# CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIEGBERT ALBER

presentate l'8 luglio 1999 *

## A — Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in oggetto verte su due questioni relative al settore degli appalti pubblici. Da un lato si chiede di valutare la natura giuridica di una clausola di non discriminazione (divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità) in una direttiva riguardante la procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e, dall'altro, se una simile norma diretta ad impedire discriminazioni implichi anche per gli enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, in sede di aggiudicazione a terzi di appalti (pubblici) di forniture, l'obbligo di espletare una procedura (d'appalto) conforme alla direttiva.

2. La normativa controversa è contenuta nell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36/CEE [1] ed ha il seguente tenore:

«Se un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 1, lettera b) [2], accorda ad un ente diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici, indipendentemente dal suo stato giuridico, diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione stabilisce che detto ente deve rispettare, per gli appalti pubblici di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, il principio della non discriminazione in base alla nazionalità».

## B — Fattispecie

3. La causa principale riguarda una procedura di aggiudicazione relativa a marchi auricolari per suini. Le ricorrenti, la Unitron Scandinavia A/S e la 3-S A/S Danske Svineproducenters Serviceselskab (in pro-

* Lingua originale: il tedesco.

1 — 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).

2 — L'art. 1, lett. b), della direttiva recita:
«Ai fini della presente direttiva si intendono per: (...)
*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».

sieguo: le «ricorrenti») intendevano fornire tali marchi. Il convenuto, Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Ministero dell'Alimentazione, dell'Agricoltura e della Pesca, in prosieguo: il «Ministero») ha la «responsabilità primaria» del regime danese relativo ai marchi auricolari per suini. La procedura d'aggiudicazione impugnata dalle ricorrenti era stata espletata dal Veterinærdirektorat (Direzione veterinaria), autorità veterinaria superiore, dipendente dal Ministero, e dai Danske Slagterier (Mattatoi danesi), un ente privato.

4. Con la direttiva del Consiglio 92/102/CEE [3] sono state istituite nell'ottica della profilassi veterinaria, norme sulla marchiatura del bestiame. A tal fine, gli Stati membri istituiscono un'autorità centrale competente per l'esecuzione dei controlli veterinari. Tale autorità deve disporre di un elenco di tutte le aziende che detengono gli animali di cui alla direttiva stessa. Per quanto riguarda l'allevamento di suini è previsto che questi, prima che lascino l'azienda dove sono nati, debbano essere marchiati con una placca auricolare o con un tatuaggio, di modo che sia possibile identificare l'azienda di provenienza dell'animale. Dal regolamento danese [4] risulta che i marchi auricolari per suini devono essere approvati dalla predetta Direzione, che dipende dal Ministero. Questi marchi vengono quindi venduti, tramite i Danske Slagterier, un ente privato collegato alle organizzazioni agrarie danesi, alle singole aziende. La Direzione veterinaria fissa i prezzi dei marchi auricolari e la fornitura degli stessi viene iscritta nel registro centrale degli animali da allevamento del Ministero dell'Agricoltura.

5. Secondo le considerazioni svolte nell'ordinanza di rinvio, in Danimarca vengono utilizzati due tipi di marchi auricolari, rispettivamente per gli animali da macello e per gli altri. I marchi auricolari per questi ultimi vengono ordinati dai suinicoltori presso i Danske Slagterier, i quali trasmettono l'ordinativo al fornitore di marchi auricolari interessato, che a sua volta invia i marchi oggetto dell'ordinativo direttamente ai suinicoltori. Il pagamento dei marchi auricolari da parte dei suinicoltori viene effettuato a favore dei Danske Slagterier. I marchi auricolari per gli animali da macello vengono invece ordinati dai suinicoltori direttamente ai fornitori, i quali li spediscono ai suinicoltori e ne informano i Danske Slagterier. Anche questi marchi auricolari vengono pagati dai suinicoltori ai Danske Slagterier. Il prezzo di entrambi i tipi di marchi auricolari viene calcolato aggiungendo al prezzo richiesto dai fornitori di marchi un supplemento di 0,5 DKK per ogni marchio. Anche l'iscrizione dei suini nel registro centrale degli animali da allevamento viene effettuata dai Danske Slagterier, che, per questo motivo, ricevono dalla Direzione veterinaria la somma annuale di DKK 400.000.

3 — Direttiva del Consiglio 27 novembre 1992, 92/102/CEE, relativa all'identificazione e alla registrazione degli animali (GU L 355, pag. 32).

4 — La direttiva 92/102 è stata attuata in Danimarca in un primo momento con il regolamento 18 febbraio 1993, n. 80, sostituito in seguito dal regolamento 15 dicembre 1995, relativo all'identificazione e alla registrazione di bovini, suini, ovini e caprini.

6. Nel 1993/1994 veniva espletata una prima gara d'appalto per la fornitura di marchi auricolari. I requisiti dell'offerta venivano stabiliti di comune accordo dalla Direzione veterinaria e dai Danske Slagterier e questi ultimi dirigevano la procedura d'aggiudicazione. Questa procedura veniva svolta nell'ambito delle disposizioni legali danesi. Alla fine del 1996 veniva espletata, su richiesta del Ministero, una seconda gara d'appalto. Una delle imprese alle quali era già stata affidata la fornitura di marchi auricolari vinceva nuovamente la gara. Come seconda impresa veniva scelta una fornitrice che fino a quel momento non aveva ancora vinto nessun appalto di questo tipo. Con entrambe le imprese veniva stipulato un contratto per un periodo di tre anni a partire dal 1° aprile 1997. Anche questa gara era stata svolta conformemente alle disposizioni di legge danesi. Una terza gara d'appalto veniva espletata, questa volta secondo la procedura prevista dalla direttiva 93/36, tra l'ottobre 1997 e l'aprile 1998.

7. Non essendo state prescelte in esito a quest'ultima procedura, le ricorrenti nella causa principale proponevano un ricorso contro il Ministero dinanzi al Klagenævnet for Udbud (Commissione per i ricorsi in materia di appalti pubblici). Facevano valere in quella sede che i Danske Slagterier avrebbero dovuto essere equiparati, per quanto riguarda i loro acquisti di marchi auricolari, ad un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/36, con la conseguenza che tale direttiva avrebbe dovuto essere applicata in via analogica. I Danske Slagterier provvederebbero alla gestione del sistema dei marchi auricolari nell'interesse collettivo e agirebbero in realtà in vece del Ministero. L'aggiudicazione dell'appalto avrebbe dunque dovuto avvenire conformemente alla direttiva 93/36 mediante un bando pubblico. In via subordinata si faceva valere che avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 e che il Ministero avrebbe dovuto informare i Danske Slagterier dell'inammissibilità di una disparità di trattamento fondata sulla nazionalità, con la conseguenza che anche in questo caso si sarebbe dovuto procedere ad una pubblicazione del bando d'appalto in tutta l'UE.

8. Il Ministero affermava dinanzi al giudice adito che non si era in presenza di un'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, per cui la direttiva 93/36 non poteva essere applicata. In realtà i fornitori venderebbero i marchi auricolari ai suinicoltori. I Danske Slagterier avrebbero soltanto il compito di gestire il sistema mentre il Ministero avrebbe soltanto autorizzato i marchi auricolari e corrisponderebbe un determinato importo per la gestione del sistema. L'acquisto di marchi auricolari non sarebbe quindi avvenuto con fondi pubblici.

9. Il Klagenævnet for Udbud ritiene che i Danske Slagterier acquistino i marchi auricolari controversi. Ciò risulterebbe dal fatto che essi hanno espletato la gara d'appalto, che presso di essi i suinicoltori ordinano i marchi e che entrambi i tipi di marchi vengono pagati dai suinicoltori ai

Danske Slagterier. Il Klagenævnet for Udbud ritiene inoltre che i Danske Slagterier non siano un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, essendo la loro attività finanziata soltanto per metà con fondi pubblici.

10. Il Klagenævnet for Udbud afferma inoltre che, avendo il Ministero trasferito la gestione del sistema dei marchi auricolari, compreso l'acquisto dei marchi, ad un'impresa o ad un'organizzazione privata, tale prestazione di servizi avrebbe dovuto costituire oggetto di una gara pubblica. Quindi l'aggiudicazione dell'appalto avrebbe dovuto essere effettuata ai sensi della direttiva 93/36, relativa agli appalti di forniture, e non ai sensi della direttiva 92/50/CEE [5], relativa agli appalti di servizi. Ciò deriverebbe dalla circostanza che il valore degli acquisti dei marchi auricolari è, secondo le informazioni di cui dispone il Klagenævnet for Udbud, superiore a quello di detta prestazione di servizi.

