SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

10 aprile 2008 *

Nel procedimento C-393/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) con decisione 17 agosto 2006, pervenuta in cancelleria il 22 settembre 2006, nella causa

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

contro

Fernwärme Wien GmbH,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dai sigg. G. Arestis, E. Juhász (relatore), J. Malenovský e T. von Danwitz, giudici,

* Lingua processuale: il tedesco.

avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer
cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale dell'11 ottobre 2007,

considerate le osservazioni presentate:

— per la Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, dagli avv.ti S. Sieghartsleitner e M. Pichlmair, Rechtsanwälte;

— per la Fernwärme Wien GmbH, dall'avv. P. Madl, Rechtsanwalt;

— per il governo austriaco, dai sigg. M. Fruhmann e C. Mayr, in qualità di agenti;

— per il governo ungherese, dalla sig.ra J. Fazekas, in qualità di agente;

— per il governo finlandese, dalla sig.ra A. Guimaraes-Purokoski, in qualità di agente;

— per il governo svedese, dalla sig.ra A. Falk, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. X. Lewis, in qualità di agente, assistito dall'avv. M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 22 novembre 2007,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle pertinenti disposizioni delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1), e 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).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (in prosieguo: la «Ing. Aigner») e la Fernwärme Wien GmbH (in prosieguo: la «Fernwärme Wien»), circa la regolarità di una gara di appalto bandita da quest'ultima.

Il quadro giuridico

La normativa comunitaria

3 La direttiva 2004/17 istituisce un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici in settori specifici, e cioè in quelli dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. È subentrata, abrogandola, alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle comunicazioni (GU L 199, pag. 84), la quale aveva il medesimo oggetto.

4 La specificità dei settori coperti dalla direttiva 2004/17 è messa in evidenza nel terzo 'considerando' di quest'ultima a tenore del quale un coordinamento in tali settori è necessario in ragione del carattere chiuso dei mercati nei quali operano gli enti aggiudicatori di cui trattasi, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione.

5 Gli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 2004/17 e 1, n. 9, secondo comma, della direttiva 2004/18 dispongono che per «amministrazioni aggiudicatrici» si intendono, tra altri, gli «organismi di diritto pubblico», e cioè:

«(…) qualsiasi organismo:

— istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,

— dotato di personalità giuridica, e

— la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o 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».

6 A tenore dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 2004/17, si intende per:

«"imprese pubbliche": le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione».

7 L'art. 2, n. 2, di tale direttiva così dispone:

«La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7;

b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 3 a 7 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

8 Negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17 figurano enumerati i settori di attività cui tale direttiva si applica. Tali settori sono il gas, l'energia termica e l'elettricità (art. 3), l'acqua (art. 4), i servizi di trasporto (art. 5), i servizi postali (art. 6) e la prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi nonché porti e aeroporti (art. 7).

9 L'art. 3, n. 1, della detta direttiva prevede:

«Per quanto riguarda il gas e l'energia termica, la presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica; oppure

b) l'alimentazione di tali reti con gas o energia termica».

10 L'art. 9 della medesima direttiva è così formulato:

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

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

2. Se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalla presente direttiva e l'altra dalla citata direttiva 2004/18/CE, se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività sia principalmente destinato l'appalto, esso è aggiudicato secondo la citata direttiva 2004/18/CE.

(…)».

11 L'art. 20, n. 1, della medesima direttiva, intitolato «Appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività in un paese terzo», prevede:

«La presente direttiva non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 3 a 7, o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità».

12 Infine, l'art. 30 della direttiva 2004/17, intitolato «Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza», così dispone:

«1. Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 3 a 7 non sono soggetti alla presente direttiva se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, questa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

2. Ai fini del paragrafo 1, per determinare se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza, si ricorre a criteri conformi alle disposizioni del trattato in materia di concorrenza come le caratteristiche dei beni o servizi interessati, l'esistenza di beni o servizi alternativi, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei beni o servizi in questione.

(…)».

13 Al titolo II, capo II, sezione 3, della direttiva 2004/18 sono enumerati gli appalti che non rientrano in tale direttiva. Tra tali appalti figurano quelli aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. L'art. 12, che tratta dei detti mercati, prevede:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17/CE che le amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della medesima aggiudicano per tali attività.

(…)».

14 La trasposizione della normativa comunitaria sopra considerata nel diritto austriaco viene assicurata dalla legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (Bundesvergabegesetz) del 2006.

Causa principale e questioni pregiudiziali

15 La Fernwärme Wien è stata creata, con atto costitutivo 22 gennaio 1969, al fine di assicurare, nel territorio della Città di Vienna, la fornitura di teleriscaldamento ad abitazioni, uffici pubblici e privati, e imprese. A tal fine, utilizza l'energia prodotta dallo smaltimento dei detriti invece di utilizzare quella proveniente da fonti non rinnovabili.

16 La Fernwärme Wien, che è dotata di personalità giuridica, appartiene interamente alla Città di Vienna, la quale nomina e revoca i gestori nonché i membri del collegio sindacale dell'impresa e approva la loro gestione. Inoltre, tramite il Kontrollamt der Stadt Wien (ufficio di controllo della Città di Vienna), il comune dispone altresì del potere di controllare la gestione economica e finanziaria di tale impresa.

17 Parallelamente alla sua attività di teleriscaldamento, la Fernwärme Wien si occupa altresì della pianificazione generale di sistemi di refrigerazione per progetti immobiliari di grande dimensione. Nell'ambito di tale attività si trova in concorrenza con altre imprese.

18 La Fernwärme Wien il 1° marzo 2006 bandiva una gara di appalto per la realizzazione di un impianto di refrigerazione nell'ambito di un progetto relativo ad un complesso di uffici commerciali nella città di Vienna specificando che a tale procedura non si applicava la normativa austriaca in materia di appalti pubblici. La Ing. Aigner partecipava a tale gara presentando un'offerta. Dopo essere stata informata, il 18 maggio 2006, che la sua offerta non veniva più esaminata in considerazione della presenza di elementi sfavorevoli, impugnava tale decisione dinanzi al giudice del rinvio sostenendo che avrebbero dovuto essere applicate le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

19 Il giudice del rinvio rileva che le attività della Fernwärme Wien relative alla gestione di una rete fissa di teleriscaldamento rientrano inequivocabilmente nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17. Per contro, le sue attività relative agli impianti di refrigerazione non rientrano nel campo di applicazione di tale direttiva. Si domanda pertanto se anche queste ultime attività rientrino nelle disposizioni della detta direttiva, in applicazione, mutatis mutandis, dei principi sviluppati nella sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, in particolare punti 25 e 26), approccio che in dottrina viene comunemente denominato «teoria del contagio». Conformemente all'interpretazione fornita dal giudice del rinvio di tale sentenza, qualora una delle attività di un organismo rientri nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, tutte le altre attività di tale organismo, a prescindere dal loro eventuale carattere industriale o commerciale, rientrano anche esse nelle direttive in tale materia.

20 Nell'ipotesi in cui la citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a. riguardasse unicamente le amministrazioni aggiudicatrici e, più specificamente, la nozione di «organismo di diritto pubblico», nel senso che, qualora un organismo soddisfi bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, deve essere considerato «organismo di diritto pubblico», ai sensi delle norme comunitarie, a prescindere dalla questione se esso eserciti parallelamente altre attività non aventi tale carattere, il giudice del rinvio chiede se la Fernwärme Wien costituisca un organismo di diritto pubblico, e cioè un'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi delle direttive 2004/17 o 2004/18.

21 Il giudice del rinvio chiede, infine, se, nel caso in cui un organismo eserciti attività aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale e, parallelamente, attività soggette alla concorrenza, sia possibile distinguere queste ultime attività e non includerle nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, nel caso in cui possa essere accertata una separazione tra questi due tipi di attività e, quindi, un'assenza di interferenze economiche tra esse. Il giudice del rinvio fa a tal proposito riferimento al paragrafo 68 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, presentate il 21 aprile 2005, nella causa che ha dato luogo, a seguito del ritiro

della domanda pregiudiziale, all'ordinanza di cancellazione dal ruolo 23 marzo 2006, causa C-174/03, Impresa Portuale di Cagliari, dove viene proposto di mitigare in tal senso il principio della sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., sopra citata.

22 Alla luce di tali considerazioni, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la direttiva (…) 2004/17/CE (…) debba essere interpretata nel senso che un ente aggiudicatore, che svolga un'attività nei settori indicati all'art. 3 (…), rientra nell'ambito di applicazione della stessa, anche in relazione ad un'attività collaterale esercitata in un contesto concorrenziale.

2) Nel caso in cui ciò valga solo per le amministrazioni aggiudicatrici: se un'impresa quale la Fernwärme Wien (…) debba essere qualificata come organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 2004/17/CE o della direttiva (…) 2004/18/CE (…), quando provvede all'erogazione di teleriscaldamento in una determinata zona senza effettiva concorrenza ovvero se debba essere inquadrata nel mercato del riscaldamento in generale, che comprende anche il riscaldamento di locali mediante l'impiego di altri combustibili come il gas, il petrolio, il carbone ecc.

3) Se un'attività esercitata in regime di concorrenza da una società che svolge anche attività di natura non industriale o commerciale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE o della direttiva 2004/18/CE qualora si possa escludere, grazie a efficaci misure quali contabilità e bilanci separati, un finanziamento incrociato con le attività esercitate in regime di concorrenza».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

23 Con tale questione, il giudice del rinvio chiede se un ente aggiudicatore ai sensi della direttiva 2004/17, che esercita attività rientranti in uno dei settori contemplati negli artt. 3-7 di tale direttiva, sia tenuto ad applicare il procedimento previsto dalla detta direttiva per l'aggiudicazione di appalti in relazione con attività che tale ente esercita parallelamente, in condizioni di concorrenza, in settori non coperti dalle disposizioni sopramenzionate.

24 Al fine di risolvere tale questione, si deve rilevare che le direttive 2004/17 e 2004/18 presentano tra loro differenze notevoli per quanto riguarda sia gli enti cui si riferiscono le norme introdotte da tali direttive sia la natura e l'ambito di applicazione di queste.

25 Per quanto riguarda, in primo luogo, gli enti cui si applicano le rispettive disposizioni delle dette direttive, va constatato che, a differenza della direttiva 2004/18 che, in forza del suo art. 1, n. 9, primo comma, si applica alle «amministrazioni aggiudicatrici», gli enti contemplati dalla direttiva 2004/17 sono denominati, all'art. 2, «enti aggiudicatori». Dal medesimo art. 2, n. 2, lett. a) e b), risulta che quest'ultima direttiva si applica non solo agli enti aggiudicatori che sono «amministrazioni aggiudicatrici», ma anche a quelli che sono «pubbliche imprese» o imprese che beneficiano di «diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro», nella misura in cui tutti questi enti esercitano una delle attività di cui agli artt. 3-7 della detta direttiva.

26 In secondo luogo, dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata «direttiva generale».

27 Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente.

28 Le frontiere tra gli ambiti di applicazione di queste due direttive sono altresì tracciate da disposizioni esplicite. Così, l'art. 20, n. 1, della direttiva 2004/17 dispone che questa non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori assegnano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli artt. 3-7 della medesima direttiva. A tale disposizione corrisponde, nella direttiva 2004/18, l'art. 12, primo comma, il quale dispone che tale direttiva non si applica agli appalti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici, che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, aggiudicano per tali attività.

29 Pertanto, il campo di applicazione della direttiva 2004/17 è strettamente circoscritto, il che non consente che le procedure ivi istituite vengano estese oltre tale campo di applicazione.

30 Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva 2004/17, dell'approccio denominato «teoria del

contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a.. Tale sentenza è stata pronunciata dalla Corte nel contesto della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 199, pag. 54), cioè in un settore che attualmente rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18.

31 Pertanto, come giustamente osservato, in particolare, dai governi austriaco, ungherese e finlandese, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, nel campo di applicazione della direttiva 2004/17 rientrano solo gli appalti che un ente, avente la qualifica di «ente aggiudicatore» ai sensi di tale direttiva, aggiudica in relazione e per l'esercizio di attività nei settori enumerati negli artt. 3-7 della detta direttiva.

32 Questa è del resto la conclusione che emerge anche dalla sentenza 16 giugno 2005, cause riunite C-462/03 e C-463/03, Strabag e Kostmann (Racc. pag. I-5397, punto 37). In tale sentenza, la Corte ha dichiarato che, se un appalto non rientra nell'esercizio di una delle attività regolamentate nella direttiva settoriale, esso è disciplinato dalle norme stabilite dalle direttive aventi ad oggetto, a seconda del caso, l'aggiudicazione degli appalti di servizi, di lavori o di forniture.

33 Alla luce delle considerazioni che precedono, la prima questione sollevata va risolta dichiarando che un ente aggiudicatore, ai sensi della direttiva 2004/17, è tenuto ad applicare la procedura prevista da tale direttiva unicamente per l'aggiudicazione degli appalti che sono in relazione con attività che tale ente esercita in uno o più dei settori considerati negli artt. 3-7 della detta direttiva.

Sulla seconda questione

34 Con la seconda questione, il giudice a quo chiede se un ente come la Fernwärme Wien debba essere considerato un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18.

35 Si deve a questo proposito ricordare che, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, gli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 2004/17 e 1, n. 9, secondo comma, della direttiva 2004/18 contengono una definizione identica della nozione di «organismo di diritto pubblico».

36 Da tali disposizioni risulta che per «organismo di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo che, in primo luogo, è stato istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, in secondo luogo, è dotato di personalità giuridica e, in terzo luogo, 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 di questi ultimi, o il cui organismo di 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. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, tali condizioni hanno carattere cumulativo (sentenza 1º febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

37 Inoltre, considerato l'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di escludere, in particolare, la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve avere un'interpretazione funzionale (v., in tal senso, sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e a., Racc. pag. I-11173, punti 36 e 37 nonché la giurisprudenza ivi citata).

38 Nella specie, è pacifico che i due ultimi criteri fissati dalla normativa esposta al punto 36 della presente sentenza sono soddisfatti, dato che la Fernwärme Wien è dotata di personalità giuridica e che la Città di Vienna detiene interamente il capitale di tale ente e ne controlla la gestione economica e finanziaria. Resta quindi da esaminare se tale ente sia stato istituito per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale.

39 Per quanto riguarda, in primo luogo, la finalità della costituzione dell'ente di cui trattasi e la natura dei bisogni soddisfatti, si deve constatare che, come risulta dagli atti presentati alla Corte, la Fernwärme Wien è stata creata allo specifico scopo di assicurare, nel comprensorio della Città di Vienna, la fornitura del teleriscaldamento di abitazioni private, di stabilimenti pubblici, di locali di imprese o di uffici utilizzando l'energia proveniente dalla combustione dei rifiuti. Nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte è stato rilevato che, attualmente, tale sistema di riscaldamento serve circa 250 000 abitazioni, numerosi uffici e impianti industriali nonché praticamente tutti gli stabilimenti pubblici. Assicurare la fornitura di riscaldamento di un agglomerato urbano mediante un procedimento rispettoso dell'ambiente costituisce un obiettivo che rientra innegabilmente nell'interesse generale. Non è pertanto possibile contestare che la Fernwärme Wien sia stata creata per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale.

40 È a questo proposito indifferente che siffatti bisogni siano anche soddisfatti o possano esserlo da imprese private. È importante che si tratti di bisogni ai quali, per ragioni connesse con l'interesse generale, lo Stato o una collettività territoriale scelgano in linea generale di provvedere essi stessi o nei confronti dei quali intendano mantenere un'influenza determinante (v., in tal senso, sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punti 44, 47, 51 e 53, nonché 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior, Racc. pag. I-3605, punti 37, 38 e 41).

41 In secondo luogo, al fine di verificare se i bisogni soddisfatti dall'ente di cui trattasi nella causa principale abbiano un carattere diverso da quello industriale o commerciale, si deve prendere in considerazione l'insieme degli elementi giuridici e di fatto pertinenti, come le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo di cui trattasi e le condizioni nelle quali esso svolge le sue attività. A questo riguardo è importante verificare se l'organismo di cui trattasi eserciti le sue attività in una situazione di concorrenza (v. sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a., Racc. pag. I-5321, punti 48 e 49 nonché la giurisprudenza ivi citata).

42 Come è stato esposto al punto 39 della presente sentenza, la Fernwärme Wien è stata creata allo scopo specifico di assicurare la fornitura del riscaldamento nel

comprensorio della Città di Vienna. È pacifico che non è la ricerca di profitto che ha presieduto alla creazione di tale ente. Anche se non è da escludersi che tale attività possa produrre utili distribuiti sotto forma di dividendi agli azionisti del detto ente, la ricerca di siffatti utili non ne costituisce l'obiettivo principale (v., in tal senso, cit. sentenza Korhonen e a., punto 54).

43 Per quanto riguarda, poi, l'ambito economico pertinente o, in altri termini, il mercato di riferimento di cui si deve tener conto per verificare se l'ente di cui trattasi eserciti o meno le sue attività in una situazione di concorrenza, si deve prendere in considerazione, come suggerito dall'avvocato generale ai paragrafi 53 e 54 delle sue conclusioni, alla luce della interpretazione funzionale della nozione di «organismo di diritto pubblico», il settore per il quale la Fernwärme Wien è stata creata, e cioè quello della fornitura di teleriscaldamento mediante l'utilizzo dell'energia prodotta dalla combustione dei rifiuti.

44 Dalla decisione di rinvio risulta che la Fernwärme Wien gode in questo settore di una situazione di quasi monopolio di fatto, in quanto le due altre società che ivi esercitano le loro attività sono di dimensioni trascurabili e non possono pertanto essere veri concorrenti. Inoltre, tale settore presenta una considerevole autonomia in quanto il sistema di teleriscaldamento potrebbe essere sostituito molto difficilmente da altre energie, poiché questo richiederebbe importanti lavori di trasformazione. Infine, la Città di Vienna attribuisce un'importanza particolare a tale sistema di riscaldamento, anche in ragione di considerazioni ambientali. Pertanto, considerata la pressione dell'opinione pubblica, essa non ne consentirebbe la soppressione, anche se tale sistema dovesse funzionare in perdita.

45 Alla luce di tali differenti indicazioni fornite dal giudice del rinvio, e come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, la Fernwärme Wien si rivela essere, allo stato attuale, la sola impresa in grado di soddisfare siffatti bisogni d'interesse generale nel settore considerato, con la conseguenza che potrebbe lasciarsi guidare, nell'aggiudicazione dei suoi appalti, da considerazioni diverse da quelle economiche.

46 Nelle citate sentenze BFI Holding (punto 49) e Agorà e Excelsior (punto 38), la Corte ha rilevato che l'esistenza di una concorrenza articolata può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratta di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Nelle circostanze di cui alla causa principale, risulta chiaramente dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che tale criterio dell'esistenza di una concorrenza articolata è lungi dall'essere soddisfatto.

47 Si deve aggiungere che è a tal riguardo indifferente che, oltre a tale compito d'interesse generale, il detto ente svolga anche altre attività con uno scopo di lucro, dal momento che continua a farsi carico dei bisogni d'interesse generale che è specificamente obbligato a soddisfare. La parte che le attività esercitate a scopo di lucro occupano nell'ambito delle attività globali di tale ente è pure priva di pertinenza ai fini della sua qualifica come organismo di diritto pubblico (v., in tal senso, sentenze Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit., punto 25; 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, Racc. pag. I-1931, punto 56, nonché Korhonen e a., cit., punti 57 e 58).

48 Alla luce delle considerazioni che precedono, la seconda questione va risolta dichiarando che un ente come la Fernwärme Wien deve essere considerato un organismo di diritto pubblico ai sensi degli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 2004/17 e 1, n. 9, secondo comma, della direttiva 2004/18.

Sulla terza questione

49 Con la terza questione il giudice a quo chiede se tutti gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi della direttiva 2004/17 o

della direttiva 2004/18, debbano essere soggetti alle regole dell'una o dell'altra di tali direttive, mentre, applicando misure efficaci, è possibile una netta separazione tra le attività che tale organismo esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza, separazione che esclude un finanziamento incrociato tra tali due tipi di attività.

50 Si deve a questo proposito ricordare che la problematica che è alla base di tale questione ha costituito, per la prima volta, materia di esame da parte della Corte nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a., vertente sull'interpretazione della direttiva 93/37 che coordina gli appalti pubblici di lavori. La Corte, al punto 35 di tale sentenza, è pervenuta alla conclusione che tutti gli appalti aggiudicati da tale ente avente la qualifica di amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dalla loro natura, dovevano essere soggetti alle norme di tale direttiva.

51 La Corte ha reiterato tale posizione, per quanto riguarda gli appalti di pubblici servizi, nelle citate sentenze BFI Holding (punti 55 e 56) e Korhonen e a. (punti 57 e 58) nonché, per quanto riguarda i pubblici appalti di forniture, nella citata sentenza Adolf Truley (punto 56). Tale posizione è altresì applicabile alla direttiva 2004/18, che costituisce un rifacimento delle disposizioni di tutte le direttive precedenti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, cui è subentrata (v., in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punto 30).

52 Tale conclusione si impone altresì per enti che applicano una contabilità intesa ad una netta separazione interna tra le attività che essi svolgono per adempiere il loro compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che essi svolgono in condizioni di concorrenza.

53 Infatti, come sottolineato dall'avvocato generale ai paragrafi 64 e 65 delle sue conclusioni, è consentito dubitare seriamente che sia realmente possibile porre in essere

una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente che costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente, e questo anche prescindendo dai numerosi altri ostacoli di ordine pratico circa il controllo, ex ante e ex post, della assoluta separazione tra i differenti settori di attività dell'ente di cui trattasi e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore.

54 Pertanto, considerate le ragioni di certezza del diritto, di trasparenza e di prevedibilità che regolano l'attuazione delle procedure di tutti gli appalti pubblici, ci si deve attenere alla giurisprudenza della Corte esposta ai punti 50 e 51 della presente sentenza.

55 Tuttavia, come risulta dal punto 49 della presente sentenza, la questione del giudice del rinvio verte contemporaneamente sulle direttive 2004/17 e 2004/18.

56 Si deve a questo proposito rilevare che, nell'ambito dell'esame della seconda questione pregiudiziale, è stato constatato che un ente come la Fernwärme Wien deve essere considerato organismo di diritto pubblico ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18. Inoltre, in occasione dell'esame della prima questione pregiudiziale, la Corte ha concluso che un ente aggiudicatore, ai sensi della direttiva 2004/17, è tenuto ad applicare il procedimento previsto da tale direttiva unicamente per l'aggiudicazione degli appalti che sono in relazione con attività che tale ente esercita in uno o più dei settori considerati negli artt. 3-7 della detta direttiva.

57 Si deve precisare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, rientrano nella direttiva 2004/17 gli appalti che sono aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate negli artt. 3-7 della detta direttiva nonché gli appalti che, anche se sono di natura differente e potrebbero così, in quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, servono per l'esercizio

delle attività definite nella direttiva 2004/17 (v., in tal senso, sentenza Strabag e Kostmann, cit., punti 41 e 42).

58 Di conseguenza, gli appalti aggiudicati da un ente quale la Fernwärme Wien rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/17 nella misura in cui essi hanno un nesso con un'attività da questa esercitata nei settori considerati negli artt. 3-7 di tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da un siffatto ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18.

59 Si deve pertanto risolvere la terza questione dichiarando che gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nessi con l'esercizio di attività di tale ente in uno o più settori considerati negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18. Ciascuna di tali due direttive trova applicazione, senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori.

Sulle spese

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

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

1) **Un ente aggiudicatore, ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, è tenuto ad applicare la procedura prevista da tale direttiva unicamente per l'aggiudicazione degli appalti che sono in relazione con attività che tale ente esercita in uno o più dei settori considerati negli artt. 3-7 della detta direttiva.**

2) **Un ente come la Fernwärme Wien GmbH deve essere considerato un organismo di diritto pubblico ai sensi degli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo comma, della direttiva 2004/17 e 1, n. 9, secondo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.**

3) **Gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nessi con l'esercizio di attività di tale ente in uno o più dei settori considerati negli artt. 3-7 della direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva. Per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l'esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18. Ciascuna di tali due direttive trova applicazione, senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività che esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori.**

Firme