CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PHILIPPE LÉGER

presentate il 15 giugno 2000 *

1. In applicazione della legislazione nazionale sulla qualità dell'acqua, diverse autorità amministrative austriache hanno organizzato una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi per effettuare prelievi e analisi di campioni d'acqua provenienti da laghi e fiumi austriaci.

2. La partecipazione alla procedura di aggiudicazione di enti che beneficiano di sovvenzioni, accanto agli offerenti puramente privati, è all'origine della controversia che ha indotto il giudice austriaco, adito nella causa principale, a sottoporre alla Corte le diverse questioni pregiudiziali.

Sostanzialmente, queste ultime si riferiscono alla regolarità, tenuto conto del diritto comunitario, di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi alla quale siano stati autorizzati a partecipare enti sovvenzionati, che abbiano tutti, inoltre, la cittadinanza dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice e la loro sede nel territorio di tale Stato membro.

3. Gli interrogativi suscitati dal bando di gara controverso riguardano il principio di uguaglianza sotto un duplice aspetto.

Si tratta di stabilire se l'ammissione alla gara di enti sovvenzionati sia tale da pregiudicare il divieto di discriminazione a causa della cittadinanza oppure, almeno, da costituire un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, dato che tali enti sono tutti austriaci.

Pur ipotizzando che non possa essere individuata nessuna restrizione degli scambi, è importante stabilire se il vantaggio sugli altri offerenti che tali enti possono trarre dai finanziamenti pubblici loro assegnati sia compatibile con l'obiettivo di salvaguardia di una concorrenza effettiva, perseguito dalla direttiva 92/50/CEE [1].

* Lingua originale: il francese.

1 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1, in prosieguo: la «direttiva»).

I — La direttiva

4. Quest'ultima mira al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, concorrendo così all'instaurazione progressiva del mercato interno, definito come un mercato comportante uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali [2].

5. In particolare, la direttiva cerca di conseguire l'obiettivo di evitare intralci alla libera circolazione dei servizi [3]. Essa è giustificata dalla necessità di migliorare l'accesso dei fornitori alle procedure di aggiudicazione, per eliminare pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano, in particolare, la partecipazione di cittadini di altri Stati membri [4].

6. Ai sensi dell'art. 3, nn. 1 e 2:

«1. Per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva.

2. Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi».

7. L'art. 6 prevede un'eccezione all'applicazione della direttiva. Esso dispone:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

8. L'art. 37 della direttiva enuncia determinati obblighi ai quali l'amministrazione aggiudicatrice deve assoggettarsi qualora preveda di respingere offerte anormalmente basse. L'art. 37, primo comma, è così redatto:

«Se, per un determinato appalto, talune offerte presentano carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione, prima di poter eventualmente respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione che essa considera pertinenti e verifica detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute».

2 — Primo e secondo 'considerando'.
3 — Sesto 'considerando'.
4 — Ventesimo 'considerando'.

II — Fatti e procedimento nella causa principale

9. Agendo in forza dei poteri che essi traggono dal sistema austriaco di amministrazione federale indiretta, gli Amt der Landesregierungen (uffici dei governi) dei Land di Salisburgo, dell'Austria inferiore, dell'Austria superiore, della Stiria, della Carinzia, del Tirolo e del Burgenland, nonché il Landeswasserbauamt (ufficio regionale degli acquedotti) del Land Vorarlberg hanno organizzato una procedura aperta di aggiudicazione, per effettuare prelievi e analisi d'acqua per gli anni di osservazione 1998/1999 e 1999/2000, in applicazione del Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] (regolamento sull'accertamento della qualità dell'acqua).

10. L'ARGE Gewässerschutz [6], associazione di imprese e tecnici civili, ed altri enti, tra i quali l'Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] e l'Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8], hanno presentato offerte nel corso di tale procedura.

11. Ritenendo che le sovvenzioni di cui beneficiavano questi ultimi offerenti conferissero loro vantaggi concorrenziali e creassero un ostacolo agli scambi tra gli Stati membri, l'ARGE ha ottenuto l'apertura di un procedimento di conciliazione dinanzi alla Bundes- Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sulle aggiudicazioni), in applicazione del Bundesvergabegesetz (legge federale sulle aggiudicazioni degli appalti pubblici).

12. La commissione federale di controllo sulle aggiudicazioni ha ritenuto che la legge federale non ostasse alla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, unitamente ad enti puramente privati, di enti sovvenzionati con risorse pubbliche o di organismi di diritto pubblico, quali istituti di ricerca ed università.

13. L'ARGE ha allora presentato un ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt.

III — Questioni pregiudiziali

14. Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse da un'interpretazione del diritto comunitario, quest'ultimo ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere ad una procedura di aggiudicazione enti che, o da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, ottengono elargi-

5 — *BGBl.* 1991, pag. 338.

6 — In prosieguo denominata la «ARGE».

7 — Centro austriaco di ricerca Seibersdorf, in prosieguo: il «centro Seibersdorf».

8 — Istituto austriaco di ricerca Arsenal, in prosieguo: l' «istituto Arsenal».

zioni che consentono a questi enti di presentare un'offerta in un procedimento di aggiudicazione a prezzi che si collocano notevolmente al di sotto di quelli degli operatori commerciali loro concorrenti, sia incompatibile con il principio della parità di trattamento di tutti gli offerenti e concorrenti in una procedra di aggiudicazione.

2) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere ad una procedura di aggiudicazione tali enti costituisca una discriminazione dissimulata, qualora gli enti, che ricevono tali sovvenzioni, presentino senza eccezioni la cittadinanza dello Stato membro o abbiano sede nello Stato membro in cui ha sede anche l'amministrazione aggiudicatrice.

3) Se la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di ammettere ad una procedura di aggiudicazione tali enti, anche supponendo che essa non discrimini gli altri offerenti e concorrenti, costituisca una limitazione della libera prestazione di servizi, incompatibile con le disposizioni del Trattato CE - in particolare con gli artt. 59 e seguenti.

4) Se l'amministrazione aggiudicatrice possa concludere contratti di prestazioni con enti che sono, esclusivamente o almeno in gran parte, di proprietà della pubblica autorità e forniscono le loro prestazioni esclusivamente o almeno in gran parte ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti statali, senza avviare preliminarmente una procedura di aggiudicazione ai sensi della direttiva 92/50/CEE in concorrenza con gli altri operatori commerciali offerenti».

IV — Osservazioni preliminari

15. Le prime tre questioni pregiudiziali fanno riferimento, come già detto, al principio di uguaglianza, sotto il duplice aspetto delle discriminazioni in base alla cittadinanza (seconda e terza questione) e delle discriminazioni tra gli offerenti sovvenzionati e gli altri (prima questione).

16. La quarta questione riguarda l'ambito di applicazione ratione personae della direttiva. Si tratta di stabilire se quest'ultima sia applicabile ai contratti di prestazione di servizi stipulati tra un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore alle strette dipendenze di un'autorità pubblica, dato che quest'ultima è nel contempo principale proprietario e principale destinatario dei servizi che fornisce.

17. Innanzi tutto, occorre esaminare insieme la seconda e terza questione, in quanto entrambe si riferiscono a disposizioni scaturite dal Trattato, vale a dire

l'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE) e gli articoli seguenti, relativi al principio della libera circolazione dei servizi.

18. In seguito, mi pronuncerò sulla quarta questione, relativa all'ambito di applicazione della direttiva, poi sulla prima questione, dedicata al principio di parità di trattamento tra gli offerenti, come sancito da quest'ultimo testo normativo.

V — Sull'esistenza di restrizioni alla libera circolazione dei servizi (seconda e terza questione pregiudiziale)

19. Con tali questioni, il Bundesvergabeamt domanda se gli artt. 59 e seguenti del Trattato debbano essere interpretati nel senso che ostino alla decisione, presa da un'amministrazione aggiudicatrice, di ammettere in una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico enti che beneficiano di sovvenzioni statali che consentono loro di presentare offerte a prezzi che si collocano notevolmente al di sotto di quelli offerti dagli altri concorrenti, qualora tali enti possiedano tutti la cittadinanza dello Stato membro in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice e abbiano la sede nel territorio del detto Stato membro [9].

20. L'art. 59, primo comma, del Trattato prevede che «(...) le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

21. Le prescrizioni dell'art. 59, che impongono la libera prestazione dei servizi, implicano l'eliminazione di tutte le discriminazioni che colpiscano il prestatore a causa della sua cittadinanza [10] o della sua residenza in uno Stato membro diverso da quello in cui viene fornita la prestazione [11].

22. Tale norma è ribadita dall'art. 60, terzo comma, del Trattato CE (divenuto art. 50, terzo comma, CE). Nell'applicare il principio del trattamento nazionale alla libera circolazione dei servizi, quest'ultimo dispone che «(...) il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel

9 — Sebbene la seconda questione si riferisca agli enti che possiedono la cittadinanza dello Stato membro o abbiano sede nello Stato membro in cui ha sede anche l'amministrazione aggiudicatrice, la motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale pone in evidenza che tali caratteristiche sono, nella fattispecie, cumulative e non in alternativa (pag. 11 della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale).

10 — L'attribuzione di una «cittadinanza» alle persone giuridiche, che renda possibile l'eventuale loro discriminazione a causa della medesima, risulta dal Trattato. In forza dell'art. 58, primo comma, del Trattato CE (divenuto art. 48, primo comma, CE), applicabile ai servizi conformemente all'art. 66 del Trattato CE (divenuto art. 55 CE): «Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri». La localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro [v., in particolare, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros (Racc. pag. I-1459, punto 20)].

11 — Sentenza 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, Van Wesemael e a. (Racc. pag. 35, punto 27).

paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini».

23. Il provvedimento impugnato è quello con il quale enti come il centro Seibersdorf e l'istituto Arsenal, ai quali si contesta il fatto di beneficiare di un vantaggio concorrenziale indebito in quanto percepiscono sovvenzioni, sono stati ammessi a partecipare alla procedura di appalto. Entrambi hanno un legame stretto con lo Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice poiché tutti e due hanno la loro sede nel territorio austriaco e rientrano nell'ambito dell'ordinamento austriaco [12].

24. Per escludere qualsiasi ambiguità che possa incidere sull'interpretazione delle questioni sollevate, preciso che il criterio discriminante preso in considerazione nella seconda questione pregiudiziale non si riferisce al fatto che enti sovvenzionati siano stati ammessi a partecipare alla procedura di aggiudicazione. Tale argomento costituisce oggetto della prima questione, che sarà esaminata in seguito. Come già detto, la difficoltà riguarda la circostanza che gli enti sovvenzionati sono tutti di cittadinanza austriaca, il che lascerebbe pensare che gli operatori sovvenzionati provenienti da altri Stati membri non fossero ammessi alla gara.

25. Il Bundesvergabeamt menziona al riguardo l'ipotesi di una discriminazione dissimulata.

26. È noto che il principio di parità di trattamento, di cui l'art. 59 è un'espressione particolare, vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze [13].

27. Tale riferimento effettuato dal giudice nazionale all'eventualità di una discriminazione dissimulata ci fa capire che quest'ultimo non sembra avere dubbi sul fatto che il provvedimento controverso non implichi una discriminazione palese, nel senso che esso non stabilirebbe un requisito relativo alla cittadinanza o un requisito riguardante il luogo di stabilimento degli enti, sovvenzionati o meno.

In mancanza di requisiti relativi alla cittadinanza o allo stabilimento da cui dipenda il diritto di partecipare alla gara, gli enti austriaci o quelli situati nel territorio austriaco resterebbero favoriti se invece il provvedimento controverso introducesse una differenza di trattamento tra gli offerenti, con l'applicazione di un requisito la cui ragion d'essere sia di ammettere alla procedura di aggiudicazione dell'appalto *soli gli enti sovvenzionati dalle autorità austriache*.

12 — Pag. 11 della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale.

13 — V., ad esempio, sentenza 3 giugno 1992, causa C-360/89, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3401, punto 11).

28. Come ha giustamente osservato il governo austriaco [14], la norma nazionale che riserverebbe ai soli enti sovvenzionati dalle autorità austriache il diritto di partecipare alle procedure di appalti pubblici rischierebbe davvero di costituire una restrizione alla libera circolazione dei servizi. In tal caso, tale criterio dissimulerebbe una disparità di trattamento tra gli enti stabiliti, anche a titolo secondario, nel territorio austriaco, i quali soltanto potrebbero richiedere aiuti da parte delle autorità pubbliche, e gli altri. Gli operatori stranieri che beneficiano di sovvenzioni non sarebbero in condizioni di servirsi di tale vantaggio per far concorrenza agli operatori austriaci posti nella stessa situazione e moltiplicare le loro opportunità di ottenere appalti presso l'amministrazione aggiudicatrice austriaca.

29. In ogni caso, a prescindere dal fatto che il provvedimento controverso sia esaminato sotto il profilo di una discriminazione diretta o semplicemente di una discriminazione dissimulata, si impone una stessa soluzione.

30. Non mi sembra giustificato dedurre dal fatto che tutti gli enti sovvenzionati che partecipano ad una procedura di appalti pubblici abbiano la stessa cittadinanza dell'amministrazione aggiudicatrice l'idea che la regolarità della procedura di cui trattasi sia necessariamente pregiudicata mediante l'applicazione di requisiti discriminatori.

14 — Pag. 11 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte.

31. Il divieto di discriminazione non impone, infatti, che in qualsiasi circostanza sia rappresentata una pluralità di operatori di cittadinanza diversa. Esso prescrive solamente che non sia impedito l'esercizio della libertà di circolazione di tali operatori economici, a prescindere dalla loro origine all'interno della Comunità.

32. Ritengo così che la decisione di ammettere la partecipazione di enti sovvenzionati di cittadinanza austriaca non sia sufficiente a palesare una discriminazione in base alla cittadinanza, al luogo di stabilimento degli offerenti o all'origine delle sovvenzioni percepite da questi ultimi.

33. Perché sia così, occorrerebbe dimostrare che la procedura di aggiudicazione dell'appalto implichi, in via di diritto o di fatto, una norma che subordini ad un requisito di cittadinanza o di localizzazione della loro sede nel territorio austriaco il diritto degli operatori economici a partecipare a tale procedura.

34. Analogamente, dovrebbe essere dimostrato che l'ammissione alla gara sia condizionata dal fatto che gli enti sovvenzionati percepiscano i loro finanziamenti dalle autorità austriache.

35. Orbene, anche se non si fa riferimento, in nessun momento, alla partecipazione di un offerente di un'altra cittadinanza, che abbia sede nel territorio di un altro Stato membro o che benefici di aiuti da parte di autorità diverse da quelle austriache, non sembra che la procedura di cui trattasi fissi requisiti che autorizzino ad escludere tale tipo di operatori.

36. In particolare, non ho rilevato elementi che lascino presupporre che il provvedimento controverso contenga un requisito riguardante l'attribuzione di sovvenzioni percepite da parte delle sole autorità austriache. Con riserva della conferma di tale argomento da parte del Bundesvergabeamt [15], la presenza esclusiva di enti austriaci sovvenzionati deve essere imputata a circostanze estranee al diritto e alla prassi applicabili.

15 — Osservo che, secondo il Bundesvergabeamt, «è' del tutto concepibile che anche in altri Stati membri vi siano enti, i quali, con analoghe sovvenzioni da parte del loro rispettivo Stato membro, potrebbero partecipare alla procedura di aggiudicazione in oggetto (...)» (pag. 14 della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale). L'eventualità di una partecipazione di operatori stranieri parimenti sovvenzionati dalle autorità competenti del loro Stato membro d'origine non è tuttavia sufficiente, agli occhi del giudice nazionale, per escludere l'ipotesi di una discriminazione in base alla cittadinanza, al luogo di stabilimento degli offerenti o all'origine delle sovvenzioni di cui beneficiano. Esso spiega così, nella stessa frase, che «(...) gli operatori commerciali attivi nel settore dei servizi di altri Stati membri non potrebbero né dovrebbero tuttavia tener conto del fatto che essi, in sede di procedura di aggiudicazione, potrebbero incontrare offerenti austriaci che, grazie a sovvenzioni di enti locali austriaci, usufruiscono nei loro confronti di un sostanziale vantaggio a livello di costi (...)». Così facendo, sembra che il Bundesvergabeamt escluda un argomento appropriato per stabilire una mancanza di restrizioni alla libera circolazione dei servizi – la facoltà per le imprese straniere sovvenzionate di rispondere al bando di gara al pari delle imprese nazionali sovvenzionate – in quanto fa ricorso a motivi fondati su considerazioni estranee a tale problema – la violazione del principio di parità di trattamento tra operatori, a prescindere dalla loro cittadinanza, a causa della partecipazione di imprese sovvenzionate. Esaminerò tale argomento nella trattazione della prima questione.

37. È evidente che, se il giudice nazionale dovesse rilevare l'esistenza di una disposizione di tale natura, dovrebbe trarne le dovute conseguenze sul piano della regolarità della procedura ed escludere tale norma incompatibile con il diritto comunitario.

38. Aggiungo che, in assenza di discriminazioni che pregiudichino il provvedimento controverso, è difficile vedere nella decisione di ammissione una restrizione alla libera circolazione dei servizi poiché, in via del tutto ipotetica, il cittadino di un altro Stato membro, sovvenzionato da quest'ultimo, ha il diritto di presentare offerte al pari degli altri operatori.

39. Occorre pertanto concludere che gli artt. 59 e seguenti del Trattato devono essere interpretati nel senso che non ostano ad un provvedimento come la decisione di cui trattasi nella fattispecie principale, con il quale un'amministrazione aggiudicatrice ha ammesso, ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, enti che beneficiano di sovvenzioni statali che consentono loro di presentare offerte a prezzi che si collocano notevolmente al di sotto di quelli offerti dagli altri concorrenti, anche se tali enti possiedono tutti la cittadinanza dello Stato membro in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice e hanno la sede nel territorio del detto Stato membro, qualora non sia stato fissato alcun requisito riguardante la cittadinanza degli operatori, il luogo del loro stabilimento o l'origine delle sovvenzioni di cui, eventualmente, essi beneficino.

VI — Sull'ambito di applicazione della direttiva: i contratti di servizi stipulati tra un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore che dipende dalle amministrazioni aggiudicatrici (quarta questione pregiudiziale)

40. Con la quarta questione, il giudice nazionale domanda se la direttiva debba interpretarsi nel senso che rientri nel suo ambito di applicazione un contratto di servizi stipulato tra un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore di servizi qualora, da un lato, quest'ultimo appartenga in gran parte ad un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, i servizi che egli fornisce siano in gran parte destinati alle amministrazioni aggiudicatrici, tra cui quella cui esso appartiene.

41. Il Bundesvergabeamt fa presente la possibilità di non assoggettare alle prescrizioni della direttiva i rapporti contrattuali che legano un'amministrazione aggiudicatrice ad enti ad essa appartenenti integralmente e che lavorano totalmente a beneficio della detta amministrazione. Esso osserva tuttavia che tali requisiti sono troppo restrittivi e che, da un punto di vista funzionale, un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore di servizi possono essere equiparati l'uno all'altra, anche se l'amministrazione aggiudicatrice non ha la proprietà esclusiva del prestatore e l'attività di quest'ultimo non è tutta volta a vantaggio dell'amministrazione aggiudicatrice. Anche in tal caso, lo stretto rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e tale ente giustificherebbe il fatto che i loro rapporti contrattuali non rientrino nell'ambito della direttiva.

A — *Sulla ricevibilità*

42. Come hanno lasciato intendere l'ARGE e il governo austriaco nelle loro osservazioni scritte, la ricevibilità di tale questione può dar luogo a discussioni. Infatti, non risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che l'applicabilità della direttiva alla procedura di aggiudicazione dell'appalto sia stata messa in discussione dinanzi al giudice austriaco.

43. Tuttavia spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini della sentenza da pronunciare sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Quest'ultima può respingere una domanda presentata da un giudice nazionale solo qualora appaia in modo palese che l'interpretazione di una norma comunitaria, richiesta da tale giudice, non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una valida soluzione alle questioni che le vengono sottoposte [16].

44. Orbene, non si può asserire che l'ambito di applicazione della direttiva sia senza legame con la controversia nella causa

16 — Sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 18).

principale. Se risultasse che, con le loro caratteristiche, enti come i due offerenti sovvenzionati non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, niente consentirebbe di escludere a priori che il giudice nazionale, in applicazione e nei limiti del procedimento nazionale applicabile, possa trarne conseguenze in grado di contribuire alla soluzione della controversia, ad esempio sostituendo d'ufficio altre norme con quella derivante dalla direttiva.

45. Peraltro, come vedremo, gli elementi del fascicolo sono sufficientemente precisi per poter definire i principi a cui il giudice nazionale potrà ispirarsi per risolvere la controversia nella causa principale.

46. Per tale motivo ritengo necessario risolvere la questione sollevata, sulla base di tali elementi, senza tener conto della circostanza che, in considerazione del fascicolo, nessun argomento sembra tale da mettere in discussione il contesto normativo inizialmente predisposto per la scelta di un prestatore di servizi da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

47. Di conseguenza, occorre determinare se la direttiva sia applicabile nella fattispecie.

B — *Nel merito*

48. Secondo l'ottavo 'considerando' della direttiva, «(...) la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto (...)». Come risulta dall'art. 1, lett. a), ai fini della direttiva e ad eccezione di taluni appalti, gli appalti pubblici di servizi sono contratti a titolo oneroso, stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice.

49. Il rapporto giuridico di tipo contrattuale che unisce il prestatore di servizi e il destinatario del servizio presuppone che siano messe di fronte due persone giuridiche investite, come tali, della capacità di impegnarsi attraverso l'espressione di una libera volontà. Di conseguenza, il prestatore di servizi deve presentare determinate caratteristiche che attestino che, nell'esercizio della sua attività economica, egli agisce in modo sufficientemente autonomo rispetto all'autorità pubblica che ad esso si rivolge.

In altri termini, come ha chiaramente ricordato l'avvocato generale Cosmas nelle sue conclusioni nella causa Teckal [17], occorre che la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice *abbia di fatto la qualità di terzo* rispetto a quest'ultima, e cioè che si tratti di una

17 — Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98 (Racc. pag. I-8121, paragrafi 53 e seguenti).

persona diversa rispetto ad essa. Il diritto comunitario, egli aggiunge, a proposito dei contratti d'appalto di forniture [18], «(...) non impone che le amministrazioni aggiudicatrici osservino la procedura che garantisce l'effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi intendano procedere esse stesse alla fornitura di beni di cui esse abbiano necessità».

50. Da ciò deriva che le prestazioni qualificate «in house» — termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti, sebbene organicamente distinti — esulano dalla sfera di applicazione della direttiva [19].

51. Nella citata sentenza Teckal, la Corte era chiamata a dichiarare se il fatto, per un ente locale, di affidare la fornitura di prodotti ad un consorzio al quale esso partecipa debba dar luogo ad una procedura di aggiudicazione prevista dalla direttiva 93/36.