11. Il Klagenævnet for Udbud si domanda, nell'ambito di questa controversia, in primo luogo se l'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 abbia una portata autonoma. Il Klagenævnet for Udbud ritiene possibile che tale norma [6] abbia perduto la propria portata autonoma, essendo stata già emanata una direttiva concernente l'aggiudicazione degli appalti di servizi, vale a dire la direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Esso, d'altro canto, ritiene altresì possibile che tale norma abbia conservato la propria portata autonoma, essendo stata mantenuta in vigore, nonostante le modifiche apportate alla direttiva 93/36.

12. In secondo luogo, il Klagenævnet for Udbud si domanda in cosa consista tale portata, dato che gli interessi che dovrebbero trovare tutela, in questo caso, nell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 (appalti di forniture), sono gli stessi che rientravano nella direttiva 92/50 (appalti di servizi). Esso desidera quindi sapere, in tale contesto, in quale misura debba essere osservato, in sede di aggiudicazione di appalti di forniture, il principio di non discriminazione e se da tale disposizione derivi che anche un ente diverso da un'amministrazione aggiudicatrice deve espletare una gara d'appalto qualora il valore degli appalti ecceda la soglia di valore prevista dalla direttiva 93/36. Non si tratta quindi di sapere se il Ministero stesso debba espletare la procedura di gara conformemente alla direttiva, bensì se i Danske Slagterier avrebbero dovuto applicare tale procedura.

5 — 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).

6 — La norma era quasi identica a quella contenuta già nell'art. 2, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 13, pag. 1).

13. Il Klagenævnet for Udbud ha quindi sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 2, n. 2, della direttiva del Consiglio 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, abbia tuttora una portata a sé stante dopo l'emanazione della direttiva del Consiglio 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (direttive, ambedue modificate con direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/52).

2) Nell'ipotesi di soluzione affermativa della questione sub 1), se tale disposizione implichi, nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida la gestione di un regime di marchi auricolari per suini a un'impresa privata, che non è amministrazione aggiudicatrice, che la detta amministrazione aggiudicatrice disponga, da un lato, che la detta impresa rispetti il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità nel contratto di fornitura che conclude con i terzi e, dall'altro, che l'acquisto di merce che è connesso con il regime debba essere oggetto di una gara pubblica d'appalto qualora il valore della fornitura ecceda la soglia limite di valore fissata dalla direttiva 93/36».

14. Al procedimento dinanzi alla Corte hanno partecipato il Ministero convenuto — che peraltro ritiene la domanda pregiudiziale irricevibile — nonché la Commissione. Entrambi hanno presentato osservazioni scritte e rinunciato alla trattazione orale. Esaminerò i loro argomenti, nella misura del necessario, nell'ambito della mia valutazione.

## C — Valutazione

### 1. *Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale*

a) Sul problema se il Klagenævnet for Udbud sia una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE)

15. Innanzi tutto si pone il problema se il Klagenævnet for Udbud debba essere considerato una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE e, quindi, se la domanda pregiudiziale sia ricevibile.

16. Tanto il Ministero quanto la Commissione risolvono tale problema in senso affermativo. Riferendosi alla giurisprudenza della Corte, essi si richiamano alla base legislativa del Klagenævnet for Udbud, al suo carattere permanente, al procedimento contraddittorio, all'applicazione, da parte del Klagenævnet for Udbud, di norme giuridiche, nonché alla sua indipendenza. Da ciò risulterebbe che il Klagenævnet for Udbud è un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE.

Le decisioni del Klagenævnet for Udbud riguardano l'interpretazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture ed hanno pertanto un carattere giurisprudenziale. Il Klagenævnet for Udbud ha anche i potere di dichiarare l'invalidità di provvedimenti amministrativi. Esso è inoltre competente a pronunciarsi in ultimo grado in Danimarca, sull'interpretazione e sull'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti. Il Klagenævnet for Udbud desume quindi da tali caratteristiche la propria qualità di «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE.

17. Il Klagenævnet for Udbud è stato istituito — in base alle informazioni da esso stesso fornite — con la legge 6 giugno 1991, n. 344. Esso è stato creato nell'ambito, tra l'altro, della trasposizione della direttiva 89/665/CEE [7], che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Il procedimento dinanzi ad esso è strutturato come il procedimento nel contenzioso civile. Esso consiste in un procedimento contraddittorio in cui, in quasi tutti i casi, viene svolta una trattazione orale. I procedimenti vengono conclusi da decisioni aventi la forma dell'ordinanza. Tali ordinanze vengono emesse con le stesse formalità di una sentenza in una causa civile. Il Klagenævnet for Udbud non è assoggettato a direttive ed opera come organo indipendente. Esso è composto di un giudice in qualità di presidente e di numerosi membri esperti.

18. Su ciò si deve, in definitiva, concordare. La Corte ha ripetutamente affermato che, per valutare se l'organo remittente possegga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato, questione unicamente di diritto comunitario, sono decisivi l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che esso applichi norme giuridiche, che possa giudicare in modo vincolante una controversia, l'indipendenza dei suoi componenti e la natura contraddittoria del procedimento [8]. Poiché il Klagenævnet for Udbud soddisfa i requisiti posti dalla Corte nell'ambito della sua giurisprudenza, esso costituisce una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE. La sua domanda di pronuncia pregiudiziale è, almeno da questo punto di vista, ricevibile.

7 — Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (GU L 395, pag. 33).

8 — Sentenze 30 giugno 1996, causa 61/65, Vaassen-Göbbels (Racc. 1966, pag. 407), 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. 1994, pag. I-1477) e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. 1997, pag. I-4961, punto 23).

b) Sul problema della rilevanza della questione ai fini della decisione

19. Il Ministero resistente ritiene ugualmente che la domanda sia irricevibile, in quanto la soluzione delle questioni non sarebbe necessaria ai fini dell'emissione di una decisione da parte del Klagenævnet for Udbud. La loro soluzione non contribuirebbe alla definizione della causa principale. Vero è che spetta al giudice a quo decidere se una domanda di pronuncia pregiudiziale sia necessaria e rilevante ai fini della decisione, ma, poiché nel caso di specie la risposta della Corte avrebbe soltanto un valore ipotetico, la domanda non sarebbe ricevibile. L'interpretazione dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/39, richiesta dal Klagenævnet for Udbud, non modificherebbe in nulla la situazione giuridica delle ricorrenti. In questo caso non esisterebbe alcun interesse alla tutela giuridica. Si tratterebbe in realtà di problemi che potrebbero sorgere in una controversia successiva. Le imprese, comunque, non trarrebbero vantaggio da una soluzione delle questioni da parte della Corte, in quanto un eventuale errore procedurale relativo all'appalto controverso sarebbe stato intanto sanato. La procedura d'appalto espletata ultimamente nel 1997-98 avrebbe avuto luogo conformemente alla direttiva 93/36 (appalti di forniture). Le ricorrenti potrebbero quindi far valere soltanto un diritto al risarcimento del danno per il quale, tuttavia, il Klagenævnet for Udbud non sarebbe competente e che non è neanche oggetto della causa a qua.

20. Dall'art. 177 del Trattato CE risulta che sono i giudici nazionali a decidere se la domanda di una pronuncia pregiudiziale della Corte sia necessaria. L'art. 177 del Trattato CE non contempla un potere della Corte di rifiutarsi di rispondere a una simile domanda di pronuncia pregiudiziale. La Corte ha sottolineato, con giurisprudenza costante, che spetta ai soli giudici nazionali aditi, che debbono assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito sia la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte [9]. In tal senso depone anche il fatto che il giudice nazionale, il solo a disporre di una conoscenza esatta e diretta dei fatti di specie, è nella situazione migliore per valutare questo punto. Se le questioni poste da un giudice nazionale riguardano l'interpretazione del diritto comunitario, la Corte è tenuta, in linea di principio, a statuire su di esse.

21. Tuttavia è anche noto che la Corte ha in diversi casi ammesso eccezioni a tale principio e si è astenuta dal risolvere le questioni sottopostele. Si tratta, da un lato, di casi in cui il giudice a quo non ha messo a disposizione della Corte tutte le informazioni ad essa necessarie per poter emettere una decisione utile. D'altro lato, la Corte si è astenuta dal risolvere le questioni sottopostele in una serie di casi in cui tali questioni palesemente non presentavano

9 — V., ad esempio, sentenza 3 marzo 1994, cause riunite C-332/92, C-333/92 e 335/92, Eurico Italia e a. (Racc. 1994, pag. I-711, punto 17).

alcun nesso con la causa a qua. In terzo luogo, devono essere citati i casi in cui la Corte ha respinto una domanda di pronuncia pregiudiziale in quanto era dell'avviso che il giudice nazionale abusasse del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato CE. La Corte ha affermato in tali casi che le questioni pregiudiziali erano generiche o ipotetiche.

22. L'argomentazione del Ministero si riferisce in particolare a questi due ultimi gruppi di casi.

23. Dall'ordinanza di rinvio risulta tuttavia che il Klagenævnet for Udbud è stato indotto alla presentazione della domanda di pronuncia pregiudiziale dalle allegazioni delle ricorrenti. Il Klagenævnet for Udbud ravvisa la possibilità che la procedura d'appalto espletata sia inficiata da vizi che potrebbero determinarne l'invalidità. Se dalle norme richiamate dal Klagenævnet for Udbud risultasse che la gara d'appalto avrebbe dovuto svolgersi secondo le disposizioni della direttiva 93/36, il Klagenævnet for Udbud sarebbe tenuto a dichiarare invalida la procedura. Tuttavia, poiché nutre dubbi in merito all'interpretazione, in particolare, dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36, il Klagenævnet for Udbud ha sottoposto alla Corte due questioni pregiudiziali.

24. Da ciò risulta che il Klagenævnet for Udbud ha ritenuto la presentazione di tali questioni necessaria ai fini della decisione nella causa a qua. Al contrario di quanto sostenuto dal Ministero, l'ordinanza di rinvio non consente di ritenere che si tratti soltanto di questioni ipotetiche, che potrebbero eventualmente riguardare una controversia successiva. Poiché il Klagenævnet for Udbud ha in questo modo confermato, motivandola, la rilevanza delle sue questioni ai fini della decisione, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

## 2. *Sulla prima questione*

25. Con la prima questione, il Klagenævnet for Udbud chiede se l'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 (appalti di forniture) abbia una portata autonoma. A suo avviso, ciò potrebbe essere negato. Tale disposizione sarebbe stata ripresa dall'art. 2, n. 3, della direttiva 77/62 e dovrebbe essere intesa alla luce del fatto che, al momento dell'adozione di questa direttiva, non sussisteva ancora alcuna normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. La disposizione controversa potrebbe quindi aver perso la sua portata originaria con l'adozione della direttiva 92/50 (appalti di servizi). D'altro canto, a favore di una portata autonoma della norma, accanto alla direttiva 92/50, deporrebbe, secondo il Klagenævnet for Udbud, proprio il fatto che, in sede d'adozione della direttiva 93/36, la disposizione controversa è stata mantenuta in vigore.

26. Anche il Ministero, che soltanto in via subordinata assume posizione in merito alle questioni poste, afferma la tesi dell'autonomia dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36. Dei raffronti con la prima direttiva 77/62, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, mostrerebbero che tale normativa è stata mantenuta in vigore nonostante numerose modifiche. Neanche dai lavori preparatori e dai progetti della direttiva 93/36 potrebbe evincersi che l'art. 2, n. 2, abbia perduto la sua autonomia a causa dell'adozione della direttiva 92/50. La suddetta disposizione non potrebbe essere intesa soltanto come una «reminiscenza dei tempi andati».

27. La Commissione rileva innanzitutto, nelle sue osservazioni, che, in base alla fattispecie illustrata dal Klagenævnet for Udbud, potrebbero trovare applicazione sia la direttiva 93/36 (appalti di forniture) che la direttiva 92/50 (appalti di servizi). I lavori preparatori e le proposte relative alla direttiva 93/36 mostrerebbero che essa non era intesa a modificare sostanzialmente la direttiva precedente. La sua adozione sarebbe stata necessaria per apportare adattamenti alla direttiva 92/50, i quali si sarebbero ripercossi anche sulla direttiva 93/37/CEE [10]. Da ciò, tuttavia, l'art. 2, n. 2, non sarebbe stato interessato. Esso figurerebbe ancora, nonostante tali modifiche, nella direttiva 93/36 e garantirebbe il rispetto del divieto di discriminazione anche in caso di non applicabilità della direttiva 92/50. Ciò avverrebbe in particolare nel caso di contratti di concessione. Si dovrebbe quindi presumere una portata autonoma dell'art. 2, n. 2.

28. Si deve in conclusione concordare con le considerazioni del Ministero e della Commissione. La disposizione dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 si trova già, redatta in termini simili, nella direttiva 77/62 adottata come prima direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. Nella direttiva 77/62, la disposizione controversa figura anche all'art. 2, n. 3. La sola modifica subita da questa norma nel tempo riguarda unicamente la disposizione del concetto di amministrazione aggiudicatrice. Il contenuto essenziale della disposizione è tuttavia rimasto inalterato. Così, ai sensi di entrambe le disposizioni, l'atto di concessione con il quale un'amministrazione aggiudicatrice trasferisce un diritto speciale ad un ente diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici stabilisce che detto ente deve rispettare, per gli appalti pubblici di forniture, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Vero è che anche all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 (appalti di servizi) si trova una clausola relativa al principio di non discriminazione; tuttavia, essa dispone soltanto che le amministrazioni assicurano «la parità di trattamento tra i prestatori di servizi». Come peraltro confermato dal suo titolo, questa direttiva disciplina in particolare le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, mentre la direttiva

10 — 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).

93/36 contempla le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

29. Tuttavia, sono senza dubbio immaginabili casi in cui in primo luogo, accanto alla direttiva 93/36 (appalti di forniture), potrebbe trovare applicazione anche la direttiva 92/50 (appalti di servizi). Tale potrebbe essere, tra l'altro, il caso in cui l'appalto da aggiudicare preveda elementi sia di una prestazione di servizi che di una fornitura. Qualora però la parte essenziale dell'appalto dovesse consistere nella fornitura di merci, la direttiva 92/50 non potrebbe più essere applicata. Il divieto di discriminazione di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 non avrebbe quindi alcun effetto. In un caso simile emerge la portata autonoma dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36. Ma si potrebbe immaginare anche casi in cui si tratti dell'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi che potrebbero però essere ceduti nell'ambito di un contratto di concessione. Neanche in questo caso sarebbero applicabili la direttiva 92/50 e la clausola di non discriminazione in essa contenuta, ma l'ambito d'applicazione della direttiva 93/36 resterebbe inalterato. In tali circostanze avrebbe nuovamente effetto il divieto di discriminazione posto dall'art. 2, n. 2.

30. Poiché non è dato evincere né dai lavori preparatori, né dalle proposte relative alla direttiva 93/36 che la disposizione dell'art. 2, n. 2, non abbia una portata autonoma, si deve presumere che essa continui a sussistere accanto alla direttiva 92/50.

3. *Sulla seconda questione*

31. Con la sua seconda questione, il Klagenævnet for Udbud chiede, nel caso in cui esso abbia una portata autonoma, l'interpretazione dell'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36. Esso, in particolare, nutre dubbi sul contenuto di tale disposizione e chiede, da un lato, se l'amministrazione aggiudicatrice che trasferisce diritti speciali ad un'impresa privata diversa da un'amministrazione aggiudicatrice debba imporre alla detta impresa il rispetto del principio di non discriminazione, e, in secondo luogo, se risulti dall'art. 2, n. 2, che tale impresa privata deve espletare la procedura di aggiudicazione di appalti pubblici.

32. Il Ministero sostiene che il contratto con il quale si accordano diritti speciali deve contenere la clausola di non discriminazione di cui all'art. 2, n. 2. In questo modo dovrebbe essere garantito, anche se la procedura di aggiudicazione non fosse conforme alla direttiva, almeno il rispetto del principio di non discriminazione. Così sarebbe chiaro che anche i privati devono attenersi a tale divieto nell'ambito dell'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture. L'art. 2, n. 2, al contrario, non prevederebbe che l'impresa alla quale sono stati trasferiti diritti speciali debba svolgere in

ogni caso una procedura d'aggiudicazione di appalto.

