SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

15 ottobre 2009 *

Nel procedimento C-196/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale della Sicilia con decisione 13 marzo 2008, pervenuta in cancelleria il 14 maggio 2008, nella causa

Acoset SpA

contro

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Lingua processuale: l'italiano.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

e nei confronti di:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), presidente della Seconda Sezione, facente funzione di presidente della Terza Sezione, dalla sig.ra P. Lindh, dai sigg. A. Rosas, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh, giudici,

avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer
cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 2 aprile 2009,

considerate le osservazioni presentate:

— per l'Acoset SpA, dagli avv.ti A. Scuderi e G. Bonaventura;

— per la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e a., dall'avv. N. Gentile;

— per il Comune di Vittoria (RG), dagli avv.ti A. Bruno e C. Giurdanella;

— per il governo italiano, dal sig. R. Adam, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

— per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo polacco, dal sig. M. Dowgielewicz, in qualità di agente;

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

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 2 giugno 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.

2 Detta domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che vede contrapposte l'Acoset SpA (in prosieguo: l'«Acoset») e la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (in prosieguo: la «Conferenza») e a., in merito all'annullamento da parte di quest'ultima della procedura di gara per la selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico-privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

La direttiva 2004/18

3 L'art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), dispone come segue:

«(…)

2. a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(…)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(…)

4. La “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.

(…)».

4 L’art. 3 della direttiva 2004/18 ha il seguente tenore:

«Se un’amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un’amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un’attività di servizio pubblico, l’atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell’ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

5 Ai sensi dell’art 7 della direttiva in parola:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici (…) il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(…)

b) 249 000 EUR:

— per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV ["Autorità governative centrali"],

(…)».

6 Il regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28), ha modificato l'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, nella versione risultante dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874 (GU L 326, pag. 17), sostituendo all'importo di EUR 236 000 quello pari a EUR 211 000 per il periodo dal 1º gennaio 2006 al 1º gennaio 2007.

7 Conformemente all'art. 2 del regolamento (CE) della Commissione 4 dicembre 2007, n. 1422, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 317, pag. 34), detto importo è stato modificato in EUR 206 000 a far data dal 1º gennaio 2008.

8 Secondo il disposto dell'art. 17 della direttiva 2004/18:

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

9 Ai sensi dell'art. 21 della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

10 Rientrano nell'allegato II B, categoria 27, di detta direttiva gli «altri servizi», esclusi i contratti di lavoro, i contratti per l'acquisizione, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi da parte di emittenti radiotelevisive e i contratti concernenti il tempo di trasmissione.

La direttiva 2004/17

11 Ai sensi dell'art. 1, nn. 2 e 3, della 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 (GU L 134, pag. 1):

«2. (…).

b) Gli "appalti di lavori" sono appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica.

c) Gli "appalti di forniture" sono appalti diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "appalto di forniture".

d) Gli "appalti di servizi" sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato XVII.

Un appalto avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi ai sensi dell'allegato XVII è considerato un "appalto di servizi" quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto.

Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell'allegato XII solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto di servizi.

3. a) La "concessione di lavori" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

b) La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto 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».

12 Conformemente all'art. 4 della direttiva 2004/17:

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o

b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

(…)».

13 Ai sensi dell'art. 9, n. 1, della stessa direttiva:

«Ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato.

Tuttavia la scelta tra l'aggiudicazione di un unico appalto e l'aggiudicazione di più appalti distinti non può essere effettuata al fine di escludere detto appalto dall'ambito di applicazione della presente direttiva o, dove applicabile, della direttiva 2004/18/CE».

14 L'art. 18 della direttiva 2004/17 così dispone:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività».

La normativa nazionale

15 Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che approva il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269,

recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, in seguito a modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo 267/2000»), così dispone al suo art. 113, quinto comma:

«L'erogazione [di un servizio pubblico locale da parte di un ente territoriale] avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Causa principale e questione pregiudiziale

16 Il 10 luglio 2002 veniva conclusa la Convenzione di Cooperazione tra i Comuni iblei e la Provincia Regionale di Ragusa, che ha costituito l'Ambito Territoriale Ottimale (in prosieguo: l'«ATO») idrico di Ragusa, autorità locale incaricata del servizio idrico integrato di Ragusa.

17 In data 26 marzo 2004, la Conferenza, organo di gestione dell'ATO, sceglieva come forma di gestione del servizio di cui trattasi la «società mista a prevalente capitale pubblico» di cui all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000.

18 Il 7 giugno 2005 la Conferenza approvava gli schemi di atto costitutivo della società per azioni e dello statuto della stessa, nonché il progetto relativo alla convenzione di gestione di detto servizio il cui art. 1 prevede l'affidamento diretto del servizio, in via esclusiva, alla costituenda società mista (gestore del servizio idrico integrato).

19 Successivamente, veniva pubblicato, in particolare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* dell'8 ottobre 2005 (GU S 195), un bando di gara per la selezione dell'imprenditore, socio privato di minoranza, al quale affidare l'attività operativa del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione esclusiva di tale servizio, intendendosi per essi i lavori previsti in particolare nel Piano Operativo Triennale approvato dalla Conferenza dei Sindaci il 15 dicembre 2003.

20 Ai sensi dell'art. 1, punto 8, del disciplinare di gara, «[l]e opere da realizzare sono quelle rientranti nel [Piano Operativo Triennale], così come modificato e/o integrato dall'offerta, nonché nel successivo progetto conoscenza previsto nel [Piano d'Ambito]

(…)», e «per l'affidamento dei lavori non eseguiti direttamente dal socio privato si dovrà fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica previste per legge».

21 Alla gara partecipavano tre raggruppamenti temporanei di imprese aventi come capogruppi mandatari, rispettivamente, la Saceccav Depurazioni Sacede SpA, l'Acoset SpA e l'Aqualia SpA. La commissione di gara escludeva l'Aqualia SpA ed ammetteva gli altri. Successivamente, il responsabile della procedura invitava le ditte rimaste in gara a dichiarare se persistesse il loro interesse. Dava riscontro positivo a detto invito solo l'Acoset SpA.

22 Risulta ancora dalla decisione di rinvio che la Conferenza, anziché prendere atto dell'aggiudicazione e procedere alla costituzione della società mista di gestione per l'immediato avvio del servizio in argomento e la fruizione dei fondi comunitari, nella seduta del 26 febbraio 2007, paventando l'illegittimità della procedura espletata per violazione del diritto comunitario, decideva di annullare la procedura di scelta dell'Acoset. La segreteria tecnico operativa dell'ATO quindi, con nota del 28 febbraio 2007, comunicava all'Acoset l'avvio del procedimento di annullamento e l'Acoset trasmetteva le proprie osservazioni con nota del 26 marzo 2007.

23 Il 2 ottobre 2007 la Conferenza si pronunciava a favore dell'annullamento della procedura di gara in questione e adottava, quale forma di gestione del servizio idrico integrato di Ragusa, quella del «consorzio». Con nota del 9 ottobre successivo, veniva comunicato all'Acoset l'annullamento della procedura di gara.

24 Nell'ambito del proprio ricorso principale avverso la decisione del 2 ottobre 2007 e gli atti ad essa connessi, l'Acoset chiedeva che le fosse riconosciuto il diritto a un risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto e un risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati. L'Acoset inoltre chiedeva, con domanda cautelare, la sospensione interinale degli atti impugnati.

25 Secondo l'Acoset, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società miste pubblico-private conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000, nelle quali il socio privato è stato scelto attraverso l'espletamento di gare nel rispetto delle norme comunitarie in materia di concorrenza, è compatibile con il diritto comunitario.

26 I convenuti nella causa principale ritengono invece che il diritto comunitario autorizzi un siffatto affidamento di opere e servizi, in via diretta e senza gara, solo in favore di società a partecipazione pubblica totalitaria, le quali realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano e sulle quali questi ultimi esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. 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 (v., in particolare, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1).

27 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia osserva che la questione, sollevata dall'Acoset, in ordine alla compatibilità dell'attribuzione diretta dell'appalto di cui è causa in relazione al diritto comunitario, è pertinente e che la risposta a detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

28 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ha quindi deciso di sospendere il giudizio in merito alla domanda di sospensione dell'esecuzione formulata in via principale e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se [sia] conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 86 [CE], un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa" sia selezionato mediante una procedura di evidenza

pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire».

Sulla ricevibilità

29 Il governo austriaco osserva che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata irricevibile in quanto la decisione di rinvio non fornisce sufficienti informazioni riguardo al contesto fattuale e normativo in cui rientra il procedimento principale per consentire alla Corte di risolvere utilmente la questione pregiudiziale. In particolare, non sarebbero state fornite informazioni sulla specificità della prestazione o delle prestazioni di cui è causa, sul contenuto del bando di gara e della procedura di aggiudicazione dell'appalto nonché su alcune nozioni utilizzate nella questione sottoposta.

30 Per quanto riguarda le informazioni che devono essere fornite alla Corte nell'ambito di una decisione di rinvio, occorre ricordare che queste informazioni non servono solo a consentire alla Corte di dare soluzioni utili, ma devono anche conferire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia. A tal fine, risulta da una giurisprudenza costante che, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale (v., in particolare, sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a., Racc. pag. I-1891, punto 34).

31 La decisione di rinvio del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia risponde a tali condizioni.

32 Infatti, il giudice nazionale menziona le disposizioni nazionali applicabili e la decisione di rinvio comporta una descrizione dei fatti che, sebbene sintetica, è sufficiente per consentire alla Corte di statuire. Inoltre, il giudice a quo menziona i motivi che l'hanno indotto a ritenere necessario sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in quanto essa contiene una descrizione dettagliata degli opposti punti di vista sostenuti dalle parti nella causa principale per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni comunitarie oggetto della questione pregiudiziale e, secondo il giudice del rinvio, la soluzione della detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

33 Peraltro, la Conferenza osserva che, poiché la procedura di selezione del socio privato di cui alla causa principale è stata annullata, l'Acoset non ha alcun interesse ad agire al fine di ottenere una soluzione per la questione sottoposta.

34 Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'art. 234 CE ha previsto una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento indipendente da ogni iniziativa delle parti e nel corso del quale queste ultime sono solamente invitate a presentare le loro osservazioni in merito a questioni che possono essere proposte esclusivamente dal giudice nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenza 9 dicembre 1965, causa 44/65, Singer, Racc. pag. 952).

35 Pertanto, occorre esaminare la questione sottoposta dal giudice del rinvio.

Sulla questione pregiudiziale

36 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui alla causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.

37 In via preliminare, occorre osservare che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato, come quello oggetto della causa principale, potrebbe rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di «appalti pubblici di servizi» o in quella di «concessione di servizi» ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva 2004/18, oppure, eventualmente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17, il cui art. 4, n. 1, lett. a), prevede che quest'ultima si applica alla messa a disposizione o alla gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o all'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

38 La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come «concessione di servizi» o di «appalti pubblici di servizi» dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 31).

39 La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser, Racc. pag. I-8377, punto 51). «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39). Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla

gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, cit., punti 59 e 68).

40 Il giudice del rinvio fa riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata da istituire in qualità di «concessionario» della gestione del servizio integrato idrico. Dal fascicolo emerge che la durata dell'operazione è fissata a trent'anni.

41 Parimenti, il governo italiano osserva che si tratta in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consiste nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica che la procedura di gara individua come compensativa del servizio reso.

42 La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione.

43 La Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punto 16, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, Racc. pag. I-8457, punto 24).

44 L'art. 17 della direttiva 2004/18 dispone che, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 della stessa direttiva, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi. Parimenti, l'art. 18 della direttiva 2004/17 ne esclude l'applicazione alle

concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3-7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

45 È peraltro pacifico che l'esecuzione dei lavori collegati alla gestione esclusiva del servizio idrico integrato su cui verte la causa principale presentano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione di cui trattasi consistente nella fornitura di detto servizio, di modo che quest'ultima non può essere qualificata come «concessione di lavori pubblici» (v., in tal senso, in particolare, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Racc. pag. I-1329, punti 26-28, e art. 9, n. 1, della direttiva 2004/17).

46 Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 18).

47 Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 19).

48 Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 20).

49 I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della

concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 21).

50 Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 23).

51 L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 24). In un caso siffatto, l'indizione della gara non è obbligatoria, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea, Racc. pag. I-8127, punto 36).

52 Detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione delle direttive 2004/18 e 2004/17 sia per quella degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 37).

53 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 su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 46).

54 Tale è il caso della concessione di cui trattasi nella causa principale, nel contesto della quale il socio privato deve sottoscrivere il 49 % del capitale sociale della società a capitale misto alla quale è stata attribuita la concessione in questione.

55 Pertanto, occorre stabilire con maggiore precisione se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, dal momento che la gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico è stata effettuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

56 Dalla giurisprudenza emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48).

57 Peraltro, come osservato al punto 2.1 della Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4), il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni.

58 Tuttavia, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 85 delle sue conclusioni, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno

stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.

59 Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta.

60 Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificherebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

61 Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.

62 Occorre precisare che una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante

l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I-4401, punto 34).

63 Tenuto conto di quanto precedentemente considerato, si deve risolvere la questione sottoposta nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sulle spese

64 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

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

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici,

operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni.

Firme