CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PHILIPPE LÉGER

presentate il 16 settembre 1997 *

1. Con il presente procedimento pregiudiziale si chiede alla Corte di interpretare il termine «organismo di diritto pubblico» impiegato dal legislatore comunitario al fine di delimitare il campo di applicazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [1] (in prosieguo: la «direttiva»).

I — La legislazione comunitaria

La direttiva 93/37/CEE

3.La direttiva 93/37, che codifica la direttiva del Consiglio 71/305/CEE [2], costituisce la disciplina comunitaria di base nel settore degli appalti pubblici di lavori.

2. Ai sensi della direttiva, un «organismo di diritto pubblico» costituisce un'«amministrazione aggiudicatrice», nozione che designa gli enti la cui partecipazione alla conclusione di un contratto per l'esecuzione di lavori determina l'applicazione a tale contratto del regime stabilito dalla direttiva.

4. La direttiva stabilisce le regole comuni imposte agli Stati membri nel campo tecnico, in quello della pubblicità che deve essere data all'appalto che le amministrazioni aggiudicatrici intendono assegnare e in relazione alla partecipazione degli imprenditori all'appalto. Essa stabilisce le categorie di procedure di aggiudicazione degli appalti che le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare, nonché gli obblighi d'informazione posti a carico di queste ultime nei confronti dei candidati, degli offerenti e della Commissione, o degli Stati membri nei confronti di quest'ultima.

* Lingua originale: il francese.

1 — GU L 199, pag. 54. I termini "amministrazioni aggiudicatrici" e "organismo di diritto pubblico" compaiono anche nella direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [GU L 209, pag. 1, art. 1, sub b)] e nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [GU L 199, pag. 1, art. 1, sub b)], il che conferisce all'interpretazione di tali nozioni una portata che trascende l'ambito della legislazione sugli appalti pubblici di lavori.

2 — Direttiva 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), modificata da ultimo dalla direttiva 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle 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 (GU L 297, pag. 1).

5. L'art. 1 della direttiva definisce i principali termini che ne delimitano il campo di applicazione.

6. Infatti, la lett. a) enuncia quanto segue:

«gli 'appalti pubblici di lavori' sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice» [3].

7. La lett. b), primo comma, dispone quanto segue:

«Si considerano 'amministrazioni aggiudicatrici' lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico».

8. Gli «organismi di diritto pubblico», che sono quindi amministrazioni aggiudicatrici allo stesso titolo degli enti pubblici tradizionali, sono così definiti dalla lett. b), secondo comma:

«Per 'organismo di diritto pubblico' si intende qualsiasi organismo:

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

— dotato di personalità giuridica, e

— la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi

3 — L'allegato II elenca le attività professionali rientranti nel campo dell'edilizia e del genio civile. La lettera c) definisce «opera» «il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica».

ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

9. La lettera b), ultimo comma, dispone quanto segue:

«Gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico, che soddisfano i criteri di cui al secondo comma della presente lettera, figurano nell'allegato I. Questi elenchi devono essere quanto più completi possibile e possono subire revisioni secondo la procedura di cui all'articolo 35. A tal fine, gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modifiche apportate ai suddetti elenchi».

La direttiva 89/665/CEE

10. La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [4], obbliga gli Stati membri a prendere «i provvedimenti necessari per garantire che (...) le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile (...) in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto» [5]. L'art. 5 stabilisce che le misure necessarie per conformarsi alla direttiva, adottate dagli Stati membri, devono entrare in vigore entro il 21 dicembre 1991.

Il regolamento (CEE) n. 2052/88

11. Il nuovo art. 7, n 1, rubricato «Compatibilità e controllo», del regolamento (CEE) del Consiglio 24 giugno 1988, n. 2052 [6] (in prosieguo: il «regolamento»), precisa quanto segue:

«Le azioni che sono oggetto di un finanziamento da parte dei Fondi strutturali o di un intervento della BEI o di un altro strumento finanziario esistente devono essere conformi alle disposizioni dei trattati e degli atti emanati in base a questi ultimi e alle politiche

4 — GU L 395, pag. 33.

5 — Articolo 1.

6 — Regolamento relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti (GU L 185, pag. 9). L'attuale art. 7, n. 1, è stato modificato dall'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2081, che modifica il predetto regolamento (GU L 193, pag. 5).

comunitarie, comprese quelle concernenti le regole di concorrenza, l'aggiudicazione di appalti publici e la protezione dell'ambiente, nonché al principio della parità di opportunità tra uomini e donne».

II — La legislazione nazionale

12. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt chiarisce che, con l'entrata in vigore dell'accordo sullo Spazio economico europeo, il 1 gennaio 1994, la Repubblica austriaca assumeva l'obbligo di trasporre nel proprio ordinamento interno gli atti giuridici delle Comunità europee indicati nell'allegato XVI dell'accordo. All'epoca si trattava, in particolare, delle summenzionate direttive 71/305 e 89/665 [7].

13. Dall'ordinanza di rinvio risulta che la trasposizione delle direttive è stata realizzata a livello federale con il Bundesvergabegesetz (legge federale in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in prosieguo: il «BVergG») [8], entrato in vigore il 1 gennaio 1994 e che, per ragioni di ripartizione delle competenze tra lo Stato federale e i Länder, questi ultimi hanno adottato altre leggi di attuazione.

14. Nel settore degli appalti pubblici sono intervenute altre direttive non indicate nell'allegato XVI. Constatando la mancanza di una loro trasposizione nell'ordinamento giuridico austriaco, il giudice a quo ritiene che «le pertinenti disposizioni del Bundesvergabegesetz vadano ormai considerate alla luce delle disposizioni delle direttive europee in materia» [9]. Le principali disposizioni del BVergG sono le seguenti.

15. A termini dell'art. 1, n. 2, punto 3:

«La presente legge federale si applica agli appalti pubblici di lavori a titolo oneroso aventi ad oggetto

(...)

3) la realizzazione da parte di terzi, con qualsiasi mezzo, di un'opera conforme alle esigenze specificate dal committente pubblico».

7 — Pagg. 2 e 3, punto 1.1, della traduzione in francese.

8 — BGBl 462/1993.

9 — Pag. 4 della traduzione in francese.

16. L'art. 3 dispone quanto segue:

«1) La presente legge federale si applica all'aggiudicazione degli appalti di lavori ed alle concessioni di lavori il cui valore stimato, IVA esclusa, sia pari o superiore a 5 milioni di ECU.

(...)

3) Nessun appalto di lavori può essere scisso al fine di essere sottratto all'applicazione della presente legge federale».

17. L'art. 6, n. 1, punto 3, prevede che:

«La presente legge federale si applica all'aggiudicazione di appalti pubblici da parte di committenti pubblici che siano:

(...)

3) (Disposizione costituzionale) imprese ai sensi dell'art. 126, lett. b), n. 2, del B-VG [10], qualora siano state costituite per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e nelle quali la partecipazione finanziaria della Federazione sia maggioritaria;

per le altre imprese soggette al controllo della Corte dei Conti, nel caso in cui esse siano state costituite per lo scopo sopra indicato, spetta al Länder stabilire le norme relative all'aggiudicazione degli appalti e vigilare sulla loro applicazione» [11].

18. Il BVergG ha instaurato due tipi di ricorso: un procedimento di conciliazione dinanzi alla Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale per il controllo delle aggiudicazioni) ed un procedimento contenzioso dinanzi al Bundesvergabeamt (ufficio federale per le aggiudicazioni). Il procedimento di conciliazione deve necessariamente essere espletato preliminarmente alla presentazione di un ricorso al Bundesvergabeamt. Soltanto nel caso in cui nel procedimento di conciliazione non si sia pervenuti ad una composizione amichevole il committente pubblico, gli offerenti o i candidati possono adire tale organo di ultima istanza.

10 — Costituzione federale austriaca.

11 — Il giudice a quo osserva che tale disposizione «(...) fa menzione di imprese ai sensi dell'art. 126, lett. b), n. 2, del B-VG. Trattasi di imprese alle quali lo Stato partecipa da solo o insieme ad altri enti assoggettati al controllo della Corte dei Conti con almeno il 50% del capitale iniziale o del capitale sociale o che vengono esercitate dallo Stato, da solo o insieme agli enti di cui sopra. Ad una tale partecipazione finanziaria viene equiparato il controllo d'imprese attuato mediante altri provvedimenti finanziari, economici o organizzativi. Il controllo della Corte dei Conti è esteso anche alle imprese di quest'ultima categoria, per le quali ricorrano le condizioni sopra descritte» (pag. 13 della traduzione in francese).

III — I fatti e il procedimento nazionale

L'Österreichische Staatsdruckerei

19. Fondata nel 1804, la Tipografia di Stato austriaca (Österreichische Staatsdruckerei, in prosieguo: l'«ÖStDr») era originariamente un'impresa statale. Dopo il 1981, in forza del Bundesgesetz vom 1. Juli 1981 über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatdruckereigesetz) (legge federale sulla Tipografia di Stato austriaca, in prosieguo: il «StDrG»), l'ÖStDr ha modificato il proprio statuto. Il § 1 del StDrG è così formulato:

«1) È stato istituito un ente economico autonomo con la ragione sociale "Österreichische Staatsdruckerei" (in prosieguo: la "Staatsdruckerei"). Esso ha sede in Vienna ed è dotato di personalità giuridica.

2) La Staatsdruckerei è qualificata come impresa commerciale ai sensi del codice di commercio. Essa deve essere iscritta nella parte A del registro delle imprese presso il tribunale del commercio di Vienna.

3) Le attività della Staatsdruckerei vengono esercitate in conformità delle norme che disciplinano il commercio».

20. I compiti dell'ÖStDr sono stabiliti dall'art. 2 del StDrG. Ai sensi del n. 1, detti compiti consistono nella produzione esclusiva di stampati per l'amministrazione federale per i quali vige il segreto e l'osservanza di norme di sicurezza, come i passaporti, le patenti, carte d'identità, la Gazzetta ufficiale federale, le raccolte federali di leggi e di decisioni, i moduli e la Wiener Zeitung. Tale settore d'attività è comunemente indicato come «obblighi di pubblico servizio». Tali attività sono soggette alla vigilanza di un ufficio statale di controllo [12]. I prezzi vengono fissati, su richiesta del direttore generale dell'ÖStDr, dal Consiglio economico [13], composto da dodici membri dei quali otto nominati dalla Cancelleria federale o dai diversi ministeri e quattro dal Consiglio delle imprese, conformemente alle norme che disciplinano il commercio [14].

21. In virtù dell'art. 2, n. 2, l'ÖStDr può esercitare altre attività, come la produzione di stampati diversi, o la pubblicazione e la distribuzione di libri o giornali.

12 — § 13, n. 1, del StDrG.

13 — Ibidem, art. 12. Più precisamente, la determinazione dei prezzi viene affidata dal Consiglio ad un comitato composto da tre dei suoi membri: il presidente del Consiglio economico, uno dei membri designati dalla Cancelleria federale ed uno dei membri designati dal ministero incaricato dell'erogazione dei fondi.

14 — Ibidem, art. 12, n. 2.

22. A termini dell'art. 3, «nei limiti dell'oggetto sociale dell'impresa, la Staatsdruckerei è autorizzata a partecipare in altre imprese».

La Strohal Gesellschaft e la Strohal Rotationsdruck

23. Nel febbraio del 1995, l'ÖStDr acquistava l'intero capitale della Strohal Gesellschaft (in prosieguo: la «SG»), la quale nell'ottobre dello stesso anno fondava la Strohal Rotationsdruck (in prosieguo: la «SRG» o la «convenuta») di cui ha conservato 999 000 dei 1 000 000 ÖS costituenti il capitale sociale [15].

24. Dalle osservazioni scritte presentate dalla convenuta risulta che l'acquisizione della SG da parte dell'ÖStDr si spiega con l'esperienza di cui la SG si avvale nell'uso di una tecnica di stampa estranea alle attività dell'ÖStDr, nonché con l'esistenza di una clientela all'estero [16].

25. La SRG aggiunge di essere stata iscritta nel registro delle imprese del Landgericht di Eisenstadt, con lo scopo sociale della produzione di stampati secondo il suddetto processo di fabbricazione [17].

Il progetto Druckzentrum Müllendorf

26. L'ÖStDr aggiudicava diversi appalti a nome della SRG, all'epoca in via di costituzione, al fine di abbreviare il periodo transitorio antecedente l'attivazione di uno stabilimento tipografico denominato «Druckzentrum Müllendorf», la cui conduzione doveva essere affidata alla SRG [18].

27. Il 18 ottobre 1995 l'ÖStDr indiceva quindi una gara d'appalto avente ad oggetto impianti di servizio del «Druckzentrum Müllendorf» non destinati alla produzione, per poi revocarla in seguito ad un procedimento di conciliazione avviato dalla Wirtschaftskammer Österreich (camera dell'economia austriaca).

28. Successivamente veniva indetta una gara d'appalto limitata, in relazione alla quale l'ÖStDr informava gli offerenti che la SRG era la committente dei lavori, responsabile per l'indizione e l'aggiudicazione degli appalti [19].

15 — ÖS: scellino austriaco.

16 — Punto 16.

17 — Ibidem, punto 17.

18 — Ibidem, punti 21-23. Pagg. 7 e 8 della traduzione in francese dell'ordinanza di rinvio.

19 — Pag. 9 della traduzione in francese dell'ordinanza di rinvio.

29. Con domanda presentata il 15 novembre 1995, il Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (associazione austriaca delle imprese di impianti per l'edilizia) instaurava un procedimento amministrativo, sostenendo che il progetto costituiva un appalto pubblico di lavori, ai sensi del BVergG, e rientrava quindi nel campo di applicazione di quest'ultimo [20].

30. La Bundes-Vergabekontrollkommission concludeva che, in mancanza di un pubblico committente ai sensi del BVergG, non sussisteva alcun appalto pubblico di lavori e che, pertanto, la questione non era di sua competenza. Tuttavia, essa non intendeva escludere che l'ente aggiudicatore dovesse attenersi alle disposizioni della direttiva nel caso in cui beneficiasse di aiuti comunitari conformemente al citato art. 7, n. 1 [21].

31. Poiché non si era raggiunto un accordo amichevole, il 7 dicembre 1995 le società Mannesmann Anlagenbau Austria AG, J. L. Bacon GmbH, Haustechnische Gesellschaft für Sanitär-, Wärme- und Luft-Technische Anlagen GmbH e Sulzer Infra Anlagen- und Gebäudetechnik GmbH (in prosieguo: le «ricorrenti») proponevano ricorso al Bundesvergabeamt in forza dell'art. 92 del BVergG [22].

IV — Le questioni pregiudiziali

32. Il Bundesvergabeamt rileva che le disposizioni pertinenti del BVergG sono state emanate per la trasposizione della direttiva 71/305, come modificata, e che per interpretare tali disposizioni occorre in prosieguo rifarsi alla direttiva 93/37. Ha pertanto sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se una disposizione di una legge nazionale, come nel caso di specie l'art. 3 della legge sulla Tipografia di Stato, che attribuisce diritti speciali ed esclusivi ad

20 — Ibidem.

21 — Pagg. 9 e 10 della traduzione in francese dell'ordinanza di rinvio.

22 — Ibidem, pag. 10. Secondo il giudice a quo: "Il 21 dicembre 1995 le ricorrenti presentavano una memoria integrativa, nella quale precisavano che esse erano state informate dal committente, in data 7 dicembre 1995, che la gara d'appalto limitata, oggetto del procedimento, era stata revocata". Egli aggiunge che: "Contemporaneamente veniva prospettato alle ricorrenti lo svolgimento di un 'procedimento pubblico accelerato'". Le ricorrenti confermano l'esposizione dei fatti contenuta nell'ordinanza di rinvio. La convenuta, tuttavia, precisa che essa "ha indetto ... una gara d'appalto in forma di procedimento pubblico accelerato, pubblicata nella gazzetta ufficiale ... del 7-10 dicembre 1995 ..." e che "è contro tale gara d'appalto che le ricorrenti hanno instaurato presso il Bundesvergabeamt ... il procedimento che ha dato origine alla presente causa pregiudiziale" (pag. 15 della traduzione in francese delle sue osservazioni). Se esistono dunque divergenze nella descrizione del procedimento nazionale all'origine della presente causa, esse non sembrano di natura tale da ostacolare il compito di questa Corte, in quanto, allo stato delle informazioni portate a sua conoscenza, le caratteristiche delle due gare d'appalto indette non modificano i termini della questione che il giudice a quo intende sottoporle.

un'impresa, possa imporre a quest'ultima l'obbligo di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ai sensi dell'art. 1, punto b), della direttiva 93/37/CEE, e assoggettare un'impresa di tal genere nel suo complesso all'ambito di applicazione di questa direttiva, anche qualora le attività in questione costituiscano solo una parte della sfera di attività dell'impresa e quest'ultima sia inoltre presente sul mercato alla stregua di un'impresa commerciale.

2) Per il caso in cui un'impresa di questo tipo dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 93/37/CEE unicamente per quanto riguarda i diritti speciali ed esclusivi ad essa conferiti, se la stessa impresa sia tenuta ad adottare misure organizzative intese ad evitare il trasferimento di risorse finanziarie derivanti da tali diritti speciali ed esclusivi verso altri settori di attività.

3) Se, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice dia l'avvio ad un progetto e quest'ultimo sia pertanto da considerare appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37/CEE, l'intervento di un terzo, che non rientri prima facie nell'ambito di applicazione personale della direttiva possa alterare la qualificazione di un progetto come appalto pubblico di lavori o se tale modo di procedere, costituendo elusione dell'ambito di applicazione personale della direttiva, sia incompatibile con la ratio di quest'ultima.

4) Se, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice costituisca imprese al fine di svolgere attività commerciali, mantenendo nel loro capitale quote maggioritarie che le consentano di esercitare su di esse un controllo economico, la veste di amministrazione aggiudicatrice si estenda anche a queste imprese collegate.

5) Se, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice trasferisca risorse finanziarie derivanti da diritti speciali ed esclusivi ad essa conferiti ad imprese svolgenti atttività prettamente commerciale, imprese delle quali essa detenga una partecipazione maggioritaria, la posizione giuridica dell'impresa collegata ne sia influenzata nel senso che essa debba essere trattata alla stregua di un'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi della direttiva 93/37/CEE, e come tale comportarsi.

6) Se, nell'ipotesi di un'amministrazione aggiudicatrice che svolga sia attività diretta a soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale sia attività commerciali, e che crei impianti aziendali fungibili per entrambe le attività, l'appalto per la costruzione di simili impianti debba

essere considerato appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37/CEE o se esistano criteri di diritto comunitario in forza dei quali impianti di questo tipo possano ricondursi vuoi alla sfera dei compiti di interesse pubblico vuoi a quella delle attività commerciali e, in caso affermativo, quali siano questi criteri.

7) Se l'art. 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2081, che modifica il regolamento (CEE) n. 2052/88 relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti, imponga ai beneficiari di aiuti comunitari il procedimento di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE, anche nel caso in cui essi non siano amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/37/CEE».

V — Sull'ammissibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

33. Prima di trattare le questione poste, occorre valutare se il Bundesvergabeamt abbia il potere di presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale.

34. Il Bundesvergabeamt ha descritto i propri elementi caratterizzanti che, a suo parere, legittimano la sua qualifica di «giudice» ai sensi dell'art. 177 del Trattato e, quindi, l'ammissibilità del suo rinvio.

35. Peraltro le parti, gli Stati membri intervenienti e la Commissione non contestano tale qualifica.

36. Ricordo i criteri per l'individuazione di un organo giurisdizionale richiamati dalla giurisprudenza della Corte: fondamento legale, carattere permanente, giurisdizione obbligatoria, applicazione di norme giuridiche, competenza a risolvere controversie mediante decisioni vincolanti, indipendenza dei membri, procedimento in contraddittorio [23].

37. Il Bundesvergabeamt è stato istituito in forza dell'art. 78, n. 1, prima frase, del BVergG. Conformemente agli artt. 91 e segg., che ne stabiliscono le competenze, esso

23 — V., in particolare, sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen-Göbbels (Racc. pag. 377); 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. pag. I-1477) e 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, Procedure penali contro X (Racc. pag. I-6609).

conosce delle controversie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici indetti ai sensi del BVergG. Il fondamento legale ed il carattere di giurisdizione obbligatoria sono quindi indubbi.

38. Il BVergG non contiene alcuna disposizione la quale lasci intendere che il Bundesvergabeamt è un organo provvisorio. D'altra parte, la sua istituzione per legge dimostra l'intenzione della Repubblica d'Austria di fondare una giurisdizione stabile, il cui compito è conoscere delle controversie relative agli appalti pubblici senza limiti temporali di competenza.

39. D'altra parte, dall'art. 78, n. 2, il quale stabilisce che il Bundesvergabeamt esercita le competenze attribuitegli dal BVergG, e dagli artt. 91 e segg. risulta che esso adotta le proprie pronunce in applicazione delle norme giuridiche, posto che esso dirime controversie originate da violazioni del BVergG.

40. Ai sensi degli artt. 91 e 92, n. 2, del BVergG il procedimento dinanzi al Bundesvergabeamt può essere avviato soltanto in seguito all'infruttuoso esperimento della procedura di conciliazione. Ma, contrariamente a quelle della Bundes-Vergabekontrollkommission, le decisioni del Bundesvergabeamt sono vincolanti, come dimostra, in particolare, il potere di annullamento attribuitogli dalla legge [24].

41. L'indipendenza dell'organo austriaco e quella dei suoi membri mi sembrano incontestabili. Occorre infatti rilevare che il suo presidente ed i supplenti appartengono alla magistratura [25], che l'autorità incaricata della nomina deve controllare che i suoi membri aggiunti rappresentino equitativamente gli enti committenti e gli appaltatori [26], che le cause di revoca siano indicate in modo tassativo e corrispondano ad ipotesi oggettive o, per quanto attiene alla causa consistente nell'esistenza di una negligenza grave, a infrazioni per le quali la legge richieda una gravità tale da limitare il rischio di arbitrarietà o di ingerenza da parte delle autorità amministrative [27]. Aggiungo che, secondo la legge, i membri del Bundesvergabeamt sono indipendenti e non possono ricevere direttive [28], e che l'amministrazione non può annullarne o modificarne le decisioni [29].

42. Il requisito relativo allo svolgimento di un procedimento in contraddittorio pare più incerto, data la mancanza di disposizioni di legge in materia.

24 — Art. 94, n. 1, del BVergG.
25 — Art. 78, n. 4.
26 — Ibidem, art. 78, n. 5.
27 — Ibidem, art. 79.
28 — Ibidem, art. 80, n. 1.
29 — Ibidem, art. 78, n. 1.

43. Il fatto che il ricorso al Bundesvergabeamt debba essere preceduto da un procedimento di conciliazione dinanzi alla Bundes-Vergabekontrollkommission, la quale deve sentire le parti [30], garantisce il rispetto del contraddittorio soltanto nel procedimento davanti a quest'ultima, non in quello dinanzi al Bundesvergabeamt. D'altra parte, la norma, come enunciata, secondo cui il Bundesvergabeamt può ottenere qualsiasi informazione dagli aggiudicatari e dagli imprenditori [31] non garantisce affatto alle parti il diritto di essere sistematicamente informate circa le risorse e le condizioni dell'altra parte poiché, secondo la disposizione, il Bundesvergabeamt è destinatario esclusivo delle informazioni comunicategli su sua domanda. Orbene, per risultare efficace, la procedura in contraddittorio presuppone che le parti siano in grado di controbattere gli argomenti contrari.

44. Nella fattispecie, tuttavia, l'ordinanza di rinvio indica che il presente procedimento consegue ad una discussione in contraddittorio identica a quelle condotte dagli organi giurisdizionali, posto che le parti hanno depositato delle memorie, e che, se nulla si dice circa lo scambio di documenti tra di esse, ha quanto meno avuto luogo un'udienza dinanzi al Bundesvergabeamt [32]. Mi sembra quindi chiaro che, di fatto, quest'ultimo ha agito sotto ogni aspetto alla stregua di un organo giurisdizionale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

45. Per tali motivi concludo per l'ammissibilità della domanda.

30 — Ibidem, art. 88, n. 1.

31 — Ibidem, art. 84, n. 1.

32 — Pag. 19 della traduzione in francese dell'ordinanza di rinvio.

VI — Sulle questioni pregiudiziali

46. Le autorità pubbliche hanno una naturale tendenza, poco compatibile con l'obiettivo dell'instaurazione del mercato interno, a privilegiare le imprese nazionali, nell'intento di preservare l'occupazione e favorire lo sviluppo economico nel proprio paese.

47. La legislazione comunitaria sugli appalti pubblici si è sviluppata per garantire, sul piano comunitario, il rispetto dei principi della libera concorrenza, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, avversato da tali comportamenti tradizionali e generalizzati [33]. L'obiettivo assegnatole è quello di garantire agli operatori economici, qualunque ne sia l'origine, parità di accesso alle gare d'appalto indette dai pubblici poteri per la realizzazione dei propri progetti, indipendentemente dalla forma che tali poteri possano assumere [34].

33 — Secondo 'considerando' della direttiva. V. altresì, sullo scopo perseguito dalla direttiva-all'epoca delle cause in questione si trattava della direttiva 71/305-, sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 11 della motivazione) e 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo (Racc. pag. 1839, punto 18).

34 — V., sulle ragioni fondanti l'adozione di una disciplina in materia di appalti pubblici, Brunelli, P.: *Marchés publics et Union européenne-Nouvelles règles communautaires*, 1995, pagg. 9 e segg. Sulla priorità attribuita al criterio sostanziale rispetto a quello formale, la Corte ha stabilito, in una causa la cui soluzione dipendeva dal senso attribuito alla nozione di Stato, che a tale nozione «si [doveva] dare un'interpretazione funzionale» e che «la finalità della direttiva (...) sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale» (sentenza Beentjes, citata, punto 11 della motivazione).

48. La direttiva va interpretata alla luce di quest'obiettivo.

Sulla prima, seconda e sesta questione

52.Con tali questioni il giudice a quo intende accertare, in sostanza, se un'impresa che dedica parte della propria attività al soddisfacimento di bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e parte a un'attività commerciale, debba applicare le disposizioni della direttiva a tutti gli appalti di lavori da essa aggiudicati ovvero soltanto a quelli relativi ad impianti utilizzati esclusivamente per lo svolgimento della prima delle sue attività.

49. La natura di appalto pubblico di un appalto di lavori, dalla quale dipende l'applicazione della direttiva, presuppone che uno dei contraenti corrisponda alla definizione di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva.

50. Quest'ultima ha delimitato il proprio campo di applicazione rationae personae in funzione non soltanto degli enti tradizionalmente qualificati come enti pubblici, come lo Stato, gli enti pubblici locali e le organizzazioni del settore pubblico, bensì anche degli enti pubblici e privati che perseguono un obiettivo d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale, qualificati come «organismi di diritto pubblico».

53. Si tratta di stabilire non soltanto se un'impresa come l'ÖStDr presenti le caratteristiche che legittimano il fatto che le si attribuisca la qualifica di «organismo di diritto pubblico», e quindi di «amministrazione aggiudicatrice», ma anche se, in tale ipotesi, tutti gli appalti di lavori da essa aggiudicati, qualunque ne sia la natura, rientrino nella categoria degli appalti pubblici di lavori che, in quanto tali, sono soggetti all'applicazione della direttiva.

51. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte vertono sul contenuto di questa nozione. La maggior parte di esse può essere raggruppata in funzione dell'oggetto, dato lo stretto rapporto che le unisce.

54. Nessun elemento conforta la tesi dell'applicazione selettiva della legislazione in funzione dell'attività dell'ente aggiudicatore. Le ricorrenti, la Commissione e, nelle sue osservazioni orali sulla sesta questione, il governo francese ritengono che se un organismo, come l'ÖStDr, svolge un'attività commerciale in aggiunta allo scopo per il quale è

stato costituito — che sarebbe, nella fattispecie, lo svolgimento di compiti d'interesse generale aventi natura non industriale o commerciale —, la parte commerciale della sua attività rientra anch'essa nell'ambito operativo della direttiva, essendo determinante lo scopo per il quale l'ente è stato istituito [35]. Secondo le ricorrenti e i governi austriaco e olandese, i criteri indicati all'art. 1, sub b), secondo comma, della direttiva non consentono di qualificare l'ÖStDr «organismo di diritto pubblico» né di assoggettare alla direttiva alcuna delle sue attività.

57. La nozione di «diritti speciali o esclusivi», che figura all'art 90, n. 1, del Trattato, indica le imprese che fruiscono di un monopolio o che si trovano in una situazione privilegiata attribuita loro dallo Stato in contropartita di una posizione di diretta dipendenza nei suoi confronti. La suddetta disposizione impone agli Stati membri di eliminare e di astenersi dall'emanare, nei confronti di tali imprese, misure contrarie alle regole vigenti in materia di politica comunitaria della concorrenza.

La nozione di «organismo di diritto pubblico»: cumulo di requisiti di legge

55. Ricordo che la direttiva si applica agli appalti pubblici di lavori, da essa definiti come contratti nei quali uno dei contraenti è un'«amministrazione aggiudicatrice». Quest'ultima nozione comprende gli «organismi di diritto pubblico».

58. Secondo il governo austriaco, anche se «la produzione e la pubblicazione degli stampati (...) avviene in una situazione "privilegiata" (...)» [36], il che potrebbe legittimare il ricorso alla nozione di «diritti speciali o esclusivi» per indicare i compiti dell'ÖStDr, tale espressione non determina l'applicazione della legislazione sugli appalti pubblici di lavori, e non rileva pertanto ai fini dell'interpretazione della direttiva.

56. Nella prima questione il giudice a quo utilizza la nozione di «diritti speciali ed esclusivi» onde caratterizzare il particolare status dell'ÖStDr.

59. Nella fattispecie, la nozione centrale è quella di «organismo di diritto pubblico», inteso come organismo «istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» [37].

35 — V., in particolare, pag. 16 della traduzione in francese delle osservazioni scritte della Commissione.

36 — Pag. 6 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte.

37 — Art. 1, sub a) e sub b).

60. A quest'ultimo requisito se ne aggiungono altri due: un «organismo di diritto pubblico» deve essere dotato di personalità giuridica e trovarsi in un rapporto di stretta dipendenza dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico [38].

61. Dalla stessa formulazione dell'art. 1, sub b), secondo comma, della direttiva risulta che i tre requisiti enunciati hanno carattere cumulativo.

62. Gli elenchi previsti dall'art. 1, sub b), terzo comma, enumerano gli organismi che soddisfano i criteri in questione.

63. La definizione degli enti pubblici austriaci di cui trattasi comprende «tutti gli organismi soggetti al controllo finanziario della 'Rechnungshof' (Corte dei Conti) che non presentano un carattere industriale o commerciale» [39]. Ai sensi dell'art. 15, n. 6, del StDrG, l'ÖStDr è soggetta al controllo dei Corte dei conti. Ma l'altro requisito enunciato dalla disposizione, paragonabile al primo requisito di cui all'art. 1, sub b), secondo comma, deve, analogamente a quest'ultimo, essere precisato.

Il soddisfacimento di bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale

64. L'espressione «bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» non è di facile comprensione.

65. La nozione di «interesse generale» può essere accostata, come ha fatto l'avvocato generale M. Van Gerven analizzando l'espressione «interesse economico generale», contenuta all'art. 90, n. 2, del Trattato, all'idea di «(...) attività svolte direttamente a favore della collettività» in contrapposizione agli interessi individuali o di gruppi [40]. In quest'ottica è logico ritenere che l'attività dell'ÖStDr diretta alla stampa di documenti amministrativi ufficiali quali passaporti, carte d'identità o raccolte di leggi sia destinata al soddisfacimento di bisogni d'interesse generale.

38 — Tale rapporto di dipendenza può avere natura diversa: la subordinazione finanziaria dell'ente il controllo della sua gestione o la nomina dei membri dei suoi organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza [v. art. 1, sub b), secondo comma, terzo trattino, citato].

39 — All. I, XI, E.1, lett. b), dell'atto relativo alle condizioni d'adesione del Regno di Norvegia, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia ed agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 21).

40 — Paragrafo 27 delle sue conclusioni nella causa C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova (Racc. pag. I-5889). Nel suo articolo "La nozione di 'amministrazione aggiudicatrice' in materia di appalti di lavori", P. Valadou fornisce questa definizione: "Il bisogno d'interesse generale può dunque essere definito come l'esigenza manifestata dalla società (locale o nazionale) nel proprio interesse collettivo". Egli aggiunge che "si ha interesse generale allorché l'interesse in questione non si confonda con l'interesse proprio ed esclusivo di una persona o di un gruppo di persone ben individuato". *Semaine juridique*, Éd. E, n. 3, 1991, pag. 33.

66. Al riguardo, la principale difficoltà consiste nell'individuare il confine che separa le attività d'interesse generale di carattere industriale o commerciale da quelle prive di tale carattere.

67. La Corte ha enunciato — in un contesto giuridico diverso, ancorché simile, in quanto si trattava di rapporti tra lo Stato e le imprese pubbliche — un certo numero di criteri che consentono di tracciare una linea di demarcazione.

68. Essa ha dichiarato che «(...) lo Stato può agire vuoi esercitando il potere d'imperio, vuoi svolgendo attività economiche di natura industriale o commerciale che consistono nell'offrire beni e servizi sul mercato» [41]. In un'altra sentenza la Corte ha osservato che «(...) le imprese private decidono (...) la loro strategia industriale e commerciale in considerazione, soprattutto, delle esigenze di profitto. Le decisioni delle imprese pubbliche, invece, possono scontrarsi con fattori di diversa natura, nell'ambito del perseguimento, da parte delle autorità pubbliche che possono influenzare le decisioni stesse, di scopi di interesse generale» [42].

69. Siffatta descrizione delle attività pubbliche e private consente di meglio individuare l'ambito operativo degli «organismi di diritto pubblico» indicati dalla direttiva. Il legislatore comunitario ha auspicato che tale espressione venga applicata agli organismi che perseguono il soddisfacimento di bisogni d'interesse generale, la cui attività esula, in tutto o in parte, dalla logica di mercato. Data la loro natura, che li designa quali organi competenti per lo svolgimento dei compiti essenziali affidati ai poteri pubblici, determinate attività non possono essere assoggettate ad un criterio di redditività e non hanno pertanto scopo di lucro [43]. Si può ritenere che, se il legislatore ha stabilito il confine che separa gli organismi la cui attività è assoggettata alla regolamentazione degli appalti pubblici dagli altri organismi per mezzo del criterio desunto dai «bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale», è il fatto di essere soggetti alla concorrenza da parte di altri operatori economici che dissuade questi ultimi organismi dallo scegliere gli appaltatori in base a criteri discriminatori. Gli obblighi imposti dalla legislazione si rivelano pertanto di minore utilità.

41 — Sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia (Racc. pag. 2599, punto 7 della motivazione). Osserviamo che la distinzione tra le pertinenti attività del potere pubblico e quelle che, sebbene svolte da enti pubblici, rientrano nell'ambito del diritto privato risulta soprattutto dalle sentenze pronunciate da questa Corte in relazione alla applicabilità delle regole di concorrenza del Trattato a determinate attività. V., ad esempio, sentenze 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT Fluggesellschaft (Racc. pag. I-43) e 18 marzo 1997, causa C-343/95, Diego Calì e Figli (Racc. pag. I-1547).

42 — Sentenza 6 luglio 1982, cause riunite 188/80, 189/80 e 190/80, Francia, Italia e Regno Unito/Commissione (Racc. pag. 2545, punto 21 della motivazione).

43 — Sulla questione v., in particolare, il succitato articolo di Valadou P., punto 12; Flamme M. A., Flamme P., "Enfin l'Europe des marchés publics", *Actualité juridique - Droit administratif*, 20 novembre 1989, pag. 653; Lee P., *Public procurement*, 1992, pagg. 56 e 57.

70. Nel caso di specie, l'attività affidata all'ÖStDr dal StDrG consiste nella produzione di documenti amministrativi ufficiali, di cui alcuni funzionali all'identificazione delle persone ed altri alla diffusione dei testi legislativi, normativi ed amministrativi dello Stato, così che la funzione di tali documenti è strettamente connessa all'ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale della Repubblica d'Austria. La natura particolare dei bisogni che l'ÖStDr è tenuta a soddisfare, che si ricollegano quindi all'esercizio di prerogative di potere pubblico, spiega perché essa eserciti la propria attività in condizioni sottratte in gran parte alla concorrenza, in quanto, da un lato, essa assume la forma di un monopolio [44] e, dall'altro, i suoi prezzi, nonostante siano stabiliti in conformità delle norme che regolano il commercio, sono fissati da un'autorità che è diretta emanazione dei poteri pubblici [45]. Lo Stato deve poter contemporaneamente beneficiare di una garanzia di approvvigionamento e di condizioni di produzione che assicurino il rispetto delle regole di riservatezza e prevengano i rischi di illecita riproduzione dei documenti stampati.

71. Per tali motivi, ritengo che l'ÖStDr persegua il soddisfacimento di «bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale», ai sensi della direttiva.

Il criterio teleologico

72. Occorre poi verificare se l'ÖStDr sia stata costituita «per soddisfare specificatamente» i bisogni cui è tenuta a provvedere.

73. Lo scopo dell'istituzione dell'organismo è l'unico criterio determinante, secondo la legge, perché esso possa essere considerato alla stregua di un «organismo di diritto pubblico», ai sensi della direttiva. Ciò che conta è, naturalmente, l'obiettivo effettivamente perseguito. Il giudice nazionale non potrebbe giustificare il dichiarato scopo di soddisfare bisogni di natura industriale o commerciale per dissimulare attività d'interesse generale al fine di eludere le norme imperative di legge.

74. Tale condizione significa che il motivo dell'istituzione dell'organismo dev'essere lo svolgimento di un'attività del genere.

75. Certo, «specificatamente» non significa «esclusivamente», così che l'organismo può svolgere attività diverse senza per questo sottrarsi alla qualifica di «organismo di diritto pubblico». Mi sembra tuttavia necessario verificare che esso sia stato istituito proprio al fine di perseguire tale specifico obiettivo.

44 — Pag. 6 della traduzione in francese delle osservazioni scritte del governo austriaco.

45 — V. paragrafo 20 delle presenti conclusioni. Si tratta dunque di una determinazione amministrativa dei prezzi, il che significa che questi ultimi non possono essere modificati senza una decisione formale dell'autorità pubblica. Inoltre, la decisione con la quale vengono fissati i prezzi sembra dover tener conto di considerazioni relative ai compiti specifici dell'ÖStDr. Così, con una formulazione un po' sibillina, il StDrG precisa che i prezzi tengono conto "dell'entità delle disponibilità necessarie", il che lascia intendere che essi coprono i costi sostenuti per mantenere una capacità produttiva sufficiente a soddisfare le esigenze dello Stato, anche se tali fattori produttivi non vengono talora pienamente utilizzati.

76. In caso affermativo, la prova sarà fornita dal carattere particolare dei suoi compiti, il quale giustifica il fatto che gli appalti da esso aggiudicati siano disciplinati dalla legislazione comunitaria.

77. Oltre a non risultare dal testo della direttiva, il criterio relativo all'attività svolta dell'organismo per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale, proposto dai governi austriaco ed olandese [46], mi sembra atto a facilitare la frode alla legge. Infatti, un ente può benissimo essere stato istituito allo scopo di soddisfare bisogni di natura pubblica pur esercitando attività prettamente industriali o commerciali. Orbene, qualora questi ultimi compiti costituissero la sua attività preminente, l'interpretazione proposta avrebbe l'effetto di sottrarre l'intero l'organismo al regime della direttiva. Ad un ente pubblico basterebbe quindi ricorrere a tale pratica in modo sistematico per sottrarre tutti gli appalti pubblici di lavori all'applicazione della legislazione comunitaria.

78. Non va certo trascurato l'argomento secondo cui l'applicazione in via analogica di detta legislazione ad attività prettamente industriali o commerciali costituisce un onere gravoso, che può apparire ingiustificato, in quanto gli organismi istituiti per svolgere attività identiche non sono soggetti a tale applicazione.

79. Questo inconveniente potrà essere evitato scegliendo lo strumento giuridico adatto agli obiettivi perseguiti dagli enti pubblici. Poiché lo scopo per il quale l'organismo è stato istituito determina il regime giuridico applicabile alle gare d'appalto da esso indette, spetta ai suoi fondatori, i quali intendano evitare gli effetti indesiderabili di tale regime su attività che non rientrano nel suo ambito operativo, limitarne l'oggetto sociale. Ad essi compete quindi di modificare quest'ultimo qualora, come nel caso di specie, l'applicazione della legislazione sugli appalti pubblici alla parte di attività prettamente industriale o commerciale dell'impresa venga giudicata eccessivamente gravosa.

Natura giuridica dell'ÖStDr e regime applicabile

80. L'ÖStDr è stata fondata per provvedere alle esigenze tipografiche dello Stato [47]. Essa è dotata di personalità giuridica [48] ed è, peraltro, soggetta alla sorveglianza di un ufficio statale di controllo [49] e della Corte dei conti [50], il che si spiega, secondo le dichiarazioni

46 — Per sostenere la tesi secondo cui l'ÖStDr non sarebbe un "organismo di diritto pubblico", il governo austriaco afferma, in particolare, che "... la parte delle attività 'privilegiate' dell'ÖStDr non rappresenta più del 15-20% della sua attività complessiva" (pag. 7 della traduzione in francese delle sue osservazioni scritte).

47 — Punti 2 e segg. delle osservazioni scritte della convenuta.

48 — V. paragrafo 19 delle presenti conclusioni.

49 — V. punto 20 delle presenti conclusioni.

50 — V. punto 63 delle presenti conclusioni.

fatte in udienza dalla convenuta, con il fatto che lo Stato austriaco ne detiene la maggior parte delle azioni. Mi sembra pertanto che l'ÖStDr vada qualificata come «organismo di diritto pubblico».

81. Poiché l'impresa ha titolo a tale qualifica, tutti i suoi appalti di lavori sono soggetti all'applicazione delle disposizioni della direttiva. Infatti, l'art. 1, sub a), non definisce gli appalti pubblici di lavori, e quindi stabilisce il campo di applicazione della direttiva in funzione non dell'attività per la quale vengono aggiudicati gli appalti, bensì delle caratteristiche dell'organismo che ha stipulato il contratto con l'imprenditore. Mi sembra pertanto che la prima e la sesta questione vadano risolte in tal senso.

82. Di conseguenza, non è necessario risolvere la seconda questione, sottoposta per il caso in cui l'ÖStDr sia soggetta all'applicazione della direttiva soltanto per quanto attiene alla sua attività di natura pubblica.

Sulla terza, quarta e quinta questione

83. Dette questioni vertono, in sostanza, sui requisiti che le consociate di una «amministrazione aggiudicatrice» devono soddisfare per poter essere a loro volta qualificate «amministrazioni aggiudicatrici», nonché sull'incidenza dell'intervento di una consociata non rispondente a tali requisiti sulla qualifica di un progetto di appalto pubblico di lavori avviato da una «amministrazione aggiudicatrice».

84. Più precisamente, il giudice a quo desidera sapere, anzitutto, se l'art. 1, sub b), della direttiva possa essere interpretato nel senso che permette di qualificare «organismo di diritto pubblico» gli enti che rientrano in una delle seguenti categorie:

imprese costituite da un «organismo di diritto pubblico» al fine di soddisfare bisogni di carattere industriale o commerciale, delle quali detto organismo detiene più della metà del capitale sociale;

imprese che svolgono attività commerciali delle quali un «organismo di diritto pubblico» detiene più della metà del capitale sociale e che ricevono da quest'ultimo i mezzi finanziari necessari allo svolgimento di un'attività destinata a soddisfare bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

85. Il testo della direttiva tiene già in conto, nell'enunciare la definizione di «organismi di

diritto pubblico», il caso della persona giuridica finanziata prevalentemente da un ente pubblico o da un «organismo di diritto pubblico». Ma, l'abbiamo visto, i tre requisiti enunciati dall'art. 1, sub b), secondo comma, sono cumulativi e, pertanto, per poter essere qualificato «organismo di diritto pubblico» non è sufficiente che un organismo sia dotato di personalità giuridica e sia finanziato prevalentemente da un «organismo di diritto pubblico». Occorre anche che esso sia stato istituito per soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

86. Nel 1989 si è attribuita alla nozione di «amministrazione aggiudicatrice» un'accezione più ampia, al fine di non limitare la disciplina comunitaria ai soli enti di diritto pubblico [51], poiché numerosi enti giuridici, sfuggendo a tale criterio formale, venivano investiti di competenze relative a funzioni tradizionalmente svolte dagli enti pubblici. Il legislatore comunitario ha così confermato l'impostazione della giurisprudenza della Corte, caratterizzata da un'interpretazione funzionale della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» [52]. La logica stessa vuole che quest'ultima definizione non comprenda gli organismi che, benché dipendenti da tale amministrazione, svolgono attività di natura esclusivamente privata [53].

87. Di conseguenza, come per il controllo economico di un'impresa da parte di una «amministrazione aggiudicatrice», così l'apporto di mezzi finanziari da parte di un'«amministrazione aggiudicatrice» non assoggetta l'impresa in questione al regime della legislazione sugli appalti pubblici, in quanto la sua attività conserva una natura prettamente commerciale. Come sottolinea giustamente il governo austriaco, tale apporto rientra semmai nel campo di applicazione della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato [54].

88. Il giudice austriaco domanda inoltre alla Corte se la qualifica di appalto pubblico di lavori attribuita ad un progetto di lavori possa essere modificata in seguito all'intervento di un terzo privo della qualità di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi della direttiva, con il rischio che tale modo di procedere costituisca un modo per eludere l'applicazione della direttiva.

51 — La direttiva 71/305 qualificava "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti pubblici territoriali e taluni enti di diritto pubblico. La direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305/CEE (GU L 210, pag. 1), ha in particolare sostituito alla nozione di "enti di diritto pubblico" quella di "organismi di diritto pubblico", menzionati nella direttiva 93/37.

52 — Sentenza Beentjes, citata.

53 — V. paragrafi 64 e segg. delle presenti conclusioni.

54 — Pag. 11 della traduzione in francese delle osservazioni scritte. Per completezza aggiungo tuttavia che, in virtù dell'art. 2 della direttiva, gli enti che non possiedono la qualità di "amministrazioni aggiudicatrici" possono essere assoggettati alle disposizioni della direttiva qualora gli appalti di lavori da essi aggiudicati siano sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da un'"amministrazione aggiudicatrice". Occorre altresì che gli appalti in questione "rientr[ino] nella classe 50, gruppo 502 della nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee (NACE)" o "riguard[ino] i lavori edili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a scopi amministrativi" (art. 2, n. 2). Si tratta di una deroga al principio secondo cui la direttiva si applica agli appalti di lavori assegnati da una "amministrazione aggiudicatrice". Qualora intenda pronunciarsi sull'applicazione di tale disposizione alla causa di cui deve conoscere, il giudice a quo dovrà valutare se l'appalto di lavori controverso, il quale, palesemente, non riguarda la costruzione di edifici del tipo indicato alla fine dell'art. 2, n. 2, rientri nel summenzionato gruppo 502 della NACE, che comprende in particolare le imprese edili. Egli dovrà pertanto verificare l'entità delle sovvenzioni eventualmente erogate dall'ÖStDr alla SRG.

89. La soluzione di tale questione presuppone che siano precisate le esatte circostanze della «comparsa» del terzo — per riprendere la terminologia impiegata dal giudice a quo — nell'esecuzione del progetto.

90. Dall'ordinanza di rinvio risulta che la gara d'appalto all'origine del presente procedimento pregiudiziale è stata indetta dalla convenuta dopo che l'ÖStDr aveva revocato la gara d'appalto precedente.

91. La SRG è dunque l'ente aggiudicatore incaricato di concludere il contratto costituente l'appalto di lavori controverso. Orbene, essa non presenta, secondo il giudice a quo, le caratteristiche di un'«amministrazione aggiudicatrice», il che esclude l'applicazione del regime della direttiva.

92. Ho già detto che la revoca da parte dell'ÖStDr, nell'ambito del medesimo progetto, delle gare d'appalto precedenti era giustificata dalla preoccupazione di ridurre il periodo transitorio antecedente l'avvio dell'attività dello stabilimento tipografico della SRG, in fase di costruzione. Peraltro, l'ÖStDr avrebbe previsto «una clausola in forza della quale [essa] avrebbe potuto sempre trasferire (...) tutti i diritti e gli obblighi derivanti dagli appalti di lavori ad un terzo» [55].

93. Tali circostanze tendono a dimostrare che, in origine, il progetto in questione rientrava nel campo di attività della SRG, il che consente di inquadrare diversamente l'azione dell'ÖStDr in quanto, verosimilmente, essa concorreva all'esecuzione di un progetto interamente compreso nell'oggetto sociale della sua consociata.

94. L'aggiudicazione dell'appalto di lavori non risulta quindi essere stata effettuata per conto dell'ÖStDr bensì, anzi, a vantaggio della SRG, il che legittimerebbe l'esclusione dell'appalto dall'ambito operativo della direttiva.

95. Il Bundesvergabeamt prospetta il rischio di frode alla legge che può derivare dal ricorso ad un terzo onde eludere la legislazione comunitaria sugli appalti pubblici.

96. Poiché la legislazione comunitaria sugli appalti pubblici di lavori delimita il proprio ambito dell'applicazione in funzione, in particolare, della qualità dei contraenti, non può escludersi del tutto un rischio del genere.

55 — Pag. 8 della traduzione in francese dell'ordinanza di rinvio.

97. Ho già rilevato, tuttavia, che spetta al giudice nazionale competente verificare l'effettiva sussistenza dei motivi all'origine dell'istituzione dell'organismo che assegna l'appalto controverso. La sua valutazione dei fatti determinerà la qualifica giuridica appropriata [56].

98. È quindi opportuno che il giudice verifichi che un'impresa non sia stata costituita da un'«amministrazione aggiudicatrice» al solo fine di stipulare contratti d'appalto eludendo l'applicazione della legislazione comunitaria. Lo scopo effettivo della costituzione dell'impresa, che sarebbe, in tale ipotesi, quello di stipulare contratti di appalti pubblici di lavori, può quindi indurre il giudice a decidere che l'appalto controverso è stato assegnato per conto dell'«amministrazione aggiudicatrice», il che legittimerebbe l'applicazione della direttiva.

99. L'«amministrazione aggiudicatrice» può anche scegliere di rivolgersi ad un'impresa già costituita. In tal caso, la frode alla legge sembrerebbe più difficilmente individuabile qualora, come è verosimile, l'impresa sia stata scelta tra altre la cui costituzione non è affatto intesa allo svolgimento di un'attività diretta al soddisfacimento di bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, in quanto in tal caso gli appalti da essa aggiudicati esulano tradizionalmente dall'applicazione della legislazione comunitaria.

100. Il giudice verificherà se esista un nesso tra i lavori progettati e l'oggetto sociale dell'impresa. Chiaramente si deve presumere che un'impresa la quale stipuli un contratto d'appalto per l'esecuzione di lavori estranei alla propria attività agisca per conto altrui. Logicamente, nel caso in cui la beneficiaria possa essere identificata in un'«amministrazione aggiudicatrice», devono trovare applicazione le disposizioni di diritto comunitario relative agli appalti pubblici.

Sulla settima questione

101. Con tale questione il giudice a quo intende accertare se il finanziamento comunitario di un progetto di lavori sia subordinato al rispetto, da parte dell'impresa che ne beneficia, della legislazione comunitaria sugli appalti pubblici anche nel caso in cui detta impresa, nella fattispecie la SRG, non sia un «un organismo di diritto pubblico» e non possieda quindi la qualità di «amministrazione aggiudicatrice».

102. L'art. 7 del regolamento può ricevere due differenti interpretazioni. Allorché concede un finanziamento ad un'azione, la Comunità accerta che i destinatari dell'aiuto

56 — V. paragrafi 72 e 73 delle presenti conclusioni.

osservino la legislazione comunitaria ad essi applicabile. Oppure, la legislazione comunitaria richiamata dalla suddetta disposizione diviene applicabile agli operatori che beneficiano di detto finanziamento benché, in circostanze diverse, essi non rientrino nel suo ambito di applicazione.

103. Mi sembra che la prima interpretazione sia l'unica possibile.

104. La norma non dice che le disposizioni comunitarie relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici s'impongono d'ora innanzi a tutti gli operatori economici che intendano fruire di un finanziamento comunitario per la realizzazione di azioni rientranti nella sfera applicativa del regolamento.

105. Quest'ultimo fa riferimento alla «compatibilità» ed alla «conformità» alla legislazione comunitaria sugli appalti pubblici delle azioni che richiedono un finanziamento da parte della Comunità. La conformità delle azioni presuppone anzitutto che esse rientrino nel campo di applicazione definito da ciascuna delle norme comunitarie applicabili. L'azione di un organismo che non riunisce in sé le caratteristiche di «organismo di diritto pubblico» ai sensi della direttiva è evidentemente compatibile con quest'ultima, in quanto non è soggetta al regime da essa stabilito.

106. Anche il carattere molto generale del rinvio conduce a tale conclusione. L'applicazione indiscriminata della legislazione a tutti gli operatori agenti nell'ambito delle azioni finanziate dalla Comunità rischia di creare difficoltà d'interpretazione delle norme, non conformi al principio della certezza del diritto.

107. Soprattutto, l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici ad organismi la cui attività ha carattere prettamente industriale o commerciale sarebbe difficilmente giustificabile rispetto allo scopo di tale legislazione, che consiste, ricordiamolo, nel garantire parità di accesso degli operatori economici alle gare d'appalto indette dagli enti pubblici o dagli organismi che svolgono attività di natura pubblica.

108. La preoccupazione del legislatore sembra piuttosto quella di fare in modo che le spese della Comunità nel settore delle politiche strutturali siano rigorosamente limitate agli operatori che rispettano le regole del diritto comunitario, e non servano ad avallare comportamenti ad esse contrari.

109. Si deve quindi ritenere che l'organismo, privo della qualità di «organismo di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 93/37, che fruisca di un finanziamento comunitario non è vincolato alle disposizioni della summenzionata direttiva relativa alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici.

Conclusione

110. Sulla base di tali osservazioni, propongo di risolvere nel modo seguente le questioni sollevate:

«1) La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretata nel senso che:

— una tipografia, dotata di personalità giuridica, costituita al fine della produzione esclusiva di documenti amministrativi ufficiali destinati allo Stato, il quale ne effettua il controllo, in particolare attraverso una partecipazione superiore alla metà del capitale sociale, e stabilisce i prezzi di detti documenti, anche nel caso in cui tale parte della sua attività sia divenuta minoritaria rispetto all'attività complessiva, costituisce un "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art. 1, sub b), della direttiva;

— le disposizioni della direttiva si applicano a tutti gli appalti di lavori aggiudicati da un "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 1, sub b), della medesima.

2) L'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 va interpretato nel senso che non costituisce un "organismo di diritto pubblico" l'impresa costituita da un "organismo di diritto pubblico", il quale detenga più della metà del suo capitale sociale, esclusivamente al fine di soddisfare bisogni di carattere industriale o commerciale, anche nel caso in cui detta impresa riceva da tale organismo i

mezzi finanziari necessari per lo svolgimento di un'attività diretta al soddisfacimento di bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale. Il fatto che tale impresa abbia concluso un contratto di lavori nel contesto di un progetto complessivo originariamente condotto da un "organismo di diritto pubblico" non produce la conseguenza di assoggettare tale contratto alle prescrizioni della direttiva 93/37, salvo che esso sia stato concluso per conto dell'"organismo di diritto pubblico".

3) L'art. 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 24 giugno 1988, n. 2052, relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti, come modificato dall'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2081, va interpretato nel senso che un'impresa destinataria di un finanziamento comunitario, qualora non costituisca un "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 1, sub b), della direttiva 93/37, non è soggetta all'applicazione delle procedure di ricorso predisposte dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori».