CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 6 settembre 2007 [1]

I — Introduzione

1. Intendere la radiodiffusione come un mezzo di informazione sarebbe ridurla al suo aspetto più caratteristico, trascurandone altri più importanti, alla luce dell'importanza socioculturale acquisita nel corso della sua storia. Nelle società occidentali, la congiunzione di tali sistemi di comunicazione con il crescente benessere materiale sembra far rivivere la massima romana "panem et circenses", con la quale il poeta latino Giovenale [2] si scagliava contro l'ozio accomodante del popolo romano e il suo disinteresse per le vicende politiche [3]. Tale aforisma potrebbe essere trasposto ai giorni nostri cambiando pane con confort e i giochi del circo romano con la televisione.

2. Nessuno ormai mette in discussione l'enorme forza attrattiva delle immagini, capaci di insinuarsi sino nei recessi più nascosti della vita privata; pertanto, per evitare che presagi come quello di George Orwell nel suo romanzo 1984 [4] convertano la tecnica audiovisiva in una macchina al servizio della propaganda, i governi si sforzano di predisporre precauzioni che garantiscano un certo grado di obiettività e indipendenza, quantomeno nella radiotelevisione pubblica.

3. Le tre domande che l'Oberlandesgericht (tribunale di secondo grado) Düsseldorf ha rivolto a questa Corte di giustizia si inquadrano in questo contesto, cioè quello della battaglia per un servizio pubblico di radio-

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Decimo Giunio Giovenale (nato probabilmente tra il 55 e il 60 ad Aquino e morto con certezza dopo il 127), autore delle «Satire», del quale non si hanno altri riferimenti biografici se non quelli sporadici e confidenziali risultanti dalla sua opera. Per le sue critiche alle autorità dovette subire un esilio sul finire della sua vita, forse per aver alluso in una delle sue composizioni poetiche a Tito Elio Alcibiade, un maggiordomo dell'imperatore Adriano; Giovenale, *Satire*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; traduzione, studio introduttivo e note di B. Segura Ramos, Madrid, 1996, pag. XIV..

3 — «(...) [Il medesimo popolo], (...)/ ormai, da quando non si vendono più i voti, ha perso ogni interesse; un tempo / attribuiva tutto lui, potere, / fasci, legioni; adesso lascia fare, / spasima solo per due cose: pane e giochi. / (...)» Satira X, versi 74-81.

4 — È un luogo comune considerare questo romanzo, scritto nel 1948 sotto il trauma della seconda guerra mondiale, non tanto come una diatriba contro il totalitarismo, bensì come una messa in guardia sul modo subdolo con cui può installarsi un regime di questo tipo, avvalendosi della manipolazione dei mezzi di comunicazione. G. Orwell, *1984*, Destino S.A., Madrid 1997.

diffusione efficiente e in sintonia con le esigenze dello Stato di diritto, in particolare, con la sua neutralità, nel rispetto della pluralità di opinioni politiche. In Germania, da quanto si apprende dall'ordinanza di rinvio, tale garanzia si realizza, in gran misura, concedendo ad enti di radiodiffusione pubblica il compito di riscuotere e gestire i loro fondi, che provengono dal pagamento obbligatorio di un certo canone per il semplice fatto di possedere una radio o una televisione.

4. Questo modello di finanziamento, derivato da un indiscusso dovere di servizio pubblico, pone il dilemma se tali enti di radiodiffusione debbano considerarsi «amministrazioni aggiudicatrici» secondo l'accezione della direttiva comunitaria in materia di pubblici appalti, ovvero se, al contrario, non rientrino in tale categoria e siano esonerati dall'espletamento dei procedimenti di aggiudicazione.

II — Contesto normativo

A — *Normativa comunitaria*

5. In limine, il giudice a quo ha richiamato sia l'art. 1, n. 9 per quanto riguarda l'ambito di applicazione ratione personae, sia l'art. 16, lett. b) per quanto riguarda l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2004/18/CE [5], che ha codificato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sul piano comunitario. Esso aggiunge che, una volta scaduto il termine entro il quale conformare il diritto nazionale alla direttiva senza che sia stata effettuata la corrispondente trasposizione, la giurisprudenza del Bundesgerichtshof (Corte federale di cassazione) lo induce a interpretare le norme nazionali alla luce di qualsiasi atto legislativo comunitario di recente adozione, anche se non si applica al procedimento di aggiudicazione controverso.

6. Pur condividendo la motivazione dell'Oberlandesgericht, ci si deve attenere alla versione originale dell'art. 1, lett. a) e b), della direttiva 92/50/CE [6], per due ragioni: in primo luogo, perché costituisce il principio di base che ha indotto il legislatore tedesco a adeguare il proprio ordinamento giuridico a quello comunitario e la normativa nazionale si rimette in ultima analisi a tale articolo, e in secondo luogo per l'assoluta identità delle norme parallele del testo rifuso della direttiva 2004/18.

5 — 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).

6 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi (GU L 209, pag. 1).

7. Per delimitare il suo ambito di applicazione ratione personae, l'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, figurante sotto il titolo I, dedicato ai principi generali, considera amministrazioni aggiudicatrici:

«(...)

lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico»

Per organismo di diritto pubblico intende qualsiasi organismo:

«— istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

— avente personalità giuridica, e

— la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli organismi locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico».

8. Tale disposizione precisa indi che «gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che ottemperano ai [detti] criteri (...) figurano nell'allegato I della direttiva 71/305/CEE [7]. Tali elenchi sono il più possibile completi e possono essere riveduti secondo la procedura prevista dall'articolo 30 ter di detta direttiva; (...)».

9. L'art. 1, lett. a) di detta direttiva, enumera i negozi giuridici che ratione materiae sono contenuti nella direttiva, con espressa esclusione:

«(...)

7 — Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

iv) dei contratti aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi televisivi da parte delle emittenti, e dei contratti concernenti il tempo di trasmissione;

(...)».

B — *Diritto nazionale*

1. La normativa in materia di appalti

10. I procedimenti per le gare di appalto delle pubbliche amministrazioni tedesche sono contenuti nella legge contro le distorsioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8]; in prosieguo: il «GWB»); l'art. 1, lett. b), della direttiva, relativo alle amministrazioni aggiudicatrici, è stato trasposto nella normativa nazionale dall'art. 98, n. 2, del GWB:

«Art. 98 – Amministrazione aggiudicatrice

Sono amministrazioni aggiudicatrici ai sensi di questo capo:

1. Gli organismi locali e i loro patrimoni separati,

2. Altre persone giuridiche di diritto pubblico e privato costituite con lo specifico fine di soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale, qualora siano finanziate in misura prevalente da organismi rientranti sotto i nn. 1 o 3, individualmente o congiuntamente, mediante partecipazione o altrimenti, oppure qualora questi ultimi esercitino il controllo sugli organi di direzione ovvero abbiano nominato oltre la metà dei membri di uno dei loro organi di vigilanza. Tale disposizione si applica anche qualora l'organismo che, singolarmente o congiuntamente ad altri, concede i finanziamenti in misura prevalente oppure abbia nominato la maggioranza dei membri di un organo di direzione o di vigilanza, rientri sotto il n. 1;

3. le associazioni i cui membri rientrino nei nn. 1 e 2;

(...)».

8 — A partire dal 1° gennaio 1999, tale legge è in vigore nella versione risultante dalla sua sesta modifica, operata con legge 703-4/1 del 26 agosto 1998 (BGBl. I pag. 358).

2. La normativa sul canone per la radiotelevisione pubblica

11. Dall'ordinanza di rinvio risulta che il finanziamento degli organismi radiotelevisivi di diritto pubblico in Germania è disciplinato da due convenzioni stipulate tra la Federazione e i Länder. Il canone radiotelevisivo è essenzialmente disciplinato nello Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (convenzione sulla disciplina dei canoni radiotelevisivi; in prosieguo: «la Convenzione») del 31 agosto 1991, modificato nel 1996.

12. L'art. 2 della convenzione è così formulato:

«1) Il canone radiotelevisivo è composto dal canone di base e dal canone televisivo. Il suo ammontare viene stabilito dalla Convenzione sul finanziamento del settore radiotelevisivo.

(...)».

13. L'art. 4 della Convenzione dispone:

«1) L'obbligo di versare il canone radiotelevisivo inizia il primo giorno del mese in cui vengono detenuti apparecchi atti alla ricezione delle trasmissioni radiotelevisive.

2) (...)».

14. A sua volta, l'art. 7 della Convenzione disciplina la ripartizione degli introiti ottenuti dal canone radiotelevisivo:

«1) Gli introiti derivanti dal canone di base spettano all'ente radiotelevisivo del Land e, nella misura stabilita dalla Convenzione sul finanziamento degli enti radiotelevisivi, alla Deutschlandradio e alla Landesmedienanstalt (autorità del Land competente per i media), nel cui territorio è ubicato l'apparecchio atto alla ricezione delle trasmissioni radiotelevisive.

2) Gli introiti derivanti dal canone televisivo spettano all'ente radiotelevisivo del Land nella misura stabilita dalla Convenzione sul finanziamento degli enti radiotelevisivi, all'autorità competente per i media del Land nel cui ambito territoriale sono ubicati gli apparecchi atti alla ricezione delle trasmis-

sioni radiotelevisive nonché alla Zweites Deutsches Fernsehen (secondo canale pubblico di televisione; in prosieguo: «ZDF»). (...)

(...)».

15. Il giudice a quo precisa che una seconda convenzione, il Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (Convenzione sul finanziamento degli enti radiotelevisivi; in prosieguo: la «Convenzione sul finanziamento») del 26 novembre 1996, stabilisce in concreto l'ammontare del canone, fissandone l'importo con l'autorizzazione dei Parlamenti dei Länder.

16. L'esame e il calcolo del fabbisogno finanziario degli enti radiotelevisivi è stato delegato, in forza degli artt. 2-6 della Convenzione sul finanziamento, alla Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (commissione per lo studio e il calcolo del fabbisogno finanziario degli organismi radiotelevisivi; in prosieguo: il «KEF»), organismo di natura indipendente, il quale elabora, almeno ogni due anni, una relazione sulla quale si basa la decisione in materia di canoni adottata dai Parlamenti e dai governi dei Länder (art. 3, n. 5, in combinato con l'art. 7, n. 2, della Convenzione sul finanziamento).

17. Con regolamento 18 novembre 1993, relativo al procedimento di pagamento dei canoni della Westdeutscher Rundfunk Köln, approvato conformemente all'art. 4, n. 7, della Convenzione con l'autorizzazione del governo del Land, gli enti radiotelevisivi dei rispettivi Länder riscuotono i canoni dai loro cittadini tramite la Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (centrale per la riscossione del canone degli enti pubblici radiotelevisivi tedeschi; in prosieguo: la «GEZ») nell'esercizio di pubbliche funzioni.

III — I fatti di cui alla causa a qua e le questioni pregiudiziali

18. I ricorrenti dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf sono gli enti di radiodiffusione dei Länder, membri della Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (raggruppamento degli organismi regionali pubblici di radiodiffusione tedeschi; in prosieguo: la «ARD») e l'ente radiotelevisivo pubblico ZDF, istituito con Convenzione 6 giugno 1961, nonché la Deutschlandradio (in prosieguo, congiuntamente: gli «organismi di radiodiffusione»).

19. I detti organismi fondarono nel 2002 la GEZ quale ente amministrativo di diritto pubblico, con il compito di riscuotere e liquidare i canoni corrispondenti a ciascuno degli enti di radiodiffusione dei Länder. La

GEZ è priva di personalità giuridica e opera in nome e per conto dei rispettivi enti di radiodiffusione.

20. Nell'agosto 2005, a seguito di una ricerca di mercato, la GEZ invitò per iscritto undici imprese a presentare offerte vincolanti di prestazioni di servizi di pulizia nei suoi edifici, come pure nella mensa della Westdeutscher Rundfunk (uno degli enti di radiodiffusione integrati nella ARD) a Colonia, per il periodo dal 1° marzo 2006 al 31 dicembre 2008, prorogabile tacitamente di anno in anno. L'importo del contratto era stimato in oltre EUR 400.000. Non si diede luogo ad un procedimento comunitario di aggiudicazione conformemente alle disposizioni nazionali e alla direttiva pertinente.

21. La società Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (in prosieguo: la «GEWA»), convenuta dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf, e l'interveniente, il sig. Warnecke, risposero all'invito della GEZ presentando offerte. La prima spuntava il prezzo più basso di tutte. Con decisione 9 novembre 2005, il consiglio di amministrazione della GEZ decise di avviare trattative con quattro offerenti, tra cui figuravano la ricorrente e l'interveniente. Essa decise inoltre di sottoporre le offerte ad un'analisi economica approfondita utilizzando il metodo Kepner-Tregoe, che fissa determinati valori per i criteri specifici di valutazione tecnica, commerciale e di rischio. Secondo tale valutazione, l'offerta della convenuta occupava il terzo posto e quella dell'interveniente il primo.

22. La GEZ comunicò per telefono alla GEWA che non le era stato aggiudicato l'appalto. Quest'ultima, con reclamo 14 novembre 2001, sostenne che la GEZ, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, aveva violato la normativa sui pubblici appalti non avendo pubblicato a livello comunitario una gara d'appalto per il contratto di pulizia. La GEZ respingeva il reclamo.

23. La GEWA adì quindi la Vergabekammer (ufficio competente in materia di aggiudicazione di appalti pubblici) del Bezirksregierung (governo distrettuale) di Colonia, con un atto di opposizione nei confronti della GEZ. Con tale opposizione chiedeva che l'ente esattore procedesse alla stipula dei contratti d'appalto dei lavori di pulizia nell'ambito del procedimento formale del capitolo quarto del GWB, e, in subordine, che procedesse ad una nuova valutazione, sulla base degli orientamenti giuridici della Vergabekammer.

24. Essa sosteneva che la GEZ, in quanto ente di radiodiffusione, era un'amministrazione aggiudicatrice secondo l'accezione dell'art. 98, n. 2, del GWB, dal momento

che tali organismi si finanziano essenzialmente con canoni di abbonamenti dei cittadini e che la prestazione di base dei servizi di radiotelevisione, di evidente carattere pubblico, costituisce una necessità di interesse generale priva di qualsiasi valore industriale o commerciale.

25. Essa affermava altresì che l'art. 1, lett. a), sub iv), della direttiva 92/50 esclude solo i contratti aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione e la coproduzione di programmi da parte degli enti di radiotelevisione e i contratti di acquisto di tempo di trasmissione, chiaramente distinti dall'oggetto della prestazione controversa nella causa a qua.

26. Con decisione 13 febbraio 2006, la detta Vergabekammer accolse il ricorso della GEWA e impose alla GEZ e agli organismi di radiodiffusione, qualora intendessero persistere nella loro offerta, di attenersi alla normativa sugli appalti pubblici, ai principi di parità di trattamento e di trasparenza, nonché di pubblicare il bando di gara a livello europeo.

27. Gli organismi di radiodiffusione dei Länder adirono il giudice amministrativo avverso tale decisione per chiederne la revoca, sostenendo che la domanda della GEWA nei confronti della GEZ era inammissibile e, comunque, infondata. A loro avviso, in quanto enti pubblici di radiodiffusione, essi non rivestono poteri di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 98, n. 2, del GWB, dal momento che il finanziamento della radiodiffusione pubblica è essenzialmente a carico degli utenti.

28. Aggiungono che fa difetto il controllo statale, di cui all'art. 98, n. 2, del GWB, dal momento che si pone in essere soltanto una supervisione giuridica sussidiaria e limitata. Inoltre, i membri del consiglio di amministrazione degli enti di radiodiffusione rappresentano diversi gruppi socialmente rilevanti. L'assenza di maggioranze in seno al loro consiglio di direzione esclude qualsiasi influenza dello Stato nell'aggiudicazione dell'appalto pubblico.

29. La GEWA, per contro, difende la decisione della Vergabekammer.

30. Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione dell'art. 1 della direttiva [92/50], il Vergabesenat (sezione competente per l'aggiudicazione dei pubblici appalti) dell'Oberlandesgericht ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia delle

Comunità europee, ai sensi dell'art. 234, n. 1, CE, le seguenti questioni pregiudiziali:

1) «Se il requisito del "finanziamento statale" previsto [dall'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa, della direttiva 92/50], vada interpretato nel senso che, sulla base dell'obbligo costituzionale incombente allo Stato di garantire il finanziamento e la sussistenza indipendenti di determinati organismi, un finanziamento indiretto di tali organismi mediante il pagamento dei canoni imposti dallo Stato ai soggetti che abbiano a disposizione apparecchi radiotelevisivi costituisca un finanziamento ai sensi di tale requisito.

2) Nel caso in cui si debba risolvere in senso affermativo la prima questione, se [l'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa della direttiva 92/50] vada interpretato nel senso che il requisito del "finanziamento statale" richieda che lo Stato eserciti un'influenza diretta sull'aggiudicazione di appalti da parte dell'organismo finanziato dallo Stato.

3) Nel caso in cui la seconda questione pregiudiziale debba essere risolta in senso negativo, se [l'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa, della direttiva 92/50] vada interpretato, alla luce dell'art. 1, lett. a) sub iv), nel senso che solo i servizi menzionati in quest'ultima disposizione sono sottratti all'ambito di applicazione della direttiva e altri servizi non specificamente relativi alla programmazione ma che abbiano carattere ausiliario o di sostegno, rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva (argomento a contrario)».

IV — Il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

31. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata registrata nella cancelleria della Corte il 7 agosto 2006.

32. Hanno presentato osservazioni scritte la GEWA, gli enti di radiodiffusione, i governi tedesco, polacco e austriaco, nonché l'Autorità di vigilanza dell'Associazione europea di libero scambio (in prosieguo: «EFTA») e la Commissione europea.

33. Nel corso dell'udienza del 14 giugno 2007 hanno presentato oralmente le loro osservazioni i rappresentanti legali degli enti

di radiodiffusione, della GEWA, come pure gli agenti del governo tedesco, dell'Autorità di vigilanza dell'EFTA e della Commissione europea.

V — Analisi delle questioni pregiudiziali

A — *Precisazioni preliminari*

34. Per quanto il giudice a quo abbia formulato tre questioni, è opportuno trattare congiuntamente le prime due [9], poiché l'una e l'altra vertono sull'ambito di applicazione ratione personae e sull'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa della direttiva 92/50 [10].

35. Gli enti di radiodiffusione tedeschi ritengono di non finanziarsi con fondi pubblici e deducono un'asserita analogia tra la normativa in materia di appalti pubblici, oggetto di questa controversia, e gli artt. 87 e 88 CE, relativi agli aiuti di Stato, che presuppongono il pagamento «mediante risorse statali».

36. Tuttavia, come giustamente deduce la Commissione, non credo che la distinta natura dei due regimi né l'obiettivo che essi perseguono autorizzino un confronto tanto audace, dal momento che, mentre in materia di aiuti il Trattato vuole evitare qualsiasi distorsione della concorrenza non giustificata in un determinato mercato cagionata con l'impiego di pubblico denaro, in materia di appalti pubblici va accertato se un determinato ente rientri nel concetto di amministrazione aggiudicatrice al fine di determinare se è assoggettato ai procedimenti di gara d'appalto.

37. Va pertanto rilevato che fa difetto in tali due settori giuridici l'«identità di ratio», per cui non è possibile un confronto analogico.

38. Da ultimo, l'analisi della terza domanda, per quanto irrilevante ai fini della qualificazione degli enti di radiodiffusione tedeschi come amministrazioni aggiudicatrici, come da essi stessi affermato nelle osservazioni scritte, presenta una certa utilità in caso di soluzione affermativa della prima e negativa della seconda questione, dal momento che, chiedendo l'interpretazione dell'art. 1, lett. a), sub iv), della direttiva 92/50, l'Oberlandesgericht intende metterne in luce l'ambito di applicazione ratione materiae, il che risulta logico ancorché evidente.

9 — Su questa linea si collocano il governo austriaco e, per quanto le affronti separatamente, anche il governo polacco.

10 — Nei paragrafi 5 e 6 di queste conclusioni viene data spiegazione di tale opzione.

B — *Sulla prima e sulla seconda questione pregiudiziale*

39. La controversia verte sul sistema tedesco di dotazione di risorse economiche degli enti di radiodiffusione. Si tratta pertanto di esaminare le caratteristiche primordiali del sistema, per chiarire se i proventi di tali organismi siano «statali», conformemente alla direttiva 92/50 e alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

1. Obbligo di pagamento disciplinato da norme di diritto pubblico

40. Gli enti di radiodiffusione sostengono che il pagamento del canone è rimesso alla libera determinazione dell'utente, il quale può evitare il canone di abbonamento, rinunciando ad ogni apparecchio ricevente. Il Governo tedesco condivide questa idea e ritiene che sussista un'obbligazione diretta tra gli organismi e il consumatore, che non si ripercuote sul bilancio dello Stato, dal momento che la GEZ riscuote il canone ma non versa il denaro raccolto nelle casse del Tesoro. Nel caso di specie, pertanto, entrambi negano il finanziamento «da parte dello Stato».

41. Però le alternative di cui all'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, della direttiva 92/50 sono concepite come una presunzione, subordinata all'esistenza di un finanziamento maggioritariamente pubblico. Una volta constatata questa premessa, si suppone la dipendenza, ragion per cui non vengono richiesti altri requisiti di applicazione come, per esempio, che il finanziamento provochi un'influenza diretta dello Stato nell'aggiudicazione di pubblici appalti. L'esame di questa condizione si colloca nella seconda alternativa, quella del controllo, poiché consente di soppesarne l'intensità [11].

42. Inoltre, questa considerazione è corroborata dalla distinzione operata nella sentenza University of Cambridge tra le somme versate con o senza controprestazione [12], dal momento che il giudice a quo in tale controversia voleva solo ottenere un criterio per stabilire se ricorreva la detta premessa della presunzione, cioè, il finanziamento maggioritariamente pubblico.

43. Dai due paragrafi di cui sopra si deduce la non pertinenza della seconda questione pregiudiziale così come formulata dall'Oberlandesgericht e l'opportunità di trattarla congiuntamente con la prima.

11 — Sentenza 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punti 48 e segg.).

12 — Sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I–8035, punti 22-25).

44. Tornando al merito della causa, non è qui in discussione il fatto che il canone sia stato istituito mediante convenzioni di diritto pubblico («Staatsverträge»), cioè la Convenzione e la Convenzione di finanziamento [13].

45. Non è neanche in discussione che uno «Staatsvertrag» sia un atto di diritto pubblico dell'ordinamento giuridico tedesco [14].

46. Di conseguenza, il rapporto giuridico che lega il possessore di un televisore o di una radio agli enti di radiodiffusione si inquadra nel diritto pubblico, configurandosi quasi come un tributo, dal momento che il debito sorge con la semplice detenzione di un apparecchio ricevente di onde radio o di televisione, vero e proprio «fatto generatore di imposta» tipico di ogni esazione tributaria, in cui l'utente televisivo si converte in soggetto passivo. Poco conta, per il resto, la denominazione che viene attribuita all'onere tributario nel diritto nazionale [15].

47. In tal modo, sia il funzionamento come pure l'esistenza degli enti di radiodiffusione si connettono con l'azione del legislatore, espressione massima dell'assoggettamento allo Stato, per cui la menzione, come prima alternativa, del finanziamento da parte dello Stato in modo maggioritario, nella disposizione analizzata, non è casuale, ma corrisponde alla logica secondo cui la subordinazione economica riflette per antonomasia tale «stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato» cui ha fatto allusione la Corte di giustizia [16]. Trova qui giusta collocazione la famosa frase del giurista tedesco von Kirchmann, secondo cui il diritto non è una scienza, dal momento che bastano «tre parole di rettifica del legislatore» perché «intere biblioteche diventino carta straccia» [17], il che mette anche in risalto la forza del potere legislativo.

48. Considerato quanto sopra esposto, si profila il carattere pubblico delle risorse degli enti di radiodiffusione per i quali la GEZ funziona da esattore; ad abundantiam, vi è chi riconosce a tale ente esattore la qualifica di ente statale, nonostante la mancanza di personalità giuridica, adducendo il potere di liquidare il canone e di imporne il pagamento [18], prerogative proprie dell'esercizio di funzioni connesse con la

13 — Paragrafi 11 e segg. delle presenti conclusioni.

14 — V., per la dottrina tedesca, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12ª ed. rivista e ampliata, Ed. C.H. Beck, Monaco, 1999, pag. 352 e segg.

15 — Mentre il governo tedesco osserva che la parola «Gebühr» (tassa o canone) non è adeguata per designare l'obbligo di pagamento, parte della dottrina la ascrive al diritto tributario come «Abgabe» (diritto o onere); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Edizioni del Bundesanzeiger, 1ª ed., Colonia, 2000, pag. 151, n. 73.

16 — Sentenze, cit., University of Cambridge, punto 20, e Commissione/Francia, punto 44.

17 — Von Kirchmann, J.-H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*.

18 — Frenz, W., «Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber», in *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, pag. 269.

sovranità nazionale che ne intensificherebbero l'aspetto pubblico.

49. Tuttavia tale aspetto, per quanto comporti un indizio importante per accreditare il sostegno economico da parte dello Stato, non ne dà una dimostrazione esauriente, come lasciano intendere gli enti di radiodiffusione. Per questa ragione si rende necessario esaminare altre peculiarità del sistema tedesco di sovvenzione della radiodiffusione statale.

2. Finanziamento indiretto

50. Gli enti di radiodiffusione e il Governo tedesco concordano sul fatto che la direttiva 92/50 si riferisce soltanto a quei pagamenti effettuati *direttamente* a valere sul bilancio dello Stato [19] e non ai trasferimenti indiretti di risorse finanziarie a un qualsiasi ente pubblico o altra amministrazione aggiudicatrice. Sostengono altresì che nella presente fattispecie il profitto derivante dal canone si trasmette unicamente dall'utente agli enti di radiotelevisione, senza alcun intervento dello Stato, il quale non prende parte a questo flusso di capitali.

51. Dissento profondamente da siffatta interpretazione.

52. In primo luogo, il Governo tedesco pone l'accento su un'accezione «traslativa» e semplicistica del finanziamento, che comprenderebbe soltanto il trasferimento, l'assegno, il giroconto o il trasferimento materiale di sacchi di denaro in un veicolo blindato dall'erario sino alla sede dell'ente sovvenzionato.

53. A parte il fatto che non vi è differenza sostanziale tra la circostanza che lo Stato introiti il canone per reintegrarlo agli enti finanziati e che invece attribuisca loro il potere esattoriale [20], non va dimenticato che proprio lo Stato crea la struttura per imporre l'onere, poiché determina l'obbligo di pagamento e ne fissa l'ammontare tramite una commissione indipendente, la KEF, subordi-

19 — Dreher, M. «Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht», *NZBau — Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, pag. 302.

20 — Opitz, M., «Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?», *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.9/2003, pag. 1090.

nandolo alla ratifica e a un'eventuale modifica da parte dei Länder, cui spetta l'ultima parola [21].

54. In secondo luogo, l'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa, della direttiva 92/50 non si riduce alle modalità di finanziamento diretto, poiché l'unica modulazione del verbo finanziare è «in modo maggioritario» («überwiegend», in tedesco; «majoritairement» in francese; e «for the most part» in inglese), senza che vi sia alcuna allusione circa la forma, diretta o indiretta, per procedere all'apporto di denaro agli enti sovvenzionati.

55. Infine, la possibilità che si produca un sostegno economico indiretto dello Stato riceve un certo conforto giurisprudenziale implicito, dal momento che la Corte di giustizia ha riconosciuto, per quanto riguarda la seconda alternativa di cui al terzo trattino della disposizione, il controllo **indiretto** dello Stato [22], il quale potrebbe estendersi anche alla prima alternativa, tenuto specialmente conto dell'equivalenza delle tre alternative [23], come giustamente ricordato dal Governo tedesco.

21 — Frenz, W., op. cit., pag. 272. Gli enti di radiodiffusione, nelle loro osservazioni, fanno menzione di un ricorso di incostituzionalità pendente dinanzi al Bundesverfassungsgericht (corte costituzionale tedesca) avverso la revisione al ribasso introdotta dai Länder nella proposta di aumento di tariffa del canone.

22 — Sentenza 17 dicembre 1998, causa C-306/97, Connemara Machine Turf (Racc. pag. I-8761, punto 34).

23 — Sentenza Commissione/Francia, cit., punto 49.

3. Finanziamento senza contropartita

56. La sentenza University of Cambridge, già citata, nel definire il finanziamento pubblico, ha aggiunto una distinzione fondamentale, a seconda che l'ente che riceve l'aiuto sia obbligato ad una specifica controprestazione, dato che solo se dovesse mancare siffatto sinallagma sarebbe integrata la condizione del finanziamento pubblico [24].

57. Avvalendosi di tale precedente, e richiamandosi alla tesi secondo cui il consumatore paga senza intermediari agli enti di radiodiffusione, tali organismi e il governo tedesco sostengono che per la detta retribuzione l'utente ottiene come «controprestazione specifica» il diritto di captare le immagini e le onde della televisione e della radio pubbliche tedesche e si basano su tale tesi per negare il carattere pubblico del finanziamento controverso [25].

24 — Punto 21 della sentenza.

25 — Hailbronner, K., «Öffentliches Auftragswesen», in Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, Ed. C.H. Beck, Monaco, 2006, B 4, pag. 22, n. 121.

58. Per respingere tale argomentazione, sarebbe sufficiente considerare che, con riferimento alla loro origine normativa, le risorse prodotte dal canone televisivo non sono risorse private. Si potrebbe però replicare che, se fosse vero che la disciplina normativa degli importi degli abbonamenti per il consumatore determina la natura pubblica dei fondi riscossi, gli onorari degli architetti, degli avvocati e dei medici andrebbero considerati esborsi pubblici e indiretti secondo l'accezione della direttiva sui pubblici appalti. Ma applicando tale sillogismo, e se l'esame dell'alternativa al pubblico finanziamento si attenesse unicamente all'origine privata del denaro, né i pagamenti agli uffici di marchi e brevetti, né ai catasti, né ai registri della proprietà immobiliare, per citare solo alcuni enti dove l'interessato paga direttamente il servizio che la pubblica autorità gli fornisce, nessun tributo insomma meriterebbe la qualifica di fondo pubblico ai sensi della direttiva 92/50.

59. A tale argomentazione non verrebbe attribuito maggiore rilievo quand'anche si facesse valere che vengono forniti capitali pubblici in cambio della programmazione emessa sui canali radio e televisivi statali. Le somme (pubbliche) versate agli enti di radiodiffusione non istituiscono né rafforzano una dipendenza simile a quella dei rapporti commerciali normali, poiché rappresentano una misura complementare [26] su cui si basa il funzionamento dei detti organismi, senza che lo Stato debba attendersi o percepire il controvalore sotto forma di prestazione concreta.

60. Riepilogando, non solo respingo la teoria secondo cui il canone di abbonamento è a carico dell'utente quale controprestazione per l'accesso ad una programmazione pubblica, ma anche l'idea che il servizio di radiodiffusione pubblica costituisca la contropartita del sostegno economico dello Stato.

4. Attività libera dalla concorrenza

61. Anche se non si rende necessario precisare cosa si intende per «organismo di diritto pubblico istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» [27], il governo austriaco e l'Autorità di vigilanza dell'EFTA non errano se nel

26 — Secondo la sentenza University of Cambridge, cit., punto 25.

27 — Sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punti 48-50).

contesto della presente questione pregiudiziale inseriscono lo studio della posizione concorrenziale degli enti di radiodiffusione.

62. Sulla base della struttura della esazione del canone radiotelevisivo organizzata da una legge speciale e con le prerogative di diritto pubblico di cui si è detto (liquidazione e possibile esecuzione forzata), non si può sostenere validamente che le risorse finanziarie destinate a soddisfare la necessità di interesse generale di una programmazione pubblica, che gli enti di radiodiffusione indiscutibilmente prestano, non siano generate indipendentemente dalle condizioni di mercato. Gli strumenti pecuniari di cui tali enti si dotano mediante l'onere imposto non provengono quindi dall'esercizio di un'attività in competizione con i concorrenti, ma vengono forniti dalla collettività [28], indipendentemente dall'uso effettivo che il consumatore fa dell'offerta di programmi televisivi.

63. Questa forma protetta di operare nel commercio libera gli enti di radiodiffusione dall'incertezza circa le loro entrate, poiché godono della garanzia statale, realizzata tramite i bilanci elaborati dalla KEF. Pertanto, anche dando ragione alla tesi che sostiene l'origine privata dei fondi, il modo in cui tali organismi si assicurano la certezza dell'afflusso delle risorse pecuniarie non è diverso dal modo in cui il capitale viene posto direttamente dallo Stato a loro disposizione.

64. Al quesito posto in udienza se tale garanzia di finanziamento degli enti di radiotelevisione che lo Stato tedesco è costituzionalmente obbligato a prestare si estenda ai debiti contratti [29], il governo tedesco ha risposto negando categoricamente tale eventualità. Tuttavia, come segnalato dalla Commissione, tale questione neanche si pone, dal momento che la KEF verifica regolarmente il fabbisogno pecuniario degli organismi di radiodiffusione, coprendolo ampiamente; pertanto, li preserva anche dalla necessità di ricorrere al credito privato nel caso critico di insolvenza, rendendo così più marcato l'aspetto pubblico della sovvenzione.

5. Altri elementi di giudizio

65. Da tutto quanto sopra considerato, è dato dedurre il carattere pubblico dei mezzi

28 — Seidel, I., «Öffentliches Auftragswesen», in Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Editorial C.H. Beck, Monaco, 2006, pag. 27, n. 82; Boesen, A, op. cit., pag. 152.

29 — Sinora, l'esigenza di un meccanismo pubblico di compensazione di debiti è stato menzionato unicamente nell'ambito dell'esame del primo trattino dell'art. 1, lett. b), n. 2, delle direttive comunitarie sulle gare di pubblico appalto, relativo alla soddisfazione dell'interesse generale; sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, punto 40).

economici che sostengono l'attività degli enti di radiodiffusione. Ciononostante, occorre aggiungere alcune considerazioni.

66. In primo luogo, la costante giurisprudenza di questa Corte di giustizia richiede che al concetto comunitario autonomo di «amministrazione aggiudicatrice» venga data interpretazione funzionale [30] e ampia [31], tenuto conto dell'obiettivo di evitare il rischio di dare preferenza agli offerenti o candidati nazionali in qualsiasi gara di appalto promossa dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché della possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato sia guidato da motivazioni estranee al suo carattere economico [32].

67. In questo contesto, rispondendo ad un quesito loro rivolto in udienza, gli enti di radiodiffusione hanno affermato che nessuna delle undici imprese contattate dalla GEZ per presentare offerte vincolanti era ubicata in un altro Stato membro. Questo dato, di per sé, è rivelatore del fatto che i timori del legislatore comunitario non erano infondati.

68. In secondo luogo, gli enti di radiodiffusione, sostenuti da una parte della dottrina tedesca [33], fanno leva sul mandato costituzionale di imparzialità che li protegge da qualsiasi ingerenza dei poteri pubblici sulla loro gestione [33].

69. Senza che si renda necessario commentare i pregi dell'art. 5, n. 1, della legge fondamentale tedesca, che è riuscito ad istituire un servizio pubblico di radiotelevisione di qualità, non vi è alcuna incompatibilità tra questo mandato e l'obbligo di cui qui trattasi, a carico di siffatti enti, di rispettare e di attenersi ai procedimenti per gli appalti indicati dalle direttive comunitarie.

70. Nelle osservazioni relative al presente procedimento pregiudiziale non è stata fornita alcuna motivazione atta a dimostrare che l'assoggettamento degli enti di radiodiffusione alle modalità della direttiva possa mettere a repentaglio la loro neutralità.

30 — Sentenze BFI Holding, cit., punto 62; 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-8565, punto 36); 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau, (Racc. pag. I-11617, punto 53); 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 41), e 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-11697, punto 73).

31 — Wolleschlänger, F., «Der Begriff des "öffentliches Auftraggebers" im Lichte der neuesten Rechtspreschung des Europäischen Gerichtshofes», *EWS (Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht)*, n. 8/2005, pag. 345

32 — Sentenze già citate, University of Cambridge, punto 17; Universale-Bau, punto 52; e Adolf Truley, punto 42.

33 — Dreher, M., v. op. cit., pag. 303; Hailbronner, K., op. cit., pag. 22, n. 123.

Inoltre, la libertà di stampa della radiodiffusione e la sua imparzialità non hanno mai costituito criteri per esaminare la qualità di autorità aggiudicatrice degli enti di diritto pubblico [34].

71. Infine, è fuori discussione il predominio assoluto del finanziamento degli enti di radiodiffusione tramite il canone rispetto ad altre fonti di introiti, in particolare la pubblicità, per cui, alla luce delle precisazioni fornite, si perviene alla conclusione che la forma nella quale gli enti televisivi finanziano le proprie spese integra il presupposto del finanziamento in misura maggioritaria da parte dello Stato di cui all'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa, della direttiva 92/50.

6. Soluzione della prima e della seconda questione pregiudiziale

72. Alla luce di quanto sopra considerato, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere la prima e la seconda questione sollevate dall'Oberlandesgericht Düsseldorf nei seguenti termini:

il finanziamento indiretto di enti mediante il pagamento di canoni da parte di chi possiede apparecchi riceventi di radiodiffusione costituisce un finanziamento secondo l'accezione della disposizione controversa, la cui analisi non consente di esigere altri criteri integrativi come, per esempio, un'influenza diretta dello Stato nell'aggiudicazione di appalti pubblici da parte degli enti da questo finanziati.

C — *Sulla terza questione pregiudiziale*

73. Con tale questione il giudice a quo vuole verificare se l'art. 1, lett. a), sub iv), della direttiva 92/50 comprenda nel suo ambito di applicazione i servizi di carattere accessorio e ausiliario, che non siano specifici della programmazione.

74. Come ho già fatto presente, la soluzione della questione è utile se agli enti di radiodiffusione viene conferita la qualifica di «amministrazione aggiudicatrice». Nel chiedere l'interpretazione della detta disposizione, l'Oberlandesgericht cerca di precisarne l'ambito di applicazione ratione materiae onde risolvere la questione se escluda i servizi di pulizia dei locali di tali enti.

34 — Seidel, I., op. cit., pag. 27, n. 82.

75. Il testo della disposizione è talmente chiaro che basterebbe fare richiamo all'adagio «in claris non fit interpretatio». La norma libera dall'obbligo delle procedure di appalto i contratti strettamente connessi con il contenuto dei programmi di radio e di televisione (acquisto, sviluppo, produzioni, coproduzioni e le relative acquisizioni di tempo di trasmissione).

76. Trattandosi di una deroga alla norma generale, se ne deve dare un'interpretazione restrittiva, per cui qualsiasi altra attività accessoria a quelle espressamente enunciate deve essere formalizzata con un negozio giuridico previa gara di pubblico appalto.

77. Tale interpretazione pare confermata dall'evoluzione della normativa comunitaria, come è dato rilevare dal confronto delle rispettive motivazioni delle direttive 92/50 e 2004/18. In tal senso, il venticinquesimo 'considerando' della direttiva 2004/18 ha arricchito lo scarno undicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, contemplando «altri servizi preparatori, quali quelli relativi alle sceneggiature o alle prestazioni artistiche necessarie alla realizzazione del programma». Per contro non vi ricomprende la «fornitura del materiale tecnico» necessario all'elaborazione di tali programmi.

78. Di conseguenza, se sotto tale accezione non sono considerati gli strumenti specializzati, tantomeno lo sono i servizi di pulizia degli edifici degli enti di radiodiffusione.

79. In conclusione, sia l'interpretazione letterale come pure quella autentica depongono per l'utilizzo dell'argomento a contrario all'atto della definizione dell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 circa i contratti stipulati con gli enti di radiodiffusione tedeschi.

80. Mi consento ancora un'ultima considerazione, poiché il rispetto della garanzia costituzionale dell'imparzialità degli enti televisivi tedeschi va rinvenuto nel contesto di tale disposizione piuttosto che nelle loro modalità di finanziamento [35]; per tale motivo il legislatore comunitario ha previsto l'eccezione relativa ai programmi al fine di tener conto di considerazioni di rilievo culturale e sociale, come è dato di leggere nel suddetto venticinquesimo 'considerando' della direttiva 2004/18.

35 — Anche Boesen, A., op. cit., pag. 152, n. 75.

VI — Conclusione

81. Conformemente a quanto sopra considerato, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere come segue le questioni pregiudiziali sollevate dall'Oberlandesgericht Düsseldorf:

«1) Il requisito del "finanziamento da parte dello Stato" di cui all'art. 1, lett. b), n. 2, terzo trattino, prima alternativa, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretato nel senso che in esso rientra il finanziamento operato indirettamente a favore di taluni enti mediante il pagamento di canoni da parte di chi possiede apparecchi riceventi di radiodiffusione, senza che debbano ricorrere ulteriori requisiti, come, per esempio, l'influenza diretta dello Stato nell'aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi da parte dell'ente che esso finanzia.

2) L'art. 1, lett. a), sub iv), della direttiva 92/50 esclude dall'ambito di applicazione della stessa soltanto i servizi ivi menzionati, facendovi rientrare tutti gli altri aventi carattere accessorio e ausiliario, che non siano specifici della programmazione».