33. Secondo la Commissione, l'art. 2, n. 2, contiene un obbligo, a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, di avvisare l'ente al quale vengono accordati diritti speciali circa il divieto di discriminazione e vigilare affinché tale divieto venga rispettato. Un obbligo ulteriore dell'ente di espletare la procedura d'aggiudicazione non potrebbe evincersi dall'art. 2, n. 2.

34. Nell'ambito della mia valutazione debbo anzitutto rilevare che le disposizioni della direttiva 93/36 relative alla procedura d'aggiudicazione non trovano di per sé applicazione nel caso di specie per quanto riguarda i Danske Slagterier. Vero è che la soglia di valore di cui all'art. 5 della direttiva 93/36 è stata superata, con la conseguenza che, dal punto di vista del valore, la direttiva dovrebbe essere applicata. Tuttavia, i Danske Slagterier non sono un'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, neanche le vendite dei marchi auricolari avvengono in nome o per conto delle autorità danesi. Tra i fornitori dei marchi auricolari e le amministrazioni non sussiste a tal proposito alcun rapporto economico. La direttiva non è quindi applicabile ad una fattispecie come quella della causa a qua, per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture.

35. Tuttavia, per garantire il rispetto del fondamentale principio di diritto comunitario di non discriminazione anche al di là dell'ambito d'applicazione vero e proprio della direttiva, l'art. 2, n. 2, obbliga le amministrazioni aggiudicatrici, in sede di trasferimento di diritti speciali ad altri enti, a vincolare questi ultimi al rispetto di tale principio. Dall'art. 2, n. 2, non si evince peraltro alcun vincolo ulteriore quanto alle norme procedurali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Anche un confronto con le altre due direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici mostra che la disposizione controversa non può essere interpretata in senso più lato. Sia nella direttiva 93/37 che nella direttiva 92/50 viene posto a carico degli Stati membri (solo) l'obbligo di adottare le misure necessarie al fine di assicurare che le *amministrazioni aggiudicatrici* rispettino le disposizioni di tali direttive. Di queste fa parte anche il divieto di discriminazione in ciascuna di esse contenuto.

36. Nel caso di specie, già il tenore letterale dell'art. 2, n. 2, mostra che l'obbligo di vigilare sul rispetto del divieto di discriminazione da parte dell'ente al quale sono stati trasferiti diritti speciali grava soltanto sull'amministrazione aggiudicatrice. In tal modo si dovrebbe evitare anche in questo ambito una disparità di trattamento tra diversi offerenti fondata sulla nazionalità. La ratio della direttiva consiste nella realizzazione della libera circolazione delle merci nel settore degli appalti pubblici di forniture che vengono assegnati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti territoriali e di altri enti di diritto pubblico.

A tal fine, la direttiva assoggetta l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture da parte di un'amministrazione aggiudicatrice ad un procedimento ad hoc. Le singole condizioni procedurali sono poi contenute nelle singole norme delle direttive. Dal solo art. 2, n. 2, invece, non risulta che gli enti ai quali sono stati trasferiti diritti speciali, ma che non sono amministrazioni aggiudicatrici, debbano espletare una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, come prescritto nella direttiva 93/36, bensì soltanto che essi devono rispettare il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità.

37. Da ciò discende che l'art. 2, n. 2, della direttiva 93/36 contiene solo un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, in sede di trasferimento di diritti speciali ad un ente, di vincolare quest'ultimo al rispetto del principio di non discriminazione.

## D — Conclusione

38. Sulla base delle considerazioni che precedono, propongo di risolvere le questioni pregiudiziali nel modo seguente:

«1. L'art. 2, n. 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, ha mantenuto la sua portata autonoma, indipendentemente dall'entrata in vigore della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

2. Se un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 93/36/CEE accorda ad un ente diverso da un'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal suo stato giuridico, diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, nell'atto di concessione deve essere stabilito che detto ente rispetti, per i contratti di appalti pubblici di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. L'art. 2, n. 2, non comporta alcun ulteriore obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, di controllare se tale ente diverso dall'amministrazione aggiudicatrice applichi la procedura per l'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture».