possa obbligare un offerente che faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, a stipulare con questi ultimi un accordo di partenariato o a costituire con essi una società in nome collettivo.»

7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz contro Zarz d Oczyszczania Miasta, con l'intervento di: Remondis sp. z o.o., MR Road Service sp. z o.o.,* causa C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dalla Krajowa Izba Odwolawcza, nell'ambito della controversia sorta tra la Partner Apleski Darius e lo Zarzad Oczyszczania Miasta, con il quale viene chiesto alla Corte di esprimersi su diverse questioni relative all'art. 48, par. 3, direttiva 2004/18/CE. In particolare, veniva chiesto alla Corte di determinare le condizioni che devono essere rispettate affinché un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, di chiarire le modalità secondo cui deve realizzarsi la messa a disposizione delle risorse necessarie da parte di tali soggetti e quindi l'eventuale partecipazione degli stessi all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi ed infine se l'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

«33. Per costante giurisprudenza, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia

dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente dei mezzi necessari per eseguire tale appalto (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punti 29 e 33).»

«35. Ne consegue che il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto.

36. Alla luce di tali considerazioni, la circostanza che, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti «se del caso» non può essere interpretata, come pare suggerire in particolare il giudice del rinvio, nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi.

37. Ciò premesso, è necessario precisare, in primo luogo, che, sebbene l'offerente sia libero di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura giuridica di tali vincoli, egli è nondimeno tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per l'esecuzione di un determinato appalto (v., in tal senso, sentenza del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punto 29 e giurisprudenza citata).

38. Pertanto, conformemente agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un offerente non può far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice."

39. [...] le disposizioni della direttiva 2004/18 non ostano a che l'esercizio del diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, di detta direttiva sia limitato in casi eccezionali (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 36).

40. Infatti, non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato (sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35).

41. Parimenti, non si può escludere che, in circostanze particolari, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, non siano trasmissibili all'offerente. Di conseguenza, in simili circostanze, l'offerente può fare affidamento su dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione dell'appalto in questione.»

[...]

«47. Orbene, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale e delle finalità dello stesso, non si può escludere che la prevista partecipazione della PUM, consistente nel mero svolgimento di attività di consultazione e formazione, possa essere ritenuta insufficiente a garantire alla Partner la messa a disposizione effettiva delle risorse necessarie per l'esecuzione di detto appalto, ai sensi della giurisprudenza richiamata al punto 33 della presente sentenza. [...].

48. In tali circostanze, spetta al giudice del rinvio, tenuto conto di tutti gli elementi concreti dell'appalto di cui al procedimento principale, determinare se una tale messa a disposizione possa effettuarsi in un modo che risponde alle condizioni poste dalla citata giurisprudenza.

49. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima, seconda, terza, quinta e sesta questione dichiarando che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che:

- riconoscono il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto,

e

- non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.»

[...]

«51. Per rispondere a tale questione occorre ricordare che, come rilevato ai punti 33 e 49 della presente sentenza, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire l'appalto di cui trattasi.

52. A tal fine, sebbene l'offerente debba provare di disporre effettivamente delle risorse di detti soggetti, che non gli appartengono in proprio e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, egli nondimeno rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità fa affidamento ai fini dell'esecuzione del citato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami (sentenza del 14 gennaio 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punto 28).

53. Di conseguenza l'amministrazione aggiudicatrice non può, in linea di principio, imporre condizioni espresse che possano ostacolare l'esercizio del diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, in particolare indicando in anticipo le modalità concrete secondo cui le capacità di tali altri soggetti possono essere invocate. Ciò vale, a maggior ragione, in quanto nella prassi, come giustamente rilevato dalla Commissione europea, per l'operatore economico risulta difficile, se non impossibile, prevedere ex ante tutti i possibili scenari di utilizzo delle capacità di altri soggetti.

54. Ciò posto, come riconosciuto nel rispondere alla prima, seconda, terza, quinta e sesta questione, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso, l'esercizio di tale diritto può essere limitato in circostanze particolari, come quelle richiamate ai punti da 39 a 41 della presente sentenza.

55. Orbene, in simili circostanze, non è da escludere a priori che l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto di cui trattasi, possa indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, regole precise che consentano ad un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

56. Tuttavia, quando l'amministrazione aggiudicatrice decide di fare ricorso ad una tale possibilità, è tenuta ad assicurarsi che le regole che stabilisce siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.»

[...]

«58. Di conseguenza, occorre rispondere alla quarta questione dichiarando che l'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto dell'oggetto di un determinato appalto e delle finalità dello stesso, l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'oneri regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano attinenti e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.»

2 giugno 2016, *Pi. Pi. contro CRGT Srl e nei confronti di Autorità Portuale di Messina, Messina Sud Srl, Fr. To. e Myleco Sas*, causa C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404

La controversia è sorta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nell'ambito della controversia sorta tra Pi. Pi., CRGT Srl, Autorità Portuale di Messina, Messina Sud Srl, Fr. To. e Myleco, con il quale viene chiesto alla Corte di esprimersi se gli articoli 47 e 48, direttiva 2004/18/CE debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa che autorizza un operatore economico a fare affidamento sulle capacità di soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione che possiede solo in parte.

«29. [...] Orbene, risulta dagli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 che essi prevedono espressamente la possibilità, per un offerente, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se il bando di gara e il capitolato d'oneri dell'appalto di cui trattasi avessero espressamente previsto che, alla luce del carattere particolare delle prestazioni oggetto di tale appalto, dovesse essere raggiunto un livello minimo di capacità da parte di un unico operatore economico.

30. Per quanto riguarda l'argomento della Pizzo, attinente al fatto che la CRGT avrebbe dovuto dimostrare la propria capacità economica e finanziaria mediante la produzione delle dichiarazioni di almeno due istituti bancari, occorre rilevare che escludere la possibilità, per un'impresa che si avvale delle capacità di un'impresa terza, di utilizzare la dichiarazione bancaria di quest'ultima condurrà manifestamente a privare di qualsiasi effetto utile la possibilità offerta dagli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 di avvalersi delle capacità di terzi. Pertanto, tali disposizioni devono essere interpretate nel senso che gli operatori economici possono fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, compreso l'utilizzo delle dichiarazioni bancarie di questi ultimi.»

[...]

«33. Occorre inoltre sottolineare che le specifiche disposizioni menzionate dal giudice del rinvio prevedono la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di esigere che il soggetto di cui ci si avvale per soddisfare i requisiti previsti in materia di capacità economica e finanziaria sia solidalmente responsabile (articolo 63, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/24) o che, per taluni tipi di contratti, determinate prestazioni siano direttamente svolte dall'offerente stesso (articolo 63, paragrafo 2, di tale direttiva). Tali disposizioni non fissano quindi limiti specifici alla possibilità di avvalimento frazionato delle capacità di soggetti terzi e, in ogni caso, tali limiti avrebbero dovuto essere esplicitamente previsti nel bando di gara di cui trattasi, il che non si è verificato nel caso di cui al procedimento principale.

34. Alla luce delle considerazioni precedenti, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che autorizza un operatore economico a fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi per soddisfare i requisiti minimi di partecipazione ad una gara d'appalto che tale operatore soddisfa solo in parte.»

8.PROCEDURA DI AFFIDAMENTO E RELATIVO REGIME

8.1. Sul diritto di esercitare mezzi di ricorso efficaci avverso procedure di affidamento illegittime

29 ottobre 1999, *Alcatel*, causa C-81/98, ECLI:EU:C:1999:534

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia, tra la società Alcatel Austria AG e il Ministero federale delle Scienze e dei Trasporti austriaco, relativa ad una procedura pubblica per l'installazione, sulle autostrade nazionali, di un sistema elettronico per il rilevamento e la trasmissione automatica dei dati e ha riguardato l'interpretazione del combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a) e b), e dell'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989.

In particolare, la ditta aveva contestato in giudizio le modalità di svolgimento della suddetta competizione, in quanto la stazione appaltante, sebbene in fedele applicazione dell'allora vigente diritto austriaco, aveva provveduto a stipulare il contratto con la società vincitrice della gara nello stesso giorno in cui aveva comunicato a quest'ultima l'avvenuta aggiudicazione.

Su ricorso della Alcatel, il giudice del rinvio ha sottolineato come, nell'ordinamento giuridico austriaco, la scelta dell'aggiudicatario sia considerata una decisione interna al sistema organizzativo della stazione appaltante; sicché, per gli altri concorrenti, la dichiarazione di aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del relativo contratto coincidono a livello temporale, in quanto tali soggetti non hanno conoscenza legale della decisione presa dall'autorità aggiudicatrice. Dal che deriva la circostanza per la quale il provvedimento di aggiudicazione non è di per sé impugnabile per i terzi.

Dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione di un siffatto sistema, i giudici austriaci hanno, dunque, richiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale, la quale ha chiarito che:

«31. È pacifico che l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 non dà una definizione delle decisioni illegittime di cui si può chiedere l'annullamento. Il legislatore comunitario si è infatti limitato a prevedere che le decisioni illegittime ai sensi della lett. b) ricomprendano in particolare decisioni relative alle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie figuranti nei documenti relativi alla procedura di aggiudicazione dell'appalto controversa.

32. Orbene, dalla lettera dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 non si può dedurre che una decisione illegittima di aggiudicazione di un appalto pubblico non è compresa tra le decisioni illegittime che possono costituire oggetto di un ricorso d'annullamento.

33. Infatti, come risulta dai suoi primi due 'considerando', la direttiva 89/665 mira a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate (v. sentenza 11 agosto 1995, causa C-433/93, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2303, punto 23).

34. A tal proposito, l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri la predisposizione di ricorsi efficaci e il più possibile rapidi al fine di garantire il rispetto delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici.

35. Per quanto riguarda questi ricorsi, risulta dal suddetto articolo che essi hanno per oggetto le decisioni assunte dall'autorità aggiudicatrice, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le relative norme nazionali di attuazione, senza che tale articolo preveda una limitazione in merito alla natura e al contenuto di tali decisioni.

36. Il Bundesministerium e il governo austriaco deducono in sostanza che l'organizzazione della procedura dinanzi al Bundesvergabeamt in modo tale che, successivamente alla conclusione di un contratto, la decisione dell'autorità aggiudicatrice può essere impugnata solo in quanto la sua illegittimità abbia causato un pregiudizio al ricorrente in un procedimento nazionale di ricorso e che la procedura deve limitarsi ad agevolare le condizioni preliminari all'attribuzione di un risarcimento danni da parte dei giudici ordinari, sarebbe conforme all'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665.

37. Occorre osservare al riguardo, come rilevato dall'avvocato generale ai punti 36 e 37 delle sue conclusioni, che già dalla lettera stessa dell'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665 risulta che la limitazione delle procedure di ricorso ivi previste riguarda solamente la situazione successiva alla conclusione del contratto che segue la decisione di aggiudicazione dell'appalto. Infatti, la direttiva 89/665 opera una distinzione tra la fase precedente la conclusione del contratto, alla quale si applica l'art. 2, n. 1, e la fase successiva alla conclusione, riguardo alla quale, in base all'art. 2, n. 6, secondo comma, uno Stato membro può prevedere che i poteri dell'organismo responsabile delle procedure di ricorso si limitino a riconoscere un risarcimento danni a qualunque soggetto pregiudicato da una violazione.

38. Inoltre, l'interpretazione proposta dal Bundesministerium e dal governo austriaco potrebbe avere come conseguenza che la decisione più importante dell'autorità aggiudicatrice, ossia l'aggiudicazione dell'appalto, sfugga sistematicamente alle misure che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665, vanno adottate ai fini dei ricorsi previsti dall'art. 1. Verrebbe infatti compromesso lo scopo della direttiva 89/665, ricordato al punto 34 della presente sentenza, ossia l'attuazione di ricorsi efficaci e rapidi aventi ad oggetto le decisioni illegittime dell'autorità aggiudicatrice in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate.

39. Il governo austriaco deduce inoltre che, se la direttiva 89/665 dovesse essere interpretata nel senso che essa opera una distinzione tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la relativa conclusione del contratto, essa non preciserebbe affatto il lasso di tempo che deve separare le due fasi. Al riguardo, il governo del Regno Unito ha sostenuto in udienza che non dovrebbe essere fissato un lasso di tempo unico poiché esistono diversi tipi di procedure di aggiudicazione.

40. L'argomento relativo alla mancanza di un lasso di tempo tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la conclusione del contratto non ha rilievo. Infatti, la mancanza di una disposizione specifica al riguardo non può giustificare un'interpretazione della direttiva 89/665 nel senso che le decisioni di aggiudicazione degli appalti pubblici sfuggirebbero sistematicamente alle misure che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665, debbono essere adottate ai fini dei ricorsi previsti dall'art. 1.

[...]

43. Dalle considerazioni che precedono deriva che il combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a) e b), e n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 si deve interpretare nel senso che, in merito alla decisione dell'autorità aggiudicatrice che precede la conclusione del contratto, con la quale la detta autorità sceglie l'offerente che ha preso parte alla procedura di aggiudicazione dell'appalto con cui concludere il contratto, gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l'annullamento di tale decisione in presenza delle relative condizioni, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto».

8.2. Sulla possibilità di contestare la mancata indizione di una gara pubblica

11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, causa C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia, che ha opposto la società RPL Lochau e la Città di Halle (Germania) alla società TREA Leuna, relativa alla regolarità dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi effettuato dalla Stadt Halle a favore della RPL Lochau, società il cui capitale è detenuto in maggioranza dall'ente locale tedesco.

In particolare, la domanda ha avuto ad oggetto la corretta interpretazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 e a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997.

Nel caso concreto, avendo avuto notizia del suddetto affidamento diretto, la TREA Leuna si è opposta alla decisione della Stadt Halle ed ha presentato dinanzi alla competente Sezione camerale per gli appalti pubblici un ricorso volto ad ottenere dall'ente locale l'indizione di una gara pubblica. Secondo la tesi dell'amministrazione locale, tuttavia, un siffatto ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, in ragione del fatto che l'affidamento del servizio disposto in favore della RPL Lochau doveva essere considerato al pari di un'operazione "in house providing", in ordine alla quale, come noto, il diritto dell'Unione ha espressamente riconosciuto una deroga alle normali procedure di evidenza pubblica che regolano la materia degli appalti pubblici.

Non condividendo la suddetta qualificazione giuridica sostenuta dalla Stadt Halle, i giudici tedeschi hanno rimesso dunque alla Corte di Giustizia il quesito interpretativo relativo alla possibilità, per un operatore economico, di contestare la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una formale procedura competitiva. Sul punto la Corte ha affermato che:

«27. Al fine di rispondere al giudice di rinvio, occorre esaminare la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665. Posto che la detta nozione non viene espressamente definita in tale direttiva, occorre delimitarne la portata sulla base del tenore letterale delle pertinenti disposizioni della direttiva stessa e in rapporto alla finalità di una tutela giurisdizionale efficace e rapida da questa perseguita.

28. Il tenore letterale dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione «per quanto riguarda le procedure», che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme comunitarie in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68). La detta disposizione si riferisce dunque in maniera generale alle decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del loro contenuto o del momento della loro adozione.

29. L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 prevede inoltre la possibilità di annullare le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto alle specifiche tecniche e ad altre figuranti non soltanto nei documenti di gara, ma anche in qualsiasi altro documento connesso con la procedura di affidamento dell'appalto in questione. Pertanto, la detta disposizione può ricomprendere anche documenti recanti decisioni adottate in una fase situata a monte dell'appello alla concorrenza.

30. Tale estesa accezione della nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice è confermata dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima ha già statuito che la disposizione di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione quanto alla natura e al contenuto delle decisioni da essa contemplate (sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punto 35). Una limitazione siffatta non può desumersi neppure dal tenore letterale dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 32). Peraltro, un'interpretazione restrittiva della nozione di decisione impugnabile con un ricorso sarebbe incompatibile con il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a), della medesima direttiva, che impone agli Stati membri di prevedere procedure d'urgenza per l'adozione di provvedimenti provvisori in relazione a qualsiasi decisione adottata dalle autorità aggiudicatrici (sentenza HI, cit., punto 49).

31. In tale ottica di interpretazione in senso ampio della nozione di decisione impugnabile con un ricorso, la Corte ha statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, precedente la conclusione del contratto, con la quale la detta autorità sceglie l'offerente al quale sarà attribuito l'appalto deve in ogni caso poter essere impugnata con un ricorso, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni qualora il contratto sia stato concluso (sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 43).

32. Riferendosi all'obiettivo della soppressione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi perseguito dalla direttiva 92/50, nonché alle finalità, alla formulazione letterale ed alla ratio

sistematica della direttiva 89/665, la Corte ha del pari statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara relativo ad un appalto pubblico di servizi deve poter costituire oggetto di ricorso, in conformità dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (v., in tal senso, sentenza HI, cit., punto 55).

33. A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 23 delle sue conclusioni, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una procedura di aggiudicazione può considerarsi il simmetrico corrispondente della decisione della detta autorità di porre fine ad una tale procedura. Qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non avviare una procedura di aggiudicazione per il fatto che, a suo avviso, l'appalto in questione non ricade nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie pertinenti, una decisione siffatta costituisce in assoluto la prima decisione suscettibile di controllo giurisdizionale.

34. Alla luce di tale giurisprudenza, nonché degli obiettivi, della ratio sistematica e della formulazione letterale della direttiva 89/665, ed al fine di preservare l'effetto utile di quest'ultima, occorre concludere che costituisce una decisione impugnabile con un ricorso, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della detta direttiva, qualsiasi atto di un'amministrazione aggiudicatrice, adottato in relazione ad un appalto pubblico di servizi rientrante nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 ed idoneo a produrre effetti giuridici, indipendentemente dal fatto che esso sia stato adottato al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto oppure nell'ambito di una procedura siffatta.

35. Non sono impugnabili con un ricorso i comportamenti che costituiscano un semplice studio preliminare di mercato o che abbiano carattere meramente preparatorio e si inseriscano nella fase di riflessione interna dell'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'affidamento di un appalto pubblico».

8.3. Sulla possibilità di ricorrere a centrali di committenza private per l'affidamento di contratti pubblici

4 giugno 2020, *Asmel c. ANAC*, causa C-3/19, ECLI:EU:C:2020:423

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Asmel Soc. cons. a r.l. e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in merito alla decisione con la quale quest'ultima ha adottato nei confronti della prima un provvedimento di inibizione allo svolgimento delle proprie attività di intermediazione negli acquisti pubblici, e ha riguardato l'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 10, e dell'art. 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004.

Nel caso concreto, l'ANAC aveva avviato un'indagine istruttoria in ordine alle attività di committenza svolte dall'Asmel per vari enti locali, al termine della quale l'Autorità ha contestato alla società di non rispettare i modelli organizzativi per le centrali di committenza prescritti dall'art. 33, comma 3 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Secondo quanto osservato da ANAC, infatti, il diritto italiano riconosce la qualifica di ente committente solo agli enti pubblici o alle associazioni costituite tra enti locali, quali le unioni di comuni o i consorzi di comuni, salvo il caso in cui sia possibile affidare la predetta attività ad appositi organismi interni (in house). Al contrario, la società ricorrente aveva sottolineato come la propria attività, sebbene svolta in forma privatistica, avrebbe potuto essere ricompresa tra quelle erogate dagli "organismi di diritto pubblico", che possono essere assimilati ai sensi della normativa sugli appalti pubblici alle vere e proprie centrali di committenza.

Dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione (segnatamente, con i principi di libera prestazione dei servizi e di massima apertura delle procedure di aggiudicazione degli appalti alla concorrenza) della previsione nazionale che obbliga i piccoli comuni a ricorrere esclusivamente ai citati modelli organizzativi pubblicistici, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in materia:

«54. La Corte ha già avuto occasione di precisare che l'articolo 1, paragrafo 9, di tale direttiva definisce la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» in senso ampio e funzionale, al fine di garantire gli obiettivi di detta direttiva volti a escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (v., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Peraltro, tale disposizione non impone alcun obbligo di rispettare modelli di organizzazione specifica per rispondere alla nozione di «amministrazione aggiudicatrice».

55. Occorre rilevare, in secondo luogo, che, ai sensi del considerando 16 della direttiva 2004/18, «[a]l fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere (...) a centrali di committenza (...) quali sono definit[e] e disciplinat[e] dalla presente direttiva». In tal senso, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza. Ai sensi del paragrafo 2 di tale articolo, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza nei casi di cui all'articolo 1, paragrafo 10, della medesima direttiva sono considerate in linea con la direttiva 2004/18 a condizione che detta centrale l'abbia rispettata.

56. Dall'articolo 11 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 1, paragrafi 9 e 10, della direttiva 2004/18 e con il considerando 16 di quest'ultima, risulta che l'unico limite che tale direttiva impone rispetto alla scelta di una centrale di committenza è quello secondo cui tale centrale deve avere la qualità di «amministrazione aggiudicatrice». Tale ampio margine discrezionale si estende

altresì alla definizione dei modelli organizzativi delle centrali di committenza, purché le misure adottate dagli Stati membri per l'attuazione dell'articolo 11 della direttiva 2004/18 rispettino il limite stabilito da tale direttiva, relativo alla qualità di amministrazione aggiudicatrice del soggetto al quale le amministrazioni aggiudicatrici intendono rivolgersi in quanto centrale di committenza. Pertanto, a un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18, non può essere riconosciuta, da parte di una normativa nazionale, la qualità di «centrale di committenza», ai fini dell'applicazione di tale direttiva.

57. In terzo luogo, una siffatta interpretazione della direttiva 2004/18 è peraltro conforme ai principi ad essa sottesi, vale a dire i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, enunciati al considerando 2 della medesima direttiva.

58. Sebbene l'articolo 11, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 esoneri le amministrazioni aggiudicatrici stesse che fanno ricorso una centrale di committenza, nelle ipotesi previste da tale disposizione, dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste da detta direttiva, esso impone allo stesso tempo a tale centrale di committenza l'obbligo gravante sulle amministrazioni aggiudicatrici di rispettare le procedure previste dalla medesima direttiva. In tal modo, l'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, vale a dire la libera prestazione dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza dell'8 dicembre 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punto 28 e giurisprudenza ivi citata), è garantito.

59. Non osta a tale conclusione la sentenza del 20 ottobre 2005, Commissione/Francia (C-264/03, EU:C:2005:620), nella quale la Corte ha dichiarato che il contratto di mandato di committenza delegata, disciplinato dalla normativa francese in materia urbanistica, che riservava il ruolo di mandatario a categorie di persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate, costituisce un appalto pubblico di servizi ai fini della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), e, nella misura in cui non prevede alcuna procedura di gara per la scelta del mandatario, viola tale direttiva.

60. Infatti, tale sentenza non verte sulle disposizioni della direttiva 2004/18 che prevedono espressamente la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a centrali di committenza. Ad ogni modo, da detta sentenza risulta che le attribuzioni del mandatario comportavano diversi incarichi costituenti prestazioni di servizi che erano stati attribuiti al di fuori di qualsiasi procedura di gara prevista dalla direttiva 92/50 (sentenza del 20 ottobre 2005, Commissione/Francia, C-264/03, EU:C:2005:620, punti 46, 51 e 55).

61. Tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, menzionato al punto 56 della presente sentenza, nulla nella direttiva 2004/18 né nei principi ad essa sottesi osta neppure a che gli Stati membri possano adattare i modelli di organizzazione di tali centrali di committenza sulla base delle proprie esigenze e delle circostanze particolari prevalenti in uno Stato membro, prescrivendo a tal fine modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di persone o di imprese private.

62. In tale contesto, il governo italiano ha precisato che il legislatore italiano, anzitutto incoraggiando il ricorso degli enti locali a centrali di committenza, create secondo modelli organizzativi definiti, poi imponendo ai piccoli enti locali l'obbligo di ricorrere a tali centrali, ha cercato non solo di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose, ma anche di prevedere uno strumento di controllo delle spese.

63. In ogni caso, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale ai paragrafi da 70 a 72 delle sue conclusioni, tenuto conto dello stretto legame esistente tra la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» e quella di «centrale di acquisto», esposto ai punti da 51 a 58 della presente sentenza, non si può ritenere che le centrali di committenza offrano servizi su un mercato aperto alla concorrenza delle imprese private.

64. Una centrale di committenza agisce infatti in qualità di amministrazione aggiudicatrice, al fine di provvedere ai bisogni di quest'ultima, e non in quanto operatore economico, nel proprio interesse commerciale.

65. Pertanto, una normativa nazionale che limiti la libertà di scelta dei piccoli enti locali di ricorrere a una centrale di committenza, prescrivendo a tal fine due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di persone o di imprese private, non viola l'obiettivo di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, perseguito dalla direttiva 2004/18, dal momento che essa non colloca alcuna impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti».

8.4. Sul mancato rispetto delle procedure di affidamento prescritte dalle direttive europee

9 luglio 1987, *CEI e Bellini*, cause riunite 27/86-29/86, ECLI:EU:C:1987:355

Nella pronuncia in questione il Consiglio di Stato del Regno del Belgio ha chiesto alla Corte di Giustizia di risolvere alcune questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

In particolare, le società ricorrenti erano state escluse da una procedura competitiva in ragione del fatto che l'importo globale dei lavori pubblici e privati in corso di esecuzione al momento della gara aveva superato il limite massimo contemplato dalla normativa belga in materia di appalti pubblici.

Interrogata in ordine alla compatibilità dei provvedimenti di esclusione così adottati dalla stazione appaltante rispetto alla normativa fissata dalla predetta direttiva comunitaria, la Corte di Giustizia ha statuito che:

«13. A tal proposito, va rilevato che la fissazione di un tale limite non è né autorizzata né vietata dall'art. 25 della direttiva, dal momento che oggetto di questa disposizione non è quello di delimitare la competenza degli stati membri onde fissare il livello di capacita economica e finanziaria richiesto per la partecipazione ai vari appalti pubblici, bensì quello di determinare quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono essere presentati per dimostrare la capacità finanziaria ed economica dell' imprenditore.

14. Per pronunciarsi sulla compatibilità di un tale limite con la direttiva nel suo complesso, vanno richiamati la finalità e l'oggetto di questa. L' obiettivo della direttiva 71/305 è quello di assicurare che la concreta realizzazione all' interno della comunità della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti di lavori pubblici comporti, insieme alla eliminazione delle restrizioni, un coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Tale coordinamento "deve rispettare per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli stati membri" (secondo considerando della direttiva). L' art. 2 dispone esplicitamente che le amministrazioni aggiudicatrici applichino le loro procedure nazionali, adattate alle disposizioni della direttiva.

15. La direttiva non introduce dunque una normativa comunitaria uniforme ed esaustiva nell'ambito delle norme comuni che essa detta. Gli stati membri restano liberi di mantenere o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti pubblici, purché vengano rispettate tutte le disposizioni del diritto comunitario in materia e, in particolare, i divieti che discendono dai principi sanciti dal trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

16. La fissazione all' interno di uno stato membro di un importo massimo di lavori che possono essere eseguiti contemporaneamente non è contraria ai suddetti principi e nulla consente di supporre che essa abbia un effetto restrittivo per quanto riguarda l'accesso degli imprenditori della comunità agli appalti pubblici.

17. Stando così le cose, e giocoforza constatare che allo stato attuale del diritto comunitario nulla osta a che gli stati membri, nella sfera delle loro competenze in materia di appalti di lavori pubblici, stabiliscano un importo massimo di lavori che possono essere eseguiti contemporaneamente».

10 dicembre 2009, *Commissione europea c. Repubblica francese*, causa C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769

Nell'ambito della controversia in questione, la Commissione europea ha chiesto alla Corte di Giustizia di dichiarare che la Repubblica francese fosse venuta meno agli obblighi derivanti dagli artt. 2 e 28 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004.

In particolare, secondo la Commissione, il codice degli appalti pubblici francese, nella versione adottata con il decreto n. 2006-975, avrebbe consentito ad un'amministrazione aggiudicatrice di attribuire un appalto di esecuzione agli stessi aggiudicatari di un appalto di definizione senza procedere ad indire una nuova gara pubblica o, in alternativa, una gara ristretta. Tale circostanza avrebbe determinato, dunque, una chiara violazione delle disposizioni della direttiva 2004/18/CE, allorché avrebbe consentito alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare un contratto di appalto mediante affidamento diretto in ipotesi che non sono state espressamente contemplate dalla normativa europea.

Al contrario, secondo la Repubblica francese, la violazione contestata sarebbe stata del tutto destituita di fondamento, potendo gli Stati membri esercitare una certa discrezionalità nel conservare o nell'emanare norme sostanziali e procedurali relative al settore degli appalti pubblici, quand'anche diverse da quelle previste dalla stessa direttiva. Aderendo alle osservazioni formulate dalla Commissione, la Corte di Giustizia ha affermato che:

«28. [...] Se è vero che la direttiva 2004/18 non è intesa a stabilire un'armonizzazione completa del regime degli appalti pubblici negli Stati membri, è anche vero che le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva.

29. Infatti, ai sensi di detto art. 28, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad aggiudicare i loro appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche espressamente previste all'art. 29 della direttiva 2004/18, al dialogo competitivo, vuoi ancora, nelle circostanze specifiche espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata. L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva.

30. Dalla sentenza della Corte 9 luglio 1987, cause riunite 27/86-29/86, CEI e Bellini (Racc. pag. 3347), non si potrebbe trarre una conclusione diversa.

31. È vero che, alla prima frase del punto 15 di detta sentenza, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), non introduceva una normativa comunitaria uniforme ed esaustiva. Tuttavia, alla frase seguente del medesimo punto 15, la Corte ha precisato che, anche se gli Stati membri restavano liberi di mantenere o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti, ciò doveva avvenire nell'ambito delle norme comuni dettate dalla direttiva.

32. Inoltre, al punto 17 della medesima sentenza CEI e Bellini, citata, la Corte ha sottolineato che essa si pronunciava in merito al livello di armonizzazione raggiunto dal diritto comunitario alla data della pronuncia della sentenza. Orbene, l'art. 28, secondo comma, della direttiva 2004/18, che non aveva equivalenti nella direttiva 71/305, elenca con precisione le procedure cui le amministrazioni aggiudicatrici devono fare ricorso per aggiudicare i loro appalti.

33. Ne deriva che gli Stati membri, nel contesto delle disposizioni comuni attualmente in vigore, non hanno più la discrezionalità di adottare procedure di aggiudicazione diverse da quelle elencate nella direttiva 2004/18.

34. Pertanto, gli argomenti che la Repubblica francese fa derivare dall'asserita facoltà per uno Stato membro di adottare procedure di aggiudicazione degli appalti non previste dalla citata direttiva, ma che tuttavia presentino caratteristiche analoghe a quelle di talune procedure da essa contemplate, devono essere disattesi».

8.5. Sulla possibilità di affidare all'aggiudicatario lavori "supplementari" rispetto a quelli previsti dal bando di gara

22 aprile 2010, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, causa C-423/07, ECLI:EU:C:2010:211

Nella pronuncia in questione la Commissione europea ha contestato al Regno di Spagna di aver affidato direttamente all'aggiudicatario di una concessione pubblica per la costruzione e la gestione di alcuni raccordi autostradali l'esecuzione di lavori aggiuntivi rispetto a quelli che erano stati originariamente indicati come oggetto della concessione nel relativo bando di gara (GU 16 giugno 1999, S. 115).

Secondo l'istituzione europea, in particolare, la condotta dello Stato membro avrebbe determinato sia una grave violazione degli obblighi gravanti sulle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi degli artt. 3 e 11 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, sia una violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

Secondo la difesa del Regno di Spagna, al contrario, la suddetta attività non avrebbe dovuto essere censurata, dal momento che, in applicazione della legge nazionale relative alle concessioni autostradali, le imprese concessionarie possono proporre al concedente di eseguire alcuni lavori supplementari rispetto a quelli originariamente previsti, potendo far valere in materia la propria libertà di iniziativa imprenditoriale.

Accogliendo le censure formulate dalla Commissione, la Corte di Giustizia ha così chiarito che:

«58. Tramite la chiara formulazione dei termini del bando, deve essere obiettivamente offerta a qualunque offerente potenziale, normalmente accorto ed esperto e ragionevolmente diligente, la possibilità di farsi un'idea concreta dei lavori da effettuare, nonché della loro localizzazione, e di formulare, di conseguenza, la propria offerta.

59. Il carattere fondamentale del bando, relativamente sia agli appalti pubblici sia alle concessioni di lavori, riguardo all'informazione, nel rispetto del principio di parità di trattamento, degli offerenti dei diversi Stati membri, è sottolineato nell'art. 11, n. 11, della direttiva 93/37, in base al quale le eventuali pubblicazioni d'informazioni a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

60. Tuttavia, essendo limitato lo spazio disponibile nel modello di bando di una concessione figurante nell'allegato V della direttiva 93/37, le informazioni relative ad una concessione possono essere rese note nel capitolato che l'autorità concedente deve redigere e che costituisce il complemento naturale del bando.

61. Nella specie, si deve rilevare che le opere aggiuntive cui si riferiscono gli addebiti sollevati dalla Commissione, il cui valore supera enormemente la soglia prevista all'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37, non erano previste nell'oggetto della concessione di cui trattasi, quale definito nel secondo bando e nel secondo capitolato.

62. Il Regno di Spagna, tuttavia, sostiene che il secondo capitolato avrebbe dovuto essere inteso nel senso che esso rinviava alla normativa di base generalmente applicabile ai procedimenti di gara d'appalto, in particolare alla legge sulle autostrade, ed essere interpretato alla luce di tale normativa, il cui scopo consiste nel concedere un'ampia libertà all'iniziativa degli offerenti. Questi ultimi, pertanto, avrebbero dovuto comprendere, sulla scorta dell'art. 8 di detta legge, che l'autorità concedente faceva appello, in realtà, alla loro iniziativa e alla loro creatività per risolvere il problema primario che si poneva, vale a dire l'intensità del traffico sull'autostrada A-6. Questo problema avrebbe avuto carattere notorio ed emergerebbe inequivocabilmente dalle statistiche delle autorità nazionali competenti. Pertanto, sarebbe stato logico intendere che l'autorità concedente si attendesse siffatte proposte. Questa aspettativa, d'altronde, sarebbe confermata dal fatto che talune opere non erano più menzionate nel secondo capitolato al fine di lasciare maggior spazio all'iniziativa degli offerenti, e dalla formulazione degli artt. 5, nn. 13 e 16, e 29 del secondo capitolato.

63. Tale argomento deve essere respinto.

64. Infatti, occorre rilevare che, allo scopo di chiarire i requisiti di una concessione, è talvolta inevitabile che il bando od il capitolato rinvii alla normativa nazionale riguardante specifiche tecniche in materia di sicurezza, di salute, di tutela dell'ambiente o di requisiti di altro tipo. Questa possibilità di rinvio, tuttavia, non può esimere l'autorità concedente dagli obblighi di pubblicità imposti dalla direttiva 93/37, in base ai quali l'oggetto della concessione di cui trattasi deve essere definito nel bando e nel capitolato che devono contenere gli elementi di informazione di cui al punto 55 della presente sentenza. Non può nemmeno ritenersi ammissibile, al fine di rilevare il vero oggetto di una concessione, la necessità d'interpretare il bando od il capitolato alla luce di una siffatta normativa.

65. Tale requisito dev'essere interpretato restrittivamente. Di conseguenza, la Corte, nell'ambito di un appalto pubblico di lavori, ha escluso la legittimità di un rinvio, contenuto nel capitolato d'oneri, alla normativa nazionale riguardante la possibilità per gli offerenti di presentare varianti nelle loro offerte, conformemente all'art. 19, primo e secondo comma, della direttiva 93/37, non essendo

precisate nel capitolato le condizioni minime che tali varianti dovevano rispettare (v. sentenza 16 ottobre 2003, causa C-421/01, Traunfellner, Racc. pag. I-11941, punti 27-29). Per quanto attiene all'obbligo di trasparenza volto a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti, al quale deve ispirarsi l'intera procedura di aggiudicazione dell'appalto disciplinata dalla direttiva 93/37, tale conclusione della Corte si applica parimenti in materia di concessioni di lavori».

8.6. Sulla possibilità degli offerenti di rettificare la documentazione da presentare in sede di partecipazione

28 febbraio 2018, *MA.T.I. SUD SpA*, cause riunite C-523/16 e C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122

La domanda di pronuncia pregiudiziale ha riguardato la compatibilità con il diritto dell'Unione del meccanismo del c.d. soccorso istruttorio a pagamento, di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale, come noto, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive richieste ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici obbligava il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara.

In particolare, tale previsione aveva suscitato taluni dubbi di conformità sia rispetto all'art. 51 della direttiva 2004/18/CE, la quale prevedeva la possibilità, per le imprese partecipanti, di integrare o chiarire il contenuto di certificati e di documenti presentati in sede di gara senza dover procedere al pagamento di alcuna sanzione, sia rispetto ai principi di proporzionalità, di tassatività delle cause di esclusione, di trasparenza delle procedure competitive, di parità di trattamento e di massima concorrenza.

Investita della questione interpretativa su rinvio pregiudiziale proposto dal Tar Lazio, la Corte di Giustizia ha chiarito che:

«44. In primo luogo, si deve ricordare che l'articolo 51 della direttiva 2004/18 prevede che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 di tale direttiva.

45. Tale disposizione si limita quindi a prevedere la semplice possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di invitare coloro che presentano un'offerta nell'ambito di una procedura di gara

d'appalto a integrare o a chiarire la documentazione da fornire in sede di valutazione delle condizioni di ricevibilità della loro offerta, che dimostri la loro capacità economica e finanziaria e le loro conoscenze o capacità professionali e tecniche. Né tale disposizione né alcun'altra disposizione della direttiva 2004/18 contengono precisazioni sulle modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire o sulle condizioni alle quali essa può eventualmente essere soggetta.

46. Ne consegue che, nell'ambito delle misure di trasposizione della direttiva 2004/18 che gli Stati membri devono adottare, questi ultimi sono liberi, in linea di principio, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, non solo di prevedere una siffatta possibilità di regolarizzazione delle offerte nel loro diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 35), ma anche di regolamentarla.

47. Gli Stati membri possono quindi, a tale titolo, decidere di subordinare tale possibilità di regolarizzazione al pagamento di una sanzione pecuniaria, come prevede nella fattispecie l'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici.

48. Tuttavia, quando si avvalgono della facoltà prevista all'articolo 51 della direttiva 2004/18, gli Stati membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, punto 34).

49. Occorre anche ricordare che l'articolo 51 della direttiva 2004/18 non può essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente (sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 46, e del 10 novembre 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30).

50. In secondo luogo, sebbene la direttiva 2004/17 non contenga disposizioni equivalenti all'articolo 51 della direttiva 2004/18, la Corte ha statuito che nessuna di queste due direttive ostava a che i dati relativi a un'offerta potessero essere corretti o completati su singoli punti, in particolare ove necessitassero evidentemente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 29, e giurisprudenza ivi citata).

51. La Corte ha così in particolare affermato che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati (v., in tal senso, sentenze del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 33).

52. Una siffatta richiesta non può infatti condurre alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV

Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 31).

53. In terzo luogo, si deve ricordare che, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta sia dal considerando 9 della direttiva 2004/17 sia dal considerando 2 della direttiva 2004/18, le misure adottate dagli Stati membri non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punti 48 e 61; del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 29).

54. È alla luce delle suesposte considerazioni che spetta al giudice del rinvio, il solo competente ad accertare e valutare i fatti delle controversie principali, esaminare se, tenuto conto delle circostanze, le regolarizzazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici riguardassero la comunicazione di documenti la cui mancanza doveva comportare l'esclusione degli offerenti o se, al contrario, costituissero con tutta evidenza semplici richieste di chiarimenti in merito a offerte che dovevano essere corrette o completate su singoli punti o essere oggetto di una correzione di errori materiali manifesti».

2 maggio 2019, *Lavorgna Srl c. Comune di Montelanico*, causa C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Lavorgna Srl e il Comune di Montelanico relativa all'aggiudicazione di una gara pubblica a una società che aveva omesso di indicare separatamente i costi della manodopera nella propria offerta economica e ha riguardato la corretta interpretazione della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Nello specifico, la Lavorgna Srl aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato dal suddetto Comune, sottolineando come la ditta selezionata dalla stazione appaltante fosse stata ammessa, dopo la scadenza dei termini di partecipazione, ad integrare la propria offerta, tramite la nota procedura del soccorso istruttorio, con l'indicazione dei predetti costi. Integrazione che, al contrario, avrebbe dovuto essere vietata dall'amministrazione aggiudicatrice in applicazione del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Dubitando della compatibilità della citata disposizione nazionale rispetto ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità di cui alla direttiva 2014/24/UE, in particolare nell'ipotesi in cui l'offerta economica di un concorrente, che non riporta separatamente i

costi della manodopera, sia stata redatta in conformità alla documentazione all'uopo predisposta dall'amministrazione aggiudicatrice, il Tar Lazio ha rimesso la questione interpretativa alla Corte di Giustizia, la quale ha affermato che:

«20. [...] la Corte ha statuito che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32).

21. Questi stessi principi non possono invece, di norma, ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore.

22. Una simile considerazione s'impone a maggior ragione in quanto, secondo una giurisprudenza costante della Corte, nell'ipotesi in cui i documenti relativi all'appalto pubblico imponessero chiaramente taluni obblighi a pena di esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica a omissioni concernenti i medesimi obblighi (v., per analogia, sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10 novembre 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30).

23. A tale riguardo, occorre aggiungere che l'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 autorizza gli Stati membri a limitare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato.

24. Infine, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, una normativa nazionale riguardante le procedure d'appalto pubblico finalizzata a garantire la parità di trattamento degli offerenti non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (v., in tal senso, sentenza dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

25. Nel caso di specie, dagli elementi forniti dal giudice del rinvio emerge che l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare separatamente i costi della manodopera discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo, in vigore al momento della pubblicazione del bando di gara oggetto del procedimento principale. Sulla scorta dell'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, il legislatore italiano ha deciso, all'articolo 83, comma 9, del succitato codice, di escludere dalla procedura di soccorso

istruttorio, in particolare, l'ipotesi in cui le informazioni mancanti riguardino i costi della manodopera.

26. Inoltre, sebbene il giudice del rinvio rilevi che il bando di gara di cui al procedimento principale non richiamava espressamente l'obbligo incombente ai potenziali offerenti, previsto all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, di indicare, nell'offerta economica, i loro costi della manodopera, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la Corte risulta tuttavia che il bando in parola specificava che, «[p]er quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara si applicano le norme del [codice dei contratti pubblici]».

27. Ne consegue che qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara di cui al procedimento principale, incluso l'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera.

28. Da quanto precede deriva dunque che i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio, anche in un caso in cui il bando di gara non richiamasse espressamente l'obbligo legale di fornire detta indicazione.

29. Tuttavia, dalle osservazioni scritte sottoposte alla Corte dalla Gea emerge che il modulo predisposto che gli offerenti della gara d'appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice.

30. Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice».

9.SUBAPPALTO

9.1. Sulla possibilità di un operatore economico di eseguire l'appalto attraverso risorse appartenenti ad altri soggetti

2 dicembre 1999, *Holst Italia SpA c. Comune di Cagliari*, causa C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593

La questione pregiudiziale è stata proposta dal Tar Sardegna nell'ambito di una controversia tra la Holst Italia SpA e il Comune di Cagliari relativa all'assegnazione mediante procedura di licitazione

privata, da parte del predetto Comune, di un servizio di raccolta e depurazione di liquami civili e ha avuto ad oggetto l'interpretazione della direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992.

Nello specifico, la Holst Italia aveva contestato in giudizio l'aggiudicazione del suddetto servizio in ragione del fatto che la ditta vincitrice, per dimostrare il possesso dei requisiti di fatturato e di esperienza gestionale prescritti dal bando di gara, aveva fornito una documentazione relativa alle risorse possedute da un altro soggetto.

In risposta al quesito interpretativo posto dal giudice del rinvio, la Corte di Giustizia ha dunque affermato che:

«24. A tal fine, nel capitolo 1 del titolo VI della direttiva 92/50 si enunciano regole comuni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, nel novero delle quali figurano la possibilità di subappaltare una parte dell'appalto a terzi (art. 25) e la possibilità per i raggruppamenti di prestatori di servizi di presentare offerte senza che possa essere loro richiesta una forma giuridica specifica per la presentazione della loro offerta (art. 26).

25. Inoltre, i criteri di selezione qualitativa stabiliti al capitolo 2 del titolo VI della direttiva 92/50 hanno come unico scopo di definire le regole di valutazione oggettiva della capacità degli offerenti, in particolare in materia finanziaria ed economica ed in materia tecnica. Una di esse, prevista all'art. 31, n. 3, permette al prestatore di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga appropriato. Un'altra di tali disposizioni, figurante all'art. 32, n. 2, lett. c), prevede espressamente la possibilità di comprovare la capacità tecnica del prestatore mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi parte integrante o meno dell'impresa del prestatore di servizi, di cui quest'ultimo disporrà per l'esecuzione del servizio (v. nello stesso senso, per quanto riguarda la direttiva 71/305, sentenza Ballast Nedam Groep I, citata, punto 12).

26. Risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa (v., nello stesso senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, sentenza Ballast Nedam Groep I, citata, punto 15).

27. Pertanto è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto.

28. Tuttavia tale ricorso a referenze esterne non può essere ammesso senza condizioni. Infatti, spetta all'autorità aggiudicatrice, come precisato dall'art. 23 della direttiva 92/50, procedere alla verifica dell'idoneità dei prestatori di servizi conformemente ai criteri elencati. Tale verifica è diretta, in particolare, a dare all'autorità aggiudicatrice la garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione mezzi di qualsiasi genere di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto.

29 Pertanto, qualora, per dimostrare le sue capacità finanziarie, economiche e tecniche al fine di essere ammessa a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, una società faccia riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, di qualunque natura giuridica essi siano, spetta ad essa dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non le appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (v., in tal senso, per quanto riguarda le direttive 71/304 e 71/305, citata sentenza Ballast Nedam Groep I, punto 17).

30 Spetta al giudice nazionale valutare la pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine. Nell'ambito di tale controllo, la direttiva 92/50 non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo d'imprese».

18 marzo 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, causa C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia instaurata dalle società Siemens e ARGE Telekom in merito a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture e di servizi. In particolare, secondo il bando di gara, al fine di assicurare la buona esecuzione sul piano tecnico del suddetto appalto, il ricorso all'istituto del subappalto sarebbe stato consentito nella misura massima del 30% e solo nel caso in cui le prestazioni principali inerenti al contratto fossero state comunque eseguite dall'offerente.

Dubitando della legittimità della suddetta previsione della lex specialis rispetto agli artt. 25 e 32 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, che ha modificato la direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, il Bundesvergabeamt austriaco ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in ordine a tale questione interpretativa, la quale ha così evidenziato che:

«42. A tale proposito occorre ricordare che la direttiva 92/50, la quale mira a rimuovere gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, prevede espressamente, all'art. 25, la possibilità per gli offerenti di subappaltare a terzi parti dell'appalto. Infatti, secondo la detta disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale offerente d'indicare, nella sua offerta, le parti del detto appalto che egli intende subappaltare. Inoltre, quanto ai criteri di selezione qualitativa, l'art. 32, n. 2, lett. c) e h), della detta direttiva prevede espressamente la possibilità di fornire la prova della capacità tecnica del prestatore di servizi mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo a tale prestatore di servizi, dei quali si avvarrà per l'esecuzione del servizio, oppure mediante l'indicazione della quota del contratto che intende eventualmente subappaltare.

43. Come statuito dalla Corte ai punti 26 e 27 della citata sentenza Holst Italia, risulta sia dall'oggetto sia dalla formulazione di tali disposizioni che una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono ad uno o più soggetti diversi da essa. Ciò implica che è consentito ad un prestatore che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di far valere presso l'autorità aggiudicatrice le capacità di terzi cui intende fare riferimento qualora gli venga aggiudicato l'appalto.

44. Tuttavia, secondo la Corte, spetta al prestatore che intende fare riferimento alle capacità di soggetti o di imprese ai quali è direttamente o indirettamente legato, al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio e che sono necessari all'esecuzione dell'appalto (sentenza Holst Italia, cit., punto 29).

45. Come giustamente rilevato dalla Commissione delle Comunità europee, un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto non è contrario alla direttiva 92/50, proprio quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente.

46. Discende da quanto precede che la premessa sulla quale si fonda la seconda questione sarebbe esatta solo qualora fosse accertato che il punto 1.8 del bando di gara vieta, nella fase della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario dell'appalto, che quest'ultimo subappalti prestazioni essenziali del contratto. Infatti, un soggetto che fa valere le capacità tecniche ed economiche di terzi cui intende fare riferimento se l'appalto gli viene attribuito può essere escluso solo qualora non sia in grado di dimostrare di disporre effettivamente di tali capacità.

47. Orbene, risulta che il punto 1.8 del bando di gara non riguarda la fase della valutazione e della selezione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, bensì la fase della sua esecuzione, e mira proprio ad evitare che l'esecuzione delle parti essenziali dell'appalto sia affidata a soggetti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice non ha potuto accertare le capacità tecniche ed economiche al momento della selezione dell'aggiudicatario. Spetta al giudice nazionale verificare se si sia verificata tale circostanza».

9.2. Sui limiti percentuali all'utilizzabilità dell'istituto

22 ottobre 2015, *Impresa Edilux Srl*, causa C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721

La domanda di pronuncia pregiudiziale ha riguardato la corretta interpretazione dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 ed è stata proposta nell'ambito di una controversia - tra l'Impresa Edilux Srl, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita tra la stessa e la SICEF, e l'Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana - relativa all'esclusione da una gara pubblica del predetto ATI per non aver depositato, unitamente all'offerta, una dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità predisposto dalla stazione appaltante.

In particolare, tra gli impegni non sottoscritti dalle due società, vi era la dichiarazione secondo la quale queste ultime non avrebbero subappaltato lavorazioni di alcun tipo ad altri operatori economici partecipanti alla gara.

Impugnato il provvedimento dell'Assessorato siciliano e giunti davanti al CGARS, il giudice del rinvio, dopo aver precisato che i predetti protocolli di legalità sono stati introdotti nell'ordinamento italiano allo specifico fine di prevenire e contrastare il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, ha chiesto alla Corte di Giustizia di esprimersi in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione di una siffatta causa di esclusione. In materia la Corte ha statuito che:

«26. La Corte ha già dichiarato che va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati (v., in tal senso, sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32 nonché giurisprudenza citata).

27. Secondo il giudice del rinvio, un protocollo di legalità come quello di cui trattasi nel procedimento principale è finalizzato a prevenire e a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata, che è molto radicata in alcune regioni del sud Italia. Esso è funzionale altresì alla tutela dei principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione in materia di appalti pubblici.

28. Si deve necessariamente constatare che, ostacolando l'attività criminale e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione.

29. Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere

l'obiettivo perseguito (v., in tal senso, sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 33 e giurisprudenza citata).

30. Al riguardo si deve, in primo luogo, respingere l'argomento della Edilux e della SICEF secondo il quale una dichiarazione di accettazione di determinati impegni costituisce uno strumento inefficace per contrastare l'infiltrazione della criminalità organizzata poiché il rispetto di tali impegni può essere verificato solo successivamente all'aggiudicazione dell'appalto considerato.

31. Infatti, il giudice del rinvio precisa che, per essere obbligatorie, le clausole dei protocolli di legalità devono essere previamente accettate quale condizione di ammissione alla procedura di affidamento dell'appalto e che, se fosse suscettibile di sanzione unicamente la loro inosservanza in fase di esecuzione, verrebbe meno l'effetto di anticipazione massima della soglia di tutela e di deterrenza. In tali circostanze, tenuto conto del potere discrezionale riconosciuto agli Stati membri e ricordato al punto 26 della presente sentenza, non si può ritenere che l'obbligo di dichiarare l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità sin dall'inizio della partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un appalto ecceda quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

[...]

35. Tuttavia, il punto e) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale include una dichiarazione secondo la quale il partecipante non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti.

36. Orbene, come rilevato dalla Commissione europea nelle sue osservazioni scritte, dalla giurisprudenza della Corte deriva che l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una tale situazione con altri candidati o offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza. Una siffatta esclusione automatica costituisce, infatti, una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto (v., in tal senso, sentenze Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punti da 28 a 30, nonché Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 39 e 40).

37. In detto punto e) figura altresì una dichiarazione secondo la quale il partecipante non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara. Una siffatta dichiarazione, escludendo qualsiasi accordo tra i partecipanti, compresi gli accordi non idonei a restringere il gioco della concorrenza, eccede quanto necessario al fine di salvaguardare il principio di concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici. Per tale circostanza, una siffatta dichiarazione si distingue da quella di cui al punto g) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale.

38. Ne deriva che un obbligo per un partecipante a un appalto pubblico di dichiarare, da un lato, l'assenza di situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti e, dall'altro, l'assenza di accordi con altri partecipanti alla gara d'appalto, con la conseguenza che, senza una siffatta dichiarazione, esso è automaticamente escluso da tale procedura, è contrario al principio di proporzionalità.

39. Considerazioni simili devono altresì applicarsi per quanto riguarda la dichiarazione di cui al punto f) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale, ai sensi della quale il partecipante dichiara che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara e che è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati. Una tale dichiarazione, infatti, implica una presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario. Così, una siffatta dichiarazione eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi».

14 luglio 2016, *Wrocław*, Causa C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562

La pronuncia pregiudiziale in questione ha avuto ad oggetto l'interpretazione dell'art. 25 della direttiva 2004/18/CE.

Nel caso concreto, la città di Wroclaw aveva avviato una procedura ristretta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico relativo alla costruzione di una strada tangenziale, prevedendo nel relativo capitolato d'oneri che l'operatore economico aggiudicatario della gara avrebbe dovuto eseguire, avvalendosi di risorse proprie, almeno il 25% dei lavori compresi nell'appalto. La procedura in oggetto aveva beneficiato, in particolare, di un aiuto finanziario dell'Unione europea, erogato in applicazione di un programma operativo di aiuti comunitari in materia di infrastrutture e di ambiente.

In seguito ad un procedimento amministrativo di controllo avviato dalle competenti autorità nazionali, era stata, tuttavia, imposta alla città di Wroclaw una rettifica finanziaria del progetto, in ragione dell'asserita violazione, da parte dell'ente locale polacco, della richiamata direttiva 2004/18.

Su rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale amministrativo di Varsavia, la Corte di Giustizia ha precisato sul punto che:

«31. Ai sensi del primo comma dell'articolo 25 della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di

indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

32. Come la Corte ha constatato al punto 31 della sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), con tale articolo la direttiva ammette il ricorso al subappalto, senza indicare limitazioni in proposito.

33. Al contrario, l'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva – prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato.

34. Tuttavia, qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, conformemente all'articolo 25, primo comma, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario (v., in tal senso, sentenza del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45).

35. Questa non è tuttavia la portata di una clausola quale quella di cui al procedimento principale, che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe. Sotto tutti tali profili, una clausola del genere risulta incompatibile con la direttiva 2004/18, pertinente nell'ambito del procedimento principale».

27 ottobre 2016, *Hörmann Reisen GmbH c. Stadt Augsburg*, Causa C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia, tra la Hörmann Reisen GmbH e la città di Augusta (Germania), relativa alla regolarità di una gara d'appalto per l'affidamento di un servizio di trasporto di passeggeri con autobus e ha riguardato l'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 7, e dell'art. 5, paragrafo 1, del regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007.

Nel caso di specie, in particolare, il bando di gara aveva previsto che i partecipanti fossero autorizzati ad assegnare in subappalto fino al 30% della prestazione offerta.

Chiamata a pronunciarsi in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione della predetta clausola del bando, dopo aver escluso l'applicabilità delle direttive 2004/17 o 2004/18 in materia di contratti pubblici, dato che l'oggetto della procedura non poteva essere ricondotto all'istituto della concessione di servizi, la Corte di Giustizia ha chiarito che:

«51. Da ciò si evince che il legislatore dell'Unione, per quanto riguarda il subappalto della gestione e della prestazione di un servizio pubblico di trasporti disciplinato dal suddetto regolamento, ha conferito alle autorità competenti un ampio potere discrezionale.

52. Occorre in proposito rilevare che, essendo lecito che un'amministrazione aggiudicatrice vieti il subappalto di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus all'aggiudicatario dell'appalto, in caso di aggiudicazione di tale appalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, il potere discrezionale menzionato al punto precedente comprende la possibilità di vietare il subappalto soltanto per una parte dell'appalto.

53. Inoltre, qualora il subappalto sia previsto nell'ambito della gestione e della prestazione del servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, seconda frase, del regolamento n. 1370/2007 non autorizza, per l'appalto interessato, un subappalto integrale, poiché prescrive che l'operatore a cui è affidato tale servizio è tenuto a fornire direttamente una parte importante del medesimo. Soltanto nel caso in cui il contratto di servizio pubblico comprenda allo stesso tempo la progettazione, la costruzione e la gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri è possibile, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, terza frase, di tale regolamento, il subappalto integrale per la gestione di tali servizi.

54. Di conseguenza, l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice limiti, in modo significativo, la possibilità di fare ricorso al subappalto nell'ambito di un appalto come quello oggetto del procedimento principale».

5 aprile 2017, *UAB "Borta" c. Klaipėdos*, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia, tra la ditta «Borta» UAB e la Direzione del porto marittimo di Klaipėda (Lituania), relativa alla legittimità del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori e ha avuto ad oggetto l'interpretazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004.

In particolare, la società aveva contestato in giudizio che il predetto capitolato d'oneri, in applicazione dell'art. 24 della legge nazionale relativa agli appalti pubblici, avesse stabilito che, in

caso di ricorso all'istituto del subappalto l'aggiudicatario sarebbe stato comunque obbligato a realizzare l'opera principale, come descritta dall'amministrazione aggiudicatrice.

Dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione di una siffatta previsione, la Corte Suprema della Lituania ha sottoposto il quesito interpretativo alla Corte di Giustizia, la quale ha osservato che:

«49. Orbene, una disposizione nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, può ostacolare, scoraggiare o rendere meno attraente la partecipazione di operatori economici con sede in altri Stati membri alla procedura di gara o all'esecuzione di un appalto pubblico come quello di cui trattasi nel procedimento principale, poiché essa impedisce a tali operatori sia di subappaltare a terzi tutto o parte delle opere qualificate come «principali» dall'ente aggiudicatore, sia di proporre i loro servizi in quanto subappaltatori per tale parte dei lavori.

50. Pertanto, detta disposizione costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

51. Tuttavia, una restrizione siffatta può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine (v., in tal senso, sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44).

52. Nel procedimento principale, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che, da un lato, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici mira a garantire un'esecuzione corretta dei lavori. Così, tale disposizione sarebbe stata adottata in particolare allo scopo di ostacolare una pratica esistente che consiste, per un offerente, nel far valere capacità professionali al solo fine di aggiudicarsi l'appalto di cui trattasi, con l'intento, non già di eseguire esso stesso i lavori, bensì di affidarne la maggior parte o la quasi totalità a subappaltatori, pratica che comprometteva la qualità degli stessi lavori e la loro corretta realizzazione. Dall'altro lato, nel limitare il ricorso al subappalto alle opere qualificate come «non principali», l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici mirerebbe a incoraggiare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici in qualità di co-offerenti nell'ambito di un gruppo di operatori economici anziché in quanto subappaltatori.

53. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'obiettivo attinente all'esecuzione corretta dei lavori, esso dev'essere considerato legittimo.

54. Tuttavia, sebbene non sia escluso che un siffatto obiettivo possa giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto (v., in tal senso, sentenze del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45, e del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 34), va ritenuto che una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, eccede quanto necessario al fine di raggiungere tale obiettivo, in quanto vieta in modo generale un siffatto ricorso al subappalto per le opere qualificate come «principali» dall'ente aggiudicatore.

55. Tale divieto, infatti, si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori nonché dalle qualifiche dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte di tale ente.

56. Certamente, l'ente aggiudicatore resta libero di definire le opere che devono essere qualificate come «principali». Tuttavia, esso rimane tenuto a prevedere, per tutti gli appalti, che l'insieme di tali opere sarà realizzato dall'offerente stesso. Infatti, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici vieta il ricorso al subappalto per dette opere, incluso nei casi in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le capacità dei subappaltatori interessati e ritenga dopo tale verifica, che un siffatto divieto non sia necessario alla corretta esecuzione dei lavori, in considerazione, in particolare, della natura dei compiti che l'offerente intende delegare a detti subappaltatori.

57. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, una misura alternativa meno restrittiva e che garantisca la realizzazione dell'obiettivo perseguito avrebbe potuto consistere nel richiedere agli offerenti di indicare, nell'offerta, la parte dell'appalto e i lavori che essi hanno intenzione di subappaltare, i subappaltatori proposti e le loro capacità. Si potrebbe anche prevedere, in particolare, la possibilità per l'ente aggiudicatore di vietare agli offerenti di sostituire subappaltatori se tale ente non abbia potuto verificare previamente l'identità e la capacità di questi ultimi».

26 settembre 2019, *Vitali SpA c. Autostrade per l'Italia SpA*, causa C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Vitali SpA e Autostrade per l'Italia SpA relativa alla decisione di quest'ultima, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, di escludere la prima da una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico per avere superato il limite al ricorso del subappalto del 30% del valore complessivo del contratto di cui all'art. 105, paragrafo 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo il giudice del rinvio, in particolare, la previsione del suddetto limite generale per il subappalto avrebbe reso più difficoltoso l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche, in contrasto con la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, con l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE nonché con il principio europeo di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Al contrario, secondo la tesi sostenuta dal governo italiano, la limitazione al subappalto di cui al predetto articolo troverebbe fondamento nella circostanza secondo la quale nel nostro ordinamento il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti maggiormente a rischio di infiltrazioni criminali. Sul punto la Corte di Giustizia ha statuito che:

«38. Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

39. A tal riguardo, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38).

40. Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).

41. Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.

42. Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.

43. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24».

27 novembre 2019, *Tedeschi Srl c. C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza*, Causa C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023.

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico di servizi, indetta dall'Università degli studi di Roma La Sapienza ed aggiudicata dalla Tedeschi Srl, ed ha avuto ad oggetto la corretta interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE e dell'art. 25 della direttiva 2004/18/CE.

Nel caso di specie, la C.M. Service Srl (seconda classificata) aveva impugnato l'aggiudicazione della predetta gara deducendo due principali motivi di ricorso: 1) la violazione dei limiti di ammissibilità del subappalto di cui all'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, dato che la quota parte delle prestazioni che l'aggiudicatario intendeva subappaltare rappresentava oltre il 30% dell'importo complessivo del contratto; 2) la violazione dell'art. 118, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, il quale statuisce che il ribasso della remunerazione corrisposta alle imprese subappaltanti non possa essere superiore al 20% rispetto ai prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione.

In risposta ai dubbi interpretativi sollevati dal giudice del rinvio in merito alla compatibilità con il diritto dell'UE delle predette disposizioni italiane, la Corte di Giustizia ha affermato che:

«36. [...] la direttiva 2004/18 sancisce la facoltà, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto (v., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punti da 31 a 33).

37. Tuttavia, qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle loro offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, conformemente all'articolo 25, primo comma, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario (sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

38. Tale non è, però, la portata di una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe. Sotto tutti questi profili, una normativa che preveda un limite come quello del 30% risulta incompatibile con la direttiva 2004/18 (v., per analogia, sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 35).

[...]

58. Orbene, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il limite del 20% si impone in modo imperativo, a pena di esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Inoltre, da tale domanda discende che detto limite è definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, nel caso di un dato appalto, al fine di assicurare ai lavoratori di un subappaltatore interessati una tutela salariale minima. Il medesimo limite si applica altresì a prescindere dal settore economico o dall'attività interessata e indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione delle leggi, dei regolamenti o dei contratti collettivi, tanto nazionali quanto dell'Unione europea, in vigore in materia di condizioni di lavoro, che sarebbero normalmente applicabili a detti lavoratori.

59. Ne consegue che il limite del 20% è idoneo a rendere meno allettante la possibilità offerta dalla direttiva 2004/18 di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, dal momento che tale normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità. Orbene, un tale effetto dissuasivo contrasta con l'obiettivo, ricordato al punto 39 della presente sentenza e perseguito dalle direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

[...]

62. È altresì vero che la direttiva 2004/18 prevede espressamente, al suo articolo 26, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione di un appalto, le quali possono basarsi in particolare su considerazioni sociali.

63. Tuttavia, anche supponendo che i requisiti in materia di prezzi prescritti dalla normativa nazionale di cui trattasi possano essere qualificati come «condizioni particolari in merito all'esecuzione di un appalto», segnatamente come «considerazioni sociali», «precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri», ai sensi dell'articolo 26 della direttiva 2004/18, ciò non toglie che, conformemente a quest'ultima disposizione, siffatti requisiti possono essere imposti solo purché siano compatibili con il diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 18 settembre 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 28).

64. Orbene, non si può ritenere che una normativa nazionale, come quella descritta ai punti 55, 58 e 59 della presente sentenza, riconosca ai lavoratori una tutela tale da giustificare un limite al ricorso al subappalto come il limite del 20%.

65. Infatti, un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale. Infatti, come ricordato ai punti 55 e 58 della presente sentenza, il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati».

9.3. Esclusione di un operatore economico per aver ricorso al subappalto in assenza di autorizzazione

3 ottobre 2019, *Delta Antrepriz de Construc ii SA c. Compania Na ional de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, Causa C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito *di una controversia - tra la ditta Delta SA, quale mandataria di un'associazione temporanea di imprese, e la CNAIR, nella qualità di amministrazione aggiudicatrice - relativa all'esclusione di un'ATI da una procedura pubblica per l'aggiudicazione di un appalto di lavori per la realizzazione dell'ampliamento di una strada nazionale.*

In particolare, il provvedimento di esclusione trovava fondamento nella circostanza in base alla quale, nell'ambito di una precedente procedura competitiva, la Delta avesse fatto ricorso al subappalto senza la necessaria autorizzazione della stazione appaltante e che, di conseguenza, il relativo contratto sottoscritto con la società fosse stato risolto.

Nel contestare in giudizio la suddetta decisione, la ditta esclusa aveva osservato che la condotta posta in essere nell'ambito della precedente gara non potesse in ogni caso rientrare tra le ipotesi di «significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto» di cui al citato art. 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24/UE, ma dovesse essere considerata, al contrario, al pari di una mera irregolarità non suscettibile di essere sanzionata con l'esclusione dalla procedura.

Pronunciandosi in via pregiudiziale su rinvio disposto dalla Corte d'appello di Bucarest, la Corte di Giustizia ha dunque chiarito che:

«25. Come risulta dal tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, il legislatore dell'Unione ha inteso conferire all'amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico (sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punto 34).

26. Tale facoltà spettante a qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a permettere all'amministrazione aggiudicatrice interessata di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti. In particolare, la causa facoltativa di esclusione menzionata all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, letto in combinato disposto con il considerando 101 di quest'ultima, si fonda su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia

che in esso ripone la seconda (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 29 e 30).

27. L'instaurazione di un rapporto di fiducia tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario presuppone dunque che tale amministrazione non sia automaticamente vincolata dalla valutazione compiuta, nell'ambito di un precedente appalto pubblico, da un'altra amministrazione aggiudicatrice, affinché in particolare l'amministrazione di cui sopra sia in grado di prestare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento di applicare le cause facoltative di esclusione (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 30 e 32). Tale principio esige infatti che l'amministrazione aggiudicatrice esamini e valuti essa stessa i fatti. A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, risulta dal tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24 che l'irregolarità commessa dall'offerente deve essere stata sufficientemente grave per giustificare la risoluzione del contratto di appalto tenuto conto del principio di proporzionalità.

28. Ne consegue che un'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere dalla decisione di un'altra amministrazione aggiudicatrice di risolvere un precedente contratto di appalto pubblico, per il fatto che l'aggiudicatario avrebbe affidato in subappalto una parte dei lavori senza la previa autorizzazione dell'amministrazione medesima, che tale aggiudicatario si sia reso colpevole di significative o persistenti carenze, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, in riferimento all'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa a tale appalto pubblico.

[...]

30. Nelle circostanze di cui al procedimento principale, la CNAIR deve in particolare stabilire se, a suo avviso, il ricorso da parte dell'ATI n. 1 ad un subappaltatore senza aver previamente richiesto l'autorizzazione del Comune costituisse una significativa carenza e, in caso di risposta affermativa, se tale carenza pregiudicasse l'adempimento di una prescrizione sostanziale incombente all'aggiudicatario nel quadro dell'appalto n. 1.

31. A questo scopo, la CNAIR deve valutare l'importanza della parte dell'appalto n. 1 che è stata affidata in subappalto e stabilire, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 45 delle sue conclusioni, se l'intervento del subappaltatore abbia avuto un'incidenza negativa sull'esecuzione di tale appalto.

[...]

34. Per giunta, incombe alla CNAIR valutare se, non informandola della risoluzione dell'appalto n. 1, l'ATI n. 2 non abbia adottato un comportamento nel senso contemplato dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24. Infatti, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 53 delle sue conclusioni, tale disposizione contempla sia un comportamento attivo, come una falsificazione, sia un comportamento omissivo, dato che la comunicazione di false informazioni è, alla stessa stregua della dissimulazione di informazioni vere, suscettibile di avere un'incidenza sulla decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice».

9.4. Esclusione di un operatore economico per motivi riguardanti un subappaltatore menzionato nell'offerta

30 gennaio 2020, *Tim SpA c. Consip SpA e Ministero dell'Economia e delle Finanze*, causa C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia relativa ad una procedura pubblica indetta da Consip SpA ed avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 57, paragrafo 4, e dell'art. 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE.

In particolare, l'amministrazione aggiudicatrice aveva constatato alla Tim SpA che uno dei subappaltatori menzionati nella sua offerta fosse risultato non in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro dei disabili. Circostanza che aveva dunque determinato la diretta esclusione dalla gara della predetta società, in applicazione dell'art. 80, comma 5, lettera i), del d.lgs. n. 50/2016.

Ricorrendo davanti al Tar Lazio, la ditta esclusa ha dedotto, tra le altre censure, quella relativa al fatto che, ai sensi delle richiamate disposizioni della direttiva 2014/24, l'accertamento di un motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore non potesse condurre all'applicazione di una sanzione più grave della sostituzione dello stesso subappaltatore da parte del concorrente. Sul punto la Corte di Giustizia ha statuito che:

«43. [...] l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata.

44. Ciò premesso, occorre ricordare, come si è indicato al punto 33 della presente sentenza, che gli Stati membri, allorché specificano le condizioni di applicazione dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, devono, a norma del paragrafo 7 di tale articolo, rispettare il diritto dell'Unione.

45. A questo proposito, occorre ricordare, da un lato, che le amministrazioni aggiudicatrici devono, per tutta la durata della procedura, rispettare i principi valevoli per l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità (sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787,

punto 39 e la giurisprudenza ivi citata), e, dall'altro lato, che, in osservanza del principio di proporzionalità che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva di cui sopra, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 2016, Ambisig, C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 nonché la giurisprudenza ivi citata).

46. Così, in primo luogo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice si attivi per verificare nel corso della procedura di aggiudicazione di appalto, conformemente all'obbligo gravante su di essa in forza dell'articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 40 di quest'ultima, se esistano motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della medesima direttiva, e la normativa nazionale stabilisca che detta amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico in ragione di una violazione, da parte di un subappaltatore, degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, essa è tenuta, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento, a verificare l'esistenza di qualsiasi violazione degli obblighi suddetti nei confronti non soltanto di tutti gli operatori economici che hanno presentato un'offerta, ma anche di tutti i subappaltatori indicati da tali operatori nelle loro rispettive offerte.

47. Dal momento che tale verifica uniforme interviene nella fase della procedura di affidamento dell'appalto, occorre precisare che il principio della parità di trattamento non osta a che una normativa nazionale stabilisca che la constatazione di una violazione, in capo ad un subappaltatore, dopo l'attribuzione dell'appalto non determina l'esclusione dell'aggiudicatario, bensì soltanto la sostituzione del subappaltatore. Infatti, nella misura in cui tutti gli operatori economici e tutti i subappaltatori indicati nelle offerte di tali operatori siano stati sottoposti, nel corso della procedura di aggiudicazione dell'appalto, ad un processo di verifica condotto dall'amministrazione aggiudicatrice secondo identiche condizioni, occorre considerare che tali operatori e subappaltatori sono stati, sotto questo aspetto, trattati su un piede di parità durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto, dato che il principio della parità di trattamento non impedisce che sia prevista una regola differente qualora la violazione abbia potuto essere accertata soltanto successivamente nel corso della fase di esecuzione dell'appalto.

48. Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di proporzionalità, occorre ricordare, oltre alla giurisprudenza menzionata al punto 45 della presente sentenza, che dal considerando 101, terzo comma, della direttiva 2014/24 risulta che, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi come quello enunciato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi. Tale attenzione deve essere ancor più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta per una violazione commessa non da lui

direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari.

49. La necessità di rispettare il principio di proporzionalità risulta parimenti rispecchiata all'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24, in virtù del quale un operatore economico, che si trovi segnatamente nella situazione contemplata all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva, anche quando – come risulta dal punto 43 della presente sentenza – ciò derivi da una violazione constatata nei confronti di un subappaltatore indicato nell'offerta, può fornire delle prove al fine di attestare che le misure da esso prese sono sufficienti per dimostrare la sua affidabilità malgrado l'esistenza di detto motivo di esclusione. L'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24 precisa che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tale disposizione introduce dunque un meccanismo di misure correttive (self-cleaning) che sottolinea l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico (sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 40 e 41).

50. Ne consegue che l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ove corra il rischio di essere escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto a motivo di una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imputabile ad uno dei subappaltatori di cui esso intende avvalersi, può dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di essere tuttora affidabile malgrado l'esistenza di un siffatto motivo di esclusione, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice, a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, terzo comma, della direttiva 2014/24, valutare gli elementi di prova forniti da tale operatore in funzione della gravità della situazione e delle particolari circostanze del caso di specie.

51. Orbene, la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, e stabilisce dunque una presunzione assoluta secondo cui l'operatore economico deve essere escluso per qualsiasi violazione imputabile ad uno dei suoi subappaltatori, senza lasciare all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, le particolari circostanze del caso di specie, e all'operatore economico quella di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione.

52. In particolare, una normativa siffatta non permette all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto, ai fini della valutazione della situazione, di una serie di fattori pertinenti, come i mezzi di cui l'operatore economico che ha presentato l'offerta disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori, o la presenza di un'indicazione, nella sua offerta, della propria capacità di eseguire l'appalto senza avvalersi necessariamente del subappaltatore in questione».

9.5. Ammissibilità del subappalto in caso di affidamento diretto di un contratto pubblico

4 giugno 2020, *Terna SpA c. Commissione europea*, Causa C-812/18, ECLI:EU:C:2020:437

La pronuncia in questione è stata resa nell'ambito di un'impugnazione proposta da Terna SpA per la riforma della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 18 ottobre 2018, con la quale quest'ultimo ha respinto il ricorso della società volto ad ottenere l'annullamento di due decisioni della Commissione europea relative al recupero di alcune sovvenzioni pubbliche destinate alla realizzazione di progetti di interesse nazionale nel settore delle reti transeuropee dell'energia.

In particolare, dopo aver ottenuto le sovvenzioni richieste, la Terna SpA aveva affidato l'esecuzione di taluni servizi relativi ai progetti finanziati alla CESI SpA, quale soggetto dotato di competenze specialistiche necessarie per la buona riuscita delle attività programmate.

A seguito della realizzazione dei progetti, tuttavia, la Commissione aveva comunicato alla Terna SpA che una parte dei costi inerenti agli incarichi conferiti nell'ambito dei suddetti progetti dovessero essere considerati inammissibili, in quanto parte dei predetti incarichi erano stati affidati in regime di subappalto e in assenza delle «ragioni di natura tecnica» di cui all'art. 40, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/17/CE in grado di giustificare la mancata indizione di una gara pubblica.

Accogliendo la linea difensiva prospettata dall'appellante, e riformando sul punto la pronuncia resa dal Tribunale di primo grado dell'Unione, la Corte di Giustizia ha sottolineato che:

«49. [...] il subappalto non è, di per sé, incompatibile con l'affidamento diretto di un contratto e la facoltà di ricorrere al subappalto non esclude, di per sé, l'esistenza di ragioni tecniche che giustifichino l'affidamento diretto degli incarichi in questione.

50. A tal riguardo, occorre rilevare che nell'articolo 37 della direttiva 2004/17 non vi sono elementi atti ad indicare che il ricorso al subappalto sia escluso per gli aggiudicatari di contratti diretti e che nell'articolo 40, paragrafo 3, lettera c), di tale direttiva non vi sono elementi atti ad indicare che, in caso di affidamento diretto di un contratto a motivo della specificità tecnica di quest'ultimo, il subappalto debba essere escluso.

51. È vero che il ricorso al subappalto è escluso in forza dell'articolo 40, paragrafo 3, lettera c), di detta direttiva per quanto riguarda le «ragioni di natura tecnica» che hanno giustificato l'affidamento diretto del contratto di cui trattasi, poiché tale subappalto dimostrerebbe che l'operatore economico che ha beneficiato di tale affidamento diretto non era l'unico in grado di eseguire gli incarichi richiesti. Tuttavia, il ricorso al subappalto riguardo ad incarichi per i quali non sussistano «ragioni di natura tecnica» deve restare possibile.

52. Tale constatazione non è rimessa in discussione dalla sentenza del 2 giugno 2005, Commissione/Grecia (C-394/02, EU:C:2005:336, punti 34 e 37), alla quale il Tribunale ha fatto riferimento ai punti 63 e 64 della sentenza impugnata. Al punto 37 di tale sentenza, la Corte ha rilevato che, in quel caso di specie, l'ente aggiudicatore aveva invitato anche un altro operatore economico a presentare un'offerta, circostanza che costituiva un elemento atto a dimostrare come l'aggiudicatario diretto non fosse l'unico in grado di dare esecuzione all'appalto. Motivando in tal modo, la Corte non si è affatto pronunciata sulla possibilità di subappaltare gli incarichi per i quali non sussistano «ragioni di natura tecnica». Tutt'al contrario, la Corte si è invece basata sulla constatazione, effettuata al punto 35 di detta sentenza, secondo la quale il governo ellenico non aveva dimostrato in modo convincente che soltanto l'aggiudicatario diretto di cui trattavasi fosse in grado di eseguirli e che fosse, di conseguenza, assolutamente necessario affidare ad esso l'appalto.

53. Peraltro, la facoltà di ricorrere al subappalto è un elemento importante del sistema degli appalti pubblici dell'Unione, la cui limitazione sarebbe possibile solo sulla base dell'applicazione di una norma del diritto dell'Unione come interpretata da una giurisprudenza consolidata della Corte».

9.6. Sulla possibilità di sostituire il subappaltatore durante l'esecuzione del contratto

13 aprile 2010, *Wall AG*, Causa C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia, tra la società Wall e il Comune di Francoforte sul Meno, relativa all'aggiudicazione di una concessione di servizi per la gestione e la manutenzione di taluni bagni pubblici comunali.

In particolare, nell'ambito della suddetta procedura la ditta, designata inizialmente quale subappaltatore dell'impresa aggiudicataria, era stata in seguito sostituita da quest'ultima con un altro operatore economico, con il consenso dell'ente locale appaltante.

Contestando la propria sostituzione senza la previa indizione di una gara pubblica, la Wall si è dunque rivolta al Landgericht di Francoforte, il quale ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se, in base ai principi europei di parità di trattamento e di trasparenza, la sostituzione di un subappaltatore possa essere considera una modifica rilevante del contratto originario tale da richiedere la riapertura della competizione pubblica e delle relative trattative.

Sul punto la Corte ha chiarito che:

«36. L'obbligo di trasparenza che incombe alle autorità pubbliche che concludono un contratto di concessione di servizi implica che sia garantito a favore di ogni offerente potenziale un adeguato grado di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v. citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punti 60-62; Parking Brixen, punti 46-49, nonché ANAV, punto 21).

37. Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., per analogia con il settore degli appalti pubblici, sentenze 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46, nonché 19 giugno 2008, causa C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I-4401, punto 34).

38. La modifica di un contratto di concessione di servizi in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata (v., per analogia, sentenza Pressetext Nachrichtenagentur, cit., punto 35).

39. La sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica di tal genere di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto, cosa che spetta comunque al giudice del rinvio verificare.

[...]

41. Spetta al giudice nazionale accertare se ricorrano le situazioni descritte ai punti 37-39 della presente sentenza.

42. Qualora, nell'ambito di tale valutazione, il giudice del rinvio concludesse per la sussistenza di una modifica di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, sarebbe necessario concedere, in conformità all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, compreso un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione dovrebbe essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della concessione dei servizi di cui trattasi e consentire che un'impresa avente sede sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia aggiudicata».

10. RISOLUZIONE DELLA CONCESSIONE

17 luglio 2008, *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*, causa C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416

L'ASM Brescia era concessionaria del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Rodengo Saiano in forza di una convenzione stipulata il 27 febbraio 1984, la cui scadenza è stata inizialmente stabilita al 31 dicembre 2014. Con protocollo aggiuntivo, la scadenza di tale concessione è stata differita al 31 dicembre 2029. Il Comune di Rodengo Saiano ha fissato la scadenza anticipata della concessione rilasciata all'ASM Brescia al 31 dicembre 2005, onde poter indire una gara d'appalto e designare un nuovo gestore del servizio. L'ASM Brescia ha proposto ricorso contro tale deliberazione dinanzi al Tar Lombardia. Successivamente è entrato in vigore il d.l. 273/2005, che prevede, all'art. 23, il prolungamento automatico del termine del periodo transitorio di cui all'art. 15, comma 5, del d.lgs. 164/2000 dal 31 dicembre 2005 al 31 dicembre 2007, nonché, a determinate condizioni, la proroga automatica di tale periodo dal 31 dicembre 2007 al 31 dicembre 2009. Il giudice del rinvio chiede alla Corte se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza ostino ad una normativa come quella in questione che dispone il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale cessa anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale come quella in questione nella causa principale. La Corte ha ritenuto che:

«68. Dalla decisione di rinvio risulta che la concessione rilasciata nel 1984 doveva produrre effetti fino al 2029. Pertanto, la sua risoluzione anticipata in forza del d.l. 273/2005, in seguito alla quale il Comune di Rodengo Saiano dovrà aprire alla concorrenza l'attribuzione di una nuova concessione, si inserisce in un'ottica di maggior rispetto del diritto comunitario.

69. In terzo luogo, il principio della certezza del diritto esige, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese (v., in tal senso, sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03, VEMW e a., Racc. pag. I-4983, punto 80 e giurisprudenza ivi citata).

70. Da questo punto di vista è giocoforza constatare che la concessione in questione nella causa principale è stata attribuita nel 1984, quando la Corte non aveva ancora dichiarato che dal diritto comunitario primario derivava che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza alle condizioni rammentate ai punti 59 e 60 della presente sentenza.

71. Ciò premesso, e senza che sia necessario esaminare il principio della tutela del legittimo affidamento, il principio della certezza del diritto non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del

contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico.

72. Compete al giudice del rinvio valutare se, in particolare, il prolungamento della durata del periodo transitorio, posto in atto da una normativa come quella in questione nella causa principale, possa essere considerato necessario ai fini del rispetto del principio della certezza del diritto.

73. Occorre quindi risolvere la prima e la seconda questione dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE non ostano a che una normativa di uno Stato membro, come quella in questione nella causa principale, preveda il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale come quella in questione nella causa principale, purché tale prolungamento possa essere considerato necessario al fine di permettere alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico».

18 luglio 2017, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, causa 503/04, ECLI:EU:C:2007:432

La sentenza in commento riguarda la sorte del contratto di appalto stipulato a seguito di un affidamento in violazione del diritto comunitario. Al riguardo la Corte di giustizia si è pronunciata in sede di esecuzione di un precedente giudizio di infrazione ai sensi degli artt. 226 e 228, par. 1 del Trattato CE. Infatti con sentenza del 10 aprile 2003, in cause riunite C-20/01 e C-28/01, la Corte aveva constatato l'inadempienza della Repubblica Federale di Germania, perché non erano state osservate le disposizioni comunitarie relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici. In particolare, il Comune di Bockhorn non aveva bandito alcuna gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo al trattamento di acque reflue. Il Comune di Brunswick aveva invece aggiudicato un appalto per lo smaltimento di rifiuti con procedura negoziata senza pubblicazione di bando. Con lettera del 27 giugno 2003 la Commissione invitava il governo tedesco a comunicarle i provvedimenti assunti per l'esecuzione della citata sentenza Commissione/Germania. La Repubblica Federale di Germania fa valere l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, che permette agli Stati membri di prevedere nella loro legislazione che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico, la proposizione di un ricorso può dar luogo soltanto alla concessione di un risarcimento danni.

La Commissione, ritenendo che la Repubblica federale di Germania non avesse adottato le misure che l'esecuzione della citata sentenza Commissione/Germania comportava, ha deciso di proporre il presente ricorso. Sul punto la Corte ha ritenuto che:

«33. Relativamente, innanzi tutto, all'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la Corte ha già dichiarato che, benché detta disposizione autorizzi gli Stati membri a mantenere gli effetti di

contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici e tuteli così il legittimo affidamento delle controparti contrattuali, essa, tuttavia, non può, salvo ridurre la portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno, avere come conseguenza che il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei terzi debba essere considerato conforme al diritto comunitario successivamente alla conclusione di tali contratti (sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania, cit., punto 39).

34. Orbene, se l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, non incide sull'applicazione dell'art. 226 CE, esso non può nemmeno incidere sull'applicazione dell'art. 228 CE, pena, in una situazione come quella del presente caso, la riduzione della portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno.

35. Peraltro, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la quale ha per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 71), riguarda, come risulta dal suo tenore letterale, il risarcimento che una persona lesa da una violazione commessa da un'amministrazione aggiudicatrice può ottenere da quest'ultima. Orbene, in ragione della sua specificità, questa disposizione non può essere considerata tale da disciplinare anche il rapporto tra uno Stato membro e la Comunità, rapporto di cui trattasi nell'ambito degli artt. 226 CE e 228 CE.

36. Per ciò che riguarda, in secondo luogo, i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio pacta sunt servanda, nonché il diritto fondamentale di proprietà, anche a voler ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice possa vedersi opporre tali principi e tale diritto dalla sua controparte contrattuale in caso di risoluzione del contratto, uno Stato membro non può, in ogni caso, avvalersene per giustificare la mancata esecuzione di una sentenza che accerta un inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE e sottrarsi in tal modo alla propria responsabilità di diritto comunitario (v., per analogia, sentenza 17 aprile 2007, causa C-470/03, AGM-COS.MET, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 72).

37. Per quanto riguarda, in terzo luogo, l'art. 295 CE, secondo il quale, il «[T]rattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», occorre ricordare che detto articolo non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato (sentenza 13 maggio 2003, causa C-463/00, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-4581, punto 67 e giurisprudenza ivi citata). Le particolarità di un regime di proprietà esistente in uno Stato membro non possono quindi giustificare la persistenza di un inadempimento consistente in un pregiudizio per la libera prestazione dei servizi dovuto alla violazione delle disposizioni della direttiva 92/50.

38. Del resto, occorre ricordare che uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi

risultanti dal diritto comunitario (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 25 e giurisprudenza ivi citata)».

19 giugno 2019, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, causa C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507

La sentenza in esame origina da una gara d'appalto per il servizio di refezione scolastica indetta dal Comune di Napoli. La Meca (società partecipante alla procedura) riteneva che la Sirio (la società aggiudicataria) non avrebbe dovuto essere autorizzata a proseguire la procedura di aggiudicazione di appalto poiché il contratto concluso dalla medesima con il Comune di Napoli, ai fini della fornitura di un servizio di refezione scolastica per l'anno scolastico precedente, era stato risolto da quest'ultimo a seguito di un'intossicazione alimentare di alunni e del personale scolastico. Secondo la Meca, la contestazione da parte della Sirio, dinanzi a un giudice civile, della risoluzione del contratto per la fornitura di servizi non può privare l'amministrazione aggiudicatrice della valutazione sulla gravità dell'inadempimento che ha portato alla risoluzione.
Sia il Comune di Napoli sia la Sirio ritenevano, al contrario, che il ricorso proposto da quest'ultima dinanzi al Tribunale di Napoli impedisse all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una qualsivoglia valutazione sulla sua affidabilità.

Il Tar della Campania ha sollevato una questione pregiudiziale chiedendo se l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce. Sul punto la Corte ha osservato che:

«36. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici autorizza un'amministrazione aggiudicatrice a escludere da una procedura d'appalto un operatore economico qualora, in particolare, essa dimostri, con mezzi adeguati, in primo luogo, che lo stesso operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; in secondo luogo, che i medesimi gravi illeciti professionali, che possono risultare da significative carenze verificatesi nell'esecuzione di un precedente appalto pubblico, hanno dato luogo alla risoluzione del contratto concluso dal medesimo con l'amministrazione aggiudicatrice, a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni e, in terzo luogo, che tale risoluzione non è stata contestata in giudizio o è stata confermata all'esito di un giudizio.

37. È evidente che una disposizione nazionale quale l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idonea a preservare l'effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24.

38. Il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione.

39. Inoltre, una norma come quella prevista all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie. Sotto tale profilo, una regola di questo tipo può essere in contrasto con le prescrizioni di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24.

40. Invero, la succitata direttiva ha carattere innovativo, in particolare nella misura in cui istituisce, all'articolo 57, paragrafo 6, il meccanismo delle misure riparatorie (self-cleaning). Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

41. A tale proposito, le misure riparatorie evidenziano, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 44 delle conclusioni, l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico, elemento che permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva dell'offerente.

42. Tenuto conto di quanto precede, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce».

11. RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STAZIONE APPALTANTE

19 giugno 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, causa C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360.

Con ordinanza 11 luglio 2001, pervenuta in cancelleria il 13 agosto successivo, il Bundesvergabeamt (Ufficio federale per gli appalti) ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, cinque questioni pregiudiziali sull'interpretazione 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. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (in prosieguo: la «GAT») e la società Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (in prosieguo: l'«ÖSAG»), in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture per il quale la GAT aveva presentato un'offerta. In particolare, il giudice del rinvio si chiede se osti al diritto dell'Unione che l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico.

«44. Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo considerando, la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punti 33 e 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 74).

45. La direttiva 89/665, tuttavia, stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure d'impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, Racc. pag. I-1877, punto 47).

46. In mancanza di una disposizione specifica in merito, spetta quindi all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare se e in quali condizioni un organo responsabile delle dette procedure di ricorso possa sollevare d'ufficio illegittimità che non sono state dedotte dalle parti della controversia dinanzi ad esso pendente.

47. Né la finalità della direttiva 89/665 né la necessità di imprimere un carattere contraddittorio alla procedura di ricorso che questa prevede ostano a che l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro istituisca una simile possibilità.

48. Da un lato, infatti, non è in contrasto con l'obiettivo della citata direttiva, che è di garantire il rispetto delle prescrizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici mediante rimedi giurisdizionali efficaci e rapidi, il fatto che l'organo responsabile delle procedure di ricorso sollevi d'ufficio illegittimità che viziano una procedura di aggiudicazione, senza attendere che sia una delle parti a farlo.

49. Dall'altro, la necessità di imprimere alle procedure di ricorso un carattere contraddittorio non è tale da escludere che l'organo responsabile di una procedura di questo tipo possa sollevare d'ufficio un'illegittimità che è esso stesso il primo a constatare, ma implica semplicemente che, prima di emanare la propria decisione, tale organo debba rispettare il diritto delle parti ad essere sentite in merito all'illegittimità sollevata d'ufficio.

50. Ne consegue che la direttiva 89/665 non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente.

51. Tuttavia, da quanto precede non deriva che lo stesso organo possa respingere la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata.

52. Infatti, da un lato, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 è applicabile a tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68) e non prevede alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto delle dette decisioni (v., in particolare, citate sentenze Alcatel Austria e a., punto 35, e HI, punto 49).

53. D'altro lato, tra le procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di instaurare al fine di garantire che le decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice possano formare oggetto di ricorsi efficaci e il più rapidi possibile figura espressamente, all'art. 2, n. 1, lett. c), quella che consente di accordare un risarcimento alle persone lese da una violazione.

54. Ne consegue che un offerente leso da una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico di cui contesta la legittimità non può essere privato del diritto di richiedere il risarcimento per il danno causato dalla detta decisione per il fatto che la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare a causa dell'illegittimità - sollevata d'ufficio - di un'altra decisione, eventualmente precedente, dell'amministrazione aggiudicatrice.

55. Tale conclusione si impone a maggior ragione nell'ipotesi in cui uno Stato membro si sia avvalso della facoltà, riservatagli dall'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, di limitare, dopo la conclusione del contratto che segue l'aggiudicazione di un appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso alla concessione del risarcimento danni. In un caso simile, infatti,

l'illegittimità denunciata dall'offerente non potrebbe essere colpita da alcuna delle sanzioni previste dalla direttiva 89/665.

56. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente. Al contrario, tale direttiva osta a che lo stesso organo respinga la domanda dell'offerente per il fatto che, in ragione dell'illegittimità sollevata d'ufficio, la procedura di aggiudicazione era comunque irregolare e l'eventuale danno a carico dell'offerente si sarebbe quindi prodotto anche in mancanza dell'illegittimità da questo lamentata».

28 gennaio 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority,* causa C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45

La Uniplex (UK) Ltd, società con sede nel Regno Unito e distributrice esclusiva in tale Stato membro di emostatici, partecipava una gara a procedura ristretta per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di emostatici indetta dall'NHS Business Services Authority), ente facente parte del National Health Service. Con lettera del 22 novembre 2007 la Uniplex veniva informata del fatto che non era stata prescelta e del suo diritto di impugnare la decisione di concludere l'accordo quadro in questione, del periodo obbligatorio di sospensione di 10 giorni precedenti la conclusione dello stesso, applicabile a decorrere dalla data di notificazione di tale decisione e del suo diritto di chiedere un'ulteriore valutazione. Dopo uno scambio di successive comunicazioni, nelle quali le parti contestavano la data dalla quale far decorrere il termine per proporre ricorso, il 12 marzo 2008 la Uniplex ha proposto ricorso dinanzi alla High Court of Justice diretto a far accertare una violazione da parte della NHS della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e ad ottenere il risarcimento dei danni connessi. Il giudice ha sollevato una questione pregiudiziale al fine di chiarire sostanza, se l'art. 1 della direttiva 89/665 esiga che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data della violazione di detta normativa ovvero dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa.

«26. La direttiva 89/665 è diretta a garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tuttavia, essa non contiene alcuna disposizione specificamente attinente alle modalità relative al termine concernente i ricorsi che la stessa mira ad istituire. Spetta quindi all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative

al termine (sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 71).

27. Le modalità procedurali di ricorso in giudizio destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665 (sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 72).

28. In tale prospettiva è necessario accertare se, alla luce della finalità di tale direttiva, una normativa nazionale come quella della causa principale non attenti ai diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario (sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 73).

29. A tale riguardo, si deve ricordare che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 74).

30. Orbene, il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso.

31. Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni vigenti e sull'opportunità di proporre ricorso.

32. Ne consegue che l'obiettivo stabilito dall'art 1, n. 1, della direttiva 89/665 di garantire la possibilità di esperire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni (v., in tal senso, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 78).

33. Tale conclusione è confermata dal fatto che l'art. 41, nn. 1 e 2, della direttiva 2004/18, vigente all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, impone alle amministrazioni aggiudicatrici di comunicare ai candidati e agli offerenti esclusi i motivi della decisione che li concerne. Siffatte disposizioni sono coerenti con una disciplina in materia di termini di decadenza secondo la quale tali termini iniziano a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

34. La medesima conclusione è parimenti suffragata dalle modifiche apportate alla direttiva 89/665 dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU L 335,

pag. 31), sebbene il termine per la trasposizione di tale direttiva sia scaduto solamente dopo il verificarsi dei fatti di cui alla causa principale. Infatti, l'art. 2 quater della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66, prevede che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni candidato o offerente è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti e che i termini per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni da tale comunicazione.

35. La prima questione pregiudiziale deve essere quindi risolta nel senso che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 esige che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa».

6 maggio 2010, *Club Hotel Loutraki AE e altri c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias e Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) c. Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,* cause riunite C-145/08 C-149/08, ECLI:EU:C:2010:247

La città di Salonicco organizzava una gara di pubblico appalto di lavori per la costruzione di un'opera. L'appalto veniva assegnato al raggruppamento costituito dalle società Aktor ATE, Themeliodomi AE e Domotechniki AE. Dopo aver constatato che un membro del consiglio di amministrazione della società Aktor ATE presentava un caso di incompatibilità rientrante tra quelli previsti dalla sopra menzionata disposizione nazionale, l'ESR, con atto del 1 novembre 2004, rifiutava di rilasciare il certificato che avrebbe costituito condizione necessaria per la firma del contratto. La società Aktor ATE, sola tra le tre società che compongono il raggruppamento cui è stato attribuito l'appalto, proponeva un ricorso di annullamento dinanzi al giudice del rinvio, fondandosi sulla giurisprudenza esistente di quest'ultimo, secondo cui sono ricevibili i ricorsi proposti a titolo individuale da membri di un'associazione temporanea. Il Symvoulio tis Epikrateias sottoponeva alla Corte la seguente questione:

«65. [...] Se la direttiva 89/665 osti ad una normativa nazionale, come interpretata da tale giudice, in virtù della quale solo l'insieme dei membri di un'associazione temporanea di offerenti è legittimato a proporre un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, con la conseguenza che i detti membri sarebbero, a titolo individuale, privati non soltanto della possibilità di fare annullare una siffatta decisione dell'autorità aggiudicatrice, ma altresì della possibilità di chiedere il risarcimento di un danno subìto individualmente a seguito di irregolarità sopravvenute nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

66. Per risolvere tale questione si deve constatare che l'atto di cui viene chiesto l'annullamento dinanzi al giudice del rinvio promana dall'ESR, cioè da un'amministrazione diversa dall'amministrazione aggiudicatrice che ha organizzato il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico oggetto della causa principale.

67. Orbene, dalla formulazione della direttiva 89/665, comunemente denominata direttiva «ricorsi», risulta che la tutela voluta da tale direttiva riguarda gli atti o le omissioni delle amministrazioni aggiudicatrici.

68. Pertanto, dalla loro formulazione risulta chiaramente che il quinto 'considerando' e l'art. 1, n. 1, di tale direttiva si riferiscono alle misure da adottare nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Parimenti, a tenore del n. 3 di tale articolo, gli Stati membri possono esigere che la persona che intenda avvalersi di tale procedura di ricorso informi preventivamente l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione affinché quest'ultima possa porvi rimedio. Inoltre, l'art. 3, n. 2, della detta direttiva accorda alla Commissione la possibilità di notificare all'amministrazione aggiudicatrice interessata le ragioni per le quali ritiene che all'atto del procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto sia stata commessa una violazione e di domandarne la correzione.

69. Pertanto, si deve concludere che le controversie vertenti sulle decisioni di un'autorità quale l'ESR non rientrano nel sistema di ricorsi istituito dalla direttiva 89/665.

70. Tuttavia, le decisioni dell'ESR sono idonee a produrre un impatto certo sullo svolgimento, o perfino sull'esito, di un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto, in quanto possono portare all'esclusione di un offerente, ovvero di un aggiudicatario, che a titolo individuale presenti una delle incompatibilità previste dalla pertinente normativa nazionale. Pertanto tali decisioni non sono prive di interesse con riferimento alla corretta applicazione del diritto dell'Unione in materia.

[...]

Conformemente alla costante giurisprudenza, in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Tali modalità procedurali non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, Racc. pag. I-2483, punti 44 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata).

75. Per quanto riguarda il principio di equivalenza, dalle precisazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che, conformemente al diritto interno che disciplina in via generale il risarcimento dei danni provocati da atti illegittimi dello Stato o delle persone giuridiche di diritto pubblico, il giudice competente in materia di concessione di risarcimento danni è altresì competente a controllare, in via incidentale, la legittimità dell'atto amministrativo recante pregiudizio, il che può portare, previa

azione proposta da un singolo a titolo individuale, alla concessione di un indennizzo se sono integrati i presupposti di merito a tal fine previsti.

76. Per contro, in materia di pubblici appalti, settore coperto dal diritto dell'Unione, questi due tipi di competenze, cioè, da un lato, la competenza ad annullare o a constatare la nullità di un atto amministrativo e, dall'altro lato, la competenza a concedere un risarcimento del danno subìto, rientrano, nel contesto giuridico nazionale considerato nel procedimento di cui alla causa principale, sotto due diverse giurisdizioni.

77. Pertanto, nel settore dei pubblici appalti, il combinato disposto dell'art. 5, n. 2, della legge n. 2522/1997, che subordina la concessione del risarcimento danni al previo annullamento dell'atto recante pregiudizio, e dell'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale n. 18/1989, secondo il quale il ricorso di annullamento di un atto inserentesi nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico è ricevibile solo se proposto da tutti i membri di un raggruppamento, porta, come rilevato dal giudice del rinvio, all'impossibilità per ciascun membro di un raggruppamento, che agisca a titolo individuale, non solo di ottenere l'annullamento dell'atto che gli arreca pregiudizio, ma anche di rivolgersi al giudice competente per la riparazione del danno che avrebbe individualmente subìto, mentre una siffatta impossibilità non sembra esistere in altri settori, in forza delle regole di diritto interno applicabili alle domande di risarcimento fondate su un pregiudizio prodotto da un atto illegittimo di una pubblica autorità.

78. Per quanto riguarda il principio di effettività, si deve constatare che, con l'applicazione della normativa nazionale oggetto della causa principale, un offerente quale il ricorrente nella causa principale viene privato di ogni possibilità di chiedere, dinanzi al giudice competente, il risarcimento del danno che avrebbe subìto in ragione di una violazione del diritto dell'Unione per effetto di un atto amministrativo tale da poter influire sullo svolgimento e persino sull'esito del procedimento di aggiudicazione del pubblico appalto. Un siffatto offerente viene pertanto così ad essere privato dell'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti che gli derivano dal diritto dell'Unione in materia».

30 settembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG e altri.*, causa C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567

Nel 1998 la Stadt Graz ha indetto una gara d'appalto con procedura aperta a livello dell'Unione europea, in conformità delle disposizioni del StVergG. In data 5 maggio 1999 le società Strabag e a. hanno proposto dinanzi al Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark (Commissione di controllo sugli appalti pubblici del Land Stiria) un ricorso nel quale hanno fatto valere che la HFB, che si era aggiudicata la gara, non disponeva degli impianti necessari per eseguire l'appalto in questione. Pertanto, a loro avviso, l'offerta di tale impresa doveva essere esclusa. Con decisione in data 10 giugno 1999, il Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark ha integralmente respinto il ricorso delle società Strabag e a. Con decisione in data 9 ottobre 2002 il Verwaltungsgerichtshof, a seguito di un ricorso proposto dalle società Strabag e a., ha annullato la decisione del Vergabekontrollsenat des

Landes Steiermark in ragione della difformità dell'offerta della HFB rispetto al bando di gara. Le società Strabag e a. hanno proposto dinanzi ai giudici ordinari un'azione diretta ad ottenere la condanna della Stadt Graz al risarcimento del danno. Il giudice del gravame, dopo aver confermato la sentenza di condanna al risarcimento emessa in primo grado, ha tuttavia dichiarato che la propria sentenza era impugnabile mediante ricorso per cassazione ordinario, tenuto conto della mancanza di giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof in merito alla responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice per una condotta colpevole in una situazione caratterizzata dall'esistenza, alla data dell'aggiudicazione dell'appalto al miglior offerente, di una decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark di convalida del comportamento tenuto dall'amministrazione stessa. Il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla conformità dell'art. 115, n. 1, del StVergG alla direttiva 89/665: esso si chiede se debba ritenersi contrastante con tale direttiva qualsiasi normativa nazionale che, in un modo o nell'altro, subordini il diritto dell'offerente al risarcimento del danno all'esistenza di una colpevolezza in capo all'amministrazione aggiudicatrice, o se invece il contrasto sussista soltanto nel caso di una normativa nazionale che addossi sull'offerente suddetto l'onere della prova di tale colpevolezza. Sul punto la Corte:

«33. [...] La direttiva 89/665 stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, Racc. pag. I-1877, punto 47, e 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT, Racc. pag. I-6351, punto 45). In mancanza di una disposizione specifica in merito, spetta quindi all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare le misure necessarie per garantire che le procedure di ricorso consentano effettivamente di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione della normativa sugli appalti pubblici (v., per analogia, sentenza GAT, cit., punto 46).

34. Pertanto, se indubbiamente l'attuazione dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 rientra, in linea di principio, nell'autonomia procedurale degli Stati membri, delimitata dai principi di equivalenza e di effettività, occorre nondimeno verificare se la norma suddetta, interpretata alla luce del contesto e dell'obiettivo generali nei quali si inscrive il mezzo di ricorso inteso al riconoscimento di un risarcimento, osti a che una disposizione nazionale quale quella in questione nella causa principale subordini, alle condizioni indicate al punto 30 della presente sentenza, la concessione di tale risarcimento al carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice.

35. A questo proposito, è importante rilevare, anzitutto, che il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità.

36. Tale analisi risulta corroborata dal contesto e dall'obiettivo generali del mezzo di ricorso inteso al riconoscimento di un risarcimento, previsto dalla direttiva 89/665.

[...]

38. Inoltre, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

39. In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva [v. in tal senso, in particolare, sentenza Uniplex (UK), cit., punto 40], soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

40. Come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che, a differenza della normativa nazionale esaminata nella citata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine.

41. Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. Orbene, secondo quanto risulta dalla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, e così come confermato dalle discussioni svoltesi all'udienza, una simile eventualità non risulta esclusa nel caso di specie, tenuto conto della possibilità per la Stadt Graz di invocare il carattere scusabile dell'errore di diritto da essa asseritamente commesso, a motivo dell'intervento della decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, che ha rigettato il ricorso delle società Strabag e a.

42. Quanto meno, l'offerente suddetto corre il rischio, in virtù di questa stessa normativa, di ottenere un risarcimento soltanto tardivamente, considerata la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso all'accertamento del carattere colpevole della violazione lamentata.

43. Orbene, nell'uno e nell'altro caso, la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici».

44. Va poi sottolineato che, anche supponendo che, nel presente caso, la Stadt Graz possa aver ritenuto, nel giugno 1999, di essere obbligata, in considerazione dell'obiettivo di efficacia inerente allo svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a dare immediatamente esecuzione alla decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, senza attendere la scadenza del termine previsto per l'impugnazione di tale decisione, resta il fatto che, come evidenziato dalla Commissione all'udienza, l'accertamento della fondatezza di una domanda di

risarcimento proposta dall'offerente pretermesso a seguito dell'annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può, per parte sua, essere subordinato – in contrasto con il tenore, l'economia sistematica e la finalità delle disposizioni della direttiva 89/665 contemplanti il diritto ad ottenere tale risarcimento – ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa.

45. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata».

8 novembre 2012, *Evropaïki Dynamiki c. Commissione*, causa C-469/11, ECLI:EU:C:2012:705

La Evropaïki Dynamiki, nel maggio 2004, presentava un'offerta in una gara di appalto della Commissione europea. Il 15 settembre 2004 la Evropaïki Dynamiki riceveva una lettera della Commissione avente pari data, con la quale quest'ultima la informava che la sua offerta non era stata accolta. Essa precisava altresì che la Evropaïki Dynamiki poteva chiedere per iscritto ulteriori informazioni sui motivi del rigetto della sua offerta. La Evropaïki Dynamiki adiva il Tribunale con un ricorso inteso a far annullare la decisione della Commissione del 15 settembre 2004. Con sentenza del 10 settembre 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissione (T-465/04), il Tribunale annullava la suddetta decisione per difetto di motivazione. Il 25 settembre 2009, la Evropaïki Dynamiki presentava al Tribunale un ricorso inteso ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente subito a seguito dell'illegittimo rigetto della sua offerta. Inoltre, chiedeva un risarcimento per la perdita di opportunità, in quanto avrebbe subito un pregiudizio a causa della perdita dell'opportunità nel contempo di eseguire l'appalto di cui trattasi e che le fossero aggiudicati altri appalti, in particolare l'appalto aggiudicato al contraente che aveva ottenuto il primo appalto. Il Tribunale ha ritenuto prescritta l'azione per responsabilità extracontrattuale con la quale era stato adito, essendo stata intentata oltre cinque anni dopo il sopravvenire dei fatti. La Evropaïki Dynamiki ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza alla Corte, che ha stabilito quanto segue:

«32. A tenore dell'articolo 46 dello Statuto della Corte, le azioni contro l'Unione in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono in cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine.

33. Il termine di prescrizione così previsto è stato stabilito tenendo conto in particolare del tempo necessario alla parte asseritamente lesa per raccogliere informazioni adeguate in vista di un eventuale ricorso nonché per verificare i fatti che possano essere invocati a sostegno di tale ricorso (ordinanza del 18 luglio 2002, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Commissione, C-136/01 P, Racc. pag. I-6565, punto 28).

34. Secondo una costante giurisprudenza, tale termine inizia a decorrere dal momento in cui sussistono tutte le condizioni cui è subordinato l'obbligo di risarcimento del danno ed in particolare quando il danno da risarcire si è verificato [sentenze del 27 gennaio 1982, Birra Wührer e a./Consiglio e Commissione, 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5/81, Racc. pag. 85, punto 10; del 19 aprile 2007, Holcim (Deutschland)/Commissione, C-282/05 P, Racc. pag. I-2941, punto 29, nonché del 17 luglio 2008, Commissione/Cantina sociale di Dolianova e a., C-51/05 P, Racc. pag. I-5341, punto 54].

35. Certamente, l'articolo 46 dello Statuto della Corte va interpretato nel senso che la prescrizione non può essere eccepita nei confronti della vittima di un danno che abbia potuto avere conoscenza del fatto che lo ha causato solo con ritardo e non abbia quindi potuto disporre di un termine ragionevole per esperire l'azione o presentare la domanda prima della scadenza del termine di prescrizione (sentenza del 7 novembre 1985, Adams/Commissione, 145/83, Racc. pag. 3539, punto 50).

36. Tuttavia, i requisiti cui è subordinato l'obbligo di risarcimento dei danni previsti all'articolo 340, secondo comma, TFUE e, pertanto, le norme sulla prescrizione che disciplinano le azioni volte al risarcimento dei danni medesimi non possono che fondarsi su criteri rigorosamente oggettivi (sentenza Commissione/Cantina sociale di Dolianova e a., cit., punto 59).

37. In tal senso, una conoscenza precisa e circostanziata dei fatti di causa non rientra nel novero degli elementi che devono sussistere ai fini del decorso del termine di prescrizione (ordinanza Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Commissione, cit., punto 31, e sentenza Commissione/Cantina sociale di Dolianova e a., cit., punto 61). Parimenti, la valutazione soggettiva dell'effettività del danno da parte della vittima di tale danno non può essere presa in considerazione nel determinare il dies a quo del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità extracontrattuale dell'Unione (sentenza Commissione/Cantina sociale di Dolianova e a., cit., punto 61).

38. Nel caso dei contenziosi sorti da atti individuali, il termine di prescrizione inizia a decorrere quando la decisione ha prodotto i suoi effetti nei riguardi delle persone cui essa si dirige [sentenza della Corte Holcim (Deutschland)/Commissione, cit., punto 30, e dell'11 giugno 2009, Transports Schiocchet – Excursions / Commissione, C-335/08 P, punto 33].

[...]

40. In un caso siffatto, come giustamente constatato dal Tribunale nell'ordinanza impugnata, senza che ciò sia stato contestato dalla Evropaïki Dynamiki, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che respinge l'offerta presentata costituisce il fatto generatore del danno idoneo a far sorgere la responsabilità extracontrattuale di tale amministrazione. Gli effetti dannosi di una siffatta decisione si producono nei confronti dell'offerente interessato fin dal rigetto della sua offerta.

Pertanto, in linea di principio, deve essere considerata come momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione la presa di conoscenza da parte dell'offerente di una decisione siffatta, e non la presa di conoscenza della relativa motivazione.

41. Ciò considerato, e tenuto conto di quanto constatato ai punti 36 e 37 della presente sentenza, si deve ritenere che il termine di prescrizione abbia iniziato a decorrere il giorno in cui la Evropaïki Dynamiki ha ricevuto la lettera della Commissione con la quale questa la informava che la sua offerta non era stata accolta, cioè il 15 settembre 2004. A questo proposito non risulta pertinente il fatto che la ricorrente abbia ricevuto, in una data successiva, informazioni supplementari cerca i motivi di rigetto della sua offerta.

42. In questo contesto non è neppure pertinente il fatto che la decisione del 15 settembre 2004 sia stata annullata, il 10 settembre 2008, mediante la citata sentenza del Tribunale Evropaïki Dynamiki/Commissione, per difetto di motivazione. È, infatti, indifferente, ai fini dell'inizio del decorso del termine di prescrizione, che il comportamento illegittimo dell'Unione sia stato constatato con una decisione giudiziaria [sentenza della Corte Holcim (Deutschland)/Commissione, punto 31]»

26 novembre 2015, *MedEval* causa C-116/14 ECLI:EU:C:2015:779

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH, nei confronti di una decisione del Bundesvergabeamt (Ufficio federale degli appalti), con la quale quest'ultimo ha respinto la domanda della MedEval diretta a far constatare l'illegittimità della procedura di gara d'appalto pubblico svolta dallo Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Federazione degli organismi austriaci di sicurezza sociale) e riguardante l'attuazione di un sistema di gestione elettronica della prescrizione di medicinali. Il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il diritto dell'Unione, segnatamente i principi di effettività e di equivalenza, osti ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dal problema di sapere se colui che propone l'azione sia o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità che vizia tale decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

«29. [...] la direttiva 89/665 dispone, al suo articolo 2, paragrafo 1, che gli Stati membri sono tenuti a prevedere nei loro ordinamenti nazionali tre tipi di ricorsi che consentono ad un soggetto leso nell'ambito di una procedura di gara d'appalto pubblico di chiedere presso l'organo responsabile dei procedimenti di ricorso, in primo luogo, «provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione

denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione [dell']appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice», in secondo luogo, l'annullamento delle decisioni illegittime e, in terzo luogo, il risarcimento dei danni.

[...]

32. Per quanto riguarda tutte le altre azioni giudiziarie relative agli appalti pubblici, comprese le azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni, l'articolo 2 septies, paragrafo 2, della direttiva 89/665 precisa che, salvo le disposizioni dell'articolo 2 quater di tale direttiva, peraltro irrilevanti ai fini della questione sollevata, «i termini per la proposizione del ricorso sono determinati dal diritto nazionale». Spetta pertanto a ciascuno Stato membro definire tali termini processuali.

33. Il fatto che il legislatore dell'Unione europea ha deciso, da un lato, di regolamentare espressamente i termini relativi ai ricorsi aventi ad oggetto la declaratoria della privazione di effetti dei contratti e, dall'altro, di rinviare al diritto degli Stati membri per quanto riguarda i termini attinenti ai ricorsi aventi natura differente dimostra che tale legislatore ha accordato un'importanza particolare a tale prima categoria di ricorsi, alla luce dell'efficacia del sistema di ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

[...]

35. Per quanto riguarda le azioni di risarcimento danni, occorre rilevare che la direttiva 89/665 prevede al suo articolo 2, paragrafo 6, che gli Stati membri possono subordinare l'esercizio di una siffatta azione al previo annullamento della decisione contestata da parte dell'«organo che ha la competenza necessaria a tal fine» senza per questo contenere una regola relativa ai termini di ricorso o ad altre condizioni di irricevibilità di azioni siffatte.

36. Nel caso di specie, risulta, in linea di principio, che l'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665 non osta a una disposizione di diritto nazionale come l'articolo 341, paragrafo 2, della legge federale relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici, secondo la quale la constatazione di una violazione del diritto degli appalti ivi menzionata costituisce la condizione preliminare per l'esercizio di un'azione per risarcimento danni. Tuttavia, il combinato disposto degli articoli 341, paragrafo 2, e 332, paragrafo 3, della legge federale relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici comporta che un ricorso per risarcimento danni è irricevibile in assenza del previo ottenimento di una decisione che constati l'illegittimità dell'appalto in questione, la quale interviene in forza di un procedimento soggetto ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità che viziava tale decisione di aggiudicazione.

37. Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 32 e 35 della presente sentenza, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi per risarcimento danni. Tali modalità procedurali non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti

dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenze eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 39, nonché Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punto 46).

38. Di conseguenza, occorre esaminare se i principi di effettività e di equivalenza ostino ad una normativa nazionale come quella esposta al punto 36 della presente sentenza.

39. Per quanto riguarda il principio di effettività, va sottolineato che il grado di esigenza della certezza del diritto relativa alle condizioni della ricevibilità dei ricorsi non è identico a seconda che si tratti di ricorsi per risarcimento danni o di ricorsi diretti a privare un contratto dei suoi effetti.

40. Infatti, privare dei suoi effetti un contratto stipulato in esito ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico pone fine all'esistenza, ed eventualmente all'esecuzione, del suddetto contratto, il che costituisce un intervento sostanziale dell'autorità amministrativa o giurisdizionale nei rapporti contrattuali intervenuti tra i privati e gli organismi statali. Una siffatta decisione può infatti comportare una notevole alterazione e perdite economiche non solo sul lato dell'aggiudicatario dell'appalto in questione, ma anche su quello dell'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, del pubblico, beneficiario finale della fornitura dei lavori o servizi oggetto dell'appalto pubblico di cui trattasi. Come risulta dai considerando 25 e 27 della direttiva 2007/66, il legislatore dell'Unione ha riconosciuto un'importanza maggiore all'esigenza della certezza del diritto riguardante i ricorsi diretti a privare di effetti un contratto rispetto ai ricorsi per risarcimento danni.

41. Subordinare la ricevibilità delle azioni per risarcimento danni alla previa constatazione dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione a causa dell'assenza della previa pubblicazione di un bando di gara, allorché tale azione di constatazione è soggetta a un termine semestrale di decadenza, senza tener conto della conoscenza o meno, da parte del soggetto leso, dell'esistenza di una violazione di una norma giuridica, può rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di proporre un'azione per risarcimento danni.

42. Infatti, in caso di assenza di previa pubblicazione di un bando di gara, un siffatto termine semestrale rischia di non consentire ad un soggetto leso di raccogliere le informazioni necessarie al fine di un eventuale ricorso, in tal modo impedendo la proposizione di tale ricorso.

43. Il riconoscimento dei danni subiti dai soggetti lesi dalla violazione di norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici costituisce uno dei rimedi garantiti dal diritto dell'Unione. Quindi, in condizioni come quelle del procedimento principale, il soggetto leso sarebbe privato non solo della possibilità di far annullare la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ma anche di tutti i rimedi previsti all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665.

44. Pertanto, il principio di effettività osta ad un regime come quello di cui trattasi nel procedimento principale.

45. Di conseguenza, non occorre esaminare se il principio di equivalenza osti ad una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

46. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione proposta dichiarando che il diritto dell'Unione e segnatamente il principio di effettività ostano ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento

danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione per mancata previa pubblicazione di un bando di gara, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità di tale decisione dell'amministrazione aggiudicatrice».

3 maggio 2018, *Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale c. European Dynamics e a.,* causa C-376/16, ECLI:EU:C:2018:299

L'EUIPO, in data 15 gennaio 2011, pubblicato un bando per una gara d'appalto per la fornitura di servizi informatici per la produzione di prototipi, analisi, progettazione, progettazione e grafica, lo sviluppo, il collaudo e l'installazione di sistemi d'informazione, nonché nel mettere a disposizione la documentazione tecnica, la formazione e la manutenzione di tali sistemi. Le società European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA Evropaïki Dynamiki partecipanti insieme alla gara d'appalto, non si sono aggiudicate la procedura. A seguito del rigetto della propria offerta ritengono di dover ricorrere al Tribunale, impugnando il medesimo rigetto al fine di ottenere il suo annullamento ed il conseguente risarcimento dei danni. Il Tribunale non solo annulla la decisione dell'EUIPO, ma lo condanna al risarcimento del danno sa perdita di opportunità di aggiudicarsi il contratto. Sul punto la Corte:

«76. [...] l'EUIPO fa in sostanza valere che l'esistenza di un nesso di causalità tra gli errori manifesti di valutazione constatati dal Tribunale con riferimento al primo criterio di aggiudicazione, vale a dire i criteri qualitativi, e il danno subito dall'European Dynamics Luxembourg risultante dalla perdita di un'opportunità di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi non è stata né dimostrata né motivata nella sentenza impugnata.

77. Tale argomento deve essere considerato fondato nelle circostanze del caso di specie.

78. Infatti, da un lato, come è stato constatato al punto 34 della presente sentenza, il punto 77 della sentenza impugnata è viziato da un errore di diritto, per cui il Tribunale non ha potuto validamente decidere, sulla base di tali considerazioni, che la decisione di rigetto dell'offerta fosse illegittima.

79. Dall'altro, il Tribunale ha giudicato, al punto 267 della sentenza impugnata, che non è stato possibile ravvisare l'esistenza di un nesso di causalità tra i vizi di motivazione da esso constatati e i danni invocati da European Dynamics Luxembourg e a.

80. Inoltre, il sorgere della responsabilità dell'Unione presupporrebbe l'esistenza di un nesso di causalità tra l'illecito sostanziale che inficia la valutazione dell'offerta dell'European Dynamics Luxembourg, constatato nell'ambito dell'esame del secondo motivo dedotto dinanzi al Tribunale, e l'asserita perdita di un'opportunità.

81. Orbene, nella sentenza impugnata, il Tribunale non dimostra sufficientemente l'esistenza di un tale nesso di causalità. Il Tribunale non ha segnatamente constatato se e in che misura l'European Dynamics Luxembourg, alla luce delle circostanze del caso di specie e in assenza di errori commessi dall'EUIPO, sarebbe stata meglio classificata nella procedura a cascata.

82. Ne deriva che, poiché una delle condizioni necessarie per il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione non è stata soddisfatta, il Tribunale non avrebbe dovuto accogliere la domanda di risarcimento presentata da European Dynamics Luxembourg e a.»

7 agosto 2018, *Hochtief AG c. Budapest F város Önkormányzata* causa C-300/17, ECLI:EU:C:2018:635

Il Közbeszerzési Dönt bizottság (commissione arbitrale in materia di appalti pubblici) respingeva il ricorso introdotto dal consorzio «HOLI» avverso la decisione di escluderlo da una procedura negoziata in ragione dell'invalidità della sua candidatura. Con sentenza del 28 aprile 2006, il F városi Bíróság (Tribunale di Budapest) rigettava il ricorso proposto dal consorzio avverso il lodo del 12 settembre 2005.

A seguito dell'accertamento da parte della Commissione europea (nel contesto dell'esame della procedura di aggiudicazione), che l'amministrazione aggiudicatrice aveva violato le norme in materia di appalti pubblici la Hochtief presentava un ricorso diretto ad ottenere la condanna dell'amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno, che veniva rigettato in primo e in secondo grado. In sede di ricorso per cassazione la Kúria (Corte suprema, Ungheria) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte diverse questioni pregiudiziali fra le quali se sia contraria al diritto dell'Unione la norma processuale di uno Stato membro che subordini la facoltà di presentare qualsiasi domanda civile fondata sulla violazione di una norma in materia di appalti pubblici alla previa condizione che la commissione arbitrale in materia di appalti pubblici o il giudice – al cui esame sia stata sottoposta l'impugnazione del lodo della commissione arbitrale in materia di appalti pubblici – abbia definitivamente dichiarato la sussistenza della violazione della norma. La Corte, sul punto, ha ritenuto quanto segue:

«42. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione vada interpretato nel senso che, nel contesto di un'azione per risarcimento danni, osta ad una norma processuale nazionale che limita il controllo giurisdizionale dei lodi emessi da una commissione arbitrale cui è attribuito in primo grado il controllo delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici all'esame dei soli motivi sollevati dinanzi a detta commissione.

43. Occorre anzitutto rilevare che, come risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, i giudici nazionali cui è attribuito il controllo dei lodi della commissione arbitrale chiamata a esaminare in primo grado i ricorsi di annullamento avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni

aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici devono, ai sensi dell'articolo 339/A del codice di procedura civile, respingere in quanto irricevibile qualsivoglia motivo nuovo che non sia stato sollevato dinanzi a detta commissione.

[...]
45. Secondo il giudice del rinvio, l'applicazione congiunta dell'articolo 339/A del codice di procedura civile e dell'articolo 350 della legge sugli appalti pubblici potrebbe tuttavia produrre un effetto contrario al diritto dell'Unione.

[...]

51. Se è pur vero, peraltro, che detta norma processuale nazionale impone una stretta concordanza dei motivi sollevati dinanzi alla commissione arbitrale e quelli sollevati dinanzi ai giudici chiamati a controllare i lodi di detta commissione, escludendo pertanto ogni possibilità per l'amministrato di sollevare un motivo nuovo nel corso del procedimento, è altrettanto vero che essa contribuisce, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle conclusioni, a preservare l'effetto utile della direttiva 89/665, che - come la Corte ha già avuto occasione di statuire - consiste nel garantire che le decisioni illegittime delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (v., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, Star Storage e a., C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 43, nonché la giurisprudenza ivi citata).

52. Al riguardo, occorre ricordare che la Corte ha statuito che il principio secondo il quale l'iniziativa del processo spetta alle parti, che implica che il giudice sia vincolato dall'obbligo di limitarsi all'oggetto della controversia, di fondare la propria decisione sui fatti sottoposti al suo esame e di astenersi dall'agire d'ufficio se non in casi eccezionali al fine di salvaguardare il pubblico interesse, tutela i diritti della difesa e garantisce il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione di motivi nuovi (v., in tal senso, sentenze del 14 dicembre 1995, van Schijndel e van Veen, C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, punti 20 e 21, nonché del 7 giugno 2007, van der Weerd e a., da C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, punti 34 e 25).

53. Nella specie, come risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte, la Hochtief non è stata posta nell'impossibilità di proporre un ricorso di annullamento avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che l'escludeva dal procedimento, né dinanzi alla commissione arbitrale, né, successivamente, dinanzi ai giudici nazionali competenti quanto al controllo giurisdizionale del lodo pronunciato da detta commissione.

54. Né può ritenersi che una persona in una situazione come quella della Hochtief sia stata posta nell'impossibilità di sollevare tempestivamente un motivo attinente, in sostanza, all'impossibilità di apportare la prova del fatto che, nella specie, la partecipazione dell'esperto che essa aveva designato quale direttore del progetto e che era intervenuto affiancando l'amministrazione aggiudicatrice non era tale da falsare la concorrenza, conformemente a quanto si evince dalla sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punti da 33 a 36).

55. Infatti, secondo giurisprudenza costante della Corte, l'interpretazione che essa fornisce di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE,

chiarisce e precisa, ove necessario, il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., segnatamente, sentenze del 27 marzo 1980, Denkavit italiana, 61/79, EU:C:1980:100, punto 16, e del 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, EU:C:2004:17, punto 21).

56. Ne consegue che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, un offerente, quale la Hochtief, era in grado di sollevare la censura relativa al fatto di non aver avuto la possibilità di dimostrare che il fatto di aver designato quale direttore del progetto un esperto che aveva partecipato alla preparazione del bando di gara affiancando l'amministrazione aggiudicatrice non era tale da falsare la concorrenza, pur in assenza di qualsivoglia giurisprudenza al riguardo.

[...]

58. Discende dalle suesposte considerazioni che il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, va interpretato nel senso che, nel contesto di un'azione per risarcimento danni, non osta ad una norma processuale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita il controllo giurisdizionale dei lodi emessi da una commissione arbitrale cui è attribuito in primo grado il controllo delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici all'esame dei soli motivi sollevati dinanzi a detta commissione».

12. TUTELA GIURISDIZIONALE

12.1 Tutela cautelare

19 settembre 1996, causa C-236/95, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, ECLI:EU:C:1996:341

La Commissione ha presentato un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica ellenica fosse venuta meno agli obblighi che le incombono dal Trattato CE e dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE. In particolare, l'art. 2 della direttiva, prevedeva che gli organi competenti a conoscere dei ricorsi avessero la facoltà di adottare provvedimenti provvisori per sospendere una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici o l'esecuzione di qualsiasi decisione adottata dalle autorità aggiudicatrici, di annullare le decisioni illegittime e di risarcire le persone lese da una violazione. La Repubblica ellenica, ammettendo di non aver adottato tempestivamente le misure necessarie alla trasposizione formale della direttiva nel settore degli appalti pubblici di forniture, osservava però che l'allora vigente normativa greca in materia di appalti pubblici di lavori e forniture, vista congiuntamente alle disposizioni del codice di procedura civile e amministrativa, allo statuto del Consiglio di Stato e, più particolarmente, all'art. 52 del decreto presidenziale n. 18/89, intitolato «Codificazione delle disposizioni legislative relative al Consiglio di Stato», offriva già una tutela giuridica sufficiente sotto il profilo delle esigenze della direttiva.

La Corte, in riferimento alla tutela cautelare, ha statuito che:

«10. Si deve infatti constatare che, per quel che riguarda la sospensione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, contemplata all'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva, la normativa nazionale invocata e, più particolarmente, l'art. 52 del decreto presidenziale n. 18/89 costituiscono disposizioni generali relative alla procedura di sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo impugnato con ricorso di annullamento, che non potrebbero, da sole, garantire una corretta trasposizione della direttiva.

11. A questo proposito, è sufficiente rilevare che l'art. 52 del decreto presidenziale n. 18/89 riguarda unicamente le procedure di sospensione dell'esecuzione e presuppone l'esistenza di un ricorso principale per l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, mentre, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più generalmente, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, «compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto».

12. Sta di fatto che il Consiglio di Stato interpreta l'art. 52 del decreto presidenziale conformemente alla direttiva e ritiene che esso costituisca un sistema di tutela giurisdizionale provvisoria sufficiente ai sensi della direttiva.

13. Tuttavia, come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte, è particolarmente importante, per garantire la certezza del diritto, che i singoli possano contare su una situazione giuridica chiara e precisa, che consenta loro di sapere esattamente quali sono i loro diritti e di farli valere, se del caso, dinanzi ai giudici nazionali (v., in questo senso, sentenza 23 maggio 1985, causa 29/84, Commissione/Germania, Race. pag. 1661, punto 23; 9 aprile 1987, causa 363/85, Commissione/Italia, Racc, pag. 1733, punto 7, e 30 maggio 1991, causa C-59/89, Commissione/Germania, Racc. pag. 1-2607, punto 18).

14. Orbene, tenuto conto della redazione dell'art. 52 del decreto presidenziale, che limita la tutela giurisdizionale provvisoria ai soli procedimenti per la sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo impugnato con ricorso d'annullamento, una giurisprudenza come quella del Consiglio di Stato non può, in ogni caso, soddisfare tali esigenze di certezza del diritto».

15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2003:276

La Commissione ha presentato un ricorso per far dichiarare che il Regno di Spagna fosse venuto meno agli obblighi che gli incombevano dal Trattato CE e dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE come modificata dalla 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). In particolare, secondo la Commissione, il Regno di Spagna aveva omesso di prevedere la possibilità di adottare qualsiasi tipo di misura cautelare utile in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, ivi comprese le misure dirette a consentire la sospensione di una decisione amministrativa, eliminando a tal fine difficoltà ed ostacoli di qualsivoglia natura tra cui, in particolare, la necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte sul punto ha statuito che:

«95. È pacifico che, ad eccezione dei casi previsti dall'art. 136, n. 2, della legge n. 29/1998, la normativa spagnola subordina la domanda di provvedimenti provvisori alla previa proposizione di un ricorso di merito.

96 Al fine di verificare la conformità di tale regolamentazione alla direttiva 89/665, si deve ricordare, in via preliminare, che, come emerge dal quinto 'considerando' di tale direttiva, la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici richiede un trattamento urgente delle violazioni delle pertinenti norme del diritto comunitario o delle norme nazionali che lo recepiscono le quali inficino tali procedure.

97 A tal fine l'art. 2, n. 1, lett. a), di detta direttiva obbliga gli Stati membri ad abilitare gli organi di ricorso a prendere, con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici.

98 Nella citata sentenza Commissione/Grecia, vertente sulla conformità alla direttiva *89/665* di una normativa nazionale che, da un lato, limitava la tutela giurisdizionale provvisoria alle sole procedure di sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo e, dall'altro, subordinava il provvedimento di sospensione alla proposizione di un ricorso d'annullamento contro l'atto impugnato, la Corte ha avuto modo di precisare la portata degli obblighi derivanti a tale proposito dalla detta direttiva. In particolare, essa ha affermato che, in forza dell'art. 2 di questa direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più in generale, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto (sentenza Commissione/Grecia, cit., punto 11).

99 A tale proposito, si deve rilevare che, sebbene la normativa spagnola preveda la possibilità di adottare provvedimenti provvisori consistenti in un «facere», tuttavia essa non può essere considerata come un sistema di tutela giurisdizionale provvisorio adeguato al fine di porre rimedio in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto essa

impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

100 Tale considerazione non è confutata dal fatto che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665, come precisati nella già citata sentenza Commissione/Grecia.

101 Ne consegue che la [...] censura della Commissione deve essere accolta».

12.2 Ricorso principale/ricorso incidentale

4 luglio 2013, *Fastweb SpA contro Azienda Sanitaria Locale di* Alessandria, causa C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448

La pronuncia origina dal rinvio pregiudiziale effettuato dal T.A.R. Piemonte nell'ambito di una procedura di gara a cui avevano preso parte solamente due concorrenti, i quali contestavano, chi con ricorso principale chi con ricorso incidentale, l'altrui ammissione alla gara facendo valere il medesimo vizio. Sulla base dell'orientamento seguito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011 il T.A.R. Piemonte, accertata la fondatezza del ricorso incidentale, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile quello principale. Dubitando della compatibilità con il diritto U.E. di tale impostazione il T.A.R. Piemonte ha operato il rinvio pregiudiziale da cui scaturisce la sentenza in oggetto.

«24. Con la sua questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2, debbano essere interpretate nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, il suddetto articolo 1, paragrafo 3, osta al fatto che tale ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, quando il ricorrente contesta a sua volta la legittimità dell'offerta dell'aggiudicatario con identica motivazione e soltanto questi due operatori economici hanno presentato un'offerta.

25. Va rilevato che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto

dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

26. A questo proposito, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, sentenza del 19 giugno 2003, Hackermüller, C-249/01, Racc. pag. I-6319, punto 24, e giurisprudenza citata).

27. In tal senso, al punto 26 della citata sentenza Hackermüller, la Corte ha affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.

28. Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito del procedimento instaurato a seguito di un ricorso avviato da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedimento, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata (v. sentenza Hackermüller, cit., punto 27).

29. In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere riconosciuto il diritto di contestare dinanzi a tale autorità, nell'ambito di tale procedimento, la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (v., in tal senso, sentenza Hackermüller, cit., punti 28 e 29).

30. Tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso.

31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

34. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.»

5 aprile 2016, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA*, causa C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199

La pronuncia in oggetto scaturisce da un rinvio pregiudiziale con cui il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha sottoposto alla Corte di giustizia un nuovo quesito interpretativo in merito al rapporto tra ricorso principale e incidentale. Più in particolare, muovendo dalla sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), il C.G.A. ha chiesto se il principio di diritto fissato da tale pronuncia sia applicabile anche nel caso in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio.

«22. Il giudice del rinvio desidera accertare, in particolare, se l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 data dalla Corte nella sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) si applichi nell'ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice senza che un ricorso sia stato proposto dalle imprese diverse da quelle – nel numero di due - coinvolte nel procedimento principale.

23. Al riguardo è d'uopo ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della menzionata direttiva, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

24. Al punto 33 della sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) la Corte ha considerato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

25. Al punto 34 della succitata sentenza la Corte ha pertanto interpretato l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 nel senso che tale disposizione osta a che il ricorso di un offerente la cui offerta non è stata prescelta sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare dell'eccezione di inammissibilità sollevata nell'ambito del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, senza che ci si pronunci sulla conformità delle due offerte in discussione con le specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni.

26. La sentenza in parola costituisce una concretizzazione dei requisiti posti dalle disposizioni del diritto dell'Unione citate al punto 23 della presente sentenza, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione.

27. In una situazione siffatta ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto.

28. L'interpretazione, ricordata ai punti 24 e 25 della presente sentenza, formulata dalla Corte nella sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) è applicabile in un contesto come quello del procedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura.

29. Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai

medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

30. Tenuto conto delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione sottoposta dichiarando che l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.»

5 settembre 2019, *Lombardi Srl contro Comune di Auletta e altri* causa C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675

Ritenendo i più estremi approdi della giurisprudenza Fastweb e Puligienica tali da incrinare taluni principi fondanti del sistema nazionale di giustizia amministrativa, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha sottoposto alcuni quesiti interpretativi alla Corte in merito alla vexata quaestio relativa al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludenti.

«13. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, avendo constatato delle divergenze nella giurisprudenza di tale organo giurisdizionale per quanto riguarda l'attuazione della sentenza del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), ha deciso di sottoporre all'Adunanza plenaria del medesimo organo giurisdizionale la seguente questione: «[S]e, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate».

14. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato rileva che, secondo la giurisprudenza nazionale, nel caso in cui soltanto due offerenti abbiano partecipato alla gara ed entrambi abbiano presentato un ricorso inteso ad ottenere l'esclusione dell'altro, il ricorso principale e il ricorso incidentale devono essere ambedue esaminati. Inoltre, sarebbe chiaro che, in presenza di più di due offerenti, la medesima soluzione di cui sopra deve applicarsi anche nel caso in cui il ricorso principale sia fondato su motivi che, se accolti, determinerebbero la ripetizione dell'intero procedimento, e ciò sia in quanto tali motivi censurino la regolarità della posizione dell'aggiudicatario e degli altri offerenti rimasti in gara, sia in quanto essi siano volti a contestare la validità stessa della procedura di selezione.

15. Per contro, permarrebbe incertezza nell'evenienza in cui, come nella specie, il ricorso principale non sia fondato su motivi che, se fossero accolti, determinerebbero la ripetizione dell'intero procedimento.

16. A questo proposito la giurisprudenza nazionale sarebbe divisa. Secondo un primo filone giurisprudenziale, la sentenza del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), imporrebbe, in un'ipotesi siffatta, di esaminare il ricorso principale anche dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale, non dovendosi tener conto né del numero delle imprese partecipanti alla procedura né dei vizi prospettati come motivi del ricorso principale. Tuttavia, tale orientamento non terrebbe conto della sentenza del 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), nella quale la Corte avrebbe statuito che la direttiva 89/665 non osta a che a un offerente, il quale sia stato escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva, sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione. Inoltre, tale orientamento giurisprudenziale non terrebbe conto del fatto che il riesame e l'annullamento della procedura di affidamento di appalto pubblico sarebbero puramente facoltativi, sicché l'interesse ad agire del ricorrente principale non sarebbe certo.

17. In base al secondo filone giurisprudenziale, l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove l'accoglimento dello stesso fosse idoneo a procurare un vantaggio reale al ricorrente, il che presupporrebbe che le offerte degli offerenti che non sono parti del procedimento siano affette dal medesimo vizio che ha giustificato la decisione di accoglimento del ricorso principale. Tuttavia, tale interpretazione sarebbe stata censurata perché contrastante con la sentenza del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), e trascurerebbe il fatto che, anche laddove, esaminando il ricorso incidentale e quello principale, si accertasse che tutte le offerte presentate, ivi comprese quelle degli offerenti che non sono parti in causa, presentano dei vizi analoghi a quelli inficianti le offerte esaminate dal giudice, ugualmente l'amministrazione avrebbe soltanto la facoltà, e non l'obbligo, di ripetere la procedura di gara.

18. A giudizio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per ragioni di coerenza con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti, occorrerebbe privilegiare una soluzione in virtù della quale l'interesse ad agire del ricorrente principale dovrebbe essere valutato nella sua concretezza dal giudice adito, e non con riferimento a ragioni astratte. In tale ottica, sarebbe opportuno riconoscere agli Stati membri la possibilità di determinare le modalità di prova del carattere concreto del suddetto interesse, garantendo il diritto di difesa degli offerenti rimasti in gara ma non evocati nel processo, e ciò in armonia con i principi in materia di onere della prova.

19. Alla luce di tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva [89/665] possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta

impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (articolo 112 del codice di procedura civile), prova dell'interesse affermato (articolo 2697 del codice civile), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (articolo 2909 del codice civile)».

«20. Con il suo quesito, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.

21. In via preliminare, occorre ricordare che, come risulta dal secondo considerando della direttiva 89/665, quest'ultima è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterráneo e a., C-391/15, EU:C:2017:268, punto 30).

22. Risulta dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 che i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice devono, per essere considerati efficaci, essere accessibili almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

23. Così, quando, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di detti offerenti ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, ai sensi delle disposizioni menzionate al punto precedente. Infatti, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. Dall'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27).

24. Ne consegue che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri,

che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare (sentenze del 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, e del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24).

25. Il principio sancito dalle sentenze menzionate al punto precedente, secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente.

26. Tale principio risulta applicabile anche quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione.

27. Infatti, l'offerente che, come nel presente caso, si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara.

28. In particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa.

29. Alla luce di tali circostanze, la ricevibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari. Tale ricevibilità non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente.

30. Occorre altresì aggiungere che tale interpretazione non viene smentita dalla circostanza che gli altri offerenti classificatisi dietro l'autore del ricorso principale non sono intervenuti nel giudizio a quo. Infatti, come la Corte ha già avuto occasione di rilevare, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale menzionato al punto 25 della presente sentenza (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 29).

31. La sentenza del 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), menzionata dal giudice del rinvio, non costituisce

un ostacolo ad un'interpretazione siffatta. Infatti, se è pur vero che, ai punti da 13 a 16, 31 e 36 di detta sentenza, la Corte ha statuito che un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di affidamento di appalto pubblico poteva vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, occorre rilevare che, nella controversia decisa da quella sentenza, la decisione di esclusione di detto offerente era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 57).

32. Orbene, nel procedimento principale, nessuno degli offerenti che hanno presentato i ricorsi intesi alla reciproca esclusione è stato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione. Pertanto, la suddetta sentenza non inficia in alcun modo il principio giurisprudenziale menzionato al punto precedente.

33. Per quanto riguarda infine il principio di autonomia processuale degli Stati membri, è sufficiente ricordare come tale principio non possa, comunque, giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2019, PORR Építési Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, punto 39 nonché la giurisprudenza ivi citata). Orbene, per le ragioni illustrate ai punti precedenti della presente sentenza, risulta dall'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o di prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso.

34. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.»