52. Oltre l'esame di taluni requisiti giuridici che determinano l'applicabilità di tale testo normativo, come il possesso, da parte dell'ente locale, della qualità di amministrazione aggiudicatrice o l'esistenza di un contratto stipulato a titolo oneroso, la Corte ha esaminato i rapporti tra l'amministrazione aggiudicatrice e la sua controparte contrattuale.

53. Come la presente direttiva, la direttiva 93/36 si applica qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda stipulare un contratto con un operatore economico. Nel verificare se vi sia stato un accordo tra due persone effettivamente distinte, la Corte ha precisato che «(...) basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo» [20]. Tuttavia, la Corte ha precisato che «può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi *un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi* e questa persona *realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*» [21].

54. I criteri fondamentali così messi in evidenza sono fondati sull'idea di un'autonomia effettiva dell'ente con il quale l'amministrazione aggiudicatrice stipula il contratto. Come risulta dalla citata sentenza Teckal, l'ente deve essere distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, affinché la direttiva sia applicabile [22].

18 — Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

19 — V., anche, le conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa RI.SAN., sentenza 9 settembre 1999, causa C-108/98 (Racc. pag. I-5219, paragrafi 46 e seguenti).

20 — Citata sentenza Teckal, punto 50.

21 — Ibidem, il corsivo è mio.

22 — Ibidem, punto 51.

55. Si potrà rimpiangere la mancanza di precisione di cui risentono tali criteri. L'esistenza di un ente distinto è facile da concepire e da identificare, poiché basta accertare che l'operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell'amministrazione aggiudicatrice. Per contro, non è semplice rendersi conto del grado di autonomia di l'ente dispone. La natura del controllo esercitato da un ente territoriale su un organismo giuridicamente distinto o il livello a partire dal quale si ha il diritto di considerare che quest'ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica da cui dipende, in particolare, possono suscitare gravi incertezze.

56. Tuttavia occorre tener presente che numerosi criteri consentono di determinare il carattere effettivamente autonomo di un ente. Orbene, poiché il giudice nazionale è il solo a disporre dell'insieme degli elementi di fatto e di diritto utili alla soluzione della controversia di cui è adito e poiché spetta a lui applicare il diritto comunitario in tale controversia, esso è il più adatto a pronunciarsi con tutta la precisione voluta sulla libertà di azione di cui dispone tale operatore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice.

57. In ogni caso, gli stretti rapporti che legano il centro Seibersdorf e l'istituto Arsenal alle autorità pubbliche austriache devono essere esaminati alla luce di tali principi. Sarà così possibile stabilire se essi riflettano una situazione di dipendenza che giustifichi che le prestazioni di servizi di prelievo e analisi della qualità dell'acqua siano a loro affidate senza la necessità di osservare le prescrizioni della direttiva.

1. Sul controllo dell'amministrazione aggiudicatrice

58. Come già detto, affinché un contratto esuli dal regime della direttiva, occorre dimostrare che l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi [23].

59. Dato che l'amministrazione aggiudicatrice gode, nei confronti di un operatore, di un potere di controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se essi fossero stati semplicemente delegati al suo interno. La capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi.

60. Secondo il Bundesvergabeamt, gli enti di ricerca di cui trattasi sono di proprietà prevalentemente dello Stato austriaco o di un Land. I loro organi direttivi vengono designati dagli enti locali cui fanno capo di

23 — Ibidem, punto 50.

volta in volta oppure sono sottoposti al controllo di uno di questi enti locali [24]. L'ARGE, per contro, non ha menzionato la proprietà di un Land. Essa ha constatato che il centro Seibersdorf è di proprietà della Repubblica d'Austria sino a concorrenza del 50,5% delle quote sociali, mentre le rimanenti, vale a dire il 49,5%, sono proprietà di imprese private. Riguardo all'istituto Arsenal, la Repubblica d'Austria ne avrebbe il pieno controllo [25].

Spetterà al giudice nazionale esaminare attentamente gli elementi di prova di cui dispone. Per quanto mi riguarda, accolgo l'ipotesi comune, secondo la quale lo Stato è, quanto meno, proprietario di maggioranza, pur tenendo conto dei dati supplementari presentati dall'ARGE.

61. Per quanto riguarda l'istituto Arsenal, riporterò, per poi trasporla alla fattispecie in esame, l'analisi dell'avvocato generale Alber, nelle sue conclusioni nella citata causa RI.SAN., secondo la quale «il pieno controllo da parte dello Stato italiano induce (...) a concludere, anche a prescindere da una completa conoscenza delle struttura interna della GEPI SpA, che sotto questo aspetto tale società costituisce parte dello Stato italiano» [26].

62. La situazione del centro Seibersdorf è meno chiara. È importante valutare il grado di autonomia che tale ente, nonostante una partecipazione pubblica che resta maggioritaria, può conservare nei confronti dello Stato.

63. A tal fine, il giudice nazionale valuterà la fondatezza della dichiarazione dell'ARGE secondo la quale, nonostante la partecipazione maggioritaria dell'autorità pubblica, l'azione di tale operatore è determinata dai suoi proprietari privati [27]. Infatti spetta al giudice nazionale verificare il numero e la natura dei posti detenuti dai rappresentanti di operatori privati negli organi decisionali di tale organismo e accertare in quale misura i poteri così suddivisi abbiano, secondo il diritto nazionale applicabile, un'incidenza sugli orientamenti economici presi dal centro.

64. Inoltre tale procedimento è necessario solo se, in applicazione del suo diritto nazionale, il giudice della causa principale ritenga che la circostanza che tali «(...) enti (...) sono, esclusivamente o almeno in gran parte, di proprietà della pubblica autorità» [28], secondo i suoi propri termini, non sia sufficiente a garantire l'effettività del potere decisionale esercitato da quest'ultima sugli enti che essa controlla.

24 — Pag. 11 della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale.

25 — Pag. 9 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte.

26 — Paragrafo 53.

27 — L'ARGE afferma infatti che, «pur possedendo un numero rilevante di posti in seno al consiglio di amministrazione o al comitato consultivo, sono comunque le imprese private partecipanti che comandano» (pag. 9 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte).

28 — Quarta questione pregiudiziale.

65. In ogni caso, la dimostrazione di un'origine pubblica degli enti non può bastare. Infatti è determinante, per fornire una soluzione utile al Bundesvergabeamt, verificare se l'autorità pubblica che esercita il suo controllo sugli enti di ricerca nella causa principale e l'amministrazione aggiudicatrice siano una sola e stessa persona.

66. La riserva espressa nella citata sentenza Teckal è fondata sul principio secondo il quale la mancanza di autonomia di un ente economico rispetto ad un ente territoriale che ne detiene la proprietà rende impossibile o illusoria l'esistenza di un contratto tra queste due persone, pur tuttavia giuridicamente distinte. L'ipotesi di un rapporto giuridico che esuli dalla sfera di applicazione della direttiva presuppone quindi che l'amministrazione aggiudicatrice che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo e non un'altra autorità.

67. Invece un rapporto contrattuale tra un'autorità pubblica e un prestatore di servizi senza vincoli di subordinazione nei suoi confronti, anche di proprietà di un altro ente pubblico, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva.

68. Sulla base degli elementi del fascicolo, risulta che il proprietario di maggioranza dei due enti di ricerca è la Repubblica d'Austria, mentre l'amministrazione aggiudicatrice è composta di alcun Land e di un ente locale specializzato (il Landeswasserbauamt del Land di Vorarlberg).

Per tale ragione, spetta al Bundesvergabeamt accertare se, benché tali enti pubblici siano distinti, il centro di Seibersdorf e l'istituto Arsenal non possano tuttavia essere sottoposti, da parte degli enti territoriali che compongono l'amministrazione aggiudicatrice, in forza del diritto nazionale, ad un controllo analogo a quello che questi ultimi esercitano sui propri servizi.

