CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CHRISTINE STIX-HACKL presentate il 12 gennaio 2006 [1]

I — Introduzione

1. Il presente procedimento pregiudiziale riguarda la questione dei presupposti necessari affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa costituire un affidamento «quasi in house», sfuggendo pertanto all'applicazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [2] (in prosieguo: la «direttiva 93/36»). Anche questo procedimento verte dunque sull'interpretazione e l'applicazione dei criteri indicati nella sentenza Teckal [3] e precisati — almeno parzialmente — nella sentenza Stadt Halle [4].

2. Peraltro il presente si inserisce in una serie di procedimenti — in parte già definiti [5] — relativi agli affidamenti effettuati da comuni italiani nei settori della fornitura di energia e dello smaltimento dei rifiuti.

II — Contesto normativo: diritto comunitario

3. La direttiva 93/36 fissa, all'art. 1, le norme fondamentali relative al suo campo di applicazione.

4. L'art. 1, frase introduttiva e lett. a), così prevede:

«Ai fini della presente direttiva si intendono per:

a) "appalti pubblici di forniture", i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 199, pag. 1.

3 — Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121).

4 — Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I-1).

5 — V. ordinanza 14 novembre 2002, causa C-310/01, Comune di Udine (GU 2003, C 55); sentenza 9 settembre 1999, causa C-108/98, RI.SAN. (Racc. pag. I-5219).

l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione»;

5. Ai punti 49 e 50 della sentenza Teckal, la Corte ha fissato i seguenti principi per l'esclusione di specifiche vicende dall'applicazione delle direttive:

«49 Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.

50 A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

6. Il primo dei due presupposti indicati è stato ulteriormente specificato dalla Corte nelle sentenze Stadt Halle [6] e Parking Brixen [7].

7. La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni [8] (in prosieguo: la «direttiva 93/38») contiene una disposizione relativa all'aggiudicazione di appalti ad imprese che presentano un particolare legame con gli enti aggiudicatori, modificata ora dalle direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali [9].

8. L'art. 13, n. 1, della direttiva 93/38 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

6 — Sentenza nella causa C-26/03 (cit. alla nota 4).

7 — Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585).

8 — GU L 199, pag. 84.

9 — GU L 134, pag. 1.

b) assegnati da un'impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l'esercizio di attività ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un'impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori,

sempreché almeno l'80 % della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese».

III — Fatti e procedimento

9. Il 22 settembre 2003 il comune di Busto Arsizio ha indetto una gara per la fornitura di energia, nonché per la manutenzione, l'adeguamento e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici a servizio degli edifici comunali (l'importo a base d'asta di EUR 8 450 000 oltre ad IVA era ripartito in EUR 5 700 000 per la fornitura di combustibili — gasolio per 4/5 e metano per 1/5 — EUR 1 000 000 per la manutenzione ed EUR 1 750 000 per la riqualificazione e la messa a norma).

10. Il comune di Busto Arsizio (in prosieguo: il «Comune») ha deciso, con deliberazione 21 novembre 2003, n. 804, di sospendere la procedura di gara fino al 10 dicembre 2003, in attesa di una eventuale decisione circa l'affidamento diretto dell'appalto. La ricorrente Carbotermo s.p.a. (in prosieguo: la «Carbotermo») ha presentato la propria offerta in data 22 novembre 2003. Il consorzio Alisei (in prosieguo: l'«Alisei») ha predisposto l'offerta tecnica, senza tuttavia presentarla entro il termine originariamente previsto del 24 novembre 2003, avendo ricevuto in data 21 novembre 2003 la nota del Comune che comunicava la sospensione della gara fino al 10 dicembre 2003, ed in seguito l'avviso della revoca della gara.

11. Con deliberazione 10 dicembre 2003, n. 857, il Comune ha revocato la gara, riservandosi di affidare in seguito direttamente l'appalto alla AGESP s.p.a. (in prosieguo: la «AGESP»).

12. La AGESP è controllata al 100% dalla AGESP Holding s.p.a. [10], che è a sua volta una società per azioni, il cui capitale appartiene per il 99,98 % al Comune [11]. Le quote restanti sono nelle mani di alcuni comuni confinanti, nella medesima provincia.

13. Il 18 dicembre 2003 l'appalto in questione è stato affidato direttamente alla AGESP.

14. La Carbotermo e l'Alisei hanno impugnato tali deliberazioni dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. Il TAR ha riunito i ricorsi e, con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta il 9 agosto 2004, ha proposto le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se sia compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98p%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98 % dalla Pubblica Amministrazione;

2) se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE, e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante, o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.

10 — Ai sensi dell'art. 7 dello statuto dell'AGESP «nessun socio, ad eccezione della società controllante AGESP Holding s.p.a., può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società».

11 — Ai sensi dell'art. 6 dello statuto della AGESP Holding s.p.a., la maggioranza delle azioni è riservata al Comune.
Ai sensi dell'art. 7 dello statuto della AGESP Holding s.p.a., «nessun socio privato può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società».

IV — Sulle questioni pregiudiziali

15. Tutte e due le questioni pregiudiziali riguardano in sostanza i due presupposti cumulativi che consentono a determinati appalti quasi in house di essere sottratti alla direttiva 93/36 (la c.d. «eccezione Teckal», o i «requisiti Teckal»): un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e lo svolgimento della parte più importante della propria attività a favore di chi detiene le quote. Se tali presupposti sussistono, non sono applicabili le disposizioni della direttiva, tra le quali l'obbligo di seguire specifiche procedure.

16. Va chiarito che nel presente procedimento è rilevante la vecchia disciplina normativa, non la nuova (quella del c.d. «pacchetto legislativo»).

V — Osservazioni preliminari

17. Il presente procedimento, come anche quelli precedenti, dimostra che i requisiti Teckal consistono in un insieme di concetti indeterminati, che hanno comportato tutta una serie di problemi giuridici e di distinzioni problematiche. Sulla base di tale esperienza si pone il problema di come la Corte possa garantire la massima chiarezza giuridica e, in tal modo, la massima certezza del diritto per gli interessati: una possibilità potrebbe essere quella di non raffinare la propria giurisprudenza solo con riferimento a casi specifici, ma di precisarla in termini più generali di quanto fatto sino ad ora. Un'altra possibilità potrebbe essere quella di superare le incertezze introdotte con l'eccezione Teckal attraverso una completa revisione della propria giurisprudenza. Nel novembre 1999 la Corte, con la sentenza Teckal, ha aperto le porte ad eccezioni alla direttiva. Resta però non chiaro quanto tale spiraglio sia largo.

18. Proprio il presente procedimento indica che tale situazione ha effetti anche sui supremi giudici nazionali, come il Consiglio di Stato italiano. Stando all'ordinanza di rinvio, le linee guida fissate dal Consiglio di Stato per gli appalti quasi in house si rifanno ad una decisione della Corte [12]. A prescindere dalla questione dell'aderenza di tale giurisprudenza a quella della Corte, resta il fatto che il procedimento principale, come altri in diversi Stati membri, dimostra che, evidentemente, la giurisprudenza della Corte non fornisce alcuna chiara indicazione per gli ambienti economici interessati e per i giudici degli Stati membri.

12 — Ordinanza nella causa C-310/01 (cit. alla nota 5).

19. Per rendere possibile alla Corte una scelta tra le diverse opzioni, nel prosieguo preciserò in termini più generali, nonostante i dubbi espressi, l'eccezione Teckal. Alla Corte resta comunque sempre aperta l'altra opzione.

VI — Primo requisito: controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio

20. Il presente procedimento presenta varie particolarità, che lo distinguono nel suo insieme da altre cause, pendenti o già decise, in materia di c.d. «Public-Private-Partnerships».

21. A differenza che nella vicenda esaminata nella causa Stadt Halle, qui manca, a quanto risulta dagli atti, una partecipazione di imprese private. Inoltre, nel presente procedimento è in gioco uno strumento societario diverso da quello della causa Stadt Halle, e cioè una società per azioni. A differenza che nelle cause Parking Brixen [13] e Teckal, in questo caso l'appalto non è andato ad una società figlia, ma ad una «nipote» dell'ente locale.

13 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7).

A — *Valutazione giuridica delle partecipazioni indirette*

22. Il primo elemento che connota la vicenda che deve essere esaminata nel presente procedimento è la circostanza, analoga a quella della causa Stadt Halle, che l'appalto non è andato direttamente al soggetto a cui l'ente locale direttamente partecipa.

23. In tale contesto si pone il problema dell'applicabilità in via di principio dei criteri Teckal a situazioni di partecipazione indiretta; in altri termini, se siano sottratte alle regole delle direttive sugli appalti anche fattispecie in cui l'ente pubblico a favore del quale è svolta la prestazione partecipa al soggetto interessato solo tramite un'altra società.

24. La Commissione e il governo polacco respingono recisamente tale ipotesi, per ragioni di principio.

25. Dalla giurisprudenza della Corte non si può trarre alcuna indicazione conclusiva. Ciò

vale anche dopo la sentenza nella causa Parking Brixen.

26. A favore della generale applicabilità dei criteri Teckal anche nei casi di partecipazione indiretta depone il fatto che la Corte, nella causa Stadt Halle, ha appunto verificato la sussistenza dei presupposti per entrambi i criteri Teckal. Se ne potrebbe inferire un implicito riconoscimento di principio.

27. Il testo della sentenza Stadt Halle sembra però fornire un'indicazione opposta. Al punto 49 è affermato quanto segue: «(...) realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano». Se ne potrebbe dedurre che lo scambio di prestazioni deve avvenire direttamente tra l'amministrazione aggiudicatrice, detentrice delle quote, e il soggetto di cui l'amministrazione aggiudicatrice possiede le quote.

28. Poiché tuttavia tale diversa interpretazione si riferisce espressamente al secondo criterio, cioè allo svolgimento della parte principale della propria attività, se ne potrebbe in realtà concludere che la sentenza Teckal non contiene alcuna esplicita indicazione sulla possibilità che anche partecipazioni indirette possano soddisfare il primo criterio.

29. D'altra parte, il fatto che alla base della causa Teckal vi fosse una partecipazione di più enti pubblici, e che la Corte abbia implicitamente riconosciuto simili situazioni, introducendo i c.d. requisiti Teckal, depone invece nel senso che in via di principio anche le partecipazioni indirette possono essere comprese. Il presupposto è però che il requisito del controllo sia rispettato a tutti i livelli di partecipazione.

30. Tale criterio è soddisfatto, stando alla sentenza Parking Brixen, se sussiste una «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti». A tal fine è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti [14]. D'altra parte, secondo tale sentenza non sembra necessario che tale influenza sia anche concretamente esercitata.

B — *Valutazione giuridica delle imprese partecipate da più enti pubblici*

1. In generale

31. La vicenda del procedimento principale presenta anche un'altra particolarità che la

14 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 65.

distingue da quella alla base della sentenza Stadt Halle. Nel presente procedimento non siamo in presenza di un ente misto pubblico-privato, ma di un soggetto, o meglio della sua società controllante, del quale non fanno parte imprese private. Ciò non risulta dall'ordinanza di rinvio, ma dagli altri atti di causa. Peraltro la partecipazione di altri soggetti riguarda solo lo 0,02 %. Poiché tale quota residua è in possesso di altri comuni, e quindi di soggetti pubblici, siamo in presenza di un'impresa partecipata da più enti pubblici, ovvero di una c.d. «Public-Public-Partnership».

32. Se si contestualizza la situazione del procedimento in esame nella giurisprudenza elaborata dalla Corte fino ad oggi, risulta il quadro seguente. Da un lato vi è una chiara differenza rispetto alla causa Stadt Halle, al centro della quale era un soggetto pubblico-privato, dall'altro appare chiara la prossimità alla vicenda Teckal, che ruotava attorno ad un soggetto le cui quote erano detenute da più enti pubblici. Infatti il soggetto che in tale secondo caso doveva effettuare eseguire l'appalto di fornitura, l'AGAC, possedeva sì una propria personalità giuridica, ma era il prodotto dell'iniziativa di più comuni.

33. A favore dell'applicabilità dell'eccezione Teckal a soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici depone, oltre alla sentenza Teckal, come già esposto, anche il fatto che per la Corte, nella causa Stadt Halle [15], l'elemento decisivo è stata la considerazione che le imprese private perseguono fini differenti rispetto a quelli degli enti locali.

34. Nel presente procedimento vi è però soltanto una partecipazione di comuni, e non vi sono interessi di privati. Poiché i comuni perseguono fini di pubblico interesse, quanto meno ad un primo esame si potrebbe concludere che il requisito del controllo è rispettato perfino nella sua interpretazione più rigorosa. Ciò è senza dubbio vero qualora si interpreti il requisito della coincidenza degli interessi [16] nel senso che esso è garantito già dall'assenza di interessi privati. D'altra parte non è escluso, ed è anzi confermato dalla partecipazione dei comuni alla vita economica, che i comuni possano anche perseguire interessi diversi. In un simile caso la coincidenza degli interessi non esiste più.

35. Non si può infine ignorare il fatto che nella causa Teckal la questione riguardava una c.d. «azienda municipalizzata», e non una società per azioni, come nel presente caso. Sul significato della forma societaria si ritornerà più avanti.

15 — Sentenza nella causa C-26/03 (cit. alla nota 4), punto 50.

16 — Cfr. il ragionamento dell'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni 1° marzo 2005 nella causa C-458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafi 74 e segg..

36. La risposta alla questione relativa al modo di considerare i soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici deve però essere data anche alla luce dei principi interpretativi esplicitamente affermati nella sentenza Stadt Halle, in base ai quali ogni eccezione all'obbligo di applicare le disposizioni comunitarie deve essere interpretata restrittivamente [17].

37. Anche nella sentenza Stadt Halle, in cui pure non si trattava di una partecipazione di più soci, la Corte ha avvalorato la sostanziale applicabilità dell'eccezione Teckal a soggetti con più soci. Ciò si può ricavare dal fatto che la Corte [18] non solo ha ripreso letteralmente l'eccezione Teckal, ma ha anche ricordato che nella causa Teckal il soggetto era controllato da «autorità pubbliche». Qui dunque la Corte ha utilizzato la pluralità di soci non solo in riferimento al secondo criterio dell'eccezione Teckal.

38. Ne consegue dunque che, in via di principio, anche i soggetti che hanno più soci possono ricadere nell'eccezione Teckal.

39. Per poter ricorrere all'eccezione Teckal anche nel presente caso è però necessario fare ancora un altro passo, poiché qui ci si trova anche in presenza di una partecipazione indiretta. A mio parere, anche in un simile caso non si può escludere a priori, in via generale ed astratta, l'applicabilità dell'eccezione Teckal.

40. È invece necessario verificare in concreto se il criterio del controllo sia rispettato. In proposito, va tenuta a mente l'indicazione formulata dalla Corte nella causa Parking Brixen. Si tratta di verificare se l'entità controllata disponga soltanto di una limitata autonomia [19], in particolare nei confronti dei soci [20].

41. Poiché in questo caso, ai sensi dello statuto, sussiste la possibilità della partecipazione di soggetti privati, sotto il profilo del criterio del controllo è necessario verificare se una futura apertura del capitale sociale a privati possa avere un rilievo giuridico.

42. Relativamente all'apertura del capitale sociale a privati è possibile distinguere il caso in cui una partecipazione di privati sia soltanto legalmente possibile da quello in cui essa sia giuridicamente obbligatoria. Per quanto riguarda il primo caso, si potrà poi

17 — Sentenza nella causa C-26/03 (cit. alla nota 4), punto 46.
18 — Sentenza nella causa C-26/03 (cit. alla nota 4), punto 49.
19 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 70.
20 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 68.

ulteriormente distinguere a seconda che di tale possibilità si sia poi realmente fatto uso — in tal caso la situazione della preventiva apertura a privati, come nel caso Stadt Halle, è fuori discussione fin dall'inizio — oppure no.

43. A tale proposito la Commissione ha sostenuto che anche una partecipazione solo potenziale di privati, come quella prevista dallo statuto di una società di capitali, depone nel senso di una mancata soddisfazione del criterio del controllo.

44. Contro tale posizione estrema, sostenuta dalla Commissione, militano innanzitutto considerazioni di principio. In tal modo la qualificazione giuridica di piani di cooperazione tra pubblico e privato dipenderebbe da semplici *possibili* futuri sviluppi. Che questi si verifichino *effettivamente* diverrebbe invece irrilevante. Un tale approccio è inusuale rispetto al sistema delle direttive sugli appalti. Inoltre, secondo il diritto dello Stato membro interessato potrebbe anche essere vietato proibire, nello statuto, il trasferimento di quote a privati.

45. D'altra parte il principio della protezione dagli abusi, che permea le direttive in materia di appalti, richiede, viceversa, che siano tenuti in considerazione determinati eventi che si dovessero verificare dopo l'assegnazione dei servizi, vale a dire dopo l'aggiudicazione. Ciò riguarda in particolare il caso in cui al momento dell'affidamento un'apertura non sia ancora avvenuta, ma sia già in concreto programmata.

46. Ci si può chiedere se la sentenza Parking Brixen modifichi qualcosa in tale valutazione. A favore di una risposta negativa depone il fatto che lì, al contrario che nel caso presente, l'apertura della società al capitale esterno era necessariamente prevista, ed ha costituito soltanto uno dei cinque elementi fondamentali per la decisione [21]. Ciò non esclude ancora, tuttavia, che già l'apertura possibile — anche se solo insieme ad altre particolarità che caratterizzano la situazione oggetto del procedimento principale — possa condurre al fatto che, qui, non sia raggiunta la soglia minima di controllo. È dunque necessario ancora esaminare tali particolarità, e il loro significato per il controllo.

47. A tale proposito è necessario richiamare la situazione alla base di un procedimento d'infrazione contro la Repubblica d'Austria [22], e la valutazione giuridica che ne ha di recente fatto la Corte.

21 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

22 — Sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705).

48. Nella causa Commissione/Austria la questione era quella dell'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti, da parte della città di Mödling, ad una società a responsabilità limitata, dunque da parte di un comune ad una società controllata al 100 %. Circa due settimane dopo l'affidamento del servizio l'amministrazione comunale aveva deciso di cedere il 49 % delle quote ad un'impresa privata. Tale cessione aveva a sua volta luogo dopo altre due settimane circa. Qualche settimana più tardi era iniziato lo svolgimento del servizio affidato.

49. Nella relativa sentenza, del 10 novembre 2005, la Corte ha affermato che tutte le fasi devono essere considerate nel loro insieme e in funzione del loro obiettivo, e non isolatamente [23]. Ciò significa che devono essere tenuti in considerazione anche gli sviluppi successivi all'aggiudicazione del servizio, come la Corte ha in quel procedimento anche affermato in modo esplicito [24]. Lì però, a differenza che nel presente caso, si trattava di sviluppi *effettivamente* verificatisi: in particolare, era stato già fatto uso della possibilità di aprire la società a partecipazioni private. Ciò era già avvenuto nel momento in cui la Corte si è pronunciata sulla vicenda.

50. Nel presente procedimento invece non risulta dagli atti se — ed eventualmente quando — si sia avuta una cessione di quote a privati, né che si siano elaborati piani in tal senso. In tale prospettiva né la sentenza Parking Brixen né quella Commissione/Austria forniscono una chiara indicazione del fatto che la semplice *possibilità* di apertura della società a privati possa essere sufficiente.

51. Si può pertanto concludere che la giurisprudenza, ad oggi, non esclude necessariamente dall'eccezione Teckal gli appalti affidati a soggetti partecipati da più enti pubblici. Si devono quindi vedere ora le caratteristiche che tali situazioni devono presentare.

2. Le specifiche condizioni

52. Le condizioni necessarie affinché un appalto affidato ad un soggetto partecipato da più enti pubblici possa ricadere nell'eccezione Teckal si riferiscono al rapporto tra il soggetto interessato e i soggetti pubblici che direttamente o indirettamente ne detengono le quote.

23 — Sentenza nella causa C-29/04 (cit. alla nota 22), punto 41.
24 — Sentenza nella causa C-29/04 (cit. alla nota 22), punto 38.

53. Va innanzitutto respinto l'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale l'eccezione Teckal riguarderebbe soltanto i casi di «delegazione interorganica (o interorganizzativa)» e di articolazioni della struttura organizzativa di un ente locale. Nella giurisprudenza della Corte non si rinviene alcun riferimento a tali categorie.

54. In generale in tale ambito la Corte, in particolare anche nella sentenza Parking Brixen, muove da considerazioni di tipo sostanziale, e non formale. Bisogna quindi esaminare, come si vedrà meglio più avanti, la struttura dei rapporti tra i soci. Andranno specificamente esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato [25].

55. Nel presente caso il soggetto che deve svolgere il servizio non è, come nella sentenza Stadt Halle, una società a responsabilità limitata di diritto tedesco, ma una società per azioni di diritto italiano.

56. Sono qui applicabili le disposizioni rilevanti del codice civile italiano.

57. Vi è una differenza anche rispetto al soggetto preso in esame nella causa Teckal. Mentre lì la forma giuridica era quella dell'azienda municipalizzata, qui siamo in presenza di un soggetto, la AGESP, che era tale in origine, ma che è stata trasformata in società per azioni con deliberazione 24 settembre 1997, n. 148.

58. Anche secondo il diritto italiano le società per azioni dispongono in generale di autonomia più ampia delle società a responsabilità limitata.

59. A mio giudizio un esame astratto delle possibilità di influenza dei soci sulle società per azioni in base al codice civile e della loro capacità di influire sulle relative società controllate non è sufficiente. Come ho già indicato, si tratta invece di esaminare la concreta configurazione dei rapporti tra la società «nonna» e la società madre, nonché tra la società madre e la società figlia [26].

25 — Così nella sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punti 66 e segg.

26 — Cfr. le mie conclusioni nella causa C-26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 65.

60. La forma giuridica della società per azioni, ad esempio di quella secondo il diritto italiano, di per sé non crea problemi. Ciò si ricava del resto anche dalla sentenza Parking Brixen, che riguarda proprio una società per azioni di diritto italiano. Già dal fatto che per la Corte tale elemento non sia stato sufficiente per affermare l'autonomia della società, e quindi l'assenza del controllo, si ricava che la forma giuridica della società per azioni di diritto italiano, di per sé, non esclude l'esistenza di un sufficiente controllo.

61. D'altra parte, la trasformazione di un'azienda municipalizzata in una società per azioni è quantomeno una delle varie circostanze di cui va tenuto conto per valutare l'autonomia [27].

62. Per valutare la configurazione concreta occorre in ogni caso fare riferimento ai poteri effettivamente spettanti ad ogni socio, e non al loro effettivo esercizio nella prassi [28]. Tale principio è stato ora confermato dalla Corte nella sentenza Parking Brixen, in cui essa ha esaminato lo statuto della società per azioni in oggetto [29].

63. Inoltre i diritti di controllo del socio o dei soci non devono necessariamente riguardare soltanto le decisioni di aggiudicazione degli appalti in generale o il singolo specifico affidamento [30], ma devono estendersi alla gestione della società in generale.

64. Quanto ai mezzi per esercitare il controllo, in genere si tratta di poteri direttivi, ispettivi e di nomina. Sul punto occorre muovere dal principio secondo il quale si guarda alla possibilità di esercitare un'influenza, e non soltanto alle disposizioni normative [31].

65. In conclusione, bisogna ancora fare riferimento all'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale la valutazione di una procedura di affidamento e l'utilizzo dell'eccezione Teckal dipendono dal comportamento delle parti, vale a dire del soggetto controllante e del soggetto controllato, in occasione del singolo specifico appalto.

66. Si potrebbe così, sulla base del comportamento delle parti — in primo luogo del soggetto partecipato da più enti pubblici —

27 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

28 — Cfr. le mie conclusioni nella causa C-26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 76.

29 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punti 66 ff.

30 — Cfr. le mie conclusioni nella causa C-26/03 (sentenza cit. alla nota 4), paragrafo 77.

31 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 65.

nella procedura di appalto, valutare il loro grado di autonomia rispetto all'ente aggiudicatore.

67. Nel presente procedimento si è fatto essenzialmente riferimento al contenuto del contratto. In particolare, secondo questa tesi si dovrebbe valutare, quale indizio dell'autonomia della AGESP, la penale prevista nel contratto per il caso del mancato raggiungimento di determinati obiettivi.

68. Poiché il criterio del controllo si riferisce alla capacità di influenzare la gestione della società nel suo complesso, il comportamento tenuto dal soggetto da valutare nell'ambito di una concreta procedura di appalto può non essere decisivo. Ciò potrebbe infatti in particolare condurre ad una situazione in cui il medesimo soggetto ricade nell'eccezione Teckal in una procedura di affidamento e non vi ricade in un'altra. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte non si ricava un tale metodo valutativo «caso per caso». Al contrario, la qualificazione del rapporto, e quindi la sussistenza del criterio del controllo, è ricondotta dalla Corte ad elementi che caratterizzano i soggetti interessati.

69. In concreto, per valutare se le disposizioni generali ed astratte del diritto nazionale e la concreta configurazione dello statuto della società interessata, in questo caso in particolare l'art. 19, consentano un controllo sufficiente, è necessario esaminare una fattispecie concreta. Questa valutazione però, così come l'interpretazione del diritto nazionale, ai sensi della ripartizione di competenze di cui all'art. 234 CE non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale.

C — *Conclusioni intermedie*

70. Il criterio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici. La valutazione del caso concreto oggetto del procedimento principale spetta al giudice nazionale. Egli deve valutare la situazione sulla base dei seguenti elementi:

— gli interessi dei detentori delle quote;

— la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;

— la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;

— la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;

— l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;

— i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché

— la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

71. Naturalmente la Corte potrebbe anche in questo caso — come già nelle cause Stadt Halle e Parking Brixen – dare già una valutazione conclusiva di una vicenda come quella oggetto del procedimento principale. Poiché la situazione che si è esposta coincide largamente con quella della causa Parking Brixen [32], a cui si aggiunge qui la partecipazione indiretta, si potrebbe concludere — sulla base della giurisprudenza formatasi fino ad oggi, da molti considerata troppo rigorosa — che nella situazione di cui alla causa principale non sia soddisfatto il primo criterio, vale a dire quello del controllo sufficiente, analogo a quello esercitato sui propri servizi.

72. Se invece la Corte ritenesse di cogliere l'occasione per precisare ulteriormente la propria giurisprudenza affermando che almeno alcune partnership di enti pubblici possono soddisfare il requisito del controllo, e pervenisse alla conclusione che è quanto avviene anche nel caso in esame, la Corte avrebbe la possibilità di chiarire — per la prima volta — il secondo criterio Teckal, vale a dire quello della prevalenza.

VII — Secondo requisito: svolgimento prevalente della propria attività a favore del titolare delle quote

73. A differenza che per il primo, per il secondo criterio Teckal non esiste una giurisprudenza della Corte, successiva a tale sentenza, che lo abbia precisato. Il presente procedimento offre ora alla Corte l'occasione di farlo.

74. Il procedimento principale riguarda peraltro una situazione in cui al primo

32 — Sentenza nella causa C-458/03 (cit. alla nota 7), punto 67.

livello, vale a dire tra il Comune e la AGESP Holding, vi è una partecipazione quasi del 100 %, e al secondo livello, cioè tra la AGESP Holding e la AGESP, una partecipazione del 100 %.

75. Come già nella causa Stadt Halle, anche qui si ha un caso di partecipazione indiretta. Si tratta dunque di verificare se anche l'attività di una «società nipote» a favore della «nonna» possa essenzialmente soddisfare il secondo requisito Teckal.

A — *Ipotesi di partenza*

76. Poiché la Corte, nella sentenza Stadt Halle, a causa dell'interpretazione che ha scelto per il primo criterio, non ha dovuto affrontare l'analisi del secondo, è ora logico che io riprenda quanto ho affermato nelle mie conclusioni in quella causa.

77. Il secondo criterio indicato nella sentenza Teckal, relativo alla prevalenza, riguarda una determinata quota minima delle attività svolte nel complesso dal soggetto controllato. Di conseguenza, si tratta di accertare la portata delle attività complessivamente svolte nonché di quelle svolte, in senso ampio, per l'ente titolare delle quote.

78. Tuttavia, a questo proposito, occorre osservare che dalla circostanza che la nozione di ente titolare delle quote non va interpretata in senso troppo restrittivo non si può concludere che in essa siano incluse anche attività prestate a favore di terzi, che però l'ente stesso dovrebbe altrimenti fornire. Nella pratica ciò riguarda innanzi tutto i servizi di interesse generale e nella fattispecie segnatamente le amministrazioni comunali, sulle quali grava l'obbligo di fornire determinate prestazioni nei confronti di determinati soggetti.

79. Occorre inoltre chiarire che assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura le attività che il soggetto controllato è obbligato a svolgere [33].

80. Orbene, la questione fondamentale è a partire da quale percentuale venga raggiunta la soglia di applicabilità del secondo criterio Teckal. A questo riguardo ci sono diverse tesi, e nel ventaglio di soluzioni proposte la quota necessaria va da più del 50 % a «considerevole», «decisamente prevalente», «quasi esclusiva», fino ad «esclusiva».

33 — Conformemente alle mie conclusioni anche l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni 1° marzo 2005 nella causa C-458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafo 81.

81. Quanto alla soglia, oltre ad un approccio positivo, consistente nel determinare la portata delle prestazioni fornite all'ente che detiene le quote, viene propugnato anche un approccio negativo. Secondo tale approccio negativo occorrerebbe considerare l'entità della quota di prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente detentore delle quote. Quest'ultima tesi è quella sostenuta nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE. L'avvocato generale sostiene che «la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali *diversi* da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice» [34]. Tuttavia, alla luce dell'approccio positivo scelto per il secondo criterio nella causa Teckal, nel caso di specie non occorre soffermarsi ulteriormente sull'approccio negativo.

82. Nondimeno, dal brano citato delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger emerge un altro aspetto rilevante da prendere in considerazione nell'ambito della determinazione della quota.

83. Si pone infatti la questione di capire se il secondo criterio Teckal consenta solo un metodo di valutazione quantitativo o se invece occorra tener conto anche di elementi qualitativi. Quest'ultima tesi è corroborata dalla lettera e dal senso dell'eccezione stessa, che non fornisce neppure alcuna indicazione circa il modo di valutare le attività. Nemmeno la versione autentica del corrispondente passaggio della sentenza Teckal, vale a dire la versione italiana, esclude un metodo di valutazione qualitativo, in aggiunta o in alternativa («la parte più importante della propria attività»).

84. Del resto, la sentenza Teckal non contiene neppure alcuna indicazione circa il metodo di calcolo della quota. Pertanto, non è scontato che a tal fine assuma rilievo esclusivo il fatturato.

85. Il giudice nazionale deve dunque accertare, a mio parere, quale sia la «parte più importante delle attività» sulla base di elementi quantitativi e qualitativi.

86. A questo proposito va ricordato che la versione facente fede delle conclusioni è quella nella lingua scelta dall'avvocato generale. Pertanto, dalle conclusioni dell'avvocato generale Léger emerge il seguente quadro: da un lato, l'avvocato generale si fonda sulla «quasi-exclusivité» delle prestazioni fornite, mentre nella versione tedesca si incontra l'espressione «sämtliche Dienstleistungen» (tutte le prestazioni di servizi) [35]. Dall'altro, l'avvocato generale fa leva sulla versione del

34 — Conclusioni dell'avvocato generale Léger 15 giugno 2000 nella causa C-94/99, ARGE Gewässerschutz (Sentenza 7 dicembre 2000, Racc. pag. I-11037), paragrafo 93 (il corsivo è mio).

35 — Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C-94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 74.

secondo criterio Teckal nella lingua processuale, che è l'italiano, e usa le espressioni «en grande partie», che nella versione tedesca viene resa con «im Wesentlichen» (sostanzialmente) [36], o «la plus grande partie de leur activité» («den größten Teil ihrer Tätigkeit», la maggior parte della propria attività) [37].

87. Per concretizzare ulteriormente, viene richiamata in dottrina, ma anche in procedimenti dinanzi alla Corte, la regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38. A motivazione di tale proposta è stato addotto il carattere «oggettivo» o «congruo» della regola suddetta.

88. A questo riguardo va osservato che anche un'altra percentuale fissa potrebbe essere oggettiva o congrua. Tuttavia, come evidenziato da alcune parti nel presente procedimento pregiudiziale, ho già sottolineato nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle come la rigidità di una percentuale fissa possa anche costituire un ostacolo per una soluzione corretta. Inoltre essa non consente di prendere in considerazione elementi che non siano quantitativi.

89. Alla trasponibilità della regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38 osta in primo luogo la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori. La valutazione ivi contenuta è circoscritta, conformemente alla volontà del legislatore comunitario, alla medesima direttiva. Seppure il concetto di fondo dovesse essere praticamente applicabile anche al di fuori dei settori esclusi dal regime generale, è tuttavia determinante il fatto che una siffatta disciplina non è stata adottata invece nella direttiva applicabile nel caso di specie.

90. In secondo luogo, chi sostiene l'applicabilità della soglia dell'80 % trascura il fatto che l'art. 13 della direttiva 93/38 vale soltanto per le prestazioni di servizi. In quanto disposizione eccezionale essa non può essere applicata agli appalti di forniture nell'ambito dei settori esclusi dal regime generale neanche in via analogica. Solo la modifica intervenuta con il pacchetto legislativo ne ha previsto l'estensione alle forniture [38].

91. In terzo luogo, il legislatore comunitario, anche in occasione della riformulazione delle direttive nell'ambito del c.d. pacchetto legislativo ha conservato la soglia dell'80 % solo per i settori esclusi dal regime generale, evitando di estenderla all'ambito della c.d.

36 — Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C-94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 81.

37 — Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa C-94/99 (cit. alla nota 34), paragrafo 83.

38 — Art. 23 della direttiva 2004/17/CE, cit. alla nota 9.

direttiva classica. Eppure quando è intervenuta la nuova disciplina il secondo criterio Teckal era già noto, ed è stato anzi oggetto di discussioni nel corso del procedimento legislativo.

92. In quarto luogo, un ulteriore motivo osta ad un'applicazione analogica dell'art. 13 della direttiva 93/38. Infatti, il n. 2 di detto articolo impone agli enti aggiudicatori di fornire alla Commissione, dietro sua richiesta, talune informazioni. Questa disposizione funge da contrappeso procedurale all'eccezione disciplinata dall'art. 13. Tuttavia, nel caso dell'eccezione Teckal la Corte ha preso un'altra direzione.

93. In quinto luogo, già solo il fatto che la Corte non abbia definito il secondo criterio Teckal richiamando la direttiva 93/38, ad essa certamente nota, depone contro la trasferibilità della regola. La Corte si è invece accontentata di due presupposti di fatto diversi dall'art. 13, e cioè i due criteri Teckal. Tali presupposti devono peraltro, in assenza di una norma procedimentale comparabile a quella di cui all'art. 13, essere interpretati restrittivamente.

94. Si deve quindi in definitiva ritenere che la soglia dell'80 % di cui alla direttiva 93/38 non costituisca un parametro per determinare la prevalenza dell'attività svolta [39].

B — *Sviluppi dell'ipotesi alla luce della giurisprudenza più recente*

95. Il requisito della prevalenza, in quanto presupposto per l'applicazione di un'eccezione, deve essere interpretato restrittivamente. Ciò è stato confermato dalla Corte quando essa ha affermato, al punto 63 della causa Parking Brixen, quanto segue:

«Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpreta-

39 — Per quanto riguarda la dottrina di tale avviso, nel frattempo divenuta maggioritaria: Meinrad Dreher, «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau* 2002, pag. 245 (253); Wolfram Krohn, «"Aus" für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen», *NZBau* 2005, pag. 92 (95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, pag. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, «Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte», *NJW* 2005, pag. 2264 (2265 s.); Wolfgang Jaeger, «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», in: Büdenbender/Kühne/Baur (a c. di), *Das neue Energierecht in der Bewährung; Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, pag. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, «Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», *Vergaberecht* 2005, pag. 590 (601); Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, pag. 237 (249), il quale correttamente rileva che la direttiva 93/38 vale anche per imprese private; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, «Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», *Vergaberecht* 2005, pag. 145 (148), che mettono in dubbio la conformità al diritto comunitario della formula dell'80 %.

zione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene».

96. Tali indicazioni devono essere osservate anche nel presente procedimento.

97. Io sostengo inoltre — come già nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle [40] — che la «parte più importante dell'attività» deve essere verificata non solo sulla base di criteri quantitativi, ma anche qualitativi [41].

98. Per quanto riguarda gli elementi *qualitativi*, sarebbe necessario verificare come e a favore di chi il soggetto controllato in esame svolge la propria attività. A tale proposito è determinante il fatto che esista un mercato per l'attività del soggetto, e che questo offra su tale mercato una parte delle prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente controllante [42].

99. Ciò non deve tuttavia essere inteso nel senso che le prestazioni fornite dal soggetto interessato devono essere richieste per forza anche da soggetti non pubblici. Il fatto che per un determinato bene o servizio vi siano soltanto *richiedenti* pubblici ancora non significa che non vi sia un mercato. Ci possono infatti essere altri *offerenti*. Così, la valutazione degli aspetti qualitativi non dipenderebbe soltanto dal rapporto tra il soggetto offerente e quello che lo controlla, ma piuttosto, in linea con gli obiettivi concorrenziali della normativa sugli appalti, anche dalla loro posizione economica sul mercato. In tal modo ci si accosterebbe all'ipotesi nella quale, in base alle direttive, è possibile procedere a trattativa senza pubblicazione del bando, e cioè nei casi in cui solo un operatore economico è in grado di eseguire l'appalto [43].

40 — Conformemente alle mie conclusioni anche l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nella causa C 458/03 (sentenza cit. alla nota 7), paragrafo 83.

41 — Nello stesso senso: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, pag. 103 e segg.; Holger Schröder, «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau* 2005, pag. 127 e segg.; Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, pag. 237 (248).

42 — Si fa rinvio in proposito alla definizione normativa contenuta all'art. 1, n. 8, primo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), nonché all'art. 1, n. 7, primo comma, della direttiva 2004/17 (cit. alla nota 9).
Nella direttiva applicabile qui manca una definizione analoga, con riferimento esplicito al mercato.

43 — V. ora art. 31, n. 1, lett. b), della direttiva 2004/18, e art. 40, n. 3, lett. c), della direttiva 2004/17.

100. È inoltre indispensabile chiarire se si deve fare riferimento solo alle attività effettivamente esercitate o invece anche allo scopo dell'impresa — ad esempio l'oggetto sociale in base allo statuto — vale a dire a tutte le attività che il soggetto potrebbe esercitare. Anche se la normativa sugli appalti fa talvolta riferimento agli scopi di un'impresa, una tale impostazione renderebbe ancora più difficile la stima della prevalenza, poiché per potenziali — e non certe — future attività non sarebbe possibile dare al momento indicazioni affidabili.

101. Ci si deve inoltre chiedere se abbiano rilievo soltanto alcune specifiche attività dell'impresa, oppure tutte. Si potrebbe in effetti anche intendere il requisito della prevalenza nel senso che si deve guardare soltanto a quelle attività che devono essere fornite anche al soggetto controllante, come la fornitura di energia: resterebbero quindi escluse altre attività svolte dall'impresa, come lo smaltimento dei rifiuti, e sarebbe determinante solo la quota nello specifico settore che interessa.

102. A mio parere già solo il fatto che si sia in presenza di un'eccezione al regime previsto dalla direttiva depone contro una simile interpretazione del secondo criterio Teckal. Ciò potrebbe infatti portare ad un incremento delle eccezioni alla direttiva, in tutti i casi in cui il requisito della prevalenza sia sì soddisfatto per uno specifico tipo di attività, ma non invece per tutte le attività dell'impresa.

103. Come sembra risultare necessario sia dal testo della sentenza Teckal che dalla vicenda alla base del procedimento, il requisito della prevalenza non può però essere considerato soddisfatto solo perché l'attività a favore di un detentore di quote supera la soglia della prevalenza; è invece necessario considerare l'insieme delle attività svolte per tutti i detentori di quote, insieme che deve poi essere posto in relazione con l'insieme di tutte le attività svolte.

104. Al punto 50 della sentenza Teckal anche la Corte ha utilizzato, con riferimento al secondo requisito, il plurale, affermando quanto segue:

«Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più impor-

tante della propria attività con l'ente o con *gli enti locali* che la controllano» [44].

105. Se si segue tale indicazione, non si guarderà soltanto alle prestazioni svolte a favore dell'ente controllante, cioè del comune di Busto Arsizio, ma anche a quelle erogate agli altri detentori di quote.

106. Per quanto riguarda l'aspetto *quantitativo*, non si deve guardare soltanto al fatturato. Devono invece essere considerati anche altri indicatori economici dell'impresa. In tal senso è possibile, come indicato nella seconda questione pregiudiziale, confrontare la somma dei proventi derivanti dalle attività a favore dei detentori di quote con la somma totale delle entrate. Peraltro, anche per la quota dei proventi totali va utilizzato lo stesso principio che vale per la quota del fatturato totale: non è sufficiente una semplice prevalenza sugli altri proventi. In entrambi i casi si resta fermi all'aspetto quantitativo.

44 — Il corsivo è mio.

107. Infine, relativamente al requisito della prevalenza, la Corte non ha precisato in quale momento tale requisito deve sussistere, o quale sia il periodo da prendere in considerazione nell'effettuare la valutazione.

108. In base al sistema previsto dalle direttive sugli appalti, si dovrebbe trattare del momento in cui l'ente aggiudicatore agisce, in questo caso affida l'appalto. Ciò conduce però ad una valutazione istantanea, a meno che non sia previsto — come nell'art. 13 della direttiva 93/38 — un arco di tempo più ampio.

109. Poiché la AGESP non svolge prestazioni soltanto per il Comune, ma anche per soggetti terzi nel territorio comunale, sia imprese che privati, si pone poi la questione di capire se, ed eventualmente a quali condizioni, anche prestazioni non erogate direttamente al Comune possano essere considerate prestazioni svolte per il Comune, cioè per l'ente controllante, ai sensi del secondo criterio Teckal.

110. A questo punto appaiono di nuovo chiare l'indeterminatezza del secondo criterio Teckal e la connessa incertezza giuridica per i soggetti interessati. Proprio ai fini di

una maggiore certezza del diritto è necessario un chiarimento.

111. A tale proposito è stata in particolare sollevata la questione del rilievo possibile del luogo in cui la prestazione è stata svolta. Seguendo tale impostazione, nel procedimento principale si dovrebbero prendere in considerazione solo le prestazioni svolte nel territorio del comune di Busto Arsizio. Un sufficiente legame territoriale rappresenta quantomeno un criterio adeguato di imputazione. Ciò dipende dal fatto che un simile legame svolge un ruolo essenziale anche per la definizione delle competenze degli enti pubblici, in particolare dei comuni. Sarebbe invece troppo restrittivo ritenere di dover considerare soltanto le prestazioni svolte a favore di persone residenti nel territorio del comune. Al contrario si potrebbero però considerare le prestazioni svolte al di fuori del comune, ma a beneficio di persone del comune, ad esempio perché il comune non offre direttamente tali prestazioni — per es. per ragioni di costi — e queste vengono effettuate da un soggetto al quale partecipano più comuni e/o una o più regioni.

112. Va anche evidenziato che, ai fini della classificazione, non è rilevante chi sia il destinatario della fattura relativa alla prestazione, o chi effettui il pagamento della prestazione. È tipico ad esempio dei servizi di interesse generale svolti in concessione che almeno una parte del corrispettivo provenga dai beneficiari dei servizi dell'ente. Penso in particolare qui alle concessioni per la costruzione di autostrade, previste nelle direttive, che si accompagnano alla riscossione di un pedaggio. Nella realtà comunale sono di grande importanza innanzitutto i trasporti, la fornitura di energia, lo smaltimento dei rifiuti nonché la costruzione, ed eventualmente anche la gestione, di strutture per la formazione o il tempo libero, nonché di parcheggi. In tali casi sarebbe necessario innanzitutto verificare che non si tratti di concessioni di servizi, alle quali, già per la loro natura, non si applica il regime della direttiva.

113. La Corte dovrebbe chiarire il secondo criterio Teckal indicando le condizioni al sussistere delle quali sono ricomprese anche le prestazioni a favore di terzi. Viene innanzitutto in considerazione il tipo di relazione esistente fra i terzi e il soggetto controllante, in questo caso dunque il comune. Una imputazione al comune è particolarmente verosimile nei casi in cui il comune è tenuto a fornire a terzi una prestazione. Non deve trattarsi necessariamente di un obbligo di prestare assistenza previsto normativamente, ad esempio da leggi regionali. Si potrebbe anche pensare ad obbligazioni di diritto privato, come quelle derivanti da un contratto di privati

con il comune. Sarebbe pure necessario chiarire se abbiano rilievo anche ulteriori vincoli contrattuali fra terzi e l'ente che fornisce le prestazioni. Anche in tal caso la risposta dovrebbe dipendere dall'esistenza, a fianco della prestazione materiale, di un rapporto giuridico tra il comune e il soggetto che fornisce le prestazioni.

115. Si deve dunque in sintesi affermare che è necessario guardare non soltanto alla qualità del terzo richiedente, ma anche al contenuto negoziale.

C — Conclusioni intermedie

116. Il criterio in base al quale il soggetto controllato deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo detengono può essere soddisfatto anche nei casi di imprese partecipate da più enti pubblici e di partecipazione indiretta. A tale proposito devono essere ascritte al soggetto controllante anche determinate prestazioni erogate a favore di terzi.

114. È comunque da rigettare la tesi secondo la quale va ricompresa ogni prestazione svolta a favore della popolazione dell'ente locale interessato, in questo caso il comune di Busto Arsizio. In tal modo verrebbero infatti incluse anche tutte le altre forniture effettuate a privati, prive di qualunque rapporto con il comune. Non si guarderebbe più al tipo di attività commerciale svolta. Se ad esempio un'impresa non si limitasse a fornire energia o smaltire rifiuti, ma vendesse anche determinati beni, come stufe o contenitori per i rifiuti, anche tali operazioni sarebbero ricomprese, pur trattandosi di beni che ogni consumatore potrebbe acquistare anche da altri fornitori. Un'interpretazione imperniata soltanto sulla qualità dei terzi che ricevono le prestazioni condurrebbe a ritenere ricompresa ogni prestazione svolta a favore degli utenti, solo in quanto residenti nel comune.

117. Nel presente procedimento il giudice nazionale deve a tal fine considerare una serie di elementi, tra i quali anche i proventi derivanti da attività svolte a favore degli enti controllanti, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38.

VIII — Conclusione

118. In conclusione, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali:

La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'affidamento diretto di un appalto in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, purché siano soddisfatte le condizioni seguenti.

In primo luogo, l'ente locale deve esercitare sull'altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Il giudice nazionale deve in proposito verificare i seguenti fattori:

— gli interessi dei detentori delle quote;

— la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;

— la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;

— la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;

— l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;

— i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché

— la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

In secondo luogo tale soggetto deve anche svolgere la parte più importante della propria attività per l'ente o gli enti locali che lo detengono. Il giudice nazionale deve al riguardo prendere in considerazione le circostanze indicate ai paragrafi 76-115, ivi compresi i proventi derivanti da attività svolte a favore dei detentori delle quote, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38/CEE.