CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
YVES BOT
presentate il 27 ottobre 2009[1]

1. Con il presente rinvio pregiudiziale il Landgericht Frankfurt am Main (Germania) si interroga, in sostanza, sulla portata dell'obbligo di trasparenza e sulle conseguenze derivanti dalla sua violazione nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi.

2. La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'impresa Wall AG[2], da un lato, e la Stadt Frankfurt am Main (città di Francoforte sul Meno) e l'impresa Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], dall'altro lato, riguardo all'esecuzione di una concessione relativa al funzionamento, alla manutenzione e alla cura di bagni pubblici sul territorio della città.

3. La causa in esame permetterà alla Corte di precisare in quali condizioni l'amministrazione aggiudicatrice può acconsentire ad una modifica del contratto di concessione, nel corso della sua esecuzione, senza violare la portata dell'obbligo di trasparenza.

4. Essa offrirà inoltre alla Corte la possibilità di precisare le condizioni in base alle quali il rispetto di tale obbligo si impone ad un'entità a capitale misto costituita nell'ambito di un partenariato pubblico-privato.

5. Infine, le questioni poste dal Landgericht Frankfurt am Main consentiranno alla Corte di precisare le modalità del controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle concessioni di servizi. In particolare, la Corte dovrà valutare se, nel caso in cui il giudice nazionale accerti la violazione dell'obbligo di trasparenza nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi, il diritto comunitario imponga agli Stati membri di riconoscere, in capo al proprio giudice nazionale, un potere di ingiunzione nei confronti delle parti contrattuali.

1 — Lingua originale: il francese.
2 — In prosieguo: la «ricorrente».
3 — In prosieguo: la «FES».

I — Il contesto normativo comunitario

A — *Il diritto primario*

6. Il Trattato CE non limita la libertà degli Stati membri di concludere contratti di concessione di servizi purché le modalità di concessione siano compatibili con le disposizioni che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico.

7. Infatti, al pari di qualsiasi atto statale che fissa le condizioni alle quali è subordinata una prestazione di attività economiche, l'attribuzione di una concessione deve rispettare i principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento (art. 43 CE) e di libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) e deve rispettare le norme che vietano qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità (art. 12, primo comma, CE).

8. L'attribuzione di una concessione deve inoltre rispettare i principi individuati dalla Corte sulla base delle suddette disposizioni e, in particolare, i principi di parità di trattamento e di trasparenza, la cui portata verrà di seguito illustrata. Benché tale giurisprudenza riguardi specificamente il contenzioso dei contratti di appalti pubblici, resta il fatto che i principi ivi accolti hanno una portata che va oltre il semplice quadro dei suddetti contratti. Partirò dalla premessa che tali principi sono applicabili anche ad altre fattispecie, ed in particolare alle concessioni.

B — *Il diritto derivato*

9. Allo stato attuale del diritto comunitario, i contratti di concessioni di servizi non sono oggetto di alcuna normativa derivata[4]. Tuttavia, le disposizioni adottate nell'ambito delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici permettono di valutare alcune modalità di aggiudicazione di questo tipo di contratti.

1. La normativa in tema di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi

10. La nozione di «amministrazione aggiudicatrice» è stata definita innanzitutto

4 — Attualmente il diritto comunitario derivato prevede solamente norme applicabili alle concessioni di lavori aggiudicate nei settori classici.

dall'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50/CEE[5]. Come indicato all'ottavo «considerando», tale direttiva si applica agli «appalti pubblici di servizi»[6], il che esclude dal suo ambito di applicazione le concessioni di servizi. La direttiva 92/50 è volta ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere gli interessi degli operatori economici che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro[7].

11. L'art. 1, lett. b), di tale direttiva definisce la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» nel modo seguente:

«[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.

5 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), come modificata dalla direttiva della Commissione13 settembre 2001, 2001/78/CE, (GU L 285, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 92/50»).

6 — Come stabilito dall'art. 1, lett. a), di tale direttiva, si tratta di «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Ai sensi della suddetta direttiva, un appalto pubblico di servizi implica un corrispettivo che l'amministrazione aggiudicatrice paga direttamente al prestatore di servizi.

7 — Sentenza 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punti 41 e 42, nonché giurisprudenza ivi citata).

(…)».

12. La nozione di «concessione di servizi» è stata successivamente definita dall'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18/CE[8], che riunisce tutte le disposizioni in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori[9].

13. Ai sensi di tale disposizione, una concessione di servizi è un «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

14. Inoltre, l'art. 1, n. 9, di tale direttiva riprende in termini identici la nozione di «organismo di diritto pubblico» di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50.

2. La direttiva 89/665/CEE

15. La direttiva 89/665/CEE[10] permette di incrementare in modo sostanziale le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'ambito dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, imponendo agli Stati membri di adottare procedure di ricorso efficaci e rapide in caso di violazione delle disposizioni delle direttive «appalti pubblici»[11]. Ai sensi dell'art. 1 di tale direttiva, le suddette procedure debbono essere accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato leso o rischi di esserlo a causa di una violazione denunciata.

8 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

9 — Rispettivamente, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi, la direttiva 92/50; per gli appalti pubblici di forniture, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), e, per gli appalti pubblici di lavori, la 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); in prosieguo, congiuntamente, le «direttive "appalti pubblici"».

10 — Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 92/50; in prosieguo: la «direttiva 89/665». Tale direttiva è stata da ultimo modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, 2007/66/CE (GU L 335, pag. 31).

11 — L'art. 1 della direttiva 89/665 riguardava unicamente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e di forniture, mentre la direttiva 2007/66 ne estende l'ambito di applicazione agli appalti pubblici di servizi.

16. Considerata la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tali procedure, come stabilito dall'art. 2 della direttiva 89/665, debbono consentire non solo di trattare in via d'urgenza le violazioni denunciate e di adottare misure provvisorie, ma anche di annullare le decisioni illegittime e di risarcire le persone lese. La detta disposizione così recita:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (…);

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

(…)

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

(…)».

17. Come accennato, la direttiva 89/665 è stata modificata dalla direttiva 2007/66. Quest'ultima mira a rafforzare l'efficacia delle procedure di ricorso nazionali e precisa i casi in cui un contratto concluso in violazione delle regole di procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici dev'essere considerato privo di effetti.

3. La direttiva 80/723/CEE

18. L'art. 2 della direttiva 80/723/CEE[12] così recita:

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

(…)

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

(…)

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

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

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

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

II — Fatti e procedimento nella causa principale

19. Sintetizzerò i fatti che appaiono rilevanti ai fini del mio ragionamento nei termini seguenti.

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

20. Il contratto di cui si discute nella specie è un contratto di concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18. Il contratto è stato stipulato tra la Stadt Frankfurt am Main che, in quanto ente territoriale, è considerata come un'«amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, e l'impresa FES. Oggetto di tale contratto è il funzionamento, la manutenzione e la cura di undici bagni pubblici collocati sul territorio della Stadt Frankfurt am Main, e prevede la ricostruzione di due bagni pubblici presenti nelle stazioni di Rödelheim e di Galluswarte, lavori che costituiscono servizi ai sensi dell'art. 8 e dell'allegato A di tale direttiva.

21. Il contratto di cui trattasi è stato concluso per una durata di sedici anni. La FES, ossia l'imprenditore principale, non è pagata dalla Stadt Frankfurt am Main, ma percepisce un corrispettivo versato dagli utenti e dispone del diritto di utilizzare a titolo esclusivo i supporti esistenti nei bagni per fini pubblicitari. Tali modalità di pagamento implicano per la FES l'accollo del rischio della gestione dei servizi in parola.

22. La concessione è stata assegnata alla FES sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le offerte presentate dalle imprese, tra cui quelle della FES e della ricorrente, sono state valutate alla luce di una pluralità di criteri di attribuzione indicati nel bando di gara. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, ciascun criterio è stato ponderato e compare in ordine decrescente a seconda dell'importanza ad essi attribuita dalla Stadt Frankfurt am Main[13].

23. Nell'ambito della sua offerta, la FES ha presentato la ricorrente come proprio subappaltatore per le prestazioni pubblicitarie e la fornitura di moduli di bagni necessari per realizzare i servizi oggetto della concessione. In particolare, essa si è avvalsa della notorietà a livello mondiale e dell'esperienza tecnica della ricorrente in tali settori. La Stadt Frankfurt am Main ha accolto l'offerta della FES.

24. A seguito della stipulazione del contratto di concessione avvenuta in data 20 e 22 luglio 2004, la FES ha invitato la ricorrente e l'interveniente, la Deutsche Städte Medien GmbH[14], a presentare offerte, il 5 gennaio 2005 per la fornitura di prestazioni pubblicitarie, e il

13 — Nell'ordine: esigenze limitate in materia pubblicitaria (30%), rilevanza del progetto dell'operatore (bagni pubblici) (15%), plausibilità del progetto pubblicitario (10%), rilevanza del progetto in materia di sicurezza (10%), facilità di utilizzo dei bagni pubblici (10%), utilità dei bagni pubblici (10%), integrazione dei bagni pubblici nell'ambiente urbano (5%), estetica dei bagni pubblici (5%) e impatto ambientale dei bagni pubblici (5%).

14 — Questa impresa altri non è che la Ströer City-Marketing GmbH, la sua principale concorrente nella corsa alla concessione (in prosieguo : la «DSM»).

28 luglio 2005 per la fornitura dei moduli di bagni. Le offerte della ricorrente sono state scartate.

25. In attuazione dell'art. 30, IV, del contratto di concessione, la FES ha chiesto il consenso della Stadt Frankfurt am Main riguardo al cambiamento di subappaltatore. Quest'ultima non ha sollevato obiezioni considerando tra l'altro che, nonostante tale cambiamento, il livello indicato nel capitolato d'oneri sarebbe stato rispettato.

