

Causa C-393/06

**Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH
contro
Fernwärme Wien GmbH**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria)]

«Appalti pubblici – Procedura di aggiudicazione – Settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali – Direttiva 2004/17/CE – Ambito di applicazione – Amministrazioni aggiudicatrici – Imprese pubbliche – Appalto bandito da un'impresa pubblica per altri settori – Non applicazione della direttiva 2004/17/CE – Impresa pubblica che può essere qualificata come “organismo di diritto pubblico” – Assoggettamento alla direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – Nozioni di “organismo di diritto pubblico” e di “esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” – Mercato che deve essere preso in considerazione per stabilire se si è in presenza di un'esigenza di carattere industriale o commerciale – Organismo di diritto pubblico che opera al contempo su mercati aperti e chiusi – Attività di aggiudicazione in regime di libera concorrenza – Assoggettamento alla direttiva 2004/18/CE, anche quando per i due settori di intervento si prevede una gestione economica e contabile separata»

I – Introduzione

1. Il Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commissione amministrativa indipendente per il controllo delle aggiudicazioni del Land di Vienna) propone tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, entrambe del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 31 marzo 2004, che coordinano, l'una, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e l'altra, le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (2).

2. Tale domanda di pronuncia pregiudiziale fornisce alla Corte di giustizia l'opportunità di delimitare gli ambiti di applicazione delle suddette direttive e di delineare, ancora una volta, la nozione di «organismo di diritto pubblico» nel ruolo di «amministrazione aggiudicatrice».

3. Si intende accertare se un'impresa pubblica, ai sensi della definizione contenuta nell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 2004/17, rimanga assoggettata alle disposizioni di quest'ultima quando svolge attività che non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 3-7 (prima questione) della direttiva medesima. In caso di risposta negativa, nell'ordinanza di rinvio si chiede se tale impresa debba nondimeno essere qualificata come «organismo di diritto pubblico» allorché provvede, senza effettiva concorrenza, a soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale

(erogazione di teleriscaldamento alla città di Vienna), rimanendo assoggettata alla direttiva 2004/18 anche quando agisce in un mercato diverso, in presenza di altri concorrenti (seconda questione), vincolo dal quale potrebbe affrancarsi qualora dimostrasse che le suddette attività sono gestite economicamente come due settori separati (terza questione).

4. Sullo sfondo di tali questioni si intravede la «teoria della contaminazione» (plasmata nella sentenza 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a.) (3), che assoggetta alle direttive sugli appalti tutte le attività svolte da un'«amministrazione aggiudicatrice», con l'eccezione (inserita dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni 21 aprile 2005, relative alla causa Impresa Portuale di Cagliari (4), poi archiviata senza la pronuncia di una sentenza) del caso in cui si dimostri l'inesistenza di sovvenzioni incrociate tra gli appalti aggiudicati in un mercato aperto e quelli affidati in regime non concorrenziale.

5. Tuttavia, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien non dispone della qualifica di organo giurisdizionale nell'ordinamento austriaco; inoltre, le sue decisioni sono impugnabili dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (Corte suprema amministrativa), con sede a Vienna. Essendo nota la mia opinione circa la nozione di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE, che ho avuto modo di esporre nelle conclusioni 28 giugno 2001 nella causa De Coster (5), mi sento in dovere, per non sembrare incongruente, di consigliare alla Corte di giustizia il rigetto ab limine di tale domanda di pronuncia pregiudiziale.

II – Ambito normativo

A – Normativa austriaca

6. La Wiener Vergaberechtschutzgesetz (6) (legge per la tutela in materia di aggiudicazione degli appalti del Land di Vienna) conferisce al Vergabekontrollsenat des Landes Wien poteri di controllo sulla selezione degli aggiudicatari realizzata dal Land e da altre amministrazioni aggiudicatrici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (art. 1).

7. Ai sensi dell'art. 2, la detta commissione indipendente esercita le proprie competenze in prima ed unica istanza, non essendo le sue decisioni soggette a riesame amministrativo (n. 2), sebbene ne sia prevista l'impugnazione in sede giurisdizionale dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (n. 4).

8. Il Vergabekontrollsenat è composto da sette membri, che vengono nominati dal governo del Land con un mandato rinnovabile di sei anni (art. 3, n. 1). I detti membri devono possedere conoscenze specifiche economiche o tecniche in materia di appalti pubblici (art. 3, n. 2); essi svolgono le loro funzioni con indipendenza, senza ricevere istruzioni (art. 3, n. 3) e a titolo gratuito (art. 3, n. 4).

B – Normativa comunitaria

1. La direttiva 2004/18

9. Tale direttiva raccoglie in un unico testo il diritto derivato esistente (7), armonizzando a livello comunitario le procedure nazionali di aggiudicazione per conformarle ai principi del Trattato che ispirano gli appalti pubblici (primo e secondo 'considerando'). Essa disciplina gli appalti definiti «pubblici» dall'art. 1, n. 2, che non ricadono tra le esclusioni previste dagli artt. 12-18 e che abbiano un valore superiore alle soglie indicate all'art. 7, sempreché si tratti di contratti stipulati da «amministrazioni aggiudicatrici».

10. A tenore dell'art. 1, n. 9, si definiscono tali lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni da essi costituite. Per «organismo di diritto pubblico» s'intende qualsiasi organismo 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, 2) dotato di personalità giuridica e 3.a) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure 3.b) la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, o, infine, 3.c) 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.

2. La direttiva 2004/17

11. La direttiva 2004/17 (8) persegue un obiettivo analogo a quello della direttiva 2004/18 relativamente agli appalti di lavori, fornitura e di servizi (definiti all'art. 1, n. 2) in settori determinati, che si contraddistinguono per il loro carattere chiuso, dovuto alla concessione di diritti speciali o esclusivi (primo, secondo e terzo 'considerando').

12. Tale direttiva si applica, ai sensi del suo art. 2, n. 2, agli «enti aggiudicatori» che svolgono una delle attività di cui agli artt. 3 (gas, energia termica ed elettricità), 4 (acqua), 5 (trasporto), 6 (servizi postali) e 7 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi nonché porti e aeroporti), salvo nei casi in cui tali attività siano esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili (art. 30, n. 1).

13. La direttiva qualifica come «enti aggiudicatori», oltre alle «amministrazioni aggiudicatrici» [definite all'art. 2, n. 1, lett. a), in termini identici a quelli usati dalla direttiva 2004/18], le «imprese pubbliche», vale a dire le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. Tale influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici (1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure (2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure (3) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa [art. 2, n. 1, lett. b)].

14. La direttiva considera altresì «enti aggiudicatori» gli organismi che, non essendo «amministrazioni aggiudicatrici» o «imprese pubbliche», svolgono una o più attività tra quelle di cui agli artt. 3-7 in virtù di diritti speciali o esclusivi [art. 2, n. 2, lett. b)].

15. L'art. 20, n. 1, esclude dal campo d'applicazione della direttiva gli appalti aggiudicati dagli «enti aggiudicatori» per scopi diversi da quelli di cui agli artt. 3-7.

III – Fatti all'origine della causa principale e questioni pregiudiziali

16. La società Fernwärme Wien GmbH è stata costituita il 22 gennaio 1969, data in cui è stata anche regolarmente iscritta nel registro delle imprese di Vienna, acquisendo in tal modo personalità giuridica. Essa ha come oggetto sociale la fornitura di teleriscaldamento ad abitazioni, uffici pubblici e privati, imprese ed altri locali nel comprensorio del comune di Vienna, e al contempo si dedica, in concorrenza con altri operatori, alla pianificazione generale di sistemi di refrigerazione per progetti immobiliari di grandi dimensioni.

17. Secondo la versione attuale del suo atto costitutivo, che è stato successivamente modificato senza tuttavia alterare l'oggetto sociale, la detta società assume la forma di società a responsabilità limitata e appartiene integralmente al comune di Vienna (9). Spetta al Kontrollamt (camera dei conti) di Vienna il controllo finanziario sui bilanci di tale società, mentre il comune, che esercita i propri diritti in seno all'assemblea generale, nomina e revoca gli amministratori, approvandone la gestione, nonché i membri del collegio sindacale.

18. Con un annuncio pubblicato il 1° marzo 2006 sull'*Amtsblatt der StadtWien* (gazzetta ufficiale della città di Vienna), la Fernwärme Wien ha bandito una gara d'appalto per la realizzazione di un impianto di refrigerazione nell'ambito di un progetto relativo ad un complesso di uffici e di locali commerciali nella città di Vienna (denominato «Town-Town»), specificando che in tale procedura non trovava applicazione la normativa nazionale in materia di appalti.

19. La Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, che ha accettato le condizioni di gara, ha partecipato alla procedura di aggiudicazione con due offerte, una principale ed una alternativa. Il 18 maggio 2006, la Fernwärme Wien le ha comunicato il rigetto della seconda offerta, decisione che l'interessata ha impugnato dinanzi al Vergabekontrollsenat des Landes Wien.

20. La Fernwärme Wien ha messo in discussione la competenza di tale organo, subordinata alla condizione che la società convenuta sia un «ente aggiudicatore» o un'«amministrazione aggiudicatrice» ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18. Considerati i termini del dibattito, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se la direttiva (...) 2004/17/CE (...) debba essere interpretata nel senso che un ente aggiudicatore, che svolga un'attività nei settori indicati all'art. 3 (...), rientra nell'ambito di applicazione della stessa, anche in relazione ad un'attività collaterale esercitata in un contesto concorrenziale.
- 2) Nel caso in cui ciò valga solo per le amministrazioni aggiudicatrici: se un'impresa quale la Fernwärme Wien (...) debba essere qualificata come organismo di diritto pubblico, ai sensi della direttiva 2004/17/CE o della direttiva (...) 2004/18/CE (...), quando provvede all'erogazione di teleriscaldamento in una determinata zona senza effettiva concorrenza ovvero se debba essere inquadrata nel mercato del riscaldamento in generale, che comprende anche il riscaldamento di locali mediante l'impiego di altri combustibili come il gas, il petrolio, il carbone ecc.
- 3) Se un'attività esercitata in regime di concorrenza da una società che svolge anche attività di natura non industriale o commerciale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE o della direttiva 2004/18/CE qualora si possa escludere, grazie a efficaci misure quali contabilità e bilanci separati, un finanziamento incrociato con le attività esercitate in regime di concorrenza».

IV – Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

21. Le parti nella causa principale, la Commissione e i governi austriaco, ungherese e finlandese hanno presentato osservazioni scritte. All'udienza, tenutasi l'11 ottobre 2007, sono intervenuti, per svolgere osservazioni orali, i rappresentanti della Ing. Aigner, del governo austriaco e della Commissione.

V – Sulla competenza della Corte di giustizia

22. Nella sentenza 18 giugno 2002, HI (10), la Corte di giustizia ha considerato il Vergabekontrollsenat des Landes Wien una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 234 CE (punto 28); conformandosi alla propria reiterata giurisprudenza riguardante tale nozione, la Corte ha constatato che il detto organo risponde ai criteri relativi all'origine legale, all'obbligatorietà della giurisdizione, alla natura contraddittoria del procedimento e all'applicazione di norme giuridiche (punto 26), e che, al contempo, sotto l'aspetto della composizione e del funzionamento, soddisfa i requisiti relativi al carattere indipendente e permanente (punto 27).

23. Sei mesi prima, nelle mie conclusioni relative alla causa De Coster, ho esposto una critica di tale giurisprudenza, che appare «eccessivamente flessibile e priva della necessaria coerenza» (11), e ho suggerito un mutamento di rotta radicale, che porti a seguire percorsi più decisi (12), i quali, ricollegandosi alla ragion d'essere dello strumento pregiudiziale, incrementino una produttiva cooperazione tra giudici.

24. Con tale spirito, ho suggerito che, come regola generale, vengano ricondotti alla nozione di cui all'art. 234 CE unicamente gli organi facenti parte del potere giudiziario di ciascuno Stato membro, allorché esercitano funzioni propriamente giurisdizionali includendo, a titolo d'eccezione, quegli organi che, pur senza far parte dell'ordinamento giudiziario, costituiscono organi inappellabili nel sistema giuridico interno, sempreché soddisfino le condizioni enunciate dalla giurisprudenza e, in particolare, quella relativa all'indipendenza ed al carattere contraddittorio del procedimento.

25. In base a quest'ultima interpretazione, più restrittiva, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien rimane escluso dalla suddetta nozione di organo giurisdizionale, poiché è estraneo all'ordinamento giudiziario austriaco («commissione amministrativa indipendente») e in quanto le sue decisioni,

benché non soggette a riesame amministrativo, possono essere impugnate in sede giurisdizionale dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (13).

26. Non merita ch'io riproduca in questa sede le considerazioni che ho sviluppato nelle conclusioni relative alla causa De Coster (paragrafi 75-79) in ordine agli inconvenienti derivanti dall'intromissione di un organo amministrativo, per quanto indipendente, nella cooperazione giudiziaria, considerazioni che ho ribadito (il 24 maggio 2007) nelle conclusioni relative alla causa C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ÖRF) ¹(14)⁴ – paragrafi 35 e 36 –. Non dobbiamo neppure ignorare la produttiva collaborazione del Vergabekontrollsenat des Landes Wien nell'ambito dell'interpretazione della normativa sugli appalti pubblici (15); tuttavia, pur volendo fare del possibilismo giuridico, dobbiamo ammettere che le ragioni che, in passato, hanno giustificato l'apertura del dialogo pregiudiziale ad organi non strettamente giurisdizionali perdono gran parte del loro significato in una Comunità di ventisette Stati, in un momento in cui tale settore dell'ordinamento comunitario e la relativa interpretazione si sono pienamente consolidati (16).

27. I recenti sviluppi della giurisprudenza mostrano (17) un maggior rigore nella caratterizzazione dei tratti che definiscono la nozione di organo giurisdizionale, specialmente con riguardo al criterio dell'indipendenza, facendo intravedere una tendenza più vicina a quanto ho esposto nelle conclusioni De Coster (18). Così nella sentenza Schmid (19) la Corte ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere delle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (quinta commissione di ricorso della direzione regionale delle finanze) per Vienna, il Niederösterreich e il Burgenland, mentre nella sentenza Syfait e a. (20) non ha dichiarato ricevibile nemmeno il rinvio dell'Epitropi Antagonismou (commissione ellenica per la concorrenza) (21).

28. Tale tendenza appare evidente se si considera che, in passato, la Corte di giustizia ha risolto questioni sottoposte da organi simili a quelli poc'anzi menzionati, come i tribunali economico-amministrativi spagnoli (22) e il Tribunal de Defensa de la Competencia, anch'esso spagnolo (23).

29. A distanza di anni, le conclusioni nella causa De Coster continuano ad essere attuali (24), ragion per cui, non soltanto per esigenze di coerenza, ma per sincera convinzione, ribadisco che il Vergabekontrollsenat des Landes Wien non è un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE e suggerisco alla Corte di giustizia di dichiararsi incompetente ad esaminare le questioni pregiudiziali proposte da tale organo.

30. Nutro la speranza che i giudici cui mi rivolgo si persuadano dei meriti della proposta formulata nell'ambito della causa De Coster (25); tuttavia, nell'eventualità in cui tale tesi non dovesse essere seguita, passo ora ad analizzare, in subordine, il contenuto sostanziale della presente domanda di pronuncia pregiudiziale, al fine di adempiere l'ufficio che mi è stato attribuito di presentare pubblicamente conclusioni, con assoluta imparzialità ed in piena indipendenza.

VI – Analisi delle questioni pregiudiziali

A – Le direttive 2004/17 e 2004/18: due percorsi che conducono ad una stessa meta (prima questione)

31. La normativa comunitaria sugli appalti pubblici persegue un obiettivo immediato e limitato: il coordinamento delle procedure di aggiudicazione. Tuttavia tale obiettivo, come si deduce dal secondo 'considerando' della direttiva 2004/18 e dal nono 'considerando' della direttiva 2004/17, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (26), non è altro che uno strumento per realizzare un disegno di maggiore portata: lo sviluppo di una concorrenza effettiva in questo settore, per garantire la realizzazione delle libertà fondamentali per l'integrazione europea. Si tenta, cioè, di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e di proteggere 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. Di conseguenza, occorre eliminare il rischio che venga data la preferenza agli offerenti nazionali (buy national), evitando che l'organo incaricato dell'aggiudicazione si lasci guidare da criteri diversi da quelli di carattere economico (27) (per tale ragione il criterio fondamentale di aggiudicazione degli appalti è sempre quello dell'offerta più bassa o economicamente più vantaggiosa).

1. Una dimensione personale

32. La direttiva 2004/18, come quelle che l'hanno preceduta, delimita il proprio ambito di applicazione *ratione personae*, definendo, da un lato, le figure dell'«imprenditore», del «fornitore» e del «prestatore di servizi» e, dall'altro, quella dell'«amministrazione aggiudicatrice» (art. 1, nn. 8 e 9); e *ratione materiae*, descrivendo gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di fornitura, nonché indicando cosa debba intendersi per concessione di lavori o di servizi (art. 1, nn. 2-4).

33. Perciò, gli appalti assoggettati alla disciplina della direttiva 2004/18, stipulati da un'«amministrazione aggiudicatrice», devono essere attribuiti in tutti gli Stati membri conformemente ai principi ed alle norme procedurali stabiliti dalla direttiva stessa.

34. Si pone cioè l'accento sulla dimensione personale: l'elemento decisivo consiste non già nella natura dell'appalto, ma nella persona che lo offre, giacché qualsiasi appalto della pubblica amministrazione è soggetto al sistema di coordinamento delle procedure istituito dal diritto derivato.

35. La suddetta esigenza è determinante a tal punto che la sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.* ha esteso la disciplina comunitaria (nel caso di specie, la direttiva 93/37) a tutte le attività degli organismi di diritto pubblico, con il motivo che il legislatore non distingue tra appalti che soddisfino bisogni di interesse generale e appalti che prescindano da tale aspetto, appellandosi al principio della certezza del diritto (punti 32-34).

2. Un approccio materiale

36. Tuttavia, tale approccio «intersectoriale» (aggettivo impiegato dalla Commissione nelle osservazioni scritte) viene abbandonato nella direttiva 2004/17, che non si applica a qualsiasi attività delle «amministrazioni aggiudicatrici», ma solo a quelle previste dagli artt. 3-7.

37. Tale peculiarità si spiega in base al fatto che, inizialmente, gli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni erano esclusi dalla disciplina di armonizzazione (28), a causa della diversità dello statuto giuridico (pubblico o privato) degli enti che li gestiscono. Si doveva evitare che i detti servizi fossero sottoposti a regimi differenti a seconda che dipendessero dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico, ovvero da organismi di diritto privato, in attesa che l'esperienza acquisita permettesse di adottare una soluzione definitiva (29).

38. Tale occasione si è presentata con la direttiva 93/38, che ha realizzato il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti nei suddetti mercati esclusi e ha definito gli enti aggiudicatori senza fare riferimento alla loro qualificazione giuridica (enti pubblici o privati). Essa ha altresì tenuto conto dell'influenza esercitata dalle autorità pubbliche sul comportamento di tali enti, a causa della chiusura dei mercati interessati e della concessione di diritti speciali o esclusivi, con l'obiettivo di aprire i detti mercati alla concorrenza (nono, undicesimo e dodicesimo 'considerando'). Ciò spiega perché l'ambito di applicazione soggettivo della direttiva comprendesse, oltre agli enti contemplati dalle direttive classiche in materia, le imprese pubbliche e le imprese collegate [art. 1, punti 2) e 3)], posto che i detti enti rimanevano assoggettati alla direttiva solo per le attività ivi elencate (tredicesimo 'considerando' (30) e art. 2).

39. La direttiva 2004/17 segue uno stesso orientamento (secondo e terzo 'considerando') e definisce di «enti aggiudicatori» senza far riferimento al loro regime giuridico (decimo 'considerando'), motivo per cui considera tali, insieme alle «amministrazioni aggiudicatrici», definite allo stesso modo che nella direttiva 2004/18, anche le imprese pubbliche e gli enti che operano in virtù della concessione di diritti esclusivi o speciali, sempreché svolgano una delle attività di cui agli artt. 3-7 (art. 2, nn. 1 e 2, e art. 20, n. 1).

40. Pertanto, la direttiva 2004/17 disciplina l'aggiudicazione degli appalti per i settori tradizionalmente chiamati «esclusi» con uno spirito diverso da quello che ha ispirato la direttiva 2004/18: l'elemento determinante consiste non già nell'ente che offre l'appalto, bensì nel genere di attività in cui esso rientra, applicandosi solamente in tali settori.

41. Tale tesi trova una duplice conferma. Da un lato, l'art. 12, primo comma, della direttiva 2004/18 esclude dall'ambito di applicazione di quest'ultima gli appalti pubblici offerti dalle «amministrazioni aggiudicatrici» per le attività di cui agli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, cosa che pone in evidenza l'importanza della componente materiale agli effetti dell'applicazione di quest'ultima. Dall'altro, la citata direttiva 2004/17 intende contribuire allo sviluppo della libera concorrenza, per cui la sua applicazione è esclusa, come indica il suo art. 30, n. 1, allorché tali attività sono svolte su mercati liberamente accessibili.

42. Perciò, le «amministrazioni aggiudicatrici» di cui alla direttiva 2004/18 si conformano alla direttiva 2004/17 quando operano nel suo ambito materiale, mentre lo stesso non vale per le imprese pubbliche e gli enti titolari di diritti esclusivi o speciali in quanto tali.

43. Tali circostanze confermano l'inapplicabilità, nella fattispecie, della «teoria della contaminazione». L'avvocato generale Léger, nelle conclusioni del 16 settembre 1997 relative alla causa Mannesmann Anlagenbau Austria e a., osserva che il campo di applicazione della direttiva 93/37 (come quello della direttiva 2004/18) non è definito in funzione dell'attività per la quale vengono aggiudicati gli appalti, bensì delle caratteristiche dell'organismo che ha stipulato il contratto (paragrafo 81). Ciò significa che, mentre la direttiva 2004/18 è incentrata sulla nozione di «amministrazione aggiudicatrice», essendo sconsigliato, per ragioni di certezza del diritto, sobbarcarsi l'impresa di separare la parte di disciplina destinata a soddisfare gli interessi generali e la parte che persegue altri obiettivi, la direttiva 2004/17 consente di delimitare perfettamente i campi materiali di attività degli «enti aggiudicatori», fornendo, all'art. 9, criteri concreti al riguardo.

44. In altri termini, quando un'«amministrazione aggiudicatrice», nella sua accezione più ristretta, di cui all'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18 ed all'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 2004/17, offre un appalto per attività diverse da quelle indicate dagli artt. 3-7 di quest'ultima, trova applicazione la prima direttiva. Tuttavia, qualora ad agire al di fuori di tale schema sia un'impresa pubblica o titolare di diritti speciali o esclusivi [art. 2, nn. 1, lett. b) e 2, lett. b), della direttiva 2004/17] nessuna delle due direttive è applicabile.

45. In conclusione, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere la prima delle tre questioni pregiudiziali poste dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien, dichiarando che il regime stabilito dalla direttiva 2004/17 non si applica agli appalti che vengano attribuiti dagli «enti aggiudicatori», ai sensi dell'art. 2, n. 2, della direttiva medesima, per attività diverse da quelle contemplate dagli artt. 3-7.

46. Tale soluzione è conforme alla giurisprudenza comunitaria. Infatti, la sentenza 16 giugno 2005, Strabag e Kostmann (31), ha affermato che la direttiva 93/38 (e pertanto, anche la direttiva 2004/17) si applica agli «enti aggiudicatori» nei limiti in cui essi operino nei settori di attività ivi previsti. Altrimenti, gli appalti offerti da tali enti saranno disciplinati, a seconda dei casi, dalla normativa sui contratti pubblici (punto 37).

B – La nozione di organismo di diritto pubblico: importanza del grado di concorrenza nel mercato interessato (seconda questione)

47. Tutti coloro che sono intervenuti nel presente procedimento pregiudiziale concordano sul fatto che l'appalto su cui verte la causa principale riguarda un'attività della Fernwärme Wien che esula dalla direttiva 2004/17 (installazione di impianti di refrigerazione per un complesso di uffici e di locali commerciali), per cui, alla luce della soluzione che propongo per la prima questione, occorre chiarire se, come chiede l'organo remittente, tale società sia un «ente aggiudicatore», poiché, in tal caso, sarebbe assoggettata alla direttiva 2004/18.

48. In pratica, occorre stabilire se tale società sia un «organismo di diritto pubblico». Nessuno discute sulla sua personalità giuridica o sul vincolo che la lega al comune di Vienna, proprietario, direttamente o indirettamente, del suo capitale. I dubbi riguardano il primo requisito normativo, ossia la sua specifica vocazione a soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

49. È inoltre pacifico che l'oggetto sociale di tale impresa è di interesse generale, in quanto essa fornisce un servizio di erogazione di teleriscaldamento, utilizzando un sistema che rispetta l'ambiente,

come la combustione dei rifiuti (32). La discussione si riduce, pertanto, alla questione di stabilire se si tratti di un'esigenza a «carattere industriale o commerciale».

50. A tal fine, occorre valutare l'insieme degli elementi di fatto e di diritto pertinenti, nonché le circostanze nelle quali l'organismo di cui trattasi è stato costituito e le condizioni in cui esso esercita la propria attività (33), tra i quali, in particolare, l'assenza dello scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico (34).

51. In tale contesto, si deve valutare l'incidenza, su tale nozione, della struttura del settore in cui opera l'organismo considerato. Anzitutto, la formula legale non contiene alcun riferimento ad un'eventuale situazione di concorrenza con imprese private (35), elemento, questo, che rappresenterebbe un indizio del carattere industriale o commerciale dell'esigenza di pubblico interesse che la società in esame è volta a soddisfare (36), essendo tuttavia insufficiente ad escludere finalità estranee a quelle di natura economica (37), giacché il fatto di operare in un mercato chiuso non costituisce una condizione indispensabile ai fini della definizione di un organismo di diritto pubblico (38).

52. In tale contesto giurisprudenziale si inserisce la seconda questione formulata dall'organo amministrativo remittente, che intende delimitare il mercato di riferimento, al fine di valutarne il grado di concorrenza, muovendo tuttavia da una premessa errata (condivisa peraltro da tutti coloro che sono intervenuti nel presente procedimento pregiudiziale), come si evince da quanto ho esposto nell'ambito dell'esame della prima questione.

53. In realtà, la direttiva 2004/18 propone una nozione soggettiva, che comprende ogni struttura organizzativa che si comporti come un'«amministrazione aggiudicatrice», indipendentemente dall'ambito materiale in cui opera (teoria della contaminazione), salvo il caso in cui si tratti di appalti esclusi dalla direttiva in forza degli artt. 12-18. Nel caso degli «organismi di diritto pubblico» si richiede la condizione che essi siano stati costituiti specificamente per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, per cui il mercato di riferimento al fine di valutare il grado di concorrenza e di qualificare l'attività dei detti organismi come industriale o commerciale è il mercato per il quale sono stati costituiti (39), nel caso della Fernwärme Wien, quello della fornitura di teleriscaldamento attraverso la combustione di rifiuti.

54. Una diversa impostazione condurrebbe ad un risultato in contrasto con l'interpretazione funzionale accolta dalla giurisprudenza comunitaria (40), compromettendo l'effetto utile della direttiva 2004/18. Per eludere l'applicazione di tale normativa, basterebbe che un ente concepito soltanto per soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non industriale o commerciale si dedicasse ad attività strettamente commerciali, pur mantenendo il suo oggetto originale, ed evitasse, mediante l'ampliamento dei mercati cui rivolgere i propri servizi, la qualifica di «organismo di diritto pubblico», cosicché tutti gli appalti da esso offerti, a prescindere dalla loro natura, verrebbero aggiudicati senza dover soddisfare i requisiti imposti dalla disciplina comunitaria di armonizzazione. In sostanza, la mia tesi integra la soluzione accolta dalla sentenza *Universale-Bau* (41), che riguardava il caso opposto a quello presente, ossia di un'impresa che era stata costituita per svolgere un'attività esclusivamente privata cui, successivamente, era stata affidata la prestazione di un servizio pubblico. In entrambi i casi, un'interpretazione funzionale suggerisce che gli appalti delle società che gestiscono interessi generali capaci di operare al margine delle forze di mercato vengano attribuiti senza ricorrere a tali forze.

55. La direttiva 2004/18 non lascia alternative, poiché se lo Stato o gli enti territoriali non perdono la qualifica di amministrazioni aggiudicatrici allorché operano in mercati aperti, non perdono tale qualifica neppure le strutture istituite dagli enti territoriali come organismi dotati di personalità giuridica e posti sotto il controllo di tali enti al fine di «soddisfare (...) esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale». Tale interpretazione richiama alla mente la giurisprudenza della Corte di giustizia. La citata sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.* ha sottolineato che la condizione 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 (punto 26), senza esercitare altre attività, anche a titolo principale, poiché la detta definizione giuridica non tiene conto

dell'importanza relativa di tale tipo di attività nell'insieme delle attività svolte dall'organismo considerato (punti 25, 26 e 31) (42).

56. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di giustizia di chiarire al Vergabekontrollsenat des Landes Wien che la fornitura di teleriscaldamento è il mercato da prendere in considerazione per verificare se la Fernwärme Wien meriti o meno la qualifica di «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18.

57. Ad ogni modo, l'esame proposto con la seconda questione pregiudiziale appare irrilevante, poiché, in base alle informazioni fornite nell'ordinanza di rinvio, si deduce che, a prescindere dalla definizione del settore di intervento (soltanto quello del teleriscaldamento o anche quello dell'energia termica prodotta con altri combustibili), attualmente la Fernwärme Wien risulta essere l'unica impresa capace di soddisfare tale esigenza di interesse generale, potendo comportarsi secondo criteri diversi da quelli strettamente economici, circostanza, questa, che giustifica l'intervento del diritto comunitario, diretto ad armonizzare i criteri di aggiudicazione, aprire il mercato alla concorrenza e garantire la trasparenza della selezione.

C – Sulla possibilità di infrangere la teoria della contaminazione (terza questione)

58. La Commissione non ha saputo apprezzare nella giusta misura la terza questione. Il Vergabekontrollsenat des Landes Wien non vuole verificare quanto incida il livello di concorrenza nel mercato di riferimento al fine di stabilire l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, contesto cui si riferisce la seconda questione. Più semplicemente, l'organo remittente chiede se un «ente aggiudicatore» ovvero un'«amministrazione aggiudicatrice» che svolge contemporaneamente attività industriali o commerciali in un mercato aperto sia soggetto, con riguardo a queste ultime attività, alle direttive del 2004 allorché, mediante l'impiego di meccanismi come bilanci e contabilità separati, elimini il rischio di un finanziamento incrociato tra i diversi settori dell'attività imprenditoriale.

59. Tale questione è ininfluenza per quanto riguarda la direttiva 2004/17, giacché, come segnalato nei precedenti paragrafi, gli «enti aggiudicatori» sono assoggettati alla disciplina della direttiva medesima solo qualora operino nei settori specifici che ne formano l'oggetto, tranne quando l'attività in questione sia esercitata in un regime di libera concorrenza, situazione cui, come indica l'art. 30, n. 1, della direttiva, non sono applicabili le disposizioni di armonizzazione ivi previste.

60. Si tratta perciò di chiarire se le «amministrazioni aggiudicatrici», e in particolare gli «organismi di diritto pubblico», che operano al contempo in mercati concorrenziali e in mercati chiusi, debbano conformarsi alla direttiva 2004/18 allorché offrono un appalto in un mercato aperto nelle circostanze cui si riferisce la terza questione pregiudiziale (assenza di finanziamento incrociato).

61. La teoria della contaminazione si spiega in base agli obiettivi della normativa comunitaria di armonizzazione in materia appalti pubblici, enunciati al paragrafo 31 di queste conclusioni. Essa mira a far sì che gli enti abilitati ad aggiudicare gli appalti si attengano a criteri di economicità, senza cadere nella tentazione di seguire criteri diversi che privilegino i candidati nazionali ai danni di quelli stranieri, per cui le «amministrazioni aggiudicatrici», per definizione capaci di sottrarsi alle forze del mercato, devono sempre conformarsi alla direttiva 2004/18. La definizione di appalto pubblico ai sensi di tale direttiva non implica il riferimento al compito dell'«amministrazione aggiudicatrice» di soddisfare bisogni di interesse generale (art. 1, n. 2, in combinato disposto con gli allegati I e II). Già in epoca anteriore, la sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (punto 32) aveva esposto tale teoria in relazione alla direttiva 93/37.

62. Anche siffatta teoria si basa, come viene posto in rilievo al punto 34 della ricordata sentenza, sul principio della certezza del diritto, che suggerisce di svincolare la nozione di «organismo di diritto pubblico» dal maggior o minor peso specifico delle attività industriali o commerciali.

63. Nelle conclusioni relative alla causa Impresa Portuale di Cagliari (paragrafo 68), l'avvocato generale Jacobs propone una deroga per i casi in cui si possa dimostrare una netta separazione della gestione economica, finanziaria e contabile tra i diversi tipi delle attività svolte da un «ente di diritto pubblico».

64. Non rilevo inconvenienti nell'accettare, in teoria, tale suggerimento (43); tuttavia, la prudenza cui devono attenersi gli autori della giurisprudenza impone di scartarla, poiché, allo stato attuale del mercato comunitario, l'esperienza insegna che le attività e i rapporti imprenditoriali sono altamente complessi, e rendono oltremodo difficile una separazione netta, come quella descritta dal mio collega, che, inoltre, secondo quanto indica l'ordinanza di rinvio, appare realizzabile solo tra società indipendenti, e non sempre. Anche separando la contabilità e rifiutando i finanziamenti incrociati, la direzione strategica, le decisioni strutturali e il patrimonio rimangono pur sempre centralizzati in un'unica impresa e non si potrebbe garantire l'impermeabilità degli ambiti di intervento o che, in situazioni critiche, le modalità di funzionamento di un mercato chiuso non incidano sull'esercizio di un'attività industriale o commerciale, inducendo l'«ente [aggiudicatore] di diritto pubblico» ad operare secondo criteri «para-economici», rischio, questo, che richiederebbe l'applicazione delle norme comunitarie di armonizzazione degli appalti pubblici. Pertanto, il principio della certezza del diritto, sul quale si fonda l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia in questo campo, consiglia di mantenere l'applicazione della normativa in materia.

65. Oltretutto, l'applicazione di siffatta teoria comporta numerosi ostacoli di ordine pratico, giacché spetterebbe allo stesso «organismo di diritto pubblico» l'onere di provare la separazione tra i diversi settori di attività, per cui il detto ente dovrebbe dotarsi di un sistema per controllare (preventivamente o ex post) le sue decisioni preliminari di carattere contrattuale e verificare, in un primo momento, la totale separazione dei diversi settori di attività e, successivamente, l'appartenenza dell'attività intrapresa all'area esclusa dall'armonizzazione comunitaria; in caso contrario, l'applicazione di tale corpo di norme verrebbe lasciata al libero arbitrio dell'ente interessato. Tale prospettiva rende ancor più complicato il sistema comunitario dell'aggiudicazione degli appalti pubblici (44), ragion per cui non sarebbe appropriata una soluzione che, senza arrecare alcun vantaggio, avrebbe l'effetto di pregiudicare un principio fondamentale come la certezza del diritto.

66. In definitiva, ritengo che, in ogni caso, un «organismo di diritto pubblico», ai sensi della direttiva 2004/18, debba conformarsi a quest'ultima, a prescindere dalla natura degli appalti che intenda aggiudicare, tranne nel caso in cui questi ultimi siano espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva stessa (artt. 12-18).

VII – Conclusione

67. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di giustizia di:

- 1) dichiararsi incompetente a rispondere alle questioni pregiudiziali proposte dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien, in quanto non si tratta di un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE;
 - 2) in subordine, qualora ammettesse il presente rinvio, di dichiarare che:
 - «a) Un “ente aggiudicatore” ai sensi dell'art. 2, n. 2, 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, non è assoggettato alla disciplina di quest'ultima allorché svolge attività diverse da quelle di cui agli artt. 3-7 della direttiva stessa.
 - b) Il mercato da prendere in considerazione al fine di stabilire il grado di concorrenza e di verificare se la società Fenwärme Wien GmbH costituisca un “organismo di diritto pubblico”, ai sensi dell'art. 1, n. 9, 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, è il mercato delle forniture di teleriscaldamento alla città di Vienna.
 - c) Gli appalti offerti da un “organismo di diritto pubblico” cui si riferisce la direttiva 2004/18, compresi quelli sottoposti a regime di concorrenza, sono sempre disciplinati dalle disposizioni della direttiva medesima».
-

1 – Lingua originale: lo spagnolo.

2 – GU L 134, pagg. 114 e 1.

3 – Causa C-44/96 (Racc. pag. I-73).

4 – Causa C-174/03 (non pubblicata nella Raccolta, punto 68).

5 – Causa C-17/00, decisa con sentenza 29 novembre 2001 (Racc. pag. I-9445).

6 – LGBl., n. 25/2003.

7 – Il ravvicinamento delle legislazioni nell’ambito degli appalti della pubblica amministrazione ha avuto inizio con l’adozione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), che, dopo essere stata più volte modificata, è stata codificata nella direttiva 14 giugno 1993, 93/37/CEE, con titolo identico (GU L 199, pag. 54). Il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture è stato disciplinato, in un primo momento, con la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE (GU 1977, L 13, pag. 1) e, successivamente, con la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1). Gli appalti di servizi sono stati regolamentati per la prima volta mediante la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1). Prima di essere integrate nella direttiva 2004/18, le direttive precedenti sono state aggiornate con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1).

8 – Che fa seguito alla 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).

9 – La Wien Energie GmbH detiene una partecipazione del 99,999% e la Wiener Stadwerke Holding AG uno 0,001%, laddove la prima è proprietà della seconda, il cui unico azionista è la città di Vienna.

10 – Causa C-92/00 (Racc. pag. I-5553).

11 – Barav, A., «Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire», in *Liber amicorum Bo Vesterdorf*, Ed. Emile Bruylant, Bruxelles, 2007 (in corso di stampa), sottolinea l’ambiguità e l’incoerenza della giurisprudenza, che si ostina ad esaltare caratteristiche le quali, per la maggior parte, non sono specifiche né esclusive della nozione di organo giurisdizionale, rendendo più difficile l’impresa di definire quest’ultima con maggiore precisione.

12 – Moitinho de Almeida, J.C., «La notion de juridiction d’un Etat membre (article 177 du traité CE)», in *Mélanges F. Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pagg. 463, 464 e 478, osserva che l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria genera dubbi che la Corte di giustizia deve chiarire.

13 – Quest’ultimo dato non compare nella sentenza HI.

14¹⁴ – Sentenza 18 ottobre 2007 (non ancora pubblicata nella Raccolta).

15 – A titolo di esempio, oltre alla sentenza HI, si ricorda la sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau* (Racc. pag. I-11617).

16 – L'avvocato generale Tesauro, nelle conclusioni presentate il 15 maggio 1997 nella causa C-54/96, *Dorsch Consult* (Racc. pag. I-4961), fa notare che se un organo non è una giurisdizione, «non lo diventa solo perché il convento non passa di meglio» (paragrafo 40).

17 – Come osservo nelle conclusioni relative alla causa C-259/04, *Emanuel*, decisa con sentenza 30 marzo 2006 (Racc. pag. I-3089, punto 26).

18 – Sarmiento, D., in *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pagg. 201-203, analizza l'impatto delle conclusioni De Coster sulla giurisprudenza posteriore.

19 – Sentenza 30 maggio 2002, causa C-516/99 (Racc. pag. I-4573).

20 – Sentenza 31 maggio 2005, causa C-53/03 (Racc. pag. I-4609).

21 – Lenaerts, K., Arts, D., e Maselis, I., «Procedural Law of the European Union», Robert Bray editor, Londra, Sweet & Maxwell, 2006, pagg. 40 e 41, a proposito di tale ente amministrativo, parlano di un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia verso un'interpretazione più restrittiva della nozione di organo giurisdizionale.

22 – Sentenza 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.* (Racc. pag. I-1577).

23 – Sentenza 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada e a.* (Racc. pag. I-4785).

24 – Secondo Sarmiento, D., in op. cit., pag. 200, le conclusioni De Coster «rappresentano il più duro attacco alla giurisprudenza della Corte di giustizia in questa materia» e favoriscono «il riordino del caos giurisprudenziale».

25 – Cienfuegos, M., «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 CE y su necesaria revisión», in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, luglio/agosto 2005, n. 238, pag. 26, mette in luce l'insufficienza delle azioni congiunturali, come quella relativa all'interpretazione più restrittiva del criterio tradizionale dell'indipendenza dell'organo remittente, passando al setaccio la sua applicazione in ciascun caso concreto e propone, in sintonia con la tesi esposta nelle conclusioni De Coster, una modifica generale di tale nozione.

26 – V., tra le altre, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo* (Racc. pag. 1839, punto 18 in fine); 10 novembre 1988, causa C-360/96, *BFI Holding* (Racc. pag. I-6821, punto 41); 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).

[27](#) – Citate sentenze Mannesmann Anlagenbau e a. (punto 33); BFI Holding (punto 42); University of Cambridge (punto 17), e Commissione/Francia (punto 42).

[28](#) – Art. 3, nn. 4 e 5, della direttiva 71/305 e art. 2, n. 2, della direttiva 77/62.

[29](#) – Quarto, quinto e sesto ‘considerando’ della direttiva 71/305 e sesto, settimo e ottavo ‘considerando’ della direttiva 77/62. L’ottavo ‘considerando’ della direttiva 93/38 conferma tale orientamento.

[30](#) – Tale ‘considerando’ esclude dall’applicazione della direttiva le «(...) attività degli enti in questione che si svolgono al di fuori dei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti o delle telecomunicazioni, o che, pur rientrando in questi settori, sono nondimeno direttamente esposte alla concorrenza in mercati il cui accesso non è limitato».

[31](#) – Cause riunite C-462/03 e C-463/03 (Racc. pag. I-5397) che, per decisione della Corte di giustizia, è stata emessa senza le conclusioni dell’avvocato generale.

[32](#) – La Corte di giustizia ha adottato un’interpretazione generosa della nozione di «esigenze di interesse generale», non limitandola al funzionamento istituzionale dello Stato o al concetto di ordine pubblico [sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit. (punto 24) e 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-11697, punto 85)], ma estendendola all’organizzazione di fiere, esposizioni e altre iniziative analoghe [sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, punti 33 e 34)], all’acquisto, alla vendita e alla locazione di beni immobili, nonché alla prestazione di servizi di gestione immobiliare per un’amministrazione comunale [sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321, punti 41 e 45)] o alla costruzione di alloggi di edilizia popolare per famiglie dotate di scarse risorse economiche (sentenza Commissione/Francia, punto 47).

[33](#) – Sentenze 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 66) e Korhonen e a., cit. (punti 48 e 59).

[34](#) – Sentenza Korhonen e a., cit. (punto 59).

[35](#) – Sentenza BFI Holding, cit. (punto 40).

[36](#) – Citate sentenze BFI Holding (punto 49); Agorà e Excelsior (punto 38 in fine), e Adolf Truley (punto 60).

[37](#) – Citate sentenze BFI Holding (punto 43) e Adolf Truley (punto 61). A tenore del punto 44 della sentenza BFI Holding sarebbero difficilmente immaginabili attività che non possano essere in alcun caso svolte da imprese private, per cui l’assenza di concorrenti svuoterebbe di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico delle direttive in esame.

[38](#) – Sentenza BFI Holding, cit. (punto 47 in fine).

[39](#) – La sentenza BFI Holding, cit., ha posto in rilievo che il carattere non industriale o commerciale aiuta a precisare la nozione di bisogni di interesse generale (punto 32).

[40](#) – Sentenze 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-8565, punto 36); BFI Holding, cit. (punto 62); Commissione/Francia, cit. (punto 43); 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4667, punto 53), e 16 ottobre 2003, Commissione/Spagna, cit. (punto 73).

[41](#) – Tale sentenza ha indicato la presa in considerazione delle attività svolte da un ente come criterio per verificare se esso sia stato creato per soddisfare esigenze di interesse generale non a carattere industriale o commerciale (punto 56).

[42](#) – Nello stesso senso, v. sentenze BFI Holding (punti 55 e 56), Adolf Truley (punto 56) e Korhonen e a. (punto 58), cit. supra.

[43](#) – In realtà, l'avvocato generale Jacobs intende trasferire al settore degli appalti pubblici concetti che sono stati elaborati nell'ambito degli aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune, che sono alla base della direttiva della Commissione 16 novembre 2006, 2006/111/CE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GU L 318, pag. 17), gli stessi che avevano ispirato la direttiva che ha preceduto quest'ultima, recante il medesimo titolo [direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE (GU L 195, pag. 35)].

[44](#) – Nelle summenzionate conclusioni (paragrafo 60), l'avvocato generale Jacobs sottolinea tale complessità, peraltro già messa in luce dalla Commissione nella comunicazione sugli appalti pubblici nell'Unione europea [COM(98) 143 def., dell'11 marzo 1998, pag. 3] e nel Libro verde «Gli appalti pubblici nell'Unione europea – Spunti di riflessione per il futuro» [COM(96) 583 def., del 27 novembre 1996, pag. 5, punto 2.10, e pag. 8, punto 3.6].