

Causa C-324/07

**Coditel Brabant SPRL
contro
Commune d'Uccle
e
Région de Bruxelles-Capitale**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Conseil d'État (Belgio)]

«Artt. 12, 43 e 49 CE – Requisiti di trasparenza – Campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici – Concessione di servizio pubblico per la gestione della rete di teledistribuzione di un ente locale – Cooperazione intercomunale – Adempimento degli obblighi quasi in house – Esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale del Conseil d'État (Belgio) concerne il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici. Si tratta di sapere se la normativa in materia di appalti pubblici debba essere applicata allorché un ente locale, nello specifico un comune, delega la gestione della sua rete di teledistribuzione ad un organismo che rappresenta una forma di pura cooperazione intercomunale (2) con la collaborazione del comune in questione, senza alcun ricorso a capitale privato. Nel caso di specie trattasi di una cooperazione intercomunale nella forma di una società cooperativa e le questioni pregiudiziali poste dal giudice del rinvio riguardano il primo dei due c. d. requisiti Teckal: «un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

2. La causa principale vede contrapposto il teledistributore belga S. A. Coditel Brabant (in prosieguo: la «Coditel») a tre convenuti: il Comune di Uccle (in prosieguo anche: il «Comune»), la società cooperativa Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (in prosieguo: la «Brutélé») e la Région de Bruxelles-Capitale, rappresentata dal suo governo.

I – Contesto normativo

A – Normativa comunitaria

3. L'art. 12, primo comma, CE dispone che:

«Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

4. L'art. 43 CE dispone che:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. (...)

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

5. L'art. 49, primo comma, CE dispone quanto segue:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

B – *Diritto nazionale*

6. Ai sensi dell'art. 162 della Costituzione belga, i Comuni hanno facoltà di associarsi.

7. Le modalità di cooperazione intercomunale sono regolate dalla legge sulle associazioni intercomunali (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales). L'art. 1 di tale legge prevede che i comuni hanno facoltà, alle condizioni previste da tale legge, di associarsi per perseguire determinate finalità di interesse comunale. L'art. 3 di tale legge precisa che le associazioni intercomunali sono persone giuridiche di diritto pubblico che non hanno carattere commerciale, a prescindere dalla loro forma giuridica e dalle loro finalità. L'art. 10 di tale legge prevede che ogni associazione intercomunale deve dotarsi di una assemblea generale, di un consiglio di amministrazione e di un collegio dei commissari. Ai sensi dell'art. 12 della stessa, i rappresentanti dell'assemblea generale sono nominati dal consiglio comunale di ogni comune tra i consiglieri comunali, il sindaco e gli assessori del comune. Tale disposizione stabilisce altresì che il numero di voti di ciascun comune in assemblea generale è pari alla sua quota sociale.

II – Fatti della causa principale e questioni pregiudiziali

8. La rete di teledistribuzione del comune belga di Uccle veniva gestita, conformemente alle convenzioni concluse tra il 1969 e il 1999 dalla società di teledistribuzione Coditel. Allo scadere della convenzione il 31 dicembre 1999 il Comune faceva valere la possibilità contrattualmente prevista di riacquistare dalla Coditel la rete di teledistribuzione situata nel proprio territorio.

9. Nell'ottobre del 1999 il consiglio comunale di Uccle decideva, da un lato, di bandire una gara di appalto, al fine di individuare un concessionario per lo sfruttamento e il miglioramento della rete comunale di teledistribuzione per il periodo dal 1° luglio 2000 al 30 giugno 2009, dall'altro, di approvare il progetto di una ulteriore clausola di proroga della convenzione con la Coditel, al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico di teledistribuzione fino alla designazione del futuro concessionario. Infine, la clausola alla convenzione regolava la gestione da parte della Coditel fino al 31 dicembre 2001.

10. Alla fine del 1999 la Coditel si candidava per l'aggiudicazione della concessione della gestione della rete di teledistribuzione del Comune di Uccle. Su richiesta del Comune, nell'aprile del 2000, la Coditel presentava, inoltre, un'offerta di acquisizione della rete di teledistribuzione (3), come, del resto, anche le altre società che si erano candidate alla gara d'appalto.

11. Nel maggio 2000 il consiglio comunale di Uccle decideva di preferire la vendita della rete all'attribuzione di una concessione. In seguito alla pubblicazione del relativo bando di gara la Coditel depositava un'offerta di acquisto nell'ottobre 2000. I prezzi offerti in risposta al bando variavano tra i 750 milioni e 1 miliardo di franchi belgi; la sola offerta conforme e ricevibile, quella della Coditel, era la più bassa.

12. Al bando di gara per la vendita aveva partecipato anche la Brutélé, che non aveva, tuttavia, presentato un'offerta di acquisto, ma formulato una proposta di associazione.

13. Essendo i prezzi offertigli decisamente inferiori a quelli che erano stati tempo prima menzionati come possibili (4), il Comune di Uccle rinunciava, con delibera del consiglio comunale del 23 novembre 2000, alla messa in vendita della rete comunale di teledistribuzione (la prima decisione contestata nella causa principale).

14. Il 23 novembre 2000, il consiglio comunale di Uccle decideva anche di associare il Comune alla Brutélé (seconda decisione contestata nella causa principale). Nella delibera si dichiarava, tra l'altro, che la Brutélé aveva presentato al Comune di Uccle un'offerta di associazione, che prevedeva il conferimento all'attivo della rete comunale e la sottoscrizione di quote societarie, il pagamento di un canone annuo (5), nonché l'offerta al Comune di Uccle, qualora si fosse associato, di costituire un suo sotto settore di gestione con autonomia decisionale (6). Nella sua delibera, il consiglio comunale menzionava, peraltro, che l'associazione alla Brutélé avrebbe potuto presentare numerosi vantaggi per il Comune di Uccle: autonomia decisionale, introiti considerevoli, nessuna rinuncia alla proprietà della rete, nonché l'accordo su un'opzione che, nel caso di un'interessante offerta di acquisto futura, avrebbe permesso di ritirarsi rapidamente e facilmente dall'associazione intercomunale.

15. Il 30 novembre 2000 la Coditel indirizzava un reclamo motivato al presidente del governo della Regione di Bruxelles-Capitale, chiedendogli di annullare la delibera del consiglio comunale di Uccle del 23 novembre, che decideva l'associazione del comune alla Brutélé.

16. Il 7 dicembre 2000 l'assemblea generale straordinaria della Brutélé approvava l'associazione del Comune di Uccle (terza decisione contestata nella causa principale).

17. Il 19 dicembre 2000 il presidente della Regione di Bruxelles-Capitale informava il comune di Uccle che non vi era alcuna obiezione alla sua associazione condizionata (Z) alla Brutélé (quarta decisione contestata nella causa principale). Il 2 gennaio 2001 il presidente della Regione di Bruxelles-Capitale segnalava alla Coditel di non aver formulato obiezioni avverso l'associazione del Comune di Uccle alla Brutélé.

18. Il 22 gennaio 2001 la Coditel proponeva ricorso per l'annullamento delle quattro decisioni menzionate.

19. Il Conseil d'État, che ha effettuato il rinvio, ha già dichiarato irricevibile il ricorso in merito a due di tali decisioni (le decisioni controverse terza e quarta). Nella parte del ricorso che ritiene essere ricevibile, rileva soprattutto la valutazione della decisione con la quale il consiglio comunale di Uccle ha deliberato l'associazione alla Brutélé.

20. Con decisione del 3 luglio 2007 il Conseil d'État ha sottoposto alla Corte di giustizia delle Comunità europee le seguenti questioni pregiudiziali:

- se un comune possa, senza bandire una gara d'appalto, associarsi ad una società cooperativa che raggruppa esclusivamente altri comuni e associazioni di comuni (detta "intercomunale pura"), al fine di trasferirle la gestione della sua rete di teledistribuzione, quando la società cooperativa realizza la parte essenziale delle proprie attività con i suoi associati e liberandoli dai loro obblighi e che le decisioni ad esse relative vengono adottate dal consiglio di amministrazione e dai consigli di settore, nei limiti delle deleghe che questo loro accorda, quali organi statutari composti da rappresentanti delle autorità pubbliche e che statuiscono a maggioranza;
- se i poteri così esercitati, tramite organi statutari, da tutti i operatori, o da una parte di questi nel caso di settori o sottosettori di gestione, sulle decisioni della società cooperativa possano essere considerati tali da consentire loro di esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello esercitato sui loro propri servizi;
- se tali poteri e tale controllo, per poter essere qualificati analoghi, debbano essere esercitati individualmente da ciascun associato o se sia comunque sufficiente che vengano esercitati dalla maggioranza degli associati.