26. Dinanzi al giudice nazionale la ricorrente contesta alla Stadt Frankfurt am Main di aver violato l'obbligo di trasparenza per aver autorizzato il suddetto cambiamento, procedendo in tal modo ad una modifica fondamentale del contratto di concessione concluso con la FES.

III — Il rinvio pregiudiziale

27. Il Landgericht Frankfurt am Main ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il principio della parità di trattamento e il divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità, espressi, inter alia, dagli artt. 12 [CE], 43 [CE] e 49 [CE], debbano essere interpretati nel senso che gli obblighi di trasparenza che ne derivano per le autorità pubbliche, consistenti nell'aprire alla concorrenza l'aggiudicazione di concessioni relative a prestazioni di servizi con un grado di pubblicità appropriato e nel rendere possibile la verifica relativa all'esecuzione imparziale della procedura di aggiudicazione [15], impongano al diritto nazionale di garantire al concorrente soccombente il diritto ad ottenere che la pregressa violazione dei detti obblighi non produca conseguenze giuridiche e/o la cessazione del protrarsi della violazione di tali obblighi.

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

3) Se gli obblighi di trasparenza di cui sub 1) impongano parimenti, qualora sia

15 — Il giudice del rinvio si riferisce alle sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punti 60-62); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punti 17-22); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punti 46-50); 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 21), e 13 settembre 2007, causa C-260/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-7083, punto 24).

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

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

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

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

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

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

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

28. Osservazioni scritte e orali sono state presentate dalle parti nella causa principale, e altresì dalla Commissione delle Comunità europee, dall'Autorità di vigilanza dell'Associazione europea di libero scambio (AELS) nonché da sei Stati membri [16].

IV — L'oggetto delle questioni pregiudiziali

29. Inizierò ad esaminare il presente rinvio pregiudiziale con l'analisi della terza e della quinta questione proposte, relative alla portata dell'obbligo di trasparenza.[16]

30. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede alla Corte se tale obbligo imponga all'amministrazione aggiudicatrice di indire una nuova procedura di gara nel caso in cui l'imprenditore principale al quale sia stata attribuita la concessione intenda ricorrere, per la sua esecuzione, ai servizi di un subappaltatore diverso da quello che aveva indicato al momento di presentare la sua offerta. Inoltre, con la quinta questione il giudice del rinvio si chiede se un imprenditore principale come la FES, costituito in forma di entità a capitale misto, possa essere qualificato anche come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva 92/50 e sia soggetto, in quanto tale, al rispetto dell'obbligo di trasparenza.

31. Dopo aver esaminato le suddette due prime questioni, proseguirò con l'analisi della prima, della seconda e della quarta questione pregiudiziale che riguardano, in sostanza, le modalità del controllo giurisdizionale sulle decisioni adottate nell'ambito delle concessioni di servizi.

32. Le sudette tre questioni sono rilevanti solo nel caso in cui il giudice nazionale ritenga che la Stadt Frankfurt am Main e/o la FES, effettuando un cambiamento di subappaltatore nel corso dell'esecuzione del contratto di concessione di cui trattasi, abbiano pregiudicato la trasparenza della procedura.

V — Analisi

33. Prima di procedere con il mio esame, ritengo importante richiamare le grandi linee della giurisprudenza in materia di obbligo di trasparenza. Tale giurisprudenza, pur riguardando in parte gli appalti pubblici, è stata

16 — Il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica austriaca, la Repubblica di Finlandia e, infine, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

elaborata a partire dai principi del Trattato e, pertanto, la considero rilevante per l'applicazione del diritto comunitario alle concessioni di servizi.

A — *Le grandi linee della giurisprudenza in materia di obbligo di trasparenza*

34. Secondo una giurisprudenza consolidata, l'obbligo di trasparenza costituisce un'espressione concreta e specifica del principio di parità di trattamento.

35. Da tempo la Corte ritiene che tale principio faccia parte dei principi fondamentali del diritto comunitario [17] che gli Stati membri sono tenuti a rispettare quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Detto principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata [18]. Esso figura nel novero dei diritti fondamentali di cui la Corte garantisce l'osservanza [19].

36. In quanto principio generale del diritto comunitario, il rispetto del principio della parità di trattamento vincola gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie. Ne consegue che questi ultimi sono tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto degli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario [20].

37. La Corte ha avuto occasione di precisare la portata del principio di parità di trattamento nell'ambito degli appalti pubblici nelle sentenze Commissione/Danimarca e Commissione/Belgio [21], la cui giurisprudenza è stata successivamente applicata alle concessioni di servizi [22].

38. Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti mira a favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese candidate. Il rispetto di tale principio deve permettere di garantire un confronto

17 — Sentenza 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel e a. (Racc. pag. 1753, punto 7).

18 — V., in particolare, sentenze 25 novembre 1986, cause riunite 201/85 e 202/85, Klensch e a. (Racc. pag. 3477, punto 9), nonché 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero (Racc. pag. I-11915, punto 32, e giurisprudenza ivi citata).

19 — Sentenza Rodríguez Caballero, cit. (punto 32).

20 — Ibidem (punto 30, e giurisprudenza ivi citata).

21 — V., rispettivamente, sentenze 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I-3353, punti 37-39), e 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, in particolare punti 51-56). V., altresì, sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta (Racc. pag. I-3801, punto 108, e giurisprudenza ivi citata).

22 — V. sentenza Parking Brixen, cit. (punto 48).

oggettivo delle offerte e si impone in tutte le fasi della procedura. Tutti gli offerenti, indipendentemente dalla cittadinanza, debbono disporre delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte[23]. In altri termini, le regole del gioco debbono essere note a tutti i potenziali offerenti e debbono essere applicate a tutti allo stesso modo.

39. Secondo i giudici comunitari, il rispetto del principio di parità di trattamento tra gli offerenti implica un'assenza di discriminazione in base alla nazionalità e un obbligo di trasparenza che deve permettere all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tale principio sia rispettato[24].

40. La Corte ha precisato la portata dell'obbligo di trasparenza nelle sentenze Telaustria e Telefonadress nonché Parking Brixen, citate in precedenza. Secondo il giudice comunitario, tale obbligo ha fondamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione. Inoltre, esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione[25].

41. Da un esame della giurisprudenza della Corte emerge lo stretto legame esistente tra l'obbligo di trasparenza e il principio della parità di trattamento. Il primo è diretto ad assicurare l'effetto utile del secondo, garantendo le condizioni per una concorrenza sana. Poiché il principio di parità di trattamento costituisce, in quanto tale, un principio generale del diritto comunitario, il rispetto dell'obbligo di trasparenza che ne è espressione concreta e specifica si impone agli Stati membri nella stessa misura.

23 — V. sentenza Commissione/Belgio, cit. (punti 54-56). In tale causa la Corte ha infatti riconosciuto che tale principio osta a che un'amministrazione aggiudicatrice tenga conto di una modifica apportata alle offerte iniziali di un solo offerente, essendo quest'ultimo avvantaggiato rispetto ai suoi concorrenti.

24 — V. le già citate sentenze Commissione/CAS Succhi di Frutta (punto 109, e giurisprudenza ivi citata), nonché Parking Brixen (punto 49, e giurisprudenza ivi citata).

25 — V. citate sentenze Telaustria e Telefonadress (punti 61 e 62), nonché Parking Brixen, (punto 111).

B — *La portata dell'obbligo di trasparenza*

1. La portata ratione materiae dell'obbligo di trasparenza

42. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede alla Corte se l'obbligo di trasparenza imponga all'amministrazione aggiudicatrice di indire una nuova gara d'appalto nel caso in cui l'imprenditore principale, al quale sia stata attribuita la concessione, non intenda più, per l'esecuzione della stessa, ricorrere ai servizi del subappaltatore indicato al momento della presentazione dell'offerta.

43. Per la soluzione di tale questione, ritengo importante esaminare il modo in cui deve applicarsi l'obbligo di trasparenza, tenuto conto delle caratteristiche proprie della concessione di servizi. Infatti essa si differenzia in modo sostanziale rispetto agli appalti pubblici di servizi per quanto riguarda la finalità e le modalità di esecuzione.

44. Per quanto complesso e sofisticato, un appalto pubblico di servizi è, in genere, considerato come l'acquisto di un servizio da parte di un soggetto pubblico, avente ad oggetto una prestazione specifica fornita da un'impresa. Per contro, la concessione di servizi è un modo di gestione delegata di un servizio pubblico con cui il soggetto pubblico affida ad un prestatore di servizi, esterno rispetto all'amministrazione, la gestione di un'attività di interesse generale e la responsabilità della stessa nei confronti degli utenti, per una durata significativa. L'amministrazione aggiudicatrice, che può essere un ente pubblico o un organismo di diritto pubblico, cessa la gestione del servizio e trasferisce la responsabilità della sua organizzazione al concessionario[26]. Quest'ultimo organizza il servizio a spese proprie, facendosi carico dei rischi relativi di gestione, mentre il suo compenso è garantito dal versamento di un corrispettivo da parte degli utenti del servizio.

45. Nell'applicare il diritto comunitario a questa modalità di gestione contrattuale di un servizio di interesse generale occorre tener conto di diverse esigenze.

46. Nella fase della conclusione del contratto è necessario conciliare l'obbligo di trasparenza con la notevole libertà di cui dispone l'amministrazione aggiudicatrice nel valutare le offerte e nell'individuare quella economicamente più vantaggiosa. L'offerta economicamente più vantaggiosa è quella che dà la migliore risposta economica, nel senso complessivo del termine, alle necessità

26 — Sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1409).

manifestate dall'ente pubblico, tenuto conto dei criteri accolti e della loro ponderazione. L'amministrazione aggiudicatrice deve poter scegliere il prestatore di servizi che per le sue referenze, la qualità della sua offerta, la conoscenza che ha del settore e la fiducia che ispira, le sembra offrire le massime garanzie di una corretta esecuzione del servizio. La peculiarità della concessione di servizi autorizza pertanto una scelta del prestatore sulla base di una gamma di criteri ampi, privilegiando quello dell'intuitu personae. Questa libertà di scelta non significa peraltro che la concessione debba essere attribuita in modo arbitrario e discriminatorio. Al fine di prevenire la corruzione e di garantire una migliore trasparenza della vita economica e delle procedure pubbliche, il giudice ha delimitato la suddetta libertà basandosi sui principi che regolano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. La libertà di negoziazione e di decisione pertanto esiste, ma va esercitata nel rispetto di un obbligo preliminare di pubblicità e di gara che permetta una selezione trasparente del candidato e garantisca una parità di trattamento tra gli offerenti[27].

47. Successivamente, nella fase di esecuzione del contratto, occorre conciliare l'obbligo di trasparenza con l'interesse del servizio pubblico, che, in talune circostanze, impone un adattamento e una modifica del contratto.

48. Come già accennato, il concessionario si fa carico dell'organizzazione del servizio e dei relativi rischi di gestione. Considerato il carattere complesso e a lungo termine della concessione di servizi, il concessionario deve disporre del margine di manovra sufficiente per adattarsi alle condizioni del mercato e ai cambiamenti che possono intervenire nell'ambiente economico, tecnico o giuridico della concessione. Gli oneri imprevedibili e gli incidenti di esecuzione che sono inevitabili negli investimenti a lungo termine impongono dunque alle parti una particolare flessibilità e uno spirito di cooperazione. Le cause di rinegoziazione dei contratti sono pertanto molteplici. Tuttavia, alcune di esse possono essere fonte di abusi se portano a sovvertire l'economia del contratto, rendendo illusorie la trasparenza della procedura e la gara preliminare tra gli offerenti. È pertanto necessario valutare se la prevista modifica costituisca una semplice appendice del contratto, giustificata da motivi legittimi, o se alla fine essa porti alla stipulazione di un nuovo contratto che, conformemente ai principi fondamentali del diritto comunitario, dev'essere oggetto di un adeguato livello di pubblicità e di una nuova procedura di gara.

27 — Come osservato dal Parlamento europeo, il rispetto di tali regole «può costituire uno strumento efficace per prevenire inopportuni ostacoli alla concorrenza, permettendo nello stesso tempo ai pubblici poteri di fissare e controllare le condizioni da soddisfare in termini di qualità, di disponibilità, di norme sociali e di tutela dell'ambiente» (risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi d'interesse generale [P5_TA (2004)0018, punto 32]).

49. Nella sentenza Commissione/Francia[28], la Corte ha dichiarato che le modifiche che vengono apportate ad un contratto di appalto pubblico nel corso della sua validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto allorché «presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto [alle trattative] già effettuate e, di conseguenza, siano atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali del contratto»[29].

50. La Corte ha precisato la portata di tale motivazione nella sentenza pressetext Nachrichtenagentur[30] individuando quattro ipotesi in cui questo tipo di modifiche può essere considerato sostanziale.

51. Nella prima ipotesi, la modifica introduce nel contratto condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.

52. La seconda ipotesi è quella in cui la modifica estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti.

53. La terza ipotesi concerne una situazione in cui la modifica altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario.

54. Infine, la quarta ipotesi riguarda la situazione in cui un nuovo contraente si sostituisca a quello al quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto. Tale modifica costituisce un cambiamento di uno dei termini essenziali dell'appalto pubblico, a meno che, secondo la Corte, «tale sostituzione fosse contemplata nei termini dell'appalto originario, ad esempio a titolo di subappalto».

55. Come ho accennato, il contratto di concessione di servizi concluso tra la Stadt Frankfurt am Main e la FES autorizza, all'art. 30, IV, il cambiamento di subappaltatore a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice vi acconsenta. Nel caso di specie, tale procedura è stata rispettata.

56. Nella causa in esame si tratta, pertanto, di stabilire se, nonostante l'esistenza di tale clausola e il rispetto della relativa procedura, il cambiamento di subappaltatore costituisca,

28 — Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98 (Racc. pag. I-8377).

29 — Punti 44 e 46.

30 — Sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06 (Racc. pag. I-4401, punti 35-37 e 40).

ai sensi della giurisprudenza comunitaria, una modifica di uno dei termini essenziali della concessione di servizi di cui trattasi.

57. Si tratta di una valutazione delicata, dato che la stessa Stadt Frankfurt am Main ha acconsentito a tale modifica considerando che il livello descritto nel capitolato d'oneri sarebbe stato rispettato. Tuttavia, tenuto conto delle circostanze particolari in cui tale cambiamento è avvenuto, ritengo che il giudice nazionale debba verificare se l'atto con cui tale ente ha autorizzato la suddetta modifica non porti ad eludere il principio della parità di trattamento degli offerenti e l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

58. Ai fini di tale esame, ritengo importante ricordare i termini nei quali il concessionario può ricorrere al subappalto.

59. Tenuto conto della complessità e della durata dei contratti di concessione, il concessionario può decidere di subappaltare in tutto o in parte l'esecuzione del contratto concluso con il committente. La scelta del subappaltatore è considerata un atto discrezionale che rientra nelle prerogative dell'imprenditore. Questa libertà di scelta costituisce il corollario della regola secondo cui il concessionario conserva interamente la responsabilità dell'esecuzione della concessione; del resto, il subappaltatore è vincolato unicamente nei suoi confronti in virtù di un contratto che, essendo stipulato tra due soggetti privati, è di diritto privato.

60. Tuttavia, per essere regolare, il subappalto deve costituire oggetto di accettazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sia al momento della conclusione del contratto sia nel corso della sua esecuzione. È in questa occasione che l'amministrazione aggiudicatrice verifica le capacità tecniche ed economiche del subappaltatore [31].

61. Quando il subappaltatore viene indicato al momento della presentazione dell'offerta, è la notifica della concessione che vale come accettazione del subappaltatore. In genere, l'amministrazione aggiudicatrice può rifiutare di accettare come subappaltatore un'impresa nel caso in cui questa, per esempio, versi in una situazione di irregolarità sul piano fiscale o sociale o non disponga delle capacità sufficienti per condurre a buon fine l'esecuzione delle prestazioni ad essa affidate.

31 — V. sentenza 18 marzo 2004, causa C-314/01, Siemens e ARGE Telekom (Racc. pag. I-2549, punti 45 e 46), relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

62. Il subappalto non si limita a quello annunciato al momento della presentazione dell'offerta. Nel corso dell'esecuzione del contratto, l'imprenditore principale può ricorrere ad altri subappaltatori o cambiare subappaltatore per motivi legittimi relativi, per esempio, alla qualità effettiva delle sue prestazioni o alla sua situazione economica. Questo gli consente di adattare le sue prestazioni o di liberarsi, in base alle disposizioni del subappalto, di un'impresa di cui non sia soddisfatto.

63. Quando il cambiamento del subappaltatore è previsto nelle clausole dell'appalto e la stessa amministrazione aggiudicatrice vi acconsente, è difficile, in linea di principio, sostenere che tale cambiamento modifichi di per sé un termine essenziale della concessione e imponga una nuova procedura di gara.

64. Dando il suo consenso, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'identità del subappaltatore non sia essenziale alla luce dell'oggetto della concessione, e che le prestazioni affidate all'imprenditore principale saranno realizzate nel rispetto del capitolato d'oneri indipendentemente da tale modifica. Una situazione di questo tipo può verificarsi quando, sul mercato interessato, esistono numerose imprese che offrono prestazioni di natura e di qualità equivalenti.

65. Inoltre, qualora l'amministrazione aggiudicatrice preveda che talune condizioni dell'attribuzione dell'appalto possano essere adattate dopo la scelta del concessionario e contempli espressamente nel capitolato d'oneri tale possibilità di adattamento, nonché le sue modalità di applicazione, allora tutte le imprese interessate a partecipare alla concessione ne sono al corrente sin dall'inizio e si trovano dunque su un piano di parità al momento di formulare le loro offerte.

66. Tuttavia, tale modifica del contratto di concessione può apparire criticabile in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale.

67. Infatti, il cambiamento di subappaltatore avviene senza motivo legittimo, dopo la conclusione del contratto e prima dell'esecuzione delle prime prestazioni, laddove il concessionario si è avvalso della fama e dell'esperienza tecnica del subappaltatore al momento della presentazione dell'offerta.

68. A mio parere, una prassi di questo tipo, ancorché consentita dall'amministrazione aggiudicatrice, viola l'obbligo di trasparenza e

il principio di parità di trattamento degli offerenti. Agendo in tal modo, l'amministrazione aggiudicatrice sottrae l'offerta della FES, come modificata, ad un esame serio e trasparente delle varie candidature, il che potrebbe procurare all'impresa un vantaggio ingiustificato per ottenere il contratto.

69. In primo luogo, non è escluso che la Stadt Frankfurt am Main avrebbe preferito un'offerta diversa da quella inizialmente presentata dalla FES se quest'ultima non avesse fatto valere, per il subappalto delle prestazioni pubblicitarie, le numerose qualità della ricorrente, un «socio (...) efficiente ed esperto», uno «specialista del settore pubblicitario esperto e attivo in tutto il mondo», i cui «prodotti [sono] moderni ed estetici» [32].

70. Dall'ordinanza di rinvio emerge chiaramente che è stata la presentazione della ricorrente come subappaltatore a permettere alla FES di ottenere il contratto di concessione di cui trattasi. Infatti, la scelta a favore della FES è avvenuta tenendo conto delle sue esigenze in materia pubblicitaria, avendo essa ottenuto, per tale criterio di attribuzione, un punteggio di 27,3, mentre la sua principale concorrente, interveniente nella presente causa, ha ottenuto un punteggio di 20,1. Per quel che riguarda gli altri criteri, la Stadt Frankfurt am Main ha assegnato lo stesso punteggio, o addirittura un punteggio più alto, all'interveniente. Pertanto, dai documenti a mia disposizione emerge che la presenza della ricorrente nell'offerta complessiva della FES ha avuto un peso determinante nell'attribuzione della concessione.

