SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

13 aprile 2010*

Nel procedimento C-91/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Landgericht Frankfurt am Main (Germania) con decisione 28 gennaio 2008, pervenuta in cancelleria il 28 febbraio 2008, nella causa

Wall AG

contro

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Lingua processuale: il tedesco.

con l'intervento di:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (relatore), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, dalle sig.re R. Silva de Lapuerta e C. Toader, presidenti di sezione, dai sigg. C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev e J.-J. Kasel, giudici,

avvocato generale: sig. Y. Bot
cancelliere: sig. K. Malacek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 9 giugno 2009,

considerate le osservazioni presentate:

— per la Wall AG, dall'avv. H.-J. Otto, Rechtsanwalt, nonché dai sigg. C. Friese e R. von zur Mühlen, Justitiare;

— per la Stadt Frankfurt am Main, dagli avv.ti L. Horn e J. Sommer, Rechtsanwälte, nonché dal sig. B. Weiß, Justitiar;

— per la Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, dall'avv. H. Höfler, Rechtsanwalt;

— per la Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, dagli avv.ti F. Hausmann e A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte;

— per il governo tedesco, dai sigg. M. Lumma e J. Möller, in qualità di agenti;

— per il governo danese, dalla sig.ra B. Weis Fogh, in qualità di agente;

— per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra C. Wissels e dal sig. Y. de Vries, in qualità di agenti;

— 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 il governo del Regno Unito, dal sig. S. Ossowski, in qualità di agente, assistito dal sig. J. Coppel, barrister;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. D. Kukovec, B. Schima e C. Zadra, in qualità di agenti;

— per l'Autorità di sorveglianza AELE, dai sigg. N. Fenger e B. Alterskjær nonché dalla sig.ra L. Armati, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 27 ottobre 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva in rapporto all'aggiudicazione delle concessioni di servizi.

2 Tale domanda è stata presentata nel contesto di una controversia tra la Wall AG (in prosieguo: la «Wall») e la Stadt Frankfurt am Main (Comune di Francoforte sul Meno; in prosieguo: il «Comune di Francoforte») in merito all'aggiudicazione di una concessione di servizi relativa alla gestione e alla manutenzione di taluni bagni pubblici sul territorio di tale città.

Contesto normativo

3 La direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (GU L 195, pag. 35), come modificata dalla direttiva della Commissione 26 luglio 2000, 2000/52/CE (GU L 193, pag. 75; in prosieguo: la «direttiva 80/723»), dispone all'art. 2:

«1. Ai fini della presente direttiva si intendono per:

(…)

b "impresa pubblica", ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina;

(…)

2. L'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici si trovino nei riguardi dell'impresa, direttamente o indirettamente, almeno in una delle seguenti situazioni:

a) detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa;

b) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa;

c) possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

4 Ai sensi dell'art. 1, lett. b), 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), come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 92/50»), s'intendono per:

«b) "*amministrazioni aggiudicatrici*", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per "*organismo di diritto pubblico*" si intende qualsiasi organismo:

— istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale,

e

— avente personalità giuridica,

e

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

(…)».

5 L'art. 17 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), così prevede:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

6 L'art. 80, n. 1, primo comma, della direttiva 2004/18 così dispone:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione».

7 Ai sensi dell'art. 82, primo comma, di detta direttiva:

«La direttiva 92/50/CEE, ad eccezione dell'articolo 41, e le direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE sono abrogate, a decorrere dalla data di cui all'articolo 80, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento e di attuazione di cui all'allegato XI».

Causa principale e questioni pregiudiziali

8 La Wall si occupa della gestione degli spazi pubblicitari nelle vie e nei luoghi pubblici e, a tale scopo, essa provvede, segnatamente, alla produzione, al montaggio, alla manutenzione e alla pulizia dei bagni pubblici.

9 La Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (in prosieguo: la «FES») è una società a responsabilità limitata, persona giuridica di diritto privato, il cui oggetto sociale consiste nell'eliminazione e nella gestione dei rifiuti, nella nettezza urbana nonché nella sicurezza della circolazione per conto delle pubbliche autorità e dei privati. Il Comune di Francoforte detiene una partecipazione del 51% nella FES, mentre i rimanenti 49% sono detenuti da un'impresa privata. Le decisioni della FES sono adottate dall'assemblea generale a maggioranza dei tre quarti dei voti di essa. Sui sedici membri del comitato di vigilanza della FES, la metà è designata dagli associati. I lavoratori designano otto membri e ciascuno dei due associati quattro membri. Il Comune di Francoforte ha diritto a proporre un candidato al posto del presidente del comitato di vigilanza, il cui voto prevale in caso di parità. La FES utilizza quasi 1 400 salariati, dei quali circa 800 si dedicano ad attività riguardanti il Comune medesimo.

10 La FES realizza con il Comune di Francoforte un fatturato netto di EUR 92 milioni e di EUR 52 milioni con altri soggetti di diritto pubblico e privato. Sul fatturato netto realizzato dalla FES con il Comune di Francoforte nel 2005, EUR 51,3 milioni

corrispondono all'eliminazione dei rifiuti ed EUR 36,2 milioni corrispondono alla nettezza urbana.

11 Il 18 dicembre 2002, il Comune di Francoforte richiedeva, mediante la pubblicazione di un «avviso di bando di gara su scala dell'Unione europea» apparso nella Gazzetta ufficiale della città, la presentazione di candidature ad un concorso relativo ad un contratto di concessione di servizi relativi alla gestione, alla manutenzione ed alla pulizia di undici bagni pubblici urbani per la durata di sedici anni. Su tali undici bagni pubblici, due di essi, cioè quelli situati alla stazione di Rödelheim e di Galluswarte, dovevano essere ricostruiti. Il corrispettivo di tali prestazioni era limitato al diritto di percepire un canone per l'uso delle installazioni nonché di gestire, nel corso della durata del contratto, spazi pubblicitari sopra e all'interno dei bagni nonché in altri luoghi pubblici del territorio del Comune di Francoforte.

12 Il 4 luglio 2003, il Comune di Francoforte invitava le imprese interessate a presentare offerte. Tale invito era corredato da un progetto di contratto di concessione di servizi, i cui artt. 18, n. 2, e 30, n. 4, prevedevano che la sostituzione del subappaltante fosse autorizzata soltanto con il consenso del Comune medesimo.

13 La Wall, la FES e altre tre imprese, anch'esse stabilite in Germania, presentavano offerte.

14 Dalla decisione di rinvio risulta che, nel progetto realizzato dalla FES ai fini della sua offerta, detta impresa ha fornito le seguenti indicazioni: «Premesse — (…) Il bando di gara de[l Comune di Francoforte] fornisce alla FES la possibilità di rinnovare con un partner efficiente ed esperto quale la [Wall] sia il materiale sia la rete di approvvigionamento dei bagni pubblici, nonché di proporre al personale un rifinanziamento realistico e responsabile (…). Galluswarte — (…) In concertazione con le autorità, un City-WC totalmente automatizzato di [Wall] sarà integrato sotto il ponte della ferrovia periferica (…). Stazione di Rödelheim — Dato che i bagni della stazione di Rödelheim verranno distrutte nel contesto della risistemazione dei luoghi, un City-WC totalmente automatizzato di [Wall] sarà integrato in conformità ai piani esistenti

(…). Progetto in materia di sicurezza — (…) I City-WC dispongono di un meccanismo di autolavaggio totalmente automatico. Progetto in materia pubblicitaria — (…) La commercializzazione degli spazi pubblicitari è operata con l'intermediazione del partner di FES, la [Wall], specialista del settore pubblicitario, esperta ed attiva nel mondo intero (…). Supporti pubblicitari utilizzati — I prodotti moderni ed estetici di [Wall] verranno utilizzati (…)».

15 La Wall detiene diversi brevetti relativi al funzionamento dei «City-WC».

16 Il 18 marzo 2004, la Wall veniva esclusa dal procedimento di aggiudicazione e la sua offerta veniva stata respinta.

17 Il 9 giugno 2004, la concessione veniva stata attribuita alla FES. Un contratto corrispondente veniva stato concluso tra quest'ultima ed il Comune di Francoforte in data 20 e 22 luglio 2004, valido fino al 31 dicembre 2019 (in prosieguo: il «contratto di concessione»). Come emerge dalla decisione di rinvio, i progetti della FES risultanti dai negoziati sono stati inclusi in un accordo integrativo del contratto. Tuttavia, nelle sue osservazioni scritte, il Comune di Francoforte afferma che i dati contenuti nel progetto FES non sarebbero stati inseriti nel contenuto del contratto di concessione. Vi sarebbe stata inserita soltanto la designazione della Wall quale subappaltante della FES.

18 Dall'esame del testo del contratto di concessione, depositato insieme al fascicolo nazionale, emerge che la Wall è designata quale subappaltante senza che siano riportati nel contratto altri dettagli sui suoi prodotti e prestazioni.

19 L'art. 18, n. 2, del contratto di concessione prevede che la FES effettui lavori di costruzione dei bagni pubblici con i propri mezzi e/o mediante subappaltanti tra i quali figura la Wall. Detta disposizione prevede che la sostituzione del subappaltante sia consentita soltanto previa autorizzazione scritta del Comune di Francoforte.

20 L'art. 30, n. 4, dello stesso contratto precisa che la Wall è il subappaltante della FES per le prestazioni pubblicitarie contemplate dalla concessione di cui trattasi. Ai sensi di detta disposizione, la sostituzione del subappaltante è consentita soltanto previa autorizzazione scritta del Comune di Francoforte.

21 Il 5 gennaio 2005, la Wall veniva invitata dalla FES a presentare un'offerta per le prestazioni pubblicitarie, oggetto della concessione aggiudicata a quest'ultima. La FES invitava, inoltre, l'impresa Deutsche Städte Medien GmbH (in prosieguo: la «DSM») a sottoporre un'offerta siffatta.

22 Con lettera del 15 giugno 2005, la FES chiedeva, quindi, al Comune di Francoforte di acconsentire alla sostituzione del subappaltante a favore della DSM per l'uso del materiale pubblicitario. Il 21 giugno 2005, il Comune acconsentiva alla sostituzione del subappaltante.

23 La FES attribuiva tali prestazioni alla DSM e, il 21 giugno 2005, concludeva con quest'ultima un contratto che prevedeva il pagamento dalla DSM alla FES di un compenso annuo di EUR 786 206.

24 Il 28 luglio 2005, la FES chiedeva la presentazione di un'offerta in ordine alla fornitura di due «Wall-City-WC». La Wall presentava un'offerta, ma il 7 settembre 2005 essa veniva informata dalla FES del fatto che quest'ultima aveva ricevuto un'offerta più competitiva e che, di conseguenza, essa non poteva prendere in considerazione l'offerta della Wall.

25 Con lettera del 10 ottobre 2005, la FES chiedeva al Comune di Francoforte di acconsentire alla sostituzione del subappaltante, in conformità al contratto di concessione affinché tali bagni pubblici fossero forniti non dalla Wall, ma da altre società.

26 Il 19 dicembre 2005, il Comune di Francoforte rispondeva alla FES che la questione della sostituzione del subappaltante per i bagni pubblici non la riguardava, poiché essa riteneva che la FES intendesse ormai realizzare i lavori con i propri mezzi e sotto la sua sola responsabilità. Il Comune di Francoforte precisava, in tale occasione, che riteneva che i requisiti descritti nei documenti contrattuali sarebbero stati rispettati.

27 La Wall proponeva, quindi, un ricorso dinanzi al giudice del rinvio chiedendo la condanna della FES ad astenersi, da un lato, dall'esecuzione del contratto relativo alle prestazioni pubblicitarie concluse con la DSM e, dall'altro, dalla conclusione con un terzo e/o dall'esecuzione di un contratto riguardante la costruzione di due bagni pubblici che dovevano essere ricostruiti. La Wall chiedeva parimenti la condanna del Comune di Francoforte ad astenersi dall'acconsentire alla conclusione di un contratto tra la FES ed una parte diversa da essa in merito alla costruzione di tali due bagni pubblici. In subordine, la Wall chiedeva la condanna in solido del Comune di Francoforte e della FES a pagarle la somma di EUR 1 038 682,18, oltre interessi.

28 Il Landgericht Frankfurt am Main decideva, in tal contesto, di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il principio della parità di trattamento e il divieto comunitario di discriminazioni in base della nazionalità, sanciti, inter alia, dagli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, debbano essere interpretati nel senso che gli obblighi di trasparenza che ne derivano per le autorità pubbliche, consistenti nell'aprire alla concorrenza l'aggiudicazione di concessioni relative a prestazioni di servizi con un grado di pubblicità adeguato e nel rendere possibile la verifica relativa all'esecuzione imparziale della procedura di aggiudicazione (v. 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 17-22; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punti 46-50; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punto 21, e 13 settembre 2007, causa C-260/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-7083, punto 24), impongano al diritto nazionale di garantire al concorrente soccombente il diritto ad ottenere che la pregressa violazione dei detti obblighi non produca conseguenze giuridiche e/o la cessazione del protrarsi della violazione di tali obblighi.

2) Nell'ipotesi in cui la questione sub 1) debba ricevere soluzione negativa: se i suddetti obblighi di trasparenza rientrino nel diritto consuetudinario delle Comunità europee nel senso che vengono già applicati costantemente e continuativamente, uniformemente e generalmente, essendo riconosciuti come regola di diritto vincolante dai singoli.

3) Se gli obblighi di trasparenza di cui sub 1) impongano parimenti, qualora sia prevista la modificazione di un contratto di concessione di servizi — ivi compresa l'ipotesi in cui tale modificazione sia volta a sostituire un determinato subappaltatore, sul quale sia stato posto l'accento durante la gara —, di riaprire alla concorrenza, garantendo un adeguato grado di pubblicità, le relative trattative e, eventualmente, in base a quali criteri debba procedersi a tale riapertura.

4) Se i principi e gli obblighi di trasparenza menzionati nella questione sub 1) debbano essere interpretati nel senso che, nell'ambito delle concessioni di servizi, in caso di violazione di tali obblighi, il contratto concluso in conseguenza di detta violazione e volto a istituire o modificare obblighi di durata indeterminata debba essere risolto.

5) Se i principi e gli obblighi di trasparenza di cui alla questione sub 1) e l'art. 86, n. 1, CE e seguenti, congiuntamente intesi, eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, nn. 1, [lett.] b, e 2, della direttiva [80/723], nonché con l'art. 1, n. 9, della direttiva [2004/18], debbano essere interpretati nel senso che un'impresa, in quanto impresa pubblica o committente pubblico, sia soggetta a tali obblighi di trasparenza, qualora:

— essa sia stata istituita da un ente locale ai fini della rimozione dei rifiuti e della pulizia della rete viaria, pur operando, peraltro, in libera concorrenza sul mercato;

— essa sia controllata da tale ente nella misura del 51%, ove le delibere societarie in materia di gestione possano essere peraltro adottate soltanto a maggioranza di tre quarti;

— tale ente territoriale nomini nella detta impresa soltanto un quarto dei componenti del consiglio di vigilanza, incluso il presidente, e

— essa realizzi più della metà del suo fatturato mediante un contratto bilaterale per la rimozione dei rifiuti e la pulizia della rete viaria sul territorio dell' ente medesimo, ai fini del quale quest'ultimo si finanzia mediante imposte comunali prelevate dai suoi cittadini».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminairi

29 Il procedimento principale contempla due circostanze: da una parte, la decisione mediante la quale la FES ha sostituito il subappaltante per le prestazioni pubblicitarie oggetto della concessione attribuitale dal Comune di Francoforte, laddove il contratto che concretizza tale sostituzione è stato concluso, con l'accordo di quest'ultima, il 21 giugno 2005, e, dall'altra, l'intenzione della FES di attribuire ad un operatore diverso dalla Wall la ricostruzione di due bagni pubblici. Tale intenzione è stata manifestata in una lettera del 10 ottobre 2005 con cui la FES ha chiesto al Comune di Francoforte di acconsentire alla sostituzione del subappaltante ai fini di tale prestazione. Con lettera del 19 dicembre 2005, detto Comune ha risposto alla FES che non occorreva più rivolgersi ad esso per la questione della sostituzione del subappaltante per i bagni pubblici, in quanto esso riteneva che la FES intendesse ormai realizzare i lavori con i propri mezzi e sotto la sua sola responsabilità. Tale risposta è interpretata nella decisione di rinvio nel senso che il Comune di Francoforte ha acconsentito alla sostituzione del subappaltante per la fornitura dei due bagni pubblici. Alla luce di

tale interpretazione occorre prendere come data di riferimento ai fini dell'esame della domanda della decisione pregiudiziale il 19 dicembre 2005, che costituisce la data della lettera con cui si presume che il Comune di Francoforte abbia acconsentito alla sostituzione del subappaltante richiesta dalla FES.

Sulla terza questione

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.

Sulla quinta questione

44 Con la sua quinta questione, che occorre trattare in secondo luogo, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se, alla luce dell'art. 86, n. 1, CE, letto, all'occorrenza, in combinato disposto con l'art. 2, nn. 1, lett. b), e 2, della direttiva 80/723 e con l'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18, l'impresa concessionaria, che abbia caratteristiche analoghe a quelle della FES, sia vincolata all'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE nonché al principio della parità di trattamento e al divieto di discriminazione in base alla nazionalità qualora concluda un contratto relativo alla concessione di servizi rientranti nell'ambito della concessione aggiudicatale dall'autorità pubblica.

45 Più precisamente, il giudice del rinvio intende sapere se l'art. 86, n. 1, CE sia pertinente a definire l'ambito di applicazione di detto obbligo di trasparenza.

46 Per quanto riguarda l'art. 86, n. 1, CE, è sufficiente ricordare che tale disposizione è rivolta agli Stati membri e non direttamente alle imprese.

47 Per dimostrare se un organismo che presenti caratteristiche come quelle della FES possa essere assimilato ad una pubblica autorità vincolata all'obbligo di trasparenza, occorre ispirarsi a taluni aspetti della definizione della nozione di «amministrazione aggiudicatrice», di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, nei limiti in cui tali elementi rispondano ai requisiti imposti dall'applicazione alle concessioni di servizi dell'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE.

48 Infatti, questi ultimi articoli e i principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, perseguono obiettivi identici a quelli contemplati da detta direttiva, in particolare con riferimento alla libera circolazione dei servizi e all'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri.

49 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre verificare se ricorrano due condizioni, vale a dire, da una parte, che l'impresa interessata sia sotto il controllo effettivo dello Stato o di un'altra autorità pubblica e, dall'altra, che essa non operi sul mercato in una situazione concorrenziale.

50 Quanto alla prima di tali due condizioni, dalla decisione di rinvio risulta che, sebbene il Comune di Francoforte detenga il 51% del capitale della FES, ciò non gli consente di controllare effettivamente la gestione di tale impresa. Infatti, è necessaria, ai fini

dell'adozione delle decisioni di quest'ultima, la maggioranza dei tre quarti dei voti nell'assemblea generale.

51 Inoltre, il rimanente 49% del capitale della FES è detenuto non da una o più altre autorità pubbliche, bensì da un'impresa privata che, come tale, obbedisce a considerazioni proprie agli interessi privati e persegue obiettivi diversi dall'interesse pubblico (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 50).

52 Inoltre, in seno al consiglio di vigilanza della FES, il Comune di Francoforte dispone soltanto di un quarto dei voti. Il fatto che quest'ultimo abbia il diritto di proporre un candidato al posto di presidente del comitato di vigilanza di detta impresa, il cui voto prevale in caso di parità dei voti, non è sufficiente per consentirgli di esercitare un'influenza determinante sulla FES.

53 In tali circostanze, non ricorre la condizione riguardante il controllo effettivo esercitato dallo Stato o da un'altra autorità pubblica.

54 Quanto alla seconda condizione menzionata al punto 49 della presente sentenza, il giudice del rinvio osserva che più della metà del fatturato della FES proviene da contratti sinallagmatici relativi all'eliminazione dei rifiuti ed alla pulizia della rete viaria sul territorio del Comune di Francoforte.

55 Siffatto rapporto giuridico deve essere assimilato a quello esistente nelle normali relazioni commerciali, che si svolgono nell'ambito di contratti di carattere sinallagmatico liberamente negoziati tra i contraenti (v., in tal senso, sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 25).

56 Dalla decisione di rinvio si può d'altronde dedurre che la FES esercita le sue attività in una posizione concorrenziale sul mercato, come risulta, da un lato, dal fatto che essa trae una parte sostanziale dei propri redditi da attività svolte con autorità pubbliche diverse dal Comune di Francoforte e con imprese private che agiscono sul mercato e, dall'altro, dalla circostanza che essa è stata posta in concorrenza con altre imprese per ottenere la concessione di cui trattasi nella causa principale.

57 Alla luce delle suesposte considerazioni, non ricorre neanche la seconda condizione necessaria per assimilare un'impresa ad un'autorità pubblica.

58 Il giudice del rinvio interroga la Corte anche sull'eventuale applicabilità della direttiva 80/723.

59 Poiché tale direttiva contempla la trasparenza dei rapporti finanziari tra gli Stati membri e le imprese pubbliche, essa non è di per sé applicabile alla materia oggetto della quinta questione.

60 Occorre conseguentemente risolvere la quinta questione dichiarando che, qualora un'impresa concessionaria concluda un contratto relativo a servizi rientranti nell'ambito della concessione affidatale da un ente locale, l'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE nonché dal principio della parità di trattamento e dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità non si applica qualora tale impresa:

— sia stata costituita da detto ente locale allo scopo dello smaltimento dei rifiuti e della pulizia della rete viaria, ma sia al tempo stesso attiva sul mercato;

— sia detenuta dall'ente locale medesimo nella misura del 51%, ma le decisioni di gestione possano essere adottate soltanto a maggioranza dei tre quarti dei voti dell'assemblea generale di tale impresa;

— abbia soltanto un quarto dei membri del consiglio di vigilanza, incluso il presidente, nominato dallo stesso ente locale, e

— tragga più della metà del proprio fatturato da contratti sinallagmatici relativi all'eliminazione dei rifiuti ed alla pulizia della rete viaria sul territorio di tale ente locale, contratti che quest'ultimo finanzi mediante imposte locali versate dai suoi amministrati.

Sulle questioni prima, seconda e quarta

61 Con la prima, la seconda e la quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, impongano, da un lato, alle autorità nazionali, di risolvere un contratto concluso in violazione dell'obbligo di trasparenza e, dall'altro, ai giudici nazionali di concedere all'offerente la cui offerta non sia stata accolta il diritto ad ottenere un'ingiunzione diretta a prevenire l'imminente violazione o a far cessare una violazione già commessa di tale obbligo. Il giudice nazionale chiede, inoltre, se si possa ritenere che tale obbligo rientri nel diritto consuetudinario dell'Unione europea.

62 Come già sottolineato supra al punto 33, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati, allo stato attuale del diritto dell'Unione, da nessuna delle direttive poste a disciplina del settore degli appalti pubblici.

63 Secondo la giurisprudenza della Corte, in assenza di disciplina dell'Unione, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro prevedere le vie di ricorso atte a garantire la salvaguardia dei diritti che i cittadini possono vantare in base al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, Racc. pag. I-2271, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

64 Tali vie di ricorso non devono essere meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna (principio di equivalenza) e non 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 Unibet, cit., punto 43 e giurisprudenza citata).

65 Ne consegue che il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dagli artt. 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva non impongono alle autorità nazionali di risolvere il contratto né ai giudici nazionali di concedere un'ingiunzione in ogni caso di asserita violazione di detto obbligo all'atto dell'aggiudicazione delle concessioni di servizi. Spetta all'ordinamento giuridico interno disciplinare le vie di ricorso idonee a garantire la salvaguardia dei diritti che i soggetti possono vantare in base a tale obbligo in modo che tali vie di ricorso non siano meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti.

66 Il giudice del rinvio solleva, infine, un'altra questione. Secondo detto giudice, lo sviluppo puramente pretorio del diritto non può generare una legge di tutela sulla quale basare una responsabilità ai sensi del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch). Soltanto il diritto consuetudinario costituirebbe norma di diritto ai sensi di tale codice. Il giudice medesimo afferma, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale (Bundesverfassungsgericht), che il riconoscimento del diritto consuetudinario presuppone un uso prolungato, durevole e costante, uguale e generale, nonché la sua accettazione come regola vincolante da parte dei soggetti di diritto interessati.

67 Tuttavia, per il giudice nazionale, l'obbligo di trasparenza formulato nelle sentenze della Corte di giustizia sarebbe così recente che non si potrebbe ritenere che possieda lo status di diritto consuetudinario come definito al punto precedente.

68 Al riguardo va osservato che l'obbligo di trasparenza deriva dal diritto dell'Unione e, in particolare, dagli artt. 43 CE e 49 CE (v., in tal senso, sentenza Coname, cit., punti 17-19). Tali disposizioni, di cui la Corte garantisce il rispetto, hanno effetto diretto nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione contraria del diritto nazionale.

69 In forza, in particolare, dell'art. 4, n. 3, TUE, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme del diritto dell'Unione nell'ambito delle loro competenze (v., in tal senso, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, Kempter, Racc. pag. I-411, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

70 Spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione il più possibile conforme ai precetti del diritto comunitario e atta a consentire, in particolare, di garantire l'osservanza dell'obbligo di trasparenza (v., in tal senso, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, Racc. pag. I-1877, punto 63 e giurisprudenza ivi citata).

71 Alla luce delle suesposte considerazioni occorre risolvere le questioni prima, seconda e quarta dichiarando che il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti agli artt. 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva non impongono alle autorità nazionali di risolvere un contratto né ai giudici nazionali di emettere un'ingiunzione in ogni caso di asserita violazione di detto obbligo all'atto dell'aggiudicazione delle concessioni di servizi. Spetta all'ordinamento giuridico interno disciplinare le vie di ricorso idonee a garantire la salvaguardia dei diritti che i singoli possono vantare in base a tale obbligo in modo che tali vie di ricorso non siano meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti. L'obbligo di trasparenza deriva direttamente dagli artt. 43 CE e 49 CE, che

hanno un effetto diretto negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione contraria dei diritti nazionali.

Sulle spese

72 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 da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

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

1) 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 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 possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia aggiudicata.

2) Qualora un'impresa concessionaria concluda un contratto relativo a servizi rientranti nell'ambito della concessione affidatale da un ente locale, l'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE nonché dai principi della

parità di trattamento e dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità non si applica qualora tale impresa:

— **sia stata costituita da detto ente locale allo scopo dello smaltimento dei rifiuti e della pulizia della rete viaria, ma sia al tempo stesso attiva sul mercato;**

— **sia detenuta dall'ente locale medesimo nella misura del 51%, ma le decisioni di gestione possano essere adottate soltanto a maggioranza dei tre quarti dei voti dell'assemblea generale di tale impresa;**

— **abbia soltanto un quarto dei membri del consiglio di vigilanza, incluso il presidente, nominato dallo stesso ente locale, e**

— **tragga più della metà del proprio fatturato da contratti sinallagmatici relativi all'eliminazione dei rifiuti ed alla pulizia della rete viaria sul territorio di tale ente locale, contratti che quest'ultimo finanzi mediante imposte locali versate dai suoi amministrati.**

3) **Il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti agli artt. 43 CE e 49 CE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva non impongono alle autorità nazionali di risolvere un contratto né ai giudici nazionali di emettere un'ingiunzione in ogni caso di asserita violazione di detto obbligo all'atto dell'aggiudicazione delle concessioni di servizi. Spetta all'ordinamento giuridico interno disciplinare le vie di ricorso idonee a garantire la salvaguardia dei diritti che i singoli possono vantare in base a tale obbligo in modo che tali vie di ricorso non siano meno favorevoli delle analoghe vie di ricorso di natura interna, né rendano**

praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti. L'obbligo di trasparenza deriva direttamente dagli artt. 43 CE e 49 CE, che hanno un effetto diretto negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione contraria dei diritti nazionali.

Firme