69. La direttiva è applicabile se gli accertamenti del giudice nazionale lo inducono a dichiarare che le relazioni tra gli enti di ricerca e l'amministrazione aggiudicatrice non rivelano l'esercizio di nessun potere di controllo di quest'ultima, ai sensi della citata sentenza Teckal.

70. Se risulta che l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo effettivo, altri accertamenti debbono essere effettuati. Infatti la qualificazione di prestazioni «in house» che può essere attribuita all'attività degli enti di cui trattasi non è unicamente condizionata da tale elemento. La sola constatazione di una dipendenza strutturale nei confronti dell'ente pubblico che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non è sufficiente poter considerare i servizi che essi forniscono come prestazioni analoghe a quelle di cui disporrebbero tali autorità ricorrendo alle loro proprie risorse interne.

71. Per tale motivo occorre anche prendere in considerazione il destinatario dell'attività economica esercitata da tali enti, conformemente alla citata sentenza Teckal.

2. Sul destinatario dell'attività del prestatore di servizi

72. Come risulta dalla citata sentenza Teckal, un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti territoriali che lo controllano [29].

73. Come già detto, il principio sancito in tale sentenza è basato sul criterio dell'autonomia dell'operatore. Un ente non è necessariamente privato della libertà di azione, se esso può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, per la sola ragione che le decisioni che lo riguardano sono prese dall'ente pubblico che lo controlla.

74. Per contro, esso deve essere considerato come totalmente vincolato alla sua autorità controllante qualora il rapporto organico che lo unisce ad essa evoca la figura di una quasi esclusiva, a vantaggio di quest'ultima, per i servizi che l'ente fornisce. Tale situazione testimonia la volontà dell'ente territoriale non solo di utilizzare le prestazioni per fini pubblici, ma anche di destinarle principalmente a suo vantaggio.

75. È solo in tale ipotesi che si può difendere l'idea di un prolungamento amministrativo dell'ente pubblico, che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza prescritte dalla direttiva qualora esso stesso scelga di effettuare le operazioni economiche di cui ha bisogno.

76. Quando un ente opera prevalentemente presso l'autorità pubblica che lo controlla, il rapporto di proprietà che lega i due enti legittima le prestazioni di servizi che l'uno fornisce all'altro, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione. Di conseguenza, risulta giustificato che esso si sottragga agli obblighi della direttiva, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

77. È invece meno facile capire il fatto che, dotato di un aiuto pubblico, tale ente proponga servizi ad altri operatori o enti territoriali senza essere tenuto all'osservanza della normativa sugli appalti pubblici, pur agendo in tal caso in condizioni analoghe a quelle di un operatore economico tradizionale. La sua origine e la sua natura, entrambe di carattere pubblico, non sono sufficienti a distinguerlo dagli altri prestatori di servizi, dato che esso propone lo stesso tipo di servizi in un'analoga prospettiva commerciale.

29 — Punto 50.

78. La diversificazione delle attività, presso un tale operatore economico, conferma la singolarità del suo status rispetto ai servizi interni del suo ente territoriale di riferimento, status che non si riassume in una semplice specificità organica.

79. Di conseguenza, i motivi di tutela della concorrenza, che giustificano le norme comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici, sono valide tanto nei suoi confronti quanto nei confronti degli altri prestatori di servizi.

80. Analogamente, un prestatore di servizi che intende stipulare convenzioni con un ente territoriale diverso dal suo non si distingue da un altro operatore, sia dal punto di vista dei suoi concorrenti sia dell'ente pubblico che bandisce l'appalto. Poiché tale ente non costituisce, secondo la stessa ipotesi, un'articolazione dell'amministrazione aggiudicatrice, le prestazioni che offre sono per quest'ultima quelle di un terzo.

81. Come si vede, se il controllo del prestatore di servizi da parte dell'autorità pubblica che intende stipulare un contratto d'appalto è una condizione necessaria affinché quest'ultimo sia considerato come un fornitore di prestazioni «in house», essa è lontana dall'essere sufficiente. L'attività del prestatore deve, per la maggior parte, essere svolta a beneficio del suo ente territoriale di riferimento. Di conseguenza, se il prestatore esercita attività commerciali, la direttiva diventa di nuovo applicabile, a meno che queste ultime non occupino un posto marginale nell'insieme della sua attività.

82. Nella fattispecie, secondo l'ARGE, il centro Seibersdorf così come l'istituto Arsenal esercitano sul mercato numerose attività commerciali [30].

83. Per decidere sull'applicabilità della direttiva, il giudice nazionale dovrà verificare tale punto, anche se a suo parere sembra acquisito che l'attività degli enti controversi sia esclusivamente o almeno in gran parte svolta presso enti pubblici, come lascia pensare la formulazione della quarta questione. Egli dovrà soprattutto determinare se gli enti di cui trattasi svolgano la maggior parte della loro attività con l'amministrazione aggiudicatrice, al controllo della quale, nella mia ipotesi di partenza [31], sono sottoposti.

84. Qualora la direttiva fosse dichiarata applicabile alla controversia nella causa principale, si dovrebbe comunque verificare se, in forza del suo art. 6, il contratto d'appalto di cui trattasi non sia tra quelli che possono derogarvi.

30 — Pagg. 9 e 10 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte.

31 — V. paragrafo 70 delle conclusioni in esame.

3. Sull'applicazione dell'art. 6 della direttiva

85. Ricordo che l'art. 6 esclude dall'ambito di applicazione della direttiva gli appalti pubblici aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di una legislazione nazionale regolarmente pubblicata, purché quest'ultima sia compatibile con il Trattato.

86. Tale disposizione trova riscontro nel diciottesimo 'considerando' della direttiva, ai sensi del quale «(...) in determinate circostanze i contratti comportanti un'unica fonte di approvvigionamento designata possono venir esentati in tutto od in parte dall'applicazione della presente direttiva».

87. Esentando tale tipo di contratti, la direttiva tiene conto dei servizi che possono essere forniti alle autorità pubbliche, in taluni Stati membri, solo da taluni enti pubblici determinati, ad esclusione di qualsiasi altro prestatore. L'esclusione di altri enti è effettuata a prescindere dalla loro cittadinanza [32].

32 — V. Flamme, P., Flamme, M.-A., «Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n. 365, febbraio 1993, (pagg. 150 e seguenti, paragrafo 9, punto 10).

88. L'applicazione della direttiva dipende quindi, in primo luogo, dal tipo di prestatori di servizi interessati. Nella fattispecie, si può fin d'ora affermare che gli enti sovvenzionati soddisfano i tre criteri fissati dalla direttiva per determinare gli «organismi di diritto pubblico», espressione utilizzata per designare le amministrazioni aggiudicatrici diverse dallo Stato, dagli enti locali e dalle associazioni costituite da detti enti [33].

89. È pacifico che tali enti sono stati creati per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che sono dotati di personalità giuridica e sono gestiti, controllati o finanziati in modo prevalente da un'altra amministrazione aggiudicatrice [34].

33 — Ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva, sono considerate «"*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».
Nella sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 21), la Corte ha interpretato tali condizioni, come quelle previste anche all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), come aventi carattere cumulativo. Tale soluzione può essere trasposta all'articolo in esame, del tutto identico a quest'ultimo testo.

34 — Pagg. 10 e seguente della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale.

90. Poiché sono essi stessi amministrazioni aggiudicatrici, resta da dimostrare che l'uno o l'altro beneficiano di un diritto esclusivo, ai sensi dell'art. 6 della direttiva, in forza di disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate.

91. Nessuno degli elementi menzionati dal giudice nazionale o dalle parti intervenienti lascia presupporre che uno dei due enti di ricerca detenesse, al momento della gara d'appalto, un diritto che gli riservava la fornitura in esclusiva di servizi del tipo di quelli che costituivano oggetto di tale procedura. L'art. 6 e la logica dell'esclusiva che ne è alla base non sono neanche menzionati nella domanda di pronuncia pregiudiziale, il che accredita l'idea che i due offerenti messi in causa dall'ARGE non godessero di nessun diritto esclusivo.

92. Peraltro, se ciò fosse stato il caso, non si capisce per quale ragione si sarebbe dovuta organizzare una procedura di aggiudicazione in forza della direttiva, il cui art. 6 prevede precisamente che un tale contratto d'appalto può esulare dall'ambito delle sue disposizioni.

93. Pertanto, concludo che la direttiva è applicabile quando un'amministrazione aggiudicatrice intende stipulare un contratto con un ente formalmente distinto da essa e quest'ultimo fa parte principalmente di enti territoriali diversi da quelli che compongono l'amministrazione aggiudicatrice.

Se l'ente, sebbene distinto formalmente dall'amministrazione aggiudicatrice, fa parte principalmente di quest'ultima, la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali diversi da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice.

In entrambi i casi, la direttiva non è applicabile quando il contratto rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 6 della direttiva.

VII — Sull'esistenza di discriminazioni nel corso della procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi (prima questione)

94. Con la prima questione pregiudiziale, il Bundesvergabeamt domanda se l'art. 3, n. 2, della direttiva debba intendersi nel senso che osti alla decisione con la quale un'amministrazione aggiudicatrice autorizza la partecipazione, ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, di enti che percepiscono sovvenzioni da amministrazioni aggiudicatrici tali da consentire ai medesimi di presentare offerte ad un prezzo che si colloca notevolmente al di

sotto di quello proposto dagli altri offerenti.

95. Il principio di parità di trattamento degli offerenti sancito in tale testo normativo non è solamente destinato a vietare le discriminazioni che potrebbero essere praticate nei confronti di operatori economici cittadini di altri Stati membri. Come altre disposizioni della stessa direttiva o che derivano da direttive relative ad altri tipi di appalti pubblici [35], esso non include alcun requisito di cittadinanza.

35 — L'art. 3, n. 1, della direttiva, ad esempio, prevede che, per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni di tale direttiva. La Corte aveva chiaramente osservato, a proposito di un testo analogo – l'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), che prescrive l'applicazione della direttiva 90/351 qualora gli enti aggiudicatori assegnino appalti di forniture, è redatto in modo identico -, che non esisteva alcuna condizione relativa alla cittadinanza o al luogo di stabilimento degli offerenti [sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 32)]. Peraltro, come risulta dal ventesimo 'considerando' della direttiva, l'eliminazione delle pratiche che restringono la concorrenza non è limitata a quelle che ostacolano la partecipazione agli appalti pubblici dei cittadini di altri Stati membri. Analogamente, la Corte aveva osservato, nella sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punto 33), a proposito della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), che, anche se quest'ultima non faceva espressa menzione del principio di parità di trattamento degli offerenti, l'obbligo del rispetto di tale principio rispondeva all'essenza stessa della direttiva di cui trattavasi, conformemente ad uno dei suoi 'considerando', relativo allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici e ai criteri di selezione e di aggiudicazione degli appalti diretti a garantire tale concorrenza. Orbene, si trattava per la Corte di pronunciarsi su un addebito relativo alla violazione della direttiva 71/305 a prescindere dalla cittadinanza dell'offerente al quale l'appalto era stato aggiudicato. L'obiettivo di salvaguardia della concorrenza perseguito dalle direttive sugli appalti pubblici deve essere raggiunto mediante un'applicazione del principio di parità di trattamento che non sia sistematicamente riservata alle discriminazioni a causa della cittadinanza. A mio parere, vi è autonomia del principio di libera concorrenza rispetto a quello della libera circolazione dei servizi, sul quale è fondata la direttiva, anche se i rapporti tra i due principi sono stretti, in quanto il primo contribuisce all'effettività del secondo.

96. L'inosservanza della direttiva non è quindi necessariamente connessa alla violazione dell'uguaglianza tra offerenti di Stati membri diversi.

97. La stessa filosofia ispira peraltro la legislazione nazionale pertinente. In tal senso, l'art. 16, n. 1, del Bundesvergabegesetz dispone che «appalti relativi a prestazioni in base ad una procedura prevista in questa legge federale devono essere aggiudicati a prezzi adeguati in conformità ai principi della libera e leale concorrenza e della parità di trattamento di tutti i concorrenti ed offerenti — entro e non oltre la data dell'apertura dell'offerta — ad imprenditori competenti, efficienti ed affidabili».

98. La circostanza che gli operatori che beneficiano di sovvenzioni sono tutti, nella fattispecie, enti austriaci non è quindi pertinente per risolvere la questione pregiudiziale in esame.

99. Innanzi tutto, occorre accertare se lo stesso principio del versamento di sovvenzioni a favore di operatori economici vieti a questi ultimi di partecipare alle procedure di appalti pubblici, prima di esaminare se, in caso di soluzione negativa, tale soluzione valga anche qualora le sovvenzioni di cui trattasi siano illegittime.

100. Il Bundesvergabeamt osserva che le sovvenzioni versate agli offerenti costituiscono aiuti ai sensi dell'art. 92 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87 CE) o «particolari vantaggi in materia di costi (...)» [36]. Esso precisa che «il vantaggio concorrenziale sotto forma di costi più bassi (...)» di cui essi beneficiano «(...) ha origine da sovvenzioni aventi carattere di aiuti che possono consistere o in un'assegnazione diretta di denaro o anche nella fornitura di personale o di spazi o attrezzature tecniche o in entrambe». Il giudice nazionale aggiunge che la sovvenzione deriva dall'ente locale gestore volta a volta competente, dalla federazione o da un Land [37].

101. Ricordo che «il concetto di aiuto vale a designare (...) non soltanto prestazioni positive del genere delle sovvenzioni, ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la natura e producono identici effetti» [38]. Poiché la fornitura di personale o di beni da parte degli enti pubblici austriaci viene effettuata senza contropartita o a condizioni preferenziali [39], occorre considerare che i vantaggi in tal modo concessi costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato.

102. Tuttavia, come è noto, il divieto di massima degli aiuti di Stato non è né assoluto né incondizionato dato che non solo determinati aiuti sono compatibili ipso jure con il mercato comune, conformemente all'art. 92, n. 2, ma l'art. 92, n. 3, conferisce inoltre alla Commissione un ampio potere discrezionale di ammettere aiuti in deroga al divieto del n. 1 [40].

103. A mio parere, se il diritto comunitario ammette la legittimità di taluni aiuti di Stato è perché esso riconosce agli operatori che ne beneficiano il diritto di esercitare la loro attività al pari degli altri. Non si comprende, infatti, a cosa servirebbe che alcune imprese siano aiutate in modo legittimo se, nello stesso tempo, fosse vietato loro di accedere ad un'attività economica normale o anche semplicemente a determinati contratti con il pretesto che questi ultimi sono regolamentati. Una tale lettura sarebbe, peraltro, poco compatibile con la logica di compensazione che legittima determinati aiuti, poiché l'aiuto costituito da una sovvenzione o da un'assistenza logistica sarebbe rapidamente eliminato dalle restrizioni all'attività che si dovrebbero sopportare.

104. La possibile legittimità degli aiuti di Stato ha quindi per conseguenza di non ostare a che gli enti economici, che beneficiano di aiuti legittimi, partecipino pienamente alla vita del mercato. Poiché quest'ultima non è limitata ai rapporti contrattuali non regolamentati ma comprende

36 — Pag. 7 della traduzione in italiano della domanda di pronuncia pregiudiziale.

37 — Ibidem, pag. 11.

38 — Sentenza 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a. (Racc. pag. I-3547, punto 58).

39 — Ibidem, punto 59.

40 — Ibidem, punto 36.

anche gli appalti pubblici, non c'è motivo perché tali operatori siano esclusi dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

105. Secondo la Commissione, con la quale si deve concordare su tale punto, un aiuto comunicato e dichiarato compatibile con il mercato comune non può incidere sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice relativa all'ammissione di un offerente e alla valutazione dell'offerta presentata da quest'ultimo.

106. Aggiungo che, come fanno osservare i governi austriaco e francese [41], l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva di determinati contratti stipulati tra due amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi del suo art. 6, qualora l'appalto pubblico di servizi sia aggiudicato in base a un diritto esclusivo, conferma l'idea secondo la quale la direttiva può applicarsi ad enti che beneficiano di aiuti di Stato, in mancanza di un tale diritto. La definizione dell'amministrazione aggiudicatrice data dalla direttiva comprende, come è noto, organismi di diritto pubblico che possono essere finanziati in modo prevalente da enti pubblici [42]. Pertanto è sufficiente che un prestatore di servizi soddisfi la definizione data dell'amministrazione aggiudicatrice, il che testimonia per lo più l'esistenza di un finanziamento pubblico, senza essere vincolato da un diritto esclusivo all'amministrazione aggiudicatrice alla quale fornisce servizi, perché la direttiva si applichi. Il principio della partecipazione di un ente sovvenzionato ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di servizi, di conseguenza, non è escluso dalla direttiva.

107. Per tale ragione, quest'ultima non osta alla partecipazione di enti, come gli organismi nella causa principale, alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico controverso.

108. La soluzione alla questione, quale comportamento debba assumere un'amministrazione aggiudicatrice confrontata ad un offerente che beneficia di aiuti di Stato illegittimi, non è, per contro, così chiara [43].

109. È normale che gli operatori estromessi o le cui possibilità di aggiudicarsi un contratto d'appalto sono ridotte a causa della concorrenza di enti che godono di vantaggi concorrenziali di tale natura neghino il diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di ammettere la partecipazione di questi ultimi alla gara d'appalto, senza dover procedere ad un controllo minimo sulla regolarità degli aiuti.

41 — Pagg. 8 e 9 della traduzione in francese delle osservazioni scritte del governo austriaco e punti da 16 a 18 delle osservazioni scritte del governo francese.

42 — V. nota in calce n. 33 delle conclusioni in esame.

43 — Preciso che, sebbene se ne sia parlato di frequente nelle osservazioni scritte delle parti intervenienti e nel corso dell'udienza, la questione del regime applicabile agli aiuti di Stato illegittimi è meramente ipotetica nella fattispecie, in quanto nessuno sostiene che gli aiuti di cui beneficiano gli enti di ricerca meritino di essere qualificati in tal modo.

110. L'illegittimità di un aiuto dovrebbe indurre a vietare qualsiasi partecipazione dell'operatore sovvenzionato ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, qualunque essa sia. Anche se esso non riguarda direttamente elementi, come il prezzo proposto nel corso della procedura di gara, che hanno un peso rilevante nell'orientamento della decisione finale dell'amministrazione aggiudicatrice, l'aiuto illegittimamente attribuito ad un operatore economico può soltanto alleggerire gli oneri che indeboliscono il suo livello di competitività economica.

111. Tuttavia, per quanto fondata, tale opinione non risolve il problema, di natura essenzialmente giuridica e procedurale, con il quale si confronta il giudice nazionale nella causa principale. Infatti, si tratta per lui di accertare se il principio di parità di trattamento degli offerenti, come enunciato all'art. 3, n. 2, della direttiva, comprenda il diritto per l'amministrazione aggiudicatrice di vietare la partecipazione degli offerenti illegittimamente sovvenzionati, e anche di esaminare se le sovvenzioni che essi percepiscono possano essere dichiarate illegittime.

112. Nel suo titolo VI, la direttiva enuncia le caratteristiche che devono presentare gli offerenti, le offerte che presentano e le corrispondenti giustificazioni, da cui dipendono la partecipazione di tali operatori alla procedura e all'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

113. Tra questi dati si trovano gli elementi che conferiscono all'amministrazione aggiudicatrice il diritto di negare a siffatto prestatore di servizi la partecipazione ad un appalto. Diverse disposizioni riguardano gli obblighi giuridici che vincolano il prestatore. Esse autorizzano l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere un offerente in situazione illegale, ad esempio da un punto di vista fiscale o sociale [44].

Tuttavia, la direttiva resta muta sulle conseguenze che essa potrebbe trarre dalla constatazione dell'esistenza di aiuti non comunicati, sospettati di illegittimità o anche palesemente illegittimi.

114. La Commissione ha descritto i lavori preparatori della direttiva, sotto tale aspetto. Essa ha ricordato che, nella sua proposta iniziale [45], figurava una disposizione identica all'art. 34, n. 5, ultimo comma, 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 [46]. Ai sensi di tale testo, «gli enti aggiudicatori possono respingere le offerte che sono anormalmente basse in virtù della concessione di un aiuto di Stato unicamente se hanno consultato l'offerente e se quest'ultimo non è stato in grado di dimostrare che detto aiuto è stato notificato alla Commissione a norma dell'articolo 93,

44 — Un prestatore che non abbia adempiuto i propri obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione, ad esempio, può venire escluso, ai sensi dell'art. 29, lett. f), della direttiva, dalla partecipazione ad un appalto.

45 — GU 1991, C 23, pag. 1.

46 — GU L 199, pag. 84.

paragrafo 3 del trattato o è stato da essa autorizzato. Gli enti aggiudicatori che respingono per tali motivi un'offerta ne informano la Commissione».

115. Secondo la Commissione, il Consiglio ha ritirato tale disposizione dalla sua proposta di direttiva, nel corso dell'iter legislativo [47]. In risposta, la Commissione ha formulato una dichiarazione nella sua comunicazione al Parlamento europeo secondo la quale, modificando in tal senso la proposta di direttiva, il Consiglio aveva lo scopo «(...) di evitare una discriminazione tra offerenti pubblici e privati». Nella stessa dichiarazione, essa ricordava «(...) che il trattato le conferisce il potere di impedire l'abuso degli aiuti di Stato tali da falsare le condizioni di concorrenza [sicché poteva] accettare gli emendamenti».

116. Tale evoluzione del testo è istruttiva sotto un duplice aspetto.

117. Risulta innanzi tutto che, al tempo dell'adozione della direttiva, il legislatore non ignorava le difficoltà connesse all'esistenza di operatori economici avvantaggiati dalla riscossione di aiuti di Stato nelle procedure di appalti pubblici. La scelta della Commissione di limitare la regolamentazione giuridica di tale tipo di situazioni ai soli aiuti non comunicati o non autorizzati conferma, peraltro, che è stato ammesso il principio della partecipazione di enti che beneficiano di aiuti di Stato legittimamente concessi alle procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi. La trattazione dedicata in precedenza a tale aspetto del tema trova quindi in questa sede una conferma, fondata sull'intenzione del legislatore comunitario [48].

118. Un'altra indicazione deriva dal fatto che quest'ultimo ha anche preso posizione in modo non equivoco riguardo all'estensione del potere di agire riconosciuto all'amministrazione aggiudicatrice in materia di appalti pubblici di servizi. Nella sua versione definitiva, l'art. 37, primo comma, della direttiva verte in particolare sul diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di respingere offerte palesemente basse rispetto alla prestazione. Esso prevede, a carico di quest'ultima, l'obbligo di domandare previamente precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta, nonché di verificarne l'effettività sulla base delle giustificazioni fornite, prima di respingerla.

Tuttavia, in mancanza di una disposizione precisa analoga a quella dell'art. 34 della direttiva 93/38, la direttiva non conferisce all'amministrazione aggiudicatrice il diritto di respingere un'offerta presentata da un offerente sovvenzionato in modo illegittimo o che beneficia di un aiuto non comunicato alla Commissione. Ci si può rammaricare di tale scelta, tanto più che non risulta chiaramente il motivo di una differenza di regime giuridico tra la direttiva 93/38 e la direttiva 92/50.

47 — Punto 22 delle osservazioni scritte della Commissione.

48 — V. paragrafi da 99 a 106 delle conclusioni in esame.

119. Non resta che riconoscere che il silenzio della direttiva su tale argomento ha un'origine di cui occorre tener conto nell'interpretazione di tale testo normativo.

120. La modifica apportata dal Consiglio alla proposta della Commissione, come peraltro la dichiarazione fatta da quest'ultima per esprimere la sua approvazione, rivelano l'idea che ha il legislatore comunitario del meccanismo di controllo degli aiuti di Stato illegittimi, il quale si basa essenzialmente sulla Commissione.

121. Secondo il governo francese e la Commissione, il silenzio della direttiva sulla facoltà, per l'amministrazione aggiudicatrice, di respingere l'offerta di un offerente sovvenzionato in modo illegittimo non significa necessariamente che l'amministrazione aggiudicatrice non possa trarre le dovute conseguenze dall'esistenza di tale tipo di aiuto.

122. Il governo francese ritiene che la direttiva non obblighi né consenta esplicitamente all'amministrazione aggiudicatrice di escludere un'offerta proveniente da un ente sovvenzionato. Ma esso sottolinea l'esistenza del rischio che le fa correre l'aggiudicazione di un appalto ad un offerente che beneficia di un aiuto illegittimo. Il governo francese osserva che, se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse accertare che un'offerta anormalmente bassa è finanziata mediante un aiuto illegittimo, essa avrebbe il diritto di respingerla. Il rischio di dover rimborsare l'aiuto indebitamente riscosso metterebbe in pericolo infatti l'offerente, nonché la realizzazione completa dell'appalto.

123. La Commissione ritiene che la presa in considerazione di un aiuto illegittimo possa aver luogo nella fase della selezione delle imprese, vale a dire nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice valuta la capacità finanziaria ed economica del prestatore di servizi. Come il governo francese, la Commissione trae argomento dal fatto che, in applicazione della giurisprudenza della Corte, gli aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune, o semplicemente non comunicati, possono costituire oggetto di un recupero. Essa osserva che non si potrebbe contestare ad un'amministrazione aggiudicatrice il fatto di tutelarsi contro il rischio di stipulare un contratto d'appalto con un operatore economico che beneficia di aiuti di dubbia legittimità, escludendo quest'ultimo in base al potere di verifica della sua capacità finanziaria ed economica. La Commissione propone di dichiarare, di conseguenza, che il diritto comunitario non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice, conformemente alla sua legislazione nazionale, prenda in considerazione, nella fase della selezione, il fatto che un offerente abbia ricevuto un aiuto illegittimo, che quindi può essere recuperato, per determinare la sua capacità finanziaria.

124. A prescindere dai rispettivi meriti di tali argomenti, essi devono essere esaminati, a mio parere, soltanto se contribuiscono alla soluzione della controversia nella causa principale. Orbene, come già

detto, per il modo in cui è formulata e deve essere interpretata, alla luce della domanda di pronuncia pregiudiziale, la prima questione riguarda la regolarità della decisione con la quale un'amministrazione aggiudicatrice *ha ammesso la partecipazione* di enti sovvenzionati ad una procedura di aggiudicazione di contratto di un appalto.

125. Non si tratta quindi, nella fattispecie, di spiegare al giudice nazionale l'esistenza del diritto di un'amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente o di respingere la sua offerta per motivi riguardanti la legittimità dell'aiuto. Al contrario, la questione è di informarlo sull'esistenza di un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere in tale maniera in presenza di un aiuto di Stato, eventualmente, se quest'ultimo è illegittimo.

Allo stadio attuale del diritto comunitario, devo ritenere che un'amministrazione aggiudicatrice abbia il diritto di non trarre nessuna conseguenza, circa la partecipazione di un ente sovvenzionato, dall'esistenza di aiuti non comunicati o illegittimi. Aggiungo che la soluzione non sarebbe stata diversa se il testo iniziale dell'art. 37 non fosse stato modificato. Quest'ultimo riconosceva, infatti, a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, solo una semplice facoltà di respingere l'offerta anormalmente bassa a causa del conseguimento di un aiuto indebitamente riscosso o non comunicato.

126. Infine, il governo austriaco fa valere le disposizioni vincolanti del Trattato in materia di concorrenza e l'applicazione dell'art. 37 della direttiva, qualora risulti che un'offerta sia anormalmente bassa rispetto alla prestazione. In applicazione di tale testo normativo, esso auspica l'esame approfondito dei differenti costi che compongono l'offerta controversa. Se l'analisi dei costi indica che l'offerta è contraria alla concorrenza, a causa di sovvenzioni non autorizzate, esso suggerisce che sia imperativamente respinta.

127. La tesi difesa dal governo austriaco è fondata sia sul procedimento attualmente previsto dalla direttiva nel caso di offerte anormalmente basse sia sul diritto comunitario della concorrenza. Anche in questo caso, senza bisogno di pronunciarsi sulla sua fondatezza, è sufficiente osservare che, con la sua argomentazione, la Repubblica d'Austria tiene presente l'ipotesi in cui, successivamente alla decisione d'ammissione controversa, l'amministrazione aggiudicatrice, nel constatare il livello anormalmente basso dell'offerta, manifesti l'intenzione di respingere l'offerta. Essa oltrepassa quindi, mediante il suo contenuto, l'oggetto della prima questione pregiudiziale, limitato alla procedura di ammissione.

128. Di conseguenza, da quanto precede concludo che il principio di parità di trattamento degli offerenti previsto dall'art. 3, n. 2, della direttiva, non osta alla decisione con la quale un'amministrazione aggiudicatrice autorizza la partecipazione, ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, di enti che ricevono aiuti da amministrazioni aggiudicatrici tali da consentire ai medesimi di presentare offerte ad un prezzo che si colloca notevolmente al di sotto di quello proposto dagli altri offerenti.

Conclusione

129. Alla luce di tali considerazioni, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali sottoposte dal Bundesvergabeamt nel seguente modo:

«1) L'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE) e gli articoli seguenti devono essere interpretati nel senso che non ostano ad un provvedimento come la decisione di cui trattasi nella fattispecie principale, con il quale un'amministrazione aggiudicatrice ammette, ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, enti che beneficiano di sovvenzioni statali che consentono loro di presentare offerte a prezzi che si collocano notevolmente al di sotto di quelli offerti dagli altri concorrenti, anche se tali enti possiedono tutti la cittadinanza dello Stato membro in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice e hanno la sede nel territorio del detto Stato membro, qualora la decisione non sia subordinata ad alcun requisito riguardante la cittadinanza degli operatori, il luogo del loro stabilimento o l'origine delle sovvenzioni di cui, eventualmente, essi beneficino.

2) La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, è applicabile quando un'amministrazione aggiudicatrice intende stipulare un contratto con un ente formalmente distinto da essa e quest'ultimo fa parte principalmente di enti territoriali diversi da quelli che compongono l'amministrazione aggiudicatrice.

Se l'ente, sebbene distinto formalmente dall'amministrazione aggiudicatrice, fa parte principalmente di quest'ultima, la direttiva 92/50 è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori ed enti territoriali diversi da quelli che compongono l'amministrazione aggiudicatrice.

In entrambi i casi, la direttiva 92/50 non è applicabile quando il contratto rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 6 di detta direttiva.

3) Il principio di parità di trattamento degli offerenti previsto dall'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50, non osta alla decisione con la quale un'amministrazione aggiudicatrice autorizza la partecipazione, ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, di enti che ricevono aiuti da amministrazioni aggiudicatrici tali da consentire ai medesimi di presentare offerte ad un prezzo che si colloca notevolmente al di sotto di quello proposto dagli altri offerenti».