71. In secondo luogo, il comportamento della FES che, dopo aver ottenuto il contratto di concessione, prosegue i negoziati relativi al subappalto delle prestazioni pubblicitarie e della fornitura di moduli di bagni [33], scartando alla fine la ricorrente senza legittimo motivo [34], fa apparire la sua offerta iniziale, così come accettata dalla Stadt Frankfurt am Main, un'offerta di facciata la cui economia complessiva non aveva altro scopo se non quello di eliminare i concorrenti seri per ottenere la concessione, ma con la volontà, immediatamente palesata, di darvi poi esecuzione a condizioni economiche e tecniche diverse da quelle indicate nell'offerta e che erano le sole ad essere sottoposte alla gara.

72. Di conseguenza, alla luce dei suddetti elementi, come emergono dall'ordinanza di

32 — Ordinanza di rinvio, pagg. 5 e 6.

33 — Mentre il contratto di concessione è stato concluso con la Stadt Frankfurt am Main tra il 20 e il 22 luglio 2004, la FES ha invitato la ricorrente e l'interveniente a presentare offerte per le prestazioni pubblicitarie e per la fornitura di impianti di toilette, rispettivamente, il 5 gennaio e il 28 luglio 2005. È in questa fase che la ricorrente è stata scartata come subappaltatore.

34 — Nella specie, non ravviso alcun elemento negli atti che consenta di ritenere che la FES possa invocare un motivo legittimo per non ricorrere ai servizi del subappaltatore da essa presentato al momento dell'offerta. Come osservato dal giudice del rinvio, questo cambiamento non è comprensibile, in quanto la ricorrente ha proposto alla FES un compenso annuo di gran lunga superiore a quello dell'interveniente.

rinvio, ritengo che questo cambiamento del subappaltatore, ancor prima dell'esecuzione delle prime prestazioni e senza che sia stata ipotizzata la minima difficoltà di ordine tecnico o economico, avrebbe dovuto necessariamente essere preceduto da una nuova procedura di gara. Pertanto, a mio avviso, autorizzando siffatto cambiamento di subappaltatore senza aver risposto ai requisiti di pubblicità e di gara imposti dal diritto comunitario, la Stadt Frankfurt am Main ha violato l'obbligo di trasparenza.

73. È pur vero, infatti, che, per quanto attiene alle concessioni, i fondi pubblici sono effettivamente impegnati in misura minore che nell'ambito degli appalti pubblici; tuttavia, la procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi deve garantire agli enti pubblici e agli utenti la migliore qualità di servizio, sulla base di una valutazione seria e trasparente delle diverse candidature, nel rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti.

74. A mio parere, se alla luce di tutti gli elementi risultanti dagli atti il giudice del rinvio dovesse confermare questa analisi dei fatti, dovrebbe trarre tutte le conseguenze che derivano da una siffatta violazione.

75. Di conseguenza, suggerisco alla Corte di rispondere al giudice del rinvio dichiarando che, quando nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi, l'identità del subappaltatore costituisce un elemento essenziale su cui l'amministrazione aggiudicatrice si sia basata per attribuire la concessione, l'obbligo di trasparenza impone agli Stati membri di indire una nuova procedura di gara nel caso in cui il concessionario intenda procedere ad un cambiamento del subappaltatore ancor prima di aver eseguito le prime prestazioni e senza che siano stati addotti motivi legittimi. Spetta al giudice nazionale competente valutare se il nome, la fama e l'esperienza tecnica del subappaltatore che la FES ha indicato al momento della presentazione della sua offerta abbiano costituito un elemento essenziale su cui la Stadt Frankfurt am Main si è basata nell'attribuzione della concessione a tale impresa.

2. La portata ratione personae dell'obbligo di trasparenza

76. Con la quinta questione il giudice del rinvio chiede se un'impresa come la FES, tenuto conto delle sue caratteristiche indicate nella decisione di rinvio, debba essere considerata come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50 o come un'«impresa pubblica» ai sensi dell'art. 2 della direttiva 80/723 che, in quanto tale, sarebbe soggetta al rispetto dell'obbligo di trasparenza al momento dell'aggiudicazione di una concessione di servizi.

77. Il giudice del rinvio si riferisce alle direttive sopra menzionate in quanto, per quel che riguarda le concessioni di servizi, nessuna norma di diritto derivato ha individuato con precisione gli enti su cui grava l'obbligo di trasparenza.

78. Ritengo che la mancanza di una simile regolamentazione non rechi pregiudizio, dal momento che, a mio avviso, i principi individuati al riguardo nell'ambito degli appalti pubblici possono essere applicati alle concessioni di servizi.

79. Infatti, mi sembra importante accogliere una definizione uniforme della nozione di amministrazione aggiudicatrice, poiché tale nozione si ritiene riguardi l'insieme degli enti pubblici che possono affidare la prestazione di attività economiche ad un terzo, e ciò indipendentemente dal tipo di contratto concluso, che sia nel settore degli appalti pubblici o in quello delle concessioni di servizi pubblici. In proposito, è interessante ricordare che l'ambito di applicazione della direttiva 92/50 è individuato non in base alla natura dell'operazione di cui trattasi, ma in base alla personalità di chi la propone, poiché tutti gli appalti assegnati da un'amministrazione aggiudicatrice debbono essere attribuiti nel rispetto dei principi stabiliti da tale direttiva.

80. Per contro, il riferimento alla nozione di «impresa pubblica», contenuto all'art. 2 della direttiva 80/723, che riguarda, lo ricordo, la trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche, mi sembra assai meno rilevante. Tenuto conto degli elementi che indicherò in sede dell'esame della nozione di organismo di diritto pubblico, il giudice nazionale potrà nondimeno valutare, qualora lo ritenga necessario, se un'impresa come la FES possa essere qualificata come «impresa pubblica» [35].

a) La nozione di «organismo di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 92/50

81. Prima di ricordare i diversi requisiti stabiliti dalla direttiva 92/50 affinché un ente possa essere qualificato come «amministrazione aggiudicatrice», è interessante sottolineare, in via preliminare, che la FES è un'impresa ad economia mista creata nell'ambito di un partenariato pubblico-privato [36]. La Stadt Frankfurt am Main possiede il 51% delle quote di tale impresa.

35 — I requisiti stabiliti dall'art. 2 della direttiva 89/723 affinché un ente possa essere qualificato come «impresa pubblica» sono analoghi a quelli indicati all'art. 1 della direttiva 92/50 perché un ente sia qualificato come «amministrazione aggiudicatrice».

36 — V., al riguardo, il sito Internet dell'impresa: www.fes-frankfurt.de/profil [rubriche «profil» (profilo) e «chronik» (storia)].

82. La causa in esame offre, pertanto, alla Corte l'opportunità di precisare se un'entità di questo tipo possa costituire un «organismo di diritti pubblico» ai sensi della direttiva 92/50, soggetto, in quanto tale, al rispetto dei principi fondamentali del Trattato.

83. Prima di procedere con tale esame, occorre precisare la sfera della nozione di partenariato pubblico-privato.

84. Questo partenariato è un meccanismo che associa un capitale pubblico normalmente di maggioranza ad un capitale privato di minoranza all'interno di una struttura giuridica soggetta, in linea di principio, alle norme comuni del diritto commerciale. I partner pubblici e privati costituiscono in tal modo un'entità a capitale misto, che può assumere la forma di una società ad economia mista, in grado di eseguire appalti pubblici o di farsi carico, nell'ambito di una concessione, di un servizio pubblico locale. Come osservato dalla Commissione in una comunicazione recente[37], la caratteristica di questa forma di cooperazione, generalmente a lungo termine, consiste nel ruolo affidato al partner privato, che partecipa alle varie fasi del progetto (ideazione, esecuzione e gestione), sopporta rischi tradizionalmente sostenuti dal settore pubblico e spesso contribuisce al finanziamento del progetto stesso[38].

37 — Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008 [C(2007)6661].

38 — Pag. 2.

85. Nondimeno, questa entità a capitale misto non costituisce, ai sensi della giurisprudenza della Corte, una struttura di gestione «interna» di un servizio dell'ente pubblico. Infatti, quando l'amministrazione aggiudicatrice attribuisce un appalto pubblico o una concessione a questo tipo di entità, deve rispettare l'insieme delle norme applicabili agli appalti pubblici e alle concessioni, indipendentemente dal fatto che discendano dal Trattato o dal diritto derivato[39].

86. Vanno ora esaminati i diversi requisiti stabiliti dall'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50 perché un ente sia qualificato come «organismo di diritto pubblico».

87. A termini dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, per organismo di diritto pubblico si intende un organismo che dev'essere dotato di personalità giuridica, che sia stato istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e la cui attività, il cui finanziamento e i cui organi direttivi siano strettamente dipendenti dallo

39 — A partire dalla sua sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1), relativa all'attribuzione di un appalto pubblico di servizi ad una società ad economia mista, la Corte ha considerato che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude, in ogni caso, che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (punto 49). V. altresì sentenza ANAV, cit. (punti 30-32 e giurisprudenza ivi citata).

Stato, da un ente territoriale o da un altro organismo di diritto pubblico.

88. Come dichiarato costantemente dalla Corte, questi tre requisiti hanno carattere cumulativo, per cui, in assenza di uno solo di essi, un organismo non può essere qualificato come «organismo di diritto pubblico» e, quindi, come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva 92/50[40].

89. Inoltre, considerato l'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte ritiene che la nozione di «organismo di diritto pubblico» debba ricevere un'interpretazione funzionale[41].

b) L'esame degli elementi costitutivi di un organismo di diritto pubblico

90. Nel caso di specie non si contesta la personalità giuridica della FES. I dubbi vertono sugli altri due requisiti stabiliti dalla direttiva 92/50.

i) L'idoneità della FES a soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale

91. In primo luogo, è pacifico che la FES sia stata effettivamente creata allo scopo di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale[42], essendo essa incaricata sin dall'origine della gestione e dell'eliminazione dei rifiuti nonché della pulizia urbana sul territorio della Stadt Frankfurt am Main[43]. Tali attività rientrano innegabilmente nell'interesse generale. Come la Corte ha già dichiarato nella sentenza BFI Holding[44], si tratta di bisogni che rientrano tra quelli che non possono essere totalmente soddisfatti da imprese private nella misura ritenuta necessaria per ragioni di salute pubblica e di tutela dell'ambiente, ragion per cui lo Stato intende mantenere riguardo ad essi un'influenza determinante[45].

92. Occorre ora verificare se tali bisogni di interesse generale abbiano carattere non

40 — V. sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (Racc. pag. I-4779, punto 48, e giurisprudenza ivi citata).

41 — Sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06, Ing. Aigner (Racc. pag. I-2339, punto 37, e giurisprudenza ivi citata).

42 — Secondo una giurisprudenza consolidata, deve trattarsi di bisogni ai quali, per ragioni connesse con l'interesse generale, lo Stato o un ente territoriale scelgano in linea generale di provvedere essi stessi o nei confronti dei quali intendano mantenere un'influenza determinante (sentenza Ing. Aigner, cit., punto 40, e giurisprudenza citata). La Corte ha riconosciuto, per esempio, che ciò avviene nel caso della produzione di stampati a carattere ufficiale come i passaporti, le patenti o le carte d'identità (sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73), del mantenimento delle foreste nazionali (sentenza 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-8565), della gestione di un'università (sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035) o ancora della gestione di una rete pubblica di telecomunicazioni (sentenza Telaustria e Telefonadress, cit.).

43 — Nella sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617), la Corte ha ammesso che l'organismo non deve necessariamente essere incaricato di tale compito sin dall'inizio.

44 — Sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96 (Racc. pag. I-6821).

45 — Punti 51-53.

industriale o commerciale. In questo caso si tratta di un problema più delicato.

93. Esiste una copiosa giurisprudenza sul modo in cui l'esistenza di tali bisogni dev'essere valutata[46]. Secondo la Corte, occorre prendere in considerazione un insieme di elementi giuridici e di fatto che possono rivelarsi pertinenti, come le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo di cui trattasi o le condizioni in cui esso svolge le sue attività. A questo riguardo, precisa la Corte, è importante verificare se tale organismo eserciti le sue attività in condizioni di mercato normali[47]. A tal fine, la Corte tiene conto della situazione di concorrenza sul mercato dei prodotti e dei servizi per i quali il detto organismo è stato creato. L'esistenza di una concorrenza può costituire un indice del fatto che un bisogno di interesse generale riveste carattere industriale o commerciale, ma si tratta di un indice non sufficiente[48]. Inoltre, occorre esaminare se l'organismo persegue uno scopo di lucro, se subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività e se beneficia di un finanziamento pubblico per lo svolgimento dell'attività di cui trattasi[49].

46 — Mi riferisco, in particolare, alle sentenze 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605); 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931); 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321), e le citate sentenze BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., nonché Ing. Aigner.

47 — Sentenza Ing. Aigner, cit. (punto 41, e giurisprudenza ivi citata).

48 — Nella sentenza Adolf Truley, cit., la Corte ha dichiarato che l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di dichiarare la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale (punto 61).

49 — Sentenza Korhonen e a., cit. (punti 55-59).

94. Dagli atti non risultano elementi sufficienti per valutare opportunamente l'insieme di queste circostanze. Spetterà al giudice del rinvio esaminarle, essendo egli il solo a conoscere approfonditamente gli atti di causa. Purtuttavia, indicherò alcuni elementi utili.

95. Per quel che riguarda le circostanze che hanno presieduto alla creazione di tale organismo, mi sembra importante tener conto delle peculiarità del mercato della raccolta e del trattamento dei rifiuti che è una delle attività per le quali la FES è stata creata.

96. Il mercato della raccolta e del trattamento dei rifiuti ha conosciuto un'espansione considerevole, specie con l'irrigidimento del contesto normativo riguardante la gestione, il riciclaggio dei rifiuti e la prevenzione dei danni all'ambiente. Questo irrigidimento ha avuto come conseguenza diretta un aumento dei costi della raccolta e del trattamento dei rifiuti, rendendo al contempo l'attività più complessa e più tecnica. A fronte di questi vincoli, la grande maggioranza degli enti locali ha scelto di delegare tale attività ad imprese specializzate che hanno potuto approfittare appieno dello sviluppo del mercato in parola.

97. Questi elementi mi inducono a pensare che la creazione di tale entità non sia stata quindi motivata dalla ricerca di utili. Se è pur vero che la detta attività produce utili notevoli, è anche vero che la ricerca di tali utili non costituiva, comunque, l'obiettivo principale della creazione della FES. I detti elementi valgono a maggior ragione per le attività di pulizia urbana che, contrariamente alle attività di raccolta e trattamento dei rifiuti, permettono un recupero minore.

98. Per quel che riguarda le condizioni in cui la FES esercita la sua attività, e in particolare lo stato della concorrenza nel settore della raccolta e del trattamento dei rifiuti nonché della pulizia urbana, il giudice del rinvio dovrebbe valutare se la FES operi in un mercato concorrenziale sul quale agiscono concorrenti veri e propri o se, al contrario, versi in una situazione di quasi monopolio di fatto dovuta, per esempio, al suo status di «operatore storico»[50] o all'esistenza di barriere all'ingresso sul mercato. La mancanza di concorrenza effettiva non è condizione necessaria per qualificare la FES come organismo di diritto pubblico, ma potrebbe costituire un indizio a sostegno del fatto che la FES partecipa al soddisfacimento di un bisogno di interesse generale che non ha carattere industriale o commerciale.

99. Inoltre, il fatto che la FES svolga, oltre alla sua missione di interesse generale, altre attività a scopo di lucro non è rilevante ai fini della soluzione della controversia nella causa principale. Infatti, la Corte ha dichiarato che la qualità di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza relativa del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale nell'attività dell'organismo interessato. Anche se l'impresa continua a farsi carico di tali bisogni, la Corte ritiene privo di pertinenza il fatto che l'impresa svolga altre attività a fini di lucro, indipendentemente dalla parte che tali attività occupano nell'ambito delle attività globali dell'impresa[51].

100. Peraltro, benché la FES presenti sul piano giuridico poche differenze rispetto ad una società per azioni posseduta da operatori privati, in quanto sostiene i rischi economici legati alla sua attività e se ne può anche dichiarare il fallimento, dall'ordinanza di rinvio emerge che la Stadt Frankfurt am Main non permetterebbe che una simile situazione si verifichi. Faccio inoltre notare che tale ente percepisce dai propri amministrati un'imposta comunale per finanziare i pagamenti versati alla FES per lo smaltimento dei rifiuti e la pulizia delle strade.

50 — Va precisato, stando al sito Internet della FES, che tale impresa trae origine dall'Ufficio comunale per la gestione dei rifiuti e la pulizia urbana.

51 — Sentenze citate Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (punti 25, 26 e 31); BFI Holding (punti 55 e 56), nonché Ing. Aigner (punto 47, e giurisprudenza ivi citata).

101. Alla luce dei suddetti elementi, sarei pertanto incline a pensare che la FES è stata creata per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

102. Tuttavia, al fine di definire l'esatta natura dei bisogni di cui tale impresa si è fatta carico, spetta al giudice del rinvio, il solo che dispone degli elementi rilevanti, valutare le condizioni in cui la FES svolge la sua attività e, in particolare, lo stato della concorrenza nei settori per cui questa impresa è stata creata.

ii) Il requisito relativo a una stretta dipendenza dell'organismo nei confronti dello Stato, di un ente territoriale o di altri organismi di diritto pubblico

103. Ricordo che, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva 92/50, il suddetto requisito si riferisce ai tre criteri alternativi seguenti:

— o l'attività [dell'organismo di diritto pubblico] è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico,

— oppure la sua gestione è soggetta al controllo di questi ultimi,

— oppure il suo 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.

104. È pacifico che la Stadt Frankfurt am Main possiede il 51% del capitale della FES, vale a dire la maggioranza della medesima. Anche se il possesso di tale percentuale può effettivamente far presumere un'influenza dominante dell'ente pubblico sull'impresa, non è manifesto che tale influenza si traduca nelle modalità di funzionamento e di gestione di quest'ultima.

105. Inizierò con l'esame delle modalità di gestione di tale impresa nei limiti in cui la Stadt Frankfurt am Main dispone di un diritto di veto nell'assemblea generale che, a seconda delle modalità con cui è esercitato, può conferire all'ente un controllo di fatto sulla gestione dell'impresa.

— Il criterio relativo al controllo della gestione dell'organismo interessato

106. Secondo una giurisprudenza consolidata, tale criterio riguarda i casi in cui un organismo si trova in una situazione di dipendenza nei confronti dei poteri pubblici, equivalente a quella che esiste allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto. Detta dipendenza deve permettere ai poteri pubblici di influenzare le decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici[52] o, per analogia, in materia di concessioni.

107. La citata sentenza Adolf Truley costituisce un esempio dei casi in cui la Corte ritiene che tale criterio sia soddisfatto. In detta causa, l'ufficio di controllo dell'ente pubblico era abilitato a verificare non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità. Inoltre, tale ufficio era autorizzato a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e poteva riferire sul risultato di tali verifiche agli organi competenti, nonché agli azionisti della società e all'ente. Secondo la Corte, tali prerogative consentivano, quindi, un controllo attivo da parte dell'ente pubblico sulla gestione del suddetto organismo.

52 — V. sentenza Adolf Truley, cit. (punto 69, e giurisprudenza ivi citata).

108. Nell'ambito della presente causa, il giudice del rinvio deve tener conto del complesso delle circostanze di fatto o di diritto che potrebbero consentire alla Stadt Frankfurt am Main di esercitare un'influenza determinante sull'attività della FES. Nella specie, ritengo che dovrebbe prestare attenzione alle modalità con cui tale ente esercita nell'assemblea generale della suddetta impresa il diritto di veto connesso al suo azionariato di maggioranza. Al riguardo, il giudice del rinvio deve valutare l'importanza di tale diritto prendendo in considerazione le decisioni cui può essere applicato ed esaminando le eventuali condizioni restrittive poste al suo utilizzo.

109. Infatti, anche se l'ente non può imporre decisioni[53], può tuttavia esercitare un controllo esclusivo sulla FES nel caso in cui sia in grado di opporsi alle decisioni strategiche dell'impresa riguardanti la sua politica commerciale, la nomina degli amministratori, il bilancio o il programma aziendale. Se il giudice del rinvio dimostra che la Stadt Frankfurt am Main può, esercitando il suo diritto di veto, opporsi a decisioni fondamentali per la strategia commerciale della FES e determinare una situazione di blocco del processo decisionale di tale impresa, allora la Stadt Frankfurt am Main dispone di un'influenza determinante sulla gestione della FES e, di conseguenza, di un controllo di fatto.

53 — Faccio notare che l'assemblea generale della FES può adottare decisioni solo a maggioranza di tre quarti. Pertanto, anche se la Stadt Frankfurt am Main detiene il 51% del capitale di tale impresa, tale partecipazione non è sufficiente per consentirle di adottare da sola decisioni in seno a tale assemblea.

110. Pertanto, al fine di stabilire l'esatta misura in cui la gestione della FES è controllata dalla Stadt Frankfurt am Main, spetta al giudice del rinvio valutare se l'ente pubblico possa esercitare un'influenza determinante sulla gestione dell'impresa tramite il diritto di veto che le è riconosciuto come azionista di maggioranza.

111. Nel caso in cui il giudice del rinvio ritenesse che tale diritto di veto non consenta alla Stadt Frankfurt am Main di controllare la gestione della suddetta impresa, dovrà esaminare gli altri due criteri.

— Il criterio relativo al finanziamento in modo maggioritario da parte dell'ente territoriale

112. La Corte ha precisato la portata di tale requisito nella citata sentenza University of Cambridge. Essa ha dichiarato che soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come «finanziamento pubblico». Non rientrano, invece, in tale categoria le somme versate da un'amministrazione aggiudicatrice a titolo di corrispettivo di prestazioni contrattuali [54].

113. La Corte ha precisato inoltre che l'espressione «in modo maggioritario» deve essere intesa nel senso di «più della metà» e che per la valutazione della percentuale di finanziamento pubblico occorre tener conto dell'insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da un'attività commerciale, e il calcolo deve essere effettuato su base annua.

114. Nel caso di specie, dall'ordinanza di rinvio emerge che oltre la metà del fatturato annuo della FES deriva da contratti sinallagmatici conclusi con la Stadt Frankfurt am Main per la raccolta e il trattamento dei rifiuti nonché per la pulizia urbana. Le somme versate da tale ente sono dunque il corrispettivo delle prestazioni contrattuali offerte dalla FES e l'ente ha chiaramente un interesse economico a che tali prestazioni vengano effettuate. Un rapporto contrattuale di questo tipo può effettivamente determinare una situazione di dipendenza della FES nei confronti dell'ente; tuttavia, secondo la Corte, questa dipendenza è di natura diversa da quella risultante da una

54 — Punti 21 e 24. In tale causa il finanziamento pubblico corrispondeva alle borse destinate agli studenti e ai finanziamenti erogati al fine di promuovere lavori di ricerca dell'università, e non ai versamenti effettuati a titolo di corrispettivo per prestazioni di servizi svolte dall'università.

semplice prestazione di sostegno e va piuttosto assimilata a quella esistente nelle normali relazioni commerciali[55].

115. Alla luce dei suddetti elementi, pertanto, ritengo che i versamenti effettuati dalla Stadt Frankfurt am Main non costituiscano un finanziamento pubblico ai sensi della giurisprudenza sopra citata.

— Il criterio relativo alla composizione dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza

116. L'ordinanza di rinvio non precisa la composizione e le modalità di designazione dei membri del consiglio di amministrazione nonché dei membri della direzione della FES. Il giudice del rinvio precisa unicamente che la Stadt Frankfurt am Main nomina un quarto dei membri del consiglio di vigilanza, incluso il presidente il cui voto è decisivo in caso di parità[56]. Ciò non è quindi sufficiente per consentire di soddisfare il suddetto criterio.

117. Considerati tutti i suddetti elementi, ritengo che un'entità a capitale misto come la FES, creata nell'ambito di un partenariato con la Stadt Frankfurt am Main, costituisca un «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 qualora sia dimostrato, da un lato, che tale entità rispondeva a bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e, dall'altro lato, che la sua gestione e direzione sono strettamente dipendenti rispetto all'ente pubblico.

118. La detta entità risponde a bisogni di interesse generale, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 92/50, nel caso in cui si assuma l'incarico della raccolta e del trattamento dei rifiuti nonché della pulizia urbana sul territorio

55 — Sentenza University of Cambridge, cit. (punto 25).

56 — Tale consiglio, come indicato dalla sua denominazione, ha il compito di controllare e di vigilare sulla gestione della società. Molto spesso il consiglio può garantire un controllo di opportunità e di regolarità, in particolare procedendo alle verifiche che ritiene opportune o presentando all'assemblea generale le proprie osservazioni sul rendiconto annuale della società. Inoltre esso può disporre di poteri particolari che gli consentono, per esempio, di nominare alcuni membri del direttivo o il presidente dello stesso, o ancora di autorizzare la cessione di quote. Il presidente del consiglio di vigilanza assume in genere due tipi di funzioni, di solito relative alla convocazione del consiglio e al controllo delle discussioni. Il ruolo e le funzioni del consiglio di vigilanza sono precisate dalla legge e codificate negli statuti della società che però non ho a disposizione (v. M. Cozian, A. Viandier, e F. Deboissy, *Droit des sociétés,* 17a ed., Litec, Paris, 2004, pagg. 286 e 287).

dell'ente pubblico. Al fine di stabilire se tali bisogni non presentino carattere industriale o commerciale, spetterà al giudice nazionale competente valutare le condizioni in cui la FES svolge la sua attività e in particolare lo stato della concorrenza in tale settore.

119. Un'entità di questo tipo risulta in un rapporto di stretta dipendenza rispetto all'ente pubblico, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva 92/50, quando la sua gestione e i suoi organi di direzione, d'amministrazione o di vigilanza sono controllati da quest'ultimo. Al fine di stabilire la misura esatta in cui la gestione della FES è controllata dalla Stadt Frankfurt am Main, spetterà al giudice nazionale competente valutare se l'ente pubblico possa, tramite il diritto di veto di cui dispone in seno all'assemblea generale o tramite la composizione dei suddetti organi dell'impresa, assicurare un controllo attivo sulla gestione dell'entità stessa e influenzare, nella stessa maniera, le sue decisioni in materia di aggiudicazione delle concessioni di servizi.

C — Il potere di ingiunzione del giudice nazionale in caso di violazione dell'obbligo di trasparenza

120. Con la prima e la quarta questione il Landgericht Frankfurt am Main interroga la Corte riguardo alle modalità del controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle concessioni di servizi. In particolare, il giudice del rinvio si chiede se, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, il diritto comunitario imponga agli Stati membri di riconoscere, in capo al proprio giudice nazionale, un potere di ingiunzione nei confronti delle parti che abbiano concluso un contratto di concessione in violazione dell'obbligo di trasparenza.

121. Nella presente causa, la ricorrente non contesta la decisione con cui la Stadt Frankfurt am Main ha attribuito la concessione di servizi alla FES. Essa contesta, invece, la decisione con cui l'amministrazione ha autorizzato, in base all'art. 30, IV, del contratto di concessione, il cambiamento di subappaltatore in corso di esecuzione del contratto stesso. Secondo la ricorrente, agendo in tal modo la Stadt Frankfurt am Main avrebbe violato l'obbligo di trasparenza, avendo proceduto ad una modifica essenziale del suddetto contratto senza aver risposto alle esigenze di pubblicità e di gara imposte dal diritto comunitario.

122. La controversia non verte, dunque, sulla formazione del contratto di concessione, ma sulla sua esecuzione. La ricorrente, con la sua domanda, chiede al giudice nazionale di prevenire una nuova violazione dell'obbligo di trasparenza, ingiungendo all'amministrazione di non autorizzare il cambiamento di

subappaltatore per quanto riguarda la fornitura e la pulizia dei bagni pubblici che dovranno essere installati nelle stazioni di Kornmarkt, Galluswarte e Rödelheim. Allo stesso modo, il detto giudice chiede di ordinare alla FES di non concludere un nuovo contratto di subappalto avente ad oggetto le prestazioni sopra indicate. Al fine di regolarizzare le condizioni di esecuzione della concessione di servizi, la ricorrente chiede parimenti al giudice nazionale di ingiungere all'amministrazione e, eventualmente, alla FES di risolvere i contratti conclusi in violazione dell'obbligo di trasparenza.

123. Al fine di risolvere le questioni poste dal giudice del rinvio, occorre richiamare i termini in cui il giudice nazionale è tenuto ad assicurare la tutela dei diritti che derivano per gli individui dal diritto comunitario.

1. Osservazioni preliminari

124. Allo stato attuale del suo sviluppo, il diritto comunitario non disciplina il modo in cui gli Stati membri debbono garantire l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e sanzionare le violazioni all'obbligo di trasparenza commesse nell'ambito dell'esecuzione di una concessione di servizi. Per valutare la misura in cui gli Stati membri sono dunque tenuti a riconoscere un potere di ingiunzione ai propri giudici nazionali, occorre far riferimento ai principi che governano l'ordinamento giuridico comunitario e, in particolare, al principio del primato del diritto comunitario e a quello dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

125. Il principio del primato del diritto comunitario impone agli Stati membri di sanzionare efficacemente gli inadempimenti all'obbligo di trasparenza commessi nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi.

126. Ricordo, infatti, che l'obbligo di trasparenza costituisce un'espressione concreta e specifica di un principio generale di diritto, che gli Stati membri sono tenuti a rispettare quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Tale obbligo crea, in capo ai singoli, dei diritti che devono poter costituire oggetto di una tutela giurisdizionale effettiva da parte del giudice nazionale. Quest'ultimo dev'essere pertanto in grado di garantire la piena esecuzione della propria decisione e deve poter adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive al fine di assicurare una piena efficacia del diritto comunitario.

127. È questo il mio postulato di partenza.

128. Per contro, in assenza di regolamentazione comunitaria, ritengo che sia conforme al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri lasciare a questi ultimi il compito di determinare i poteri di cui dispone il giudice nazionale per garantire l'esecuzione delle proprie decisioni giurisdizionali e sanzionare le violazioni dell'obbligo di trasparenza nell'aggiudicare un appalto di concessioni. Siffatto rinvio alle regole di procedura nazionale degli Stati membri, i quali, beninteso, dovranno rispettare il principio di equivalenza e di effettività, mi sembra maggiormente conforme alla consolidata giurisprudenza della Corte che rispetta l'autonomia procedurale degli Stati membri.

129. Da tale giurisprudenza deriva che, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, essendo chiaro che tali modalità non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)[57].

57 — Sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact (Racc. pag I-2483, punti 44 e 46-48, nonché giurisprudenza ivi citata).

130. È alla luce di tali considerazioni che occorre risolvere le questioni poste dal giudice del rinvio.

2. Analisi

131. Con la prima, la seconda e la terza questione il giudice del rinvio chiede dunque alla Corte, in sostanza, se l'obbligo di trasparenza debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri, al fine di garantire il rispetto di tale obbligo, siano tenuti a riconoscere al giudice nazionale un potere di ingiunzione nei confronti delle parti di una controversia. Il giudice del rinvio chiede inoltre alla Corte se il giudice nazionale sia tenuto ad ingiungere alle parti di procedere alla risoluzione del contratto concluso in violazione di tale obbligo[58].

58 — La quarta questione è formulata in modo tale che si ignora se il contratto cui fa riferimento il giudice del rinvio sia il contratto di concessione di servizi concluso tra la Stadt Frankfurt am Main e la FES ovvero il contratto di subappalto stipulato successivamente tra il concessionario e la DSM. Infatti, dall'ordinanza di rinvio emerge che la ricorrente non contesta la decisione con cui la Stadt Frankfurt am Main ha attribuito la concessione di servizi alla FES. Essa pertanto non chiede la risoluzione del contratto di concessione concluso con quest'ultima impresa. La ricorrente contesta, invece, la decisione con cui la Stadt Frankfurt am Main ha autorizzato, in base all'art. 30, IV, del contratto di concessione, il cambiamento del subappaltatore. Con l'azione proposta dinanzi al giudice nazionale la ricorrente mira, in sostanza, a privare di effetti il contratto di subappalto concluso tra la FES e la DSM. Il giudice del rinvio, da parte sua, sostiene nella sua ordinanza che la Stadt Frankfurt am Main fosse tenuta a risolvere il contratto di concessione di servizi alla cui modifica aveva acconsentito. Nel dubbio, ritengo che la questione in esame riguardi entrambe le ipotesi.

132. Il potere di ingiunzione è la possibilità attribuita al giudice di ingiungere ad una parte di fare o di non fare un atto da egli determinato, eventualmente dietro penalità. Il giudice investito di una controversia può quindi impartire ad un privato o all'amministrazione l'ordine di adottare un provvedimento in un senso determinato qualora la sentenza implichi necessariamente che una delle parti della controversia adotti tale provvedimento. Questo potere costituisce uno strumento utile per garantire l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e per far fronte alle difficoltà e al rifiuto di esecuzione della cosa giudicata.

133. Il principio secondo cui il giudice nazionale può rivolgere un'ingiunzione non è attualmente oggetto di alcuna normativa comunitaria. Inoltre, tale principio non viene applicato in maniera uniforme negli Stati membri, specie quando l'ingiunzione è rivolta all'amministrazione.

134. In Germania, come nel Regno Unito, questo potere di ingiunzione del giudice nei confronti dell'amministrazione è un dato acquisito. Il giudice tedesco dispone di un potere generale di ingiunzione nei confronti dell'amministrazione. Parimenti, il giudice britannico può rivolgere ingiunzioni di fare o di non fare a tutte le amministrazioni, fatta eccezione per il governo e i suoi stretti collaboratori. Il problema è stato più a lungo oggetto di discussione da parte del giudice amministrativo francese, a causa di una concezione tradizionale della separazione dei poteri. Tale concezione costituisce attualmente oggetto di numerose deroghe a partire dall'adozione della legge 8 febbraio 1995[59].

135. Come ho accennato, allo stato attuale del diritto comunitario spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro determinare la necessità e, all'occorrenza, le condizioni in cui tale potere di ingiunzione va riconosciuto. Per valutare la misura in cui tale potere va riconosciuto, gli Stati membri debbono basarsi sui principi che sono a fondamento del loro sistema giurisdizionale nazionale. Essi debbono stabilire la misura in cui questo potere di ingiunzione si inserisce nel novero degli strumenti di diritto esistenti e debbono tener conto dei poteri già conferiti al giudice nazionale. Nell'ambito di tale valutazione, gli Stati membri debbono pensare a garantire la piena esecuzione delle decisioni giudiziarie pronunciate riguardo all'esistenza dei diritti invocati sulla base del diritto comunitario. Nel perseguire tale obiettivo, gli Stati membri mirano a garantire la piena efficacia del diritto comunitario e ad assicurare la protezione dei diritti che esso conferisce agli individui.

59 — Legge n. 95-125, relativa all'organizzazione delle giurisdizioni e alla procedura civile, penale e amministrativa (JORF del 9 febbraio 1995). V. artt. da L-911-1 a L-911-3 del codice di giustizia amministrativa.

136. A tal riguardo, la risoluzione, quando non è imposta dal diritto comunitario, può apparire come la sanzione che meglio può garantire l'efficacia del diritto comunitario e la protezione dei diritti degli individui. Ciò può verificarsi, in particolare, nel caso in cui si tratti di una violazione particolarmente grave delle disposizioni del diritto comunitario, come quelle che impongono una pubblicità adeguata o una gara preliminare tra alcuni subappaltatori. In proposito, ci si può riferire alle disposizioni che il legislatore comunitario ha adottato in tale ambito, all'art. 2, quinquies, inserito dalla direttiva 2007/06[60].

137. Nella propria ordinanza di rinvio il Landesgericht Frankfurt am Main sostiene che la Stadt Frankfurt am Main fosse tenuta a risolvere il contratto di concessione di servizi alla cui modifica aveva acconsentito.

138. A sostegno della propria tesi, il giudice del rinvio afferma che i principi individuati dal legislatore comunitario all'art. 2 della direttiva 89/665 e ribaditi dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania[61] sono applicabili per analogia alle procedure di aggiudicazione delle concessioni di servizi.

139. In detta sentenza la Corte, adita ex art. 228 CE, ha condannato la Repubblica federale di Germania perché non aveva risolto un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti nella città di Brunswick (Germania), concluso in violazione della direttiva 92/50. La Repubblica federale di Germania si è richiamata alle disposizioni dell'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 per sostenere che il risarcimento che le imprese lese potevano ottenere era sufficiente per sanzionare l'inadempimento commesso dall'amministrazione aggiudicatrice. La Corte non ha accolto tale ragionamento. Essa ha dichiarato che tale disposizione disciplina il rapporto esistente tra uno Stato membro e i suoi cittadini, ma non quello tra lo Stato membro e la Comunità, e non permette, dunque, allo Stato membro di sottrarsi alla propria responsabilità di diritto comunitario. Mantenendo gli effetti del contratto in esame, l'inadempimento della Repubblica federale di Germania era dunque perdurato e la lesione alla libera prestazione dei servizi rischiava di sussistere per l'intera durata dell'esecuzione dello stesso. Secondo la Corte, la risoluzione

60 — In forza di tale disposizione, un contratto dev'essere dichiarato in tutto o in parte privo di effetti quando sia stato concluso senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, o quando l'offerente leso non abbia avuto la possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto oppure nel caso assai particolare degli appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione, previsti dalla direttiva 2004/18. L'art. 2, sexies, inserito dalla direttiva 2007/66, consente tuttavia agli Stati membri di prevedere sanzioni alternative, tenuto conto in particolare della gravità della violazione, del comportamento dell'ente aggiudicatore ed eventualmente della portata della soppressione degli obblighi contrattuali. Può trattarsi di sanzioni pecuniarie o di una riduzione della durata del contratto.

61 — Sentenza 18 luglio 2007, causa C-503/04 (Racc. pag. I-6153, punti 29-36).

del contratto si imponeva non solo per garantire la piena esecuzione di una sentenza che accertava un inadempimento, ma altresì per garantire il rispetto del diritto comunitario.

140. Contrariamente al giudice del rinvio, non ritengo che i principi individuati nell'ambito del contenzioso in materia di appalti pubblici siano sic et simpliciter applicabili al contenzioso riguardante le concessioni di servizi, e questo per un duplice ordine di motivi.

141. In primo luogo, ricordo che gli Stati membri non hanno inteso legiferare riguardo alla procedura di aggiudicazione delle concessioni di servizi, contrariamente ai numerosi testi che sono invece stati adottati nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici. Non si può, dunque, ignorare la mancanza di regolamentazione comunitaria in materia e applicare, per analogia, le regole precise e vincolanti contenute nella direttiva 89/665.

142. In secondo luogo, ritengo questione delicata valutare allo stesso modo le conseguenze che occorre trarre da un inadempimento all'obbligo di trasparenza a seconda che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione di servizi pubblici. Infatti, in questo secondo caso, le sanzioni non devono semplicemente mirare ad assicurare il rispetto della legalità o a sanzionare un comportamento inadempiente dell'amministrazione aggiudicatrice. Esse hanno anche, e forse soprattutto, quale oggetto la garanzia del buon funzionamento dei servizi pubblici e la preservazione dell'interesse generale che l'appalto contribuisce a soddisfare.

143. In tal senso, l'ingiunzione, se deve garantire, in particolare, la piena efficacia del diritto comunitario, deve poter costituire oggetto di esame caso per caso da parte del giudice nazionale. Il suo oggetto deve essere valutato alla luce di tutti gli aspetti pertinenti della controversia, quali il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice, la natura dell'illegittimità commessa e il complesso degli interessi che possono essere lesi, in particolare l'interesse generale.

144. Nel contesto della presente controversia, il principio secondo cui il giudice nazionale può rivolgere un'ingiunzione costituisce un dato acquisito in Germania. Dall'ordinanza di rinvio emerge che il giudice nazionale può

esercitare tale potere in forza dell'art. 1004, n. 1, BGB[62], in due tipi di situazioni:

— nel caso in cui una persona sia lesa da un danno arrecato ad interessi protetti per legge, come la vita, l'integrità fisica e la personalità, la salute, la libertà e la proprietà, o

— nel caso in cui una persona sia lesa a causa della violazione di una «legge diretta alla tutela di un terzo», ai sensi dell'art. 823, n. 2, BGB.

145. Nell'ambito della controversia in esame, spetterà al giudice del rinvio verificare se il diritto processuale nazionale, ed eventualmente l'art. 823, n. 2, BGB, consenta al giudice competente di rivolgere all'amministrazione un'ingiunzione nel caso in cui quest'ultima abbia violato l'obbligo di trasparenza, ordinandole di provvedere alla risoluzione del contratto concluso con la FES e di non acconsentire più ad alcun cambiamento di subappaltatore[63].

146. A tal fine, egli sarà tenuto, in primo luogo, a valutare se tale obbligo costituisca una «legge diretta alla tutela di un terzo», ai sensi della suddetta disposizione. Come spiegato dal giudice del rinvio nella motivazione relativa alla sua seconda questione pregiudiziale, così sarà qualora il suddetto obbligo costituisca un principio del diritto consuetudinario.

147. Ricordo al giudice del rinvio che l'obbligo di trasparenza è espressione del principio generale di parità di trattamento. Quest'ultimo fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario e trova la sua fonte diretta nelle disposizioni del Trattato[64]. Esso crea diritti a beneficio dei singoli e si impone a tutte le autorità degli Stati membri quando danno attuazione al diritto comunitario. Di conseguenza, queste ultime sono tenute, per quanto possibile, ad applicare tale diritto nel rispetto degli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario. Nell'ambito della presente controversia il giudice nazionale sarà

62 — Il tenore della disposizione è il seguente:
«Se il pregiudizio per la proprietà deriva da una causa diversa da una confisca o da un diritto di ritenzione, il proprietario può chiedere all'autore di porre fine al pregiudizio in questione. Nel caso in cui vi sia motivo di temere un nuovo pregiudizio per la proprietà, il proprietario può avviare una procedura di ingiunzione».
Dall'ordinanza di rinvio emerge che la detta disposizione è stata applicata per analogia ad altri tipi di danni (e, in particolare, ai danni alla vita, all'integrità fisica, alla personalità, alla salute e alla libertà) e ad alcuni comportamenti illegittimi.

63 — V., in particolare, sentenze Rodríguez Caballero, cit. (punto 30, e giurisprudenza ivi citata); 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex (Racc. pag. I-1877, punti 62 e 63), nonché 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet (Racc. pag. I-2271, punto 44).

64 — V. sentenza Parking Brixen, cit. (punti 48 e 49).

pertanto tenuto ad interpretare, per quanto possibile, le norme nazionali riconoscendo al giudice un potere di ingiunzione in modo da assicurare la piena efficacia del diritto comunitario e da garantire la protezione dei diritti spettanti alla ricorrente in base ad esso.

148. Qualora il giudice del rinvio ritenga che l'obbligo di trasparenza costituisce effettivamente, ai sensi dell'art. 823, n. 2, BGB, una «legge diretta alla tutela di un terzo», dovrà allora assicurarsi che le condizioni in cui il giudice nazionale può rivolgere un'ingiunzione in caso di violazione dell'obbligo di trasparenza sono equivalenti a quelle previste nell'ambito di una controversia basata sulla violazione del diritto interno. Egli dovrà inoltre assicurarsi che tali modalità non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

149. Nell'ambito della presente controversia, l'obiettivo è di garantire la piena efficacia del diritto comunitario sanzionando in modo efficace gli inadempimenti all'obbligo di trasparenza e prevenendo una violazione imminente del medesimo per effetto di un'applicazione abusiva della clausola di subappalto di cui all'art. 30, IV, del contratto di concessione.

150. Spetterà al giudice nazionale, tenuto conto di tale obiettivo, valutare se vi sia motivo di ordinare alla Stadt Frankfurt am Main e, eventualmente, alla FES di procedere alla risoluzione dei contratti conclusi in violazione del diritto comunitario. A tal riguardo, come emerge dall'ordinanza di rinvio, il Landgericht Frankfurt am Main sostiene che la violazione dell'obbligo di trasparenza possa costituire un serio motivo di risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 314 BGB[65].

151. È parimenti alla luce di tale obiettivo che spetterà al giudice nazionale valutare se, nelle circostanze della specie della causa principale, vi sia motivo di ordinare all'amministrazione nonché alla FES di non procedere ad un cambiamento di subappaltatore riguardo alla fornitura e alla manutenzione dei bagni pubblici che dovranno essere installati nelle stazioni di Kornmarkt, Galluswarte e Rödelheim.

152. Di conseguenza, suggerisco alla Corte di rispondere al giudice del rinvio che qualora la giurisdizione nazionale competente accerti la violazione dell'obbligo di trasparenza

65 — Ai sensi di tale disposizione, «[c]iascuna parte può, per un giustificato motivo, risolvere un contratto di durata indeterminata senza essere tenuta a rispettare un termine di preavviso. Sussiste un giustificato motivo quando, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e a seguito di ponderazione degli interessi delle controparti, non ci si può ragionevolmente attendere dalla parte che risolve di mantenere il rapporto contrattuale fino al termine convenuto o fino allo scadere di un termine di preavviso».

nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi, il diritto comunitario, allo stato attuale, non impone agli Stati membri di riconoscere in capo a tale giurisdizione un potere di ingiunzione nei confronti delle parti della controversia. Spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro definire, nel rispetto dei principi comunitari di equivalenza e di effettività, le modalità procedurali che permettono al giudice nazionale competente di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario e la piena esecuzione della decisione giudiziaria pronunciata riguardo all'esistenza dei diritti invocati sulla base del diritto comunitario medesimo.

VI — Conclusione

153. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Landgericht Frankfurt am Main nei termini seguenti:

«1) Quando nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi, l'identità del subappaltatore costituisce un elemento essenziale su cui l'amministrazione aggiudicatrice si sia basata per attribuire la concessione, l'obbligo di trasparenza impone agli Stati membri di indire una nuova procedura di gara nel caso in cui il concessionario intenda procedere ad un cambiamento del subappaltatore ancor prima di aver eseguito le prime prestazioni e senza che siano stati addotti motivi legittimi. Spetta al giudice nazionale competente valutare se il nome, la fama e l'esperienza tecnica del subappaltatore che la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH ha indicato al momento della presentazione della sua offerta abbiano costituito elementi essenziali su cui la Stadt Frankfurt am Main si è basata nell'attribuzione della concessione a tale impresa.

2) Un'entità a capitale misto come la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, creata nell'ambito di un partenariato con la Stadt Frankfurt am Main, costituisce un "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE, qualora sia dimostrato, da un lato, che tale entità rispondeva a bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e, dall'altro lato, che la sua gestione e direzione sono strettamente dipendenti rispetto all'ente pubblico.

La detta entità risponde a bisogni di interesse generale, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 92/50, nel caso in cui si assuma l'incarico della raccolta e del trattamento dei rifiuti nonché della pulizia urbana sul territorio dell'ente pubblico. Al fine di stabilire se tali bisogni non presentino carattere industriale o commerciale, spetterà al giudice nazionale competente valutare le condizioni in cui la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH svolge la sua attività e, in particolare, lo stato della concorrenza in tali settori.

Un'entità di questo tipo risulta in un rapporto di stretta dipendenza rispetto all'ente pubblico, ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, della direttiva 92/50, come modificata, quando la sua gestione e i suoi organi di direzione, d'amministrazione o di vigilanza sono controllati da quest'ultimo. Al fine di stabilire la misura esatta in cui la gestione della Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH è controllata dalla Stadt Frankfurt am Main, spetterà al giudice nazionale competente valutare se l'ente pubblico possa, tramite il diritto di veto di cui dispone in seno all'assemblea generale o tramite la composizione dei suddetti organi dell'impresa, assicurare un controllo attivo sulla gestione dell'entità stessa e influenzare, nella stessa maniera, le sue decisioni in materia di aggiudicazione delle concessioni di servizi.

3) Qualora, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di una concessione di servizi, la giurisdizione nazionale competente accerti la violazione dell'obbligo di trasparenza, il diritto comunitario, allo stato attuale, non impone agli Stati membri di riconoscere in capo a tale giurisdizione un potere di ingiunzione nei confronti delle parti della controversia. Spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro definire, nel rispetto dei principi comunitari di equivalenza e di effettività, le modalità procedurali che consentono al giudice nazionale competente di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario e la piena esecuzione della decisione giudiziaria pronunciata riguardo all'esistenza dei diritti invocati sulla base del diritto comunitario medesimo».