SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
21 luglio 2005 *

Nel procedimento C-231/03,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con ordinanza 14 febbraio 2003, pervenuta in cancelleria il 28 maggio 2003, nella causa tra

Consorzio Aziende Metano (Coname)

e

Comune di Cingia de' Botti,

con l'intervento di:

Padania Acque SpA,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans (relatore), A. Rosas, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta e dal sig. A. Borg Barthet, presidenti di sezione, dai sigg. R. Schintgen, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský e J. Klučka, giudici,

* Lingua processuale: l'italiano.

avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 1° marzo 2005,

viste le osservazioni presentate:

— per il Consorzio Aziende Metano (Coname), dall'avv. M. Zoppolato;

— per il governo italiano, dal sig. I. M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

— per il governo dei Paesi Bassi, dal sig. D. J. M. de Grave, in qualità di agente;

— per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo finlandese, dalla sig.ra A. Guimaraes-Purokoski, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. X. Lewis, K. Wiedner e C. Loggi, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 aprile 2005,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame concerne l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

2 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.

Contesto normativo

3 In forza dell'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante ordinamento delle autonomie locali (Supplemento ordinario alla GURI del 12 giugno 1990, n. 135; in prosieguo: la «legge n. 142/1990»), un servizio come quello riguardante la gestione, la distribuzione e la manutenzione degli impianti di distribuzione di gas metano può essere garantito dall'ente pubblico stesso, oppure mediante concessione a terzi, o facendo ricorso ad imprese terze o anche, ai sensi del detto art. 22, n. 3, lett. e), «a

mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

Causa principale e questione pregiudiziale

4 Il Coname aveva concluso con il Comune di Cingia de' Botti, per il periodo 1° gennaio 1999 - 31 dicembre 2000, un contratto per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete di gas metano.

5 Con lettera del 30 dicembre 1999 il detto Comune ha informato il Coname che, con delibera 21 dicembre 1999, il Consiglio comunale aveva affidato alla Padania il servizio avente ad oggetto la gestione, la distribuzione e la manutenzione dell'impianto di distribuzione del gas metano per il periodo 1° gennaio 2000 - 31 dicembre 2005. Quest'ultima società è a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Il Comune di Cingia de' Botti detiene una partecipazione dello 0,97 % nel capitale della detta società.

6 Il servizio controverso nella causa principale è stato attribuito alla Padania con affidamento diretto, in applicazione dell'art. 22, n. 3, lett. e), della legge n. 142/1990.

7 Il Coname, che chiede al giudice del rinvio, in particolare, l'annullamento della delibera 21 dicembre 1999, fa valere che l'attribuzione del detto servizio avrebbe dovuto essere effettuata mediante gara d'appalto.

8 Considerando che la soluzione della controversia della quale è investito richiede l'interpretazione di talune disposizioni del Trattato CE, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«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».

Questione pregiudiziale

9 Occorre osservare preliminarmente che la causa principale sembra riguardare, come risulta dalla risposta fornita dal giudice del rinvio ad una richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte ai sensi dell'art. 104, n. 5, del suo regolamento di procedura,

un servizio qualificato come concessione, che non rientra nell'ambito di applicazione né 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), né della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84) (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 56, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punto 28).

10 La presente sentenza si basa dunque sul presupposto che la controversia nella causa principale concerna l'attribuzione di una concessione, presupposto che spetta al giudice del rinvio verificare.

11 Ciò precisato, con la questione proposta il giudice del rinvio chiede un'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

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 (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 18).

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.

14 Non occorre pertanto risolvere la questione sotto questo profilo.

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 (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, punto 61).

18 Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione.

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 (v. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/91, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-817, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, Racc. pag. I-3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Racc. pag. I-7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

20 Per quanto riguarda la controversia nella causa principale, non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v., in questo senso, sentenze 7 marzo 1990, causa C-69/88, Krantz, Racc. pag. I-583, punto 11; 21 settembre 1999, causa C-44/98, BASF, Racc. pag. I-6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002, causa C-431/01, Mertens, Racc. pag. I-7073, punto 34).

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.

Sulle spese

29 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

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 implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con 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.

Firme