21. Il giudice del rinvio considera che l'associazione del Comune di Uccle alla Brutélé non rientra nel campo degli appalti pubblici di servizi, bensì nel campo delle concessioni pubbliche di servizi. Pur non essendo quindi, applicabili le direttive comunitarie sugli appalti pubblici, troverebbero comunque applicazione, in generale, le norme fondamentali del diritto comunitario primario e, in particolare, il divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità, che implica uno specifico obbligo di trasparenza.

22. Secondo il giudice del rinvio molti elementi inducono a ritenere che il Comune di Uccle, in qualità di amministrazione committente, non avrebbe potuto fare immediato ricorso al modello dell'associazione alla Brutélé senza prima procedere ad un bando di gara o ad esame comparativo delle offerte pervenute. Nello specifico, per rispettare i requisiti comunitari, il Comune avrebbe dovuto bandire un nuovo appalto, verificando così se l'attribuzione in concessione dei suoi servizi di teledistribuzione alla Coditel o ad un altro operatore economico avrebbe potuto rappresentare un'alternativa più conveniente di quella, da ultimo, prescelta.

23. Tuttavia, per poter valutare definitivamente le circostanze del caso portate alla sua cognizione, egli avrebbe bisogno di più precisi chiarimenti sui requisiti che deriverebbero dalla sentenza Teckal (8) e, in particolare, circa le modalità di controllo esercitate dall'autorità pubblica concedente sull'ente concessionario. Infatti, ai sensi di tale giurisprudenza, i requisiti di trasparenza previsti dal diritto comunitario potrebbero essere esclusi unicamente nel caso in cui sussistessero due condizioni cumulative da interpretarsi restrittivamente, vale a dire, da un lato, che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e, dall'altro, che questo ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità pubblica che la controlla.

24. La Brutélé avrebbe al riguardo sostenuto di essere una «associazione intercomunale pura», le cui attività sono destinate e riservate ai comuni associati e che il suo statuto ha consentito al Comune di Uccle di costituire un proprio sottosettore di gestione con autonomia decisionale, il che gli consentirebbe di esercitare un controllo immediato e accurato delle attività della società cooperativa in tale sottosettore, esattamente identico a quello che eserciterebbe sui propri servizi interni. Il Comune di Uccle disporrebbe di un amministratore nel consiglio di amministrazione della Brutélé e di tre amministratori nel consiglio del settore di gestione di Bruxelles, di un mandato di membro del collegio sindacale e di un esperto comunale. Il Comune di Uccle disporrebbe, inoltre, della facoltà di ritirarsi dall'associazione in qualsiasi momento, il che dimostrerebbe ulteriormente i suoi pieni poteri nella gestione della sua rete di teledistribuzione.

25. Secondo il giudice del rinvio dallo statuto della Brutélé risulterebbe che i operatori sono comuni e un'associazione intercomunale, che raggruppa a sua volta esclusivamente comuni. La società cooperativa non sarebbe aperta a operatori privati. Il consiglio di amministrazione sarebbe composto da rappresentanti dei comuni - tre al massimo per comune - nominati dall'assemblea generale, anch'essa composta dai

rappresentanti dei comuni. Il consiglio di amministrazione avrebbe i più ampi poteri. I comuni sarebbero divisi in due settori, uno dei quali raggruppa i comuni della Regione di Bruxelles, a loro volta suddivisibili in sottosettori. In seno a ciascun settore verrebbe costituito un consiglio di settore formato da amministratori nominati dietro proposta dei comuni dall'assemblea generale, che si riunirebbe in gruppi distinti, i quali rifletterebero i rapporti tra le quote sociali per ciascun settore. Il consiglio di amministrazione potrebbe delegare i poteri che esso detiene ai consigli di settore per quanto riguarda problemi propri dei sottosettori, in particolare le modalità di applicazione delle tariffe, i programmi di lavori e investimenti, il finanziamento di questi, le campagne di propaganda, nonché per quanto riguarda problemi comuni ai vari sottosettori che costituiscono il settore di gestione. Gli altri organi statutari della società cooperativa sarebbero l'assemblea generale, le cui decisioni sono vincolanti per tutti i soci, il direttore generale, il collegio degli esperti, costituito da funzionari comunali, e il collegio dei commissari revisori. Il direttore generale, gli esperti e i commissari sarebbero, a secondo dei casi, nominati dal consiglio d'amministrazione o dall'assemblea generale.

26. Il giudice del rinvio trae la conclusione che l'autonomia decisionale di cui fruisce il Comune di Uccle non è poi così completa come sostenuto dalla Brutélé. Sarebbe, ad esempio, il consiglio di amministrazione, nel seno del quale il Comune di Uccle dispone di un (solo) rappresentante, ad esercitare i più ampi poteri. Se è pur vero che tutte le decisioni sono adottate da organi sociali composti esclusivamente dai rappresentanti dei comuni e delle intercomunali cooperatori, è anche vero che ciò non implica che ciascuno di tali cooperatori abbia, individualmente, sulla cooperativa la stessa determinante influenza che avrebbe se egli stesso avesse organizzato l'attività in modo interno ed autonomo.

27. In merito al secondo requisito derivante dalla sentenza Teckal (9), consistente nel fatto che «questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano», il giudice del rinvio rileva l'incontestabilità del fatto che la società cooperativa realizzi la parte essenziale della sua attività per i suoi associati. In merito a tale condizione il giudice del rinvio non ha proposto alcuna domanda pregiudiziale.

III – Argomenti delle parti

28. Ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia hanno presentato osservazioni scritte la Coditel, il Comune di Uccle, la Brutélé, i governi belga, tedesco e olandese, nonché la Commissione delle Comunità europee. All'udienza del 9 aprile 2008 hanno esposto oralmente le loro tesi, ad eccezione del Comune di Uccle, che non era rappresentato.

29. Sostanzialmente tutte le parti concordano sull'analisi che la fattispecie rientri nell'ambito dell'attribuzione di una concessione pubblica che, pur non essendo disciplinata dalle direttive in materia di appalti pubblici, soggiace comunque al requisito generale di trasparenza (10).

30. Fatta salva la Coditel tutti concordano sul fatto che, in base alle informazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, il secondo requisito Teckal dovrebbe essere soddisfatto.

31. Le posizioni assunte in merito al primo requisito Teckal sono controverse:

32. La Coditel e la Commissione sostengono che tale requisito non sia soddisfatto, in quanto l'associazione diretta del Comune di Uccle alla società cooperativa Brutélé sarebbe in contrasto con il principio di trasparenza.

33. La Coditel sottolinea che prima di affiliarsi alla Brutélé il Comune di Uccle non intratteneva con essa alcuna relazione e, di conseguenza, la giurisprudenza Teckal non sarebbe affatto pertinente. Il Comune di Uccle detiene inoltre soltanto l'8,26% delle quote sociali della Brutélé (76 quote sociali su un totale di 920). A questa circostanza si aggiunge che la Brutélé offre i suoi servizi quali teledistribuzione, telefonia e Internet su base commerciale e in concorrenza con altri offerenti privati. La struttura interna della Brutélé è sostanzialmente analoga alla struttura interna di una impresa privata. Il Comune di Uccle non ha la possibilità di controllare la Brutélé; un effettivo controllo collettivo da parte dei cooperatori appare discutibile, considerato il loro grande numero e le eventuali divergenze di interessi. Alla luce della sentenza Carbotermo (11), il fatto che comuni ed enti locali detengano il 100% del capitale della Brutélé non è un fattore decisivo. Al riguardo, non è, nello specifico, sufficiente che al Comune di Uccle sia stato concesso un sotto settore di gestione.

34. Anche la Commissione si sofferma, nelle sue osservazioni, sulle strutture decisionali interne della Brutélé e non vi rinviene alcuna possibilità di influenza determinante (12) di un singolo comune come quello di Uccle. Il consiglio di amministrazione della Brutélé dispone di ampie competenze e definisce, in particolare, anche le tariffe. Considerata sotto tutti gli aspetti, l'influenza esercitata dal Comune di Uccle è solo «condivisa» ed il Comune non può in alcun modo affermare liberamente il suo volere, premessa, quest'ultima, indispensabile per soddisfare il primo requisito Teckal.

35. Il Comune di Uccle e la Brutélé, che ritengono, invece, che il primo requisito Teckal sia soddisfatto, sottolineano l'aspetto della pura intercomunaltà della società cooperativa, sia per statuto sia ai sensi del diritto belga.

36. Il *Comune di Uccle* sottolinea di aver mantenuto, associandosi, un «controllo analogo», ai sensi della sentenza Teckal, sulla rete comunale di teledistribuzione. Si deve sottolineare il fatto che la Corte di giustizia non parla di un controllo «identico», bensì «analogo». Pretendere un controllo completo ed individuale di un comune su una forma di cooperazione intercomunale equivarrebbe ad impedire siffatta cooperazione, che per definizione richiede il concorso di più soggetti.

37. La *Brutélé* si richiama solo in subordine al soddisfacimento del primo requisito Teckal, facendo particolare riferimento alla sentenza *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, punti 57 e segg. La *Brutélé* deduce principalmente in tal senso che gli artt. 43 e 49 CE, nonché i principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza devono essere interpretati nel senso che, già di per sé, non ostano all'associazione senza bando di gara di un comune ad una cooperazione puramente intercomunale, la quale non ricorre a capitale privato ed è costituita, segnatamente, per realizzare mirati obiettivi di interesse comunale e generale. Dalla sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 48, si rileva che i comuni hanno la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essi incombenti mediante propri strumenti. Applicare le norme del diritto comunitario sugli appalti pubblici alla cooperazione intercomunale significherebbe, invece, obbligare i comuni ad esternalizzare i loro compiti ricorrendo al mercato. Il diritto belga prevede espressamente per i comuni la possibilità di cooperative intercomunali (13). Il rapporto tra il Comune di Uccle e la società cooperativa *Brutélé* non è costituito per contratto, ma per associazione, la quale è disciplinata dalla legge e dallo statuto della *Brutélé*. La *Brutélé* si fonda su una cooperazione puramente intercomunale, non è aperta per statuto al capitale privato e adempie ai suoi obblighi nell'interesse dei comuni. L'obiettivo della cooperazione consiste nel fornire all'utenza la più vasta scelta possibile di programmi televisivi alle migliori condizioni ed eventualmente nell'estendere l'offerta alla radio e ad altre strutture di comunicazione. In terzo luogo, infine, la *Brutélé* afferma che nell'ambito della cooperativa il Comune di Uccle esercita, in particolare anche attraverso la struttura decisionale interna e con il sotto settore separato, un controllo che è analogo a quello esercitato su un proprio servizio, fatto controverso nel presente procedimento.

38. Il *governo belga* ritiene che la prima questione pregiudiziale debba essere risolta affermativamente. Un comune ha facoltà di associarsi senza bandire una gara d'appalto ad una società cooperativa come la *Brutélé*, costituita esclusivamente da altri comuni ed associazioni, al fine di trasferire ad essa la gestione della sua rete di teledistribuzione, quando la società cooperativa realizza la parte essenziale della sua attività solo per i suoi membri, liberandoli dai loro obblighi, e le decisioni in rapporto con tale attività vengono adottate dal consiglio di amministrazione e dai consigli di settore, nei limiti delle deleghe che questi loro accorda, quali organi statutari composti da rappresentanti delle autorità pubbliche e che statuiscono a maggioranza.

39. La *Brutélé*, che non può attingere a capitale privato, non può essere considerata come impresa terza rispetto al Comune di Uccle. La concessione per la rete di teledistribuzione non è quindi stata data in appalto all'esterno, ma ha conservato la sua natura interna.

40. Le ulteriori questioni pregiudiziali derivano soltanto dal fatto che la cooperazione intercomunale rappresenta una forma di collaborazione che, per sua natura, riunisce diversi comuni in una cooperazione reciproca. A tale riguardo si deve sottolineare che le amministrazioni decentrate hanno il diritto di risolversi per la cooperazione ai fini di assicurare una gestione efficiente. Rientra in tale contesto, tra l'altro, la cooperazione tra enti locali piccoli e grandi. Per quanto riguarda gli enti locali più piccoli, la loro stessa natura fa sì che per adempiere agli obblighi complessi si presenti con maggiore frequenza la necessità di una cooperazione all'interno di una struttura più grande e articolata. La scelta delle modalità di organizzazione interna e controllo di siffatte cooperazioni tra enti locali compete alle relative amministrazioni degli Stati membri e deve essere rispettata. Ne consegue una grande varietà di modelli interni organizzativi e di controllo. Dal fatto che la cooperazione tenga conto, sul piano del controllo, della diversa dimensione degli enti locali cooperanti non si può tuttavia dedurre che manchi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Inoltre, discende dalla stessa natura della cooperazione intercomunale che le decisioni interne non sono prese da un singolo comune, ma dalla maggioranza in considerazione dell'obiettivo comune. Ai sensi della giurisprudenza il controllo che risulta da una decisione di maggioranza è da qualificarsi come «controllo analogo». A seguito delle predette considerazioni occorre rilevare che il Comune di Uccle, rappresentato nei collegi della *Brutélé* dai suoi rappresentanti, esercita sulla *Brutélé* un controllo analogo a quello che esercita sui suoi servizi.

41. Il *governo tedesco* ritiene che l'applicabilità dei principi e delle regole della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ad una situazione quale quella in esame non trovi applicazione già ex-ante, essendo soddisfatti entrambi i requisiti Teckal. Nel caso di una pluralità di «autorità sovrane controllanti» tali requisiti sarebbero da interpretare nel senso che, ove l'amministrazione aggiudicatrice detiene, assieme ad altre persone giuridiche di diritto pubblico, tutte le quote del contraente, è impossibile dedurre un indebolimento del controllo dalla circostanza che un siffatto potere sia esercitato congiuntamente da una pluralità di autorità sovrane. Anche servizi con organizzazioni unitarie possono, ad esempio, essere costituiti e «gestiti» congiuntamente da diversi enti locali, ed in tali casi sarebbe errato supporre, al riguardo, un controllo incompleto o mancante di singoli enti locali. Il diritto tedesco in materia di organizzazione amministrativa ne riporta diversi esempi, tra cui le *Oberfinanzdirektionen*, che sono intese sia come servizi federali, sia come servizi del Land. In alcuni Länder vi sono le *Kreisverwaltungsbehörden* (distretti amministrativi interni al Land), che fungono sia da servizi del Landkreis, sia da autorità minori del Land. E alcuni Länder, come ad esempio il Brandeburgo e Berlino, hanno in comune l'*Oberverwaltungsgericht* (giudice amministrativo di secondo grado). Sarebbe del tutto errato supporre che un ente locale ometta di controllare o di esercitare un controllo completo su siffatte autorità, gestite congiuntamente da più enti locali. Del pari «esercitato congiuntamente», ma non per

questo meno efficace, è il controllo operato su un gestore appartenente a diverse persone giuridiche di diritto pubblico. Ed è questo il caso della Brutélé, partecipata esclusivamente da comuni, i quali esercitano i loro poteri di controllo congiuntamente, come nel caso di un servizio (comune).

42. Se dal fatto che l'autorità aggiudicatrice debba esercitare il controllo congiuntamente ad altre autorità sovrane si deducesse un controllo «insufficiente» e si ritenesse, pertanto, applicabile il diritto sugli appalti pubblici, si produrrebbero gravi conseguenze per il potere discrezionale necessario alle cooperazioni intercomunali. La scelta di una tale forma di cooperazione intercomunale sarebbe, infatti, sempre soggetta ad una procedura di gara d'appalto. Ne conseguirebbe quindi che la cooperazione intercomunale, come forma di organizzazione statale di adempimento degli obblighi, sarebbe chiaramente posta in secondo piano rispetto all'adempimento degli obblighi in forma autonoma, che non comporta l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici. [L'applicazione obbligatoria della] normativa sugli appalti pubblici spingerebbe pertanto i comuni, in modo del tutto insensato, ad astenersi in taluni casi dal cooperare con altri comuni. Non sono tuttavia mai state queste le finalità perseguite dalla normativa sugli appalti. Essa trova piuttosto applicazione solo quando i comuni, per adempiere ai loro obblighi, si rivolgono al mercato.

43. Infine, il governo tedesco richiama l'attenzione sul fatto che il diritto all'autonomia locale è protetto, a livello europeo, dalla Carta europea delle autonomie locali (14). Essa sancisce il diritto dei comuni di adempiere autonomamente ai loro obblighi e, più precisamente, il diritto di concludere una cooperazione intercomunale senza l'obbligo di dover prima bandire una gara d'appalto.

44. Il *governo del Regno dei Paesi Bassi* propone di risolvere affermativamente la prima questione pregiudiziale. In merito alla seconda questione, fa notare, richiamandosi al primo requisito della sentenza Teckal e della successiva giurisprudenza, nonché alle informazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, che i comuni e le associazioni intercomunali aderenti alla Brutélé sono in grado di esercitare sulla stessa un'influenza decisiva. Lo denota già il fatto che, assieme, essi detengono l'intero capitale, senza alcun apporto di capitale privato. La constatazione di un'influenza determinante viene confermata dal fatto che i comuni e le associazioni di comuni hanno il pieno controllo degli organi decisionali della Brutélé, componendosi questi dei loro rappresentanti. I comuni e le associazioni di comuni sarebbero, pertanto, in grado di esercitare un'influenza decisiva sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti, quali la determinazione delle tariffe. La Brutélé non dispone di alcuna autonomia e non può, pertanto, essere considerata in posizione di terzietà rispetto ai comuni ed alle associazioni di comuni. In merito alla terza questione c'è da dire che, per quanto riguarda un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» è sufficiente che i comuni e le associazioni di comuni interessati esercitino il controllo congiuntamente.

IV – Analisi

45. Poiché le questioni pregiudiziali sollevate riguardano aspetti diversi di una stessa questione, le esaminerò congiuntamente.

46. Esse sono volte, nell'insieme, a chiarire se l'associazione di un comune, nello specifico il comune di Uccle, ad una società cooperativa intercomunale pura, nello specifico la Brutélé, e il conseguente trasferimento della gestione della rete di teledistribuzione comunale a tale società cooperativa, debbano essere considerati alla pari di un'attribuzione di concessione e, come tale, assoggettati ai principi del diritto comunitario sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, oppure se si tratti di una situazione di adempimento di obblighi quasi in house, che non richiede, quindi, alcun bando di gara. Gli aspetti che interessano il giudice del rinvio riguardano soprattutto le strutture decisionali interne: quindi, da un lato, le decisioni deliberate dagli organi statuari, quali il consiglio di amministrazione e i consigli di settore e, dall'altro, le decisioni che non sono essenzialmente di natura individuale, ma conseguono ad una decisione a maggioranza. Possono siffatte strutture decisionali essere conformi al requisito giurisprudenziale del «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»?

47. Il giudice del rinvio ritiene che il controllo della società cooperativa e delle sue decisioni venga esercitato congiuntamente dagli enti locali per mezzo degli organi statuari della società cooperativa, che disporrebbero con ciò di una certa autonomia nei confronti dei suoi associati. Non ne conseguirebbe un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» e, pertanto, il giudice del rinvio tende ad accogliere il primo motivo di impugnazione.

48. Per inquadrare la problematica occorre premettere che per giurisprudenza costante, come già giustamente osservato dal giudice del rinvio, le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (15) non si applicano all'attribuzione delle concessioni di servizio pubblico (16) (17). Che la situazione del giudizio principale rientri nell'ambito della concessione di servizio pubblico e non nell'ambito dell'appalto pubblico di servizi si può stabilire dal fatto che l'ente locale non paga il controvalore della prestazione resa, ma il corrispettivo consiste nel diritto di sfruttare la propria prestazione (18), fatto che implica l'assunzione del rischio di gestione (19).

49. Poiché all'epoca dei fatti di cui alla causa principale non esisteva alcuna direttiva per il coordinamento delle procedure (20) in materia di attribuzione delle concessioni di servizio pubblico, gli effetti derivanti dal diritto comunitario sull'attribuzione di siffatte concessioni devono essere esaminati esclusivamente alla luce del

diritto primario e, segnatamente, alla luce delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE (21).

50. Queste ultime esigono, per l'attribuzione delle concessioni di servizio pubblico, il soddisfacimento di requisiti di parità di trattamento e trasparenza (22), in particolare alla luce del divieto di discriminazione indiretta fondata sulla cittadinanza ai sensi degli artt. 12, 43 e 49 CE (23), che richiedono, in generale, una gara d'appalto.

51. Secondo la giurisprudenza, a ciò si può derogare solo se vi è un «adempimento degli obblighi quasi in house» (24); si tratta di una giurisprudenza che ha visto il suo inizio con la summenzionata sentenza Teckal (25) e che è stata poi sviluppata (26) e applicata a tutte le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi (27) tutte le volte che vi è un adempimento che si configura parimenti come un provvedimento interno (28). Per cui, per giurisprudenza costante della Corte, il ricorso alla gara d'appalto non è obbligatorio, anche quando il contraente è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte due condizioni: in primo luogo, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, dall'altro, l'ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (29).

A – *Primo requisito Teckal*

52. Il primo requisito, ossia l'esercizio di un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» chiede di essere esaminato.

1. Esclusione delle imprese ad economia mista

53. Dalla giurisprudenza costante a partire dalla sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (30) risulta inequivocabilmente che le imprese ad economia mista non possono essere in nessun caso considerate come un ente sul quale viene esercitato un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, per quanto minoritaria possa essere la partecipazione di capitale privato (31). È sufficiente che vi sia un'apertura al capitale privato, senza che vi sia (ancora) un'effettiva partecipazione (32). Occorre, peraltro, prendere in considerazione anche una cessione di capitale a privati intervenuta poco tempo dopo l'attribuzione della concessione (33).

54. Nelle circostanze del procedimento principale, l'aspetto del capitale privato è da risolvere chiaramente in senso negativo. Non solo non vi è alcuna partecipazione di capitale privato, ma la Brutélé non è neppure aperta al capitale privato.

2. Altri fattori decisivi

55. Dalla giurisprudenza risulta tuttavia, che non sempre la constatazione che non vi è una partecipazione di capitale privato o che essa non è consentita è sufficiente per soddisfare in ogni caso il requisito Teckal di «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» (34). In tale ottica si devono evidentemente intendere anche le questioni sottoposte dal giudice del rinvio.

56. Da alcune sentenze che trattano del primo dei due requisiti Teckal si evince che si «deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti (35). Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» (36).

57. È soprattutto la sentenza Parking-Brixen a gettare luce su quale sia la gamma di criteri che può essere rilevante. In tale sentenza, la trasformazione in una società per azioni, l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, una considerevole espansione territoriale delle attività della società e i considerevoli poteri conferiti al consiglio di amministrazione hanno indotto, nel loro complesso, la Corte a considerare che la società in questione aveva acquisito una vocazione commerciale e un grado di autonomia tali da escludere l'ipotesi di un'autorità pubblica concedente esercitante un controllo sull'ente concessionario analogo a quello esercitato sui propri servizi (37).

58. Erano quindi chiaramente due le categorie essenzialmente determinanti ai fini della valutazione delle corrispondenti questioni sollevate nella causa Parking Brixen: da un lato la misura della vocazione commerciale, dall'altro il grado di autonomia (38) dell'ente concessionario. Tali categorie coincidono con il requisito menzionato al punto 51 della sentenza Teckal, che riguarda anch'esso l'esistenza o l'assenza di potere decisionale autonomo dell'ente in questione rispetto all'ente o agli enti pubblici (39).

59. Nella giurisprudenza della Corte fino ad ora formatasi in merito ai requisiti Teckal, quest'ultima ha richiamato, tuttavia, l'attenzione su tali altre circostanze solo poche volte. Nelle due cause citate, la Parking Brixen e la Carbotermo, si sono verificate diverse delle suddette circostanze, tra le quali ve ne era, di volta in volta, solo una che testimoniava di un conferimento di ampi e considerevoli poteri al consiglio di

amministrazione.

60. Nella sentenza Parking Brixen la Corte ha sostenuto che la ASM Bressanone SpA aveva acquisito una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo del comune e ha fornito cinque motivi a sostegno della sua tesi (40), tra i quali l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali e l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia ed all'estero (41).

61. Nella sentenza Carbotermo un elemento essenziale era dato dal fatto che l'eventuale influenza del comune locale italiano di Busto Arsizio sulle decisioni della AGESP SpA, un'impresa erogante prestazioni di servizi pubblici di vario tipo, veniva esercitata per il tramite di una holding intermedia (42). Sul punto la Corte ha statuito che l'intervento di un siffatto tramite, a seconda delle circostanze del caso, può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della sua mera partecipazione al capitale (43) di quest'ultima.

62. Occorre tenere presente, quindi, che nei suddetti casi la valutazione globale (44) è stata data in presenza di diverse circostanze speciali.

3. La cooperazione intercomunale pura, sebbene non a priori, non necessita, di regola, di una gara d'appalto.

63. Vi sono tuttavia molte ragioni per ritenere che le situazioni alla base delle sentenze Parking Brixen e Carbotermo rappresentino dei casi isolati, nei quali la Corte ha ritenuto superato un certo limite e che l'esternalizzazione di obblighi di interesse pubblico ad un ente di cooperazione pura tra collettività pubbliche, senza alcuna partecipazione di capitale privato, non necessiti di regola, sebbene non a priori (45), di una gara d'appalto pubblica. Ciò è documentato dai seguenti casi e sviluppi della giurisprudenza della Corte, di seguito illustrati.

64. Il testo della sentenza Carbotermo testé citata, in cui altre circostanze sono state decisive nel caratterizzare la situazione in oggetto come una situazione che richiedeva una procedura di aggiudicazione, così recita: «Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal» (46).

65. Nei punti successivi della sentenza Carbotermo diviene chiaro che con la limitazione «pur non essendo decisivo» si intendono le altre circostanze menzionate, ossia: l'indebolimento del controllo in conseguenza dell'interposizione di una holding, anche se il capitale di quest'ultima è detenuto al 99,98% dall'ente locale in questione, nonché poteri troppo ampi dei consigli di amministrazione sia della holding sia della società per azioni creata dalla holding, del cui mandato si tratta (47). Secondo la Corte gli statuti di cui trattasi non riserverebbero al comune in questione alcun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Il controllo esercitato dal comune su queste due società si risolverebbe sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, cosa che limiterebbe considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni di tali società (48).

66. Per contro, dalla più recente sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) risulta che, nel caso di una cooperazione intercomunale pura, il primo requisito Teckal di un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» è da ritenersi generalmente soddisfatto, senza richiedere, di regola, un'ulteriore esame delle strutture decisionali interne e dei rapporti di maggioranza. Il passaggio sopra riportato (49) della sentenza Carbotermo, infatti, è stato sì ripreso al punto 57 della successiva sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), ma in forma leggermente diversa. Mentre nella sentenza Carbotermo il passaggio recita «- ohne entscheidend zu sein -» (pur non essendo decisivo), nella sentenza Asemfo viene sostituito da «grundsätzlich» (in linea di principio). Da «indicare, pur non essendo decisivo (...)» esso diventa quindi «(...) in linea di principio (...)».

67. Ci sono, pertanto, molte ragioni per ritenere che ove l'amministrazione aggiudicatrice o l'autorità pubblica concedente detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche (50), l'intero capitale di un aggiudicatario o di un concessionario, essa eserciti su tale ente un controllo di norma analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del punto 50 della sentenza Teckal. Sebbene tale regola possa essere sovvertita (51), è tuttavia necessaria a tal fine una concomitanza di particolari circostanze, come già illustrato in precedenza (52).

4. Criteri per un esame particolareggiato del potere di controllo

68. Sul ruolo della questione del potere di controllo di singoli enti pubblici all'interno di cooperazioni pure tra enti pubblici nella giurisprudenza della Corte che qui interessa, si osserva quanto segue.

69. Già la causa Teckal concerneva una situazione di cooperazione intercomunale (53) nella quale la questione del controllo è stata toccata nel contesto dell'entità delle quote societarie: si trattava, in particolare,

di un consorzio di 45 comuni della provincia di Reggio Emilia, al quale il comune, in questione, di Viano partecipava per lo 0,9%. A tale riguardo l'avvocato generale Cosmas osservava: «ritengo improbabile (...) possa sostenersi che il Comune di Viano esercita su tale consorzio un controllo analogo a quello che esercita un ente all'interno dell'organo» (54). La sentenza stessa tace in merito a tale questione, in particolare nella formulazione del requisito di controllo di cui al punto 50 (55) tale aspetto non è considerato. Occorre, tuttavia, ricordare che in tale sentenza la Corte non ha, a priori, risolto negativamente la questione del potere di controllo di un comune con una quota societaria e un numero di voti esigui, e ha lasciato, pertanto, al giudice del rinvio la possibilità di decidere se il requisito di controllo fosse o meno soddisfatto nella causa principale .

70. La sentenza Coname del 2005 ha, nel frattempo, risolto tale aspetto in maniera opposta, giudicando insufficiente una quota societaria dello 0,97% (56).

71. Tuttavia, la sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) ha chiarito che la dimensione della quota societaria detenuta da un singolo ente pubblico in una cooperazione tra enti pubblici non funge (più) da misura del possibile controllo. La Corte ha espressamente precisato che, per quanto piccola la quota societaria, nell'esempio lo 0,25% del capitale di una siffatta cooperazione (1% del capitale era detenuto da quattro regioni autonome, ciascuna proprietaria di una azione), nulla osta al fatto che, con riguardo a tutti gli enti locali coinvolti, si possa supporre un «adempimento degli obblighi quasi in-house» (57).

72. Occorre peraltro rilevare che, nella causa principale della predetta sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) il potere di controllo sull'organismo incaricato dell'esecuzione delle attività controverse è palesemente esercitato dall'amministrazione statale centrale, la quale detiene la maggioranza delle quote societarie, e non dalle quattro regioni autonome, le cui quote societarie rappresentano complessivamente l'1% del capitale (58). Tale circostanza non ha tuttavia precluso alla Corte di considerare soddisfatto il primo requisito Teckal, non solamente per lo Stato spagnolo, ma espressamente anche per le regioni autonome detentrici di una quota del capitale (59). In merito alla questione del controllo esercitato dalle regioni autonome non è tuttavia possibile evincere dalla sentenza se essa voglia imprimere una nuova direzione alla giurisprudenza, ovvero se, come è lecito supporre, sia dovuta a particolari e decisive circostanze del caso (60). Tuttavia, se ne evince chiaramente che nel caso di cooperazioni pure tra enti pubblici non è opportuno attribuire eccessivo peso alla questione del potere decisionale e di controllo interno.

73. Da un esame sistematico dei chiarimenti giurisprudenziali in merito all'entità delle quote societarie (61), nonché da un esame letterale, considerato l'uso del plurale nel testo relativo al secondo requisito Teckal, che recita «e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (62), si può evincere che non è indispensabile che l'ente pubblico in questione disponga di un potere di controllo pieno e individuale, ma che è sufficiente un potere di controllo collettivo esercitato a maggioranza (63).

74. Decisiva pare essere la questione se il controllo sull'ente in parola, qui la cooperativa Brutélé, venga esercitato collettivamente dagli enti pubblici coinvolti, ovvero se tale cooperativa agisca sottraendosi a tale controllo collettivo.

5. Conclusione interlocutoria

75. L'analisi giuridica ha chiarito che la cooperazione intercomunale pura non è, in linea di principio, assoggettabile ad una procedura di aggiudicazione, salvo intervengano particolari circostanze atte a dimostrare che l'ente intercomunale ha acquisito una vocazione commerciale e un'autonomia tali da superare i limiti entro i quali una cooperazione intercomunale volta all'adempimento degli obblighi di interesse generale, non è assoggettabile al diritto in materia di aggiudicazione di appalti.

76. Sebbene, ad oggi, non si sia ancora raggiunta la certezza del diritto (64) in merito a come precisare criteri quali il «grado di vocazione commerciale» e il «grado di autonomia» e non sia, pertanto, chiaro ove collocare il limite preciso entro il quale una cooperazione intercomunale volta ad adempiere agli obblighi di interesse generale non è assoggettabile al diritto in materia di aggiudicazione di appalti, non sussiste, tuttavia, alcun elemento a sostegno del fatto che la cooperazione all'interno della Brutélé si svolga al di là di tale limite.

77. Incombe ai giudici nazionali, nella fattispecie al giudice del rinvio, valutare tali circostanze nel caso concreto. Nel caso di specie, una siffatta valutazione non dovrebbe riscontrare nessuno dei summenzionati sforamenti. Le strutture decisionali interne alla Brutélé, infatti, si contraddistinguono per l'influenza collettiva degli enti locali partecipanti esercitata attraverso le deliberazioni a maggioranza. Essi esercitano la loro influenza non soltanto nell'assemblea generale, ma anche nel consiglio di amministrazione, che si compone di rappresentanti dei comuni. La questione del controllo si può, pertanto, risolvere in senso affermativo sulla base di elementi sufficienti. A ciò si aggiunga che, per quanto riguarda i sotto settori, si può addirittura riscontrare un maggior peso delle decisioni dei singoli comuni. La vocazione commerciale della Brutélé risponde ad esigenze di interesse generale, quali la teledistribuzione, la telefonia e Internet e non pare esservi alcuna evidenza di uno sforamento della soglia oltre alla quale trovano applicazione le disposizioni sull'aggiudicazione degli appalti, per quanto indeterminati siano i criteri di fissazione di tale soglia.

78. Tutto testimonia, quindi, a favore del fatto che la cooperazione praticata tra gli enti pubblici in un caso come quello in esame non rientra nel campo di applicazione del diritto sugli appalti.

79. Contrariamente a quanto ritiene Coditel, nel presente contesto è irrilevante che la Brutélé offra i suoi servizi commercialmente all'utenza e che, di conseguenza, si ponga automaticamente in concorrenza (65) con altri offerenti privati.

6. Sul valore della cooperazione intercomunale

80. Sebbene ritenga che in base alle precedenti considerazioni le questioni pregiudiziali sottoposte siano già risolte, vorrei soffermarmi brevemente a sottolineare il risultato, esaminando, al contempo, le controdeduzioni della Coditel e della Commissione.

81. La legislazione sugli appalti pubblici è e resta uno degli strumenti politici più influenti a disposizione degli Stati membri e delle istituzioni della UE per il processo di integrazione europea (66). Si tratta, tuttavia, di un potenziale che non va utilizzato in maniera sconsiderata, ma ai fini di allineare il suo scopo ai valori di altre politiche.

82. Se, come proposto dal giudice del rinvio, dalla Coditel e dalla Commissione, si esigesse una «ampia autonomia decisionale» del comune interessato, da intendersi nel senso che esso eserciti il «pieno potere» sulla rispettiva cooperazione intercomunale (nel presente procedimento, il potere sulla cooperativa), non vi sarebbe praticamente più futuro per le cooperazioni intercomunali. Una delle caratteristiche importanti di una vera cooperazione consiste, infatti, nell'adozione paritetica delle delibere e non nella supremazia di uno solo dei soci partecipanti alla cooperazione. Dalle posizioni assunte dalla Coditel e dalla Commissione nel corso del procedimento e dell'udienza si evince che entrambe le parti interessate abbozzano criteri secondo i quali, in realtà, un singolo ente locale dovrebbe esercitare, per così dire, *da solo* il controllo su di una cooperazione. Orbene, è evidente che in una simile circostanza non si può parlare di una vera cooperazione o collaborazione.

83. Ciò renderebbe impraticabile, lo ricordo, anche una cooperazione intercomunale pura. Gli enti locali operanti in cooperazioni intercomunali dovrebbero in tal caso sempre fare i conti con l'obbligo di affidare l'esecuzione dei loro servizi a terzi privati migliori offerenti, fatto che equivarrebbe ad una privatizzazione dei servizi di interesse generale, imposta utilizzando gli strumenti del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti (67).

84. Un'interpretazione tanto restrittiva del primo requisito Teckal accorderebbe una preponderanza inadeguata agli obiettivi del diritto della concorrenza e inciderebbe, al contempo, in modo eccessivo sull'autonomia amministrativa dei comuni e, di conseguenza, sulla competenze degli Stati membri (68).

85. Si tratta di un aspetto giustamente ribadito anche dai governi che hanno presentato osservazioni alla Corte. Il diritto all'autonomia amministrativa dei comuni, oltre a trovare espressione nella legislazione in vigore negli Stati membri, è sancito, come fa giustamente osservare il governo tedesco, anche nella Carta europea delle autonomie locali, siglata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea nel quadro del Consiglio d'Europa e ratificata dai più (69). L'art. 263 CE sancisce l'istituzione del Comitato delle regioni, composto da rappresentanti delle collettività regionali e locali. Si tratta di una disposizione che, prevedendo la possibilità di tenere conto istituzionalmente degli orientamenti regionali e comunali, implica altresì un certo riconoscimento dell'autodeterminazione. Infine, il Trattato di Lisbona (70) sottolinea il ruolo dell'autonomia amministrativa regionale e locale nella formazione della relativa identità nazionale, la quale deve essere tutelata.

86. Gli stessi comuni devono decidere se adempiere ai compiti di interesse pubblico loro incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligati a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (71), ovvero se adempiere agli stessi con l'ausilio di un ente da essi giuridicamente distinto, che agirebbe in qualità di amministrazione aggiudicatrice o concedente. Se essi scelgono la seconda alternativa, sono di nuovo liberi di adempiere a tali loro essenziali compiti limitandosi ad (72) esercitare autonomamente i propri poteri ovvero agendo in «pura» cooperazione con altre autorità pubbliche, mantenendo un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» ed escludendo l'applicazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di stato o di appalti pubblici (73); possono altrimenti, ricorrendo a capitale privato (74) e/o agendo in proprio nel caso di una maggiore vocazione commerciale, affrontare la concorrenza, fatto che comporta la perdita dei privilegi (75). Infine, possono optare per il classico affidamento in conto terzi o per la privatizzazione, per le quali non è comunque prevista la concessione di privilegi con riguardo al diritto della concorrenza.

87. Non è sempre facile per i comuni e per gli enti locali in genere portare a compimento i molteplici compiti tradizionali (76) e di nuova concezione (77) loro incombenti, soprattutto per i più piccoli tra loro ed in tempi di budget ridotti (78). Inoltre, molti obblighi, in particolare nei settori dell'ambiente e dei trasporti, non hanno una configurazione limitata alla compagine comunale (79). D'altra parte, molti Stati membri ricorrono sovente alla cooperazione intercomunale, senza l'apporto di capitale privato, per via dei suoi effetti sinergici, quale strumento di efficace e conveniente fornitura dei servizi pubblici (80).

B – *Secondo requisito Teckal*

88. Nel presente caso non occorre soffermarsi sul secondo requisito; sulla base delle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, non sussiste, a riguardo, alcuna questione (81).

V – **Conclusione**

89. Pertanto, propongo alla Corte di risolvere le tre questioni proposte dal Conseil d'État come segue:

Gli artt. 12, 43 e 49 CE, nonché i principi della parità di trattamento, della non discriminazione e della trasparenza non ostano a che un comune si associ ad una cooperativa trasferendo contestualmente ad essa la gestione della rete comunale di teledistribuzione senza previa gara d'appalto, purché tale comune eserciti su tale cooperativa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la cooperativa svolga la parte più importante della sua attività con i suoi associati. Il fatto che tale cooperativa sia costituita esclusivamente da comuni e associazioni tra comuni (o enti pubblici), senza alcun ricorso a capitale privato, indica sostanzialmente che il requisito dell'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è soddisfatto. In un caso come quello in esame il controllo esercitato per il tramite degli organi statutari della cooperativa, costituiti da rappresentanti dei comuni e delle associazioni tra comuni che deliberano a maggioranza, è da intendersi quale controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – La nozione di «Cooperazione intercomunale» o «Collaborazione intercomunale» comprende forme assai diverse di cooperazione amministrativa, con o senza natura giuridica formale (v. Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2005, pag. 2 e segg.), che vanno da semplici comunità di lavoro comunali a figure dal punto di vista giuridico fortemente istituzionalizzate, quali, ad es., le associazioni tra comuni o le cooperative. V. anche la nozione di «partecipazione di più enti pubblici» o «soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici» e a., di cui nelle Conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl del 12 gennaio 2006, Carbotermo e Consorcio Alisei (C-340/04, Racc. pag. I-4137), paragrafo 29 e segg., nonché Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, pag. 167 e segg.

3 – In seguito alla richiesta del Comune di Uccle, la Coditel chiedeva a quest'ultimo se la proposta di riacquisto della rete costituisse un criterio di valutazione delle offerte depositate nell'ambito della procedura della gara d'appalto per la concessione della gestione della rete, se tale proposta si sostituisse alla gara d'appalto in corso e se fosse stata indirizzata agli altri candidati alla gara d'appalto. Il 28 aprile 2000 il Comune di Uccle rispondeva che si era rivolto alle quattro società che avevano depositato la loro candidatura alla gara di appalto, che la proposta di riacquisto della rete non si sostituiva alla gara di appalto e non costituiva neppure un elemento di valutazione delle offerte depositate e infine che «poiché il consiglio aveva ricevuto una proposta d'acquisto (finora condizionata) ha ritenuto, tuttavia, che tale ipotesi non poteva essere esclusa a priori e poteva costituire uno degli elementi di riflessione in corso sull'avvenire della rete; pertanto, prima di proporre una decisione per l'attribuzione della concessione della gestione o meno, il consiglio ha deciso, per completezza di informazione e di equità tra i candidati, di sentire ciascuno di essi».

4 – Così precisa, sul punto, il consiglio comunale di Uccle nella delibera del 23 novembre 2000: «tale differenza è, senza dubbio, riconducibile a ragioni congiunturali, poiché le quotazioni in borsa di taluni dei maggiori protagonisti del settore dei valori tecnologici sono scese nei mesi precedenti sotto i minimi storici, circostanza che rende le condizioni attuali estremamente sfavorevoli».

5 – Il canone annuo offerto si compone, conformemente a quanto deliberato dal consiglio comunale il 23 novembre 2000, come segue:

a) canone fisso pari al 10% degli introiti da abbonamento di base alla teledistribuzione [sulla base di 31 000 abbonati e 3 400 franchi belgi di abbonamento annuo (al netto di IVA e di diritti d'autore): 10 540 000 franchi belgi all'anno];

b) pagamento del 5% del fatturato di Canal + e di bouquet;

c) pagamento di tutti gli utili realizzati su tutti i servizi forniti.

6 – Sul punto, la relativa delibera del consiglio comunale del 23 novembre 2000:

«(...)Tale autonomia riguarda in particolare:

– la scelta dei programmi distribuiti;

– le tariffe di abbonamento e di allacciamento;

– la politica degli investimenti e dei lavori;

– i ristorni o i vantaggi da concedere a talune categorie di soggetti;

– la natura e le modalità di altri servizi da prestare tramite la rete e la possibilità di affidare all'intercomunale realizzazioni di interesse comunale che combaciano con il suo obiettivo statutario, come ad esempio, la realizzazione di un Intranet comunale, di un sito WEB e la formazione del personale a tal fine.

(...) in questo contesto:

– la Brutélé redigerà un conto profitto e perdite e un bilancio delle attività sulla rete di Uccle;

– Uccle disporrà di un amministratore nel consiglio di amministrazione della Brutélé di tre amministratori nel consiglio del settore di gestione di Bruxelles, di un mandato nel collegio dei sindaci e di un esperto comunale.

7 – L'associazione è stata decisa con delibera del 23 novembre 2000, alla condizione di una successiva risoluzione dell'assemblea generale della BRUTELE, con la quale tutti i membri associati avrebbero deciso da quel momento di non opporsi all'ulteriore eventuale ritiro da parte del Comune di Uccle.

8 – Sentenza 18 novembre 1999, causa C -107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punto 50).

9 – V. supra nota 8, punto 50.

10 – Anche se il governo olandese sostiene che le informazioni fornite nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale sarebbero insufficienti per poter realmente valutare tale aspetto.

11 – Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei (Racc. pag. I-4137, punto 37).

12 – Sul punto la Commissione rimanda alle sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 65) e Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11).

13 – La Brutélé rimanda alla Costituzione belga, nonché alla legge belga sulle associazioni intercomunali (v. i paragrafi 6 e 7 di queste Conclusioni).

-
- 14 – La Carta europea delle autonomie locali, Convenzione adottata il 15 ottobre 1985 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa a Strasburgo è in vigore dal 1° settembre 1988 (per maggiori informazioni, v. <http://conventions.coe.int>).
-
- 15 – Tra l'altro, la 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). L'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici consiste nel promuovere la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, v. sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punto 44).
-
- 16 – Neergaard, *The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law*, in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, fa osservare che esistono nozioni assai diverse della concessione a seconda del contesto giuridico e che la nozione di concessione nel diritto comunitario in materia di appalti si differenzia assai dalla nozione datane nel diritto della concorrenza e, in parte, anche nel diritto nazionale.
-
- 17 – È sufficiente richiamare le sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punti 56 e 57); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punti 9 e 16); Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 42), e 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6657, punto 29).
-
- 18 – V. in merito ai criteri utilizzati ai fini della differenziazione la sentenza Telaustria e Telefonadress (cit. supra alla nota 17, punto 58). V. anche la definizione di legge data all'art. 1, n. 4, 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, non ancora applicabile all'epoca dei fatti di cui alla causa principale (GU L 134, pag. 114): «La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Trattasi della gestione e manutenzione di servizi esistenti, v. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. Si osservi in linea di principio che la questione se la concessione di servizi in oggetto debba o meno essere qualificata come concessione di servizi va valutata alla luce del diritto comunitario, v. sentenza Commissione/Italia (cit. supra alla nota 17, punto 31).
-
- 19 – Sentenza Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 40). Sul punto v. l'esposizione particolareggiata di Arrowsmith, in *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 e 6.63.
-
- 20 – La situazione è rimasta pressoché invariata a seguito della successiva direttiva 2004/18/CE (cit. supra alla nota 18); in quanto essa, pur dando una definizione della concessione di servizi, esclude, all'art. 17, la sua applicabilità a tali concessioni. V. l'approfondimento di Flamme/Flamme/Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, pag. 19 e segg.
-
- 21 – Sentenze Coname (cit. supra alla nota 17, punto 16); Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 46) e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punti 18 e segg.). Broussy/Donnat/Lambert, in *Délégations de services publics, L'actualité juridique – droit administratif* (AJDA) 2005, pag. 2340 e segg., in particolare pag. 2341, ammoniscono che un siffatto ricorso al principio della non discriminazione rischia di estendere l'applicabilità della normativa in materia di appalti ben oltre l'ambito delle direttive pertinenti, con conseguente inclusione di fattispecie il cui valore resta sotto la soglia di applicazione delle direttive.
-
- 22 – Trepte, *Transparency Requirements*, in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, fa notare che la nozione di trasparenza nel diritto comunitario in materia di appalti è qualcosa di limitato, nella misura in cui si riferisce alla parità di trattamento degli offerenti provenienti dai vari Stati membri e non ad una nozione più ampia di

trasparenza.

23 – V., tra l'altro, la sentenza Telaustria e Telefonadress (cit. supra alla nota 17, punti 60 e segg.); Coname (cit. supra alla nota 17, punti 18 e segg.), nonché Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punti 47 e segg.).

24 – La denominazione non è unanime, si parla spesso di «attribuzione (quasi) in-house» o «negozio in-house» (in senso più ampio).

25 – Citata supra alla nota 8.

26 – V. , in particolare, le sentenze Stadt Halle e RPL Lochau (cit. supra alla nota 15, punto 49); Coname (cit. supra alla nota 17, punti 23-26); Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punti 56 e segg.); ANAV (cit. supra alla nota 21, punto 24); Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11, punti 36 e 37); 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (Racc. pag. I-2999, punti 55-57) e 18 dicembre 2007, causa C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Racc. pag. I-0000, punto 58).

27 – Nella sentenza Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 61) la Corte chiarisce che i due requisiti Teckal non trovano applicazione solamente all'ambito delle direttive comunitarie in materia di appalti, ma all'ambito del diritto comunitario in materia di appalti in generale.

28 – Flamme/Flamme/Dardenne, citato supra alla nota 20, pag. 32; il punto 20 sottolinea, facendo rimando ai punti 49 e 50 della sentenza Teckal (cit. supra alla nota 8), che l'eccezione prevista per «un adempimento degli obblighi quasi in-house» si fonda sulla semplice considerazione che stipulare un «contratto con sé stessi» non è possibile.

29 – V. sentenze Teckal (cit. supra alla nota 8, punto 50); Stadt Halle e RPL Lochau (cit. supra alla nota 15, punto 49); 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-139, punto 38); 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705, punto 34); Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 33) e Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26, punto 55).

30 – La sentenza assai seguita Stadt Halle e RPL Lochau (cit. supra alla nota 15) recita, al punto 49: «In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit. supra alla nota 8, punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi». Belorgey/Gervasoni/Lambert, Qualification de marché public, AJDA 2005, pag. 1113 e segg., in particolare pag. 1114, facendo riferimento alla sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321), sostengono che la sentenza Stadt Halle non ha fatto altro che confermare expressis verbis quanto già affermato implicitamente dalla giurisprudenza precedente.

31 – È sufficiente richiamare le sentenze Coname (cit. supra alla nota 17, punto 26); Commissione/Austria (cit. supra alla nota 29, punto 46); ANAV (cit. supra alla nota 21, punto 31) e 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a. (Racc. pag. I-389, punto 64). Resta da chiarire in che modo valutare la partecipazione di soggetti privati o di organizzazioni senza scopo di lucro, ad esempio, in ambito sociale o culturale (v. sul punto Egger, citato supra alla

nota 2, pag. 170, punto 637).

32 – In tal senso, sentenze Coname (cit. supra alla nota 17, punto 26) e ANAV (cit. supra alla nota 21, punti 30-32).

33 – Sentenza Commissione/Austria (cit. supra alla nota 29), punti 38-42: in tali circostanze, l'aggiudicazione dell'appalto deve essere esaminata tenendo conto dell'insieme delle fasi (aggiudicazione e ristrutturazione del capitale) e delle sue finalità.

34 – V. , tra l'altro, anche Probst/Wurzel, Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen, in: European Law Reporter 2007, pag. 257 e segg. , in particolare pag. 261.

35 – Sentenze Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 65) e Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 36).

36 – Sentenze Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 65) e Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 36).

37 – Sentenza Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punti 67-70). Critico sulla legittimazione di requisiti che potrebbero, in ultima analisi, costringere gli enti locali ad adottare determinate forme giuridiche per le organizzazioni intese all'adempimento dei loro obblighi, v. Kotschy, Arrêts «Stadt Halle», «Coname» et «Parking Brixen», Revue du droit de l'Union européenne 2005, n. 4, pag. 845 e segg., in particolare pag. 853.

38 – Probst/Wurzel sottolineano che tanto più è chiaro lo stretto legame all'autorità appaltante o concedente e ridotta la possibilità dell'appaltatore o del concessionario di svolgere sul mercato attività commerciali per terzi, tanto più semplice sarà motivare la supposizione di un negozio in house (citati supra alla nota 34, pag. 261).

39 – Sentenza Teckal (cit. supra alla nota 8, punto 51).

40 – In proposito, Ferrari parla di indizi di autonomia, inconciliabili con la nozione di controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio (Ferrari, Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?, in: Diritto pubblico comparato ed europeo 2006, pag. 271 e segg., in particolare pag. 273).

41 – Sentenza Parking Brixen (cit. supra alla nota 12, punto 67). Jennert, in Das Urteil „Parking Brixen“, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2005, pag. 623 e segg. , in particolare pag. 626, osserva che, di conseguenza, non è possibile proteggere il mercato con attribuzioni in house senza appalto quando vi è una contemporanea partecipazione alla concorrenza tramite un'espansione di portata non solo locale dell'attività.

42 – Ai paragrafi 22 e 23 delle sue conclusioni del 12 gennaio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11) l'avvocato generale Stix-Hackl sostiene che la causa, analogamente alla causa Stadt Halle, viene connotata dal fatto che l'«appalto» non è aggiudicato direttamente al soggetto cui l'ente locale partecipa direttamente, ma ad una costellazione di partecipazione indiretta.

43 – Sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 39).

44 – Di «valutazione globale» parla appropriatamente Jennert (citato supra alla nota 41, pag. 625).

45 – Sentenza Commissione/Spagna (cit. supra alla nota 29, punto 40).

46 – Sentenza Carbotermo e Consorcio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 37).

47 – Sentenza Carbotermo e Consorcio Alisei (cit. supra alla nota 11, punti 38-40).

48 – Sentenza Carbotermo e Consorcio Alisei (cit. supra alla nota 11, punto 38).

49 – Sentenza Carbotermo e Consorcio Alisei (cit. supra alla nota 11) punto 37: «Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal [cit. supra alla nota 8]».

50 – Poiché un controllo di maggioranza non viene escluso a priori, v. anche Fenoyl, Contrats „in house” – état des lieux après l'arrêt Asemfo, AJDA 2007, pag. 1759 e segg., in particolare pag. 1761.

51 – Egger (citato supra alla nota 2, pag. 169, punto 626) parla a ragione di una supposizione confutabile.

52 – V. supra, paragrafo 55 e segg. di queste conclusioni.

53 – Lo fanno notare anche Pape/Holz, in Vergabefreie In-house-Geschäfte, NJW 2005, pag. 2264 e segg., in particolare pag. 2265. Essi ritengono che sebbene in base ad un'analisi meramente formale non si possa considerare una cooperazione tra diversi enti pubblici come un appalto in house, poiché i diritti di voto degli altri soci non consentirebbero, di per sé, di stabilire se ogni socio eserciti sull'ente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, in base ad un'analisi funzionale sia tuttavia opportuno che anch'essa sia considerata come appalto in house.

54 – Conclusioni dell'avvocato generale Cosmas del 1 luglio 1999, Teckal (citate supra alla nota 8), paragrafo 61.

55 – Sentenza Teckal (cit. supra alla nota 8).

56 – Sentenza Coname (cit. supra alla nota 17), punti 23 e 24. In tal caso, nel procedimento principale la società in questione era, almeno parzialmente, aperta al capitale privato, v. punto 26 della sentenza Coname.

57 – Sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26), punti 58-60. Il punto 59 così recita: «A tale riguardo, non può essere accolta la tesi secondo la quale la condizione di cui trattasi sarebbe soddisfatta solamente rispetto agli appalti effettuati su incarico dello Stato spagnolo, con esclusione di quelli oggetto di incarichi delle comunità autonome, rispetto alle quali la Tragsa dovrebbe essere considerata come un terzo». Il punto 61 chiarisce che tale constatazione non riguarda tutte le Regioni autonome della Spagna, sebbene la Tragsa agisca per conto di tutte (v. conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006, Asociación Nacional de Empresas Forestales [Asemfo], (cit. supra alla nota 26, paragrafi 13 e 14), ma solo quelle che detengono una quota del capitale sociale della Tragsa.

58 – Dalla sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26, punto 13, quinto periodo) risulta circa il diritto nazionale quanto segue: «Le funzioni di

organizzazione, sorveglianza e controllo della Tragsa e delle sue controllate sono esercitate dal Ministero dell'Agricoltura, della Pesca e dell'Alimentazione e dal Ministero dell'Ambiente». Il controllo compete, pertanto, all'amministrazione centrale e non alle Regioni autonome. Analogamente anche l'avvocato generale Geelhoed osserva nelle sue conclusioni del 28 settembre 2006, causa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26, paragrafo 51) che le Regioni autonome non esercitano un proprio potere di controllo e che le medesime non possono neppure far valere siffatto potere in forza della quota sociale da esse detenuta. Solamente il socio di maggioranza, ossia l'amministrazione centrale dello Stato spagnolo, deterrebbe i poteri di controllo. Anche la stessa sentenza recita, al punto 51: «Infine, secondo l'art. 3, n. 6, del detto regio decreto, i rapporti della Tragsa con gli enti pubblici in questione, rappresentando tale società uno strumento esecutivo interno e un servizio tecnico di queste ultime, non hanno natura contrattuale, bensì, sotto tutti gli aspetti, carattere interno, dipendente e subordinato». Gli argomenti presentati ai punti 59-61 sulla questione del potere di controllo delle Regioni autonome non hanno nulla a che vedere con le strutture decisionali interne; riguardano invece l'obbligo ex-lege di eseguire gli incarichi affidati, il fatto che le tariffe sono stabilite dallo Stato e che non si tratta di un rapporto contrattuale.

59 – Le Conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006 nella causa Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26) problematizzano espressamente e nei particolari tale aspetto e constatano una costante mancanza di propria influenza delle Regioni (paragrafi 98-101). Problematizzano il punto anche Broussy/Donnat/Lambert, in Actualité du droit communautaire, Marché in house, AJDA 2007 pag. 1125 e seg., pag. 1126.

60 – Come sottolinea a ragione Müller, in Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB) 2007, pag. 197 e segg., in particolare pag. 202, le particolari circostanze sarebbero da rinvenire, tra l'altro, nell'obbligo ex-lege di accettare ed eseguire gli incarichi assegnati e nel fatto che le tariffe sono fissate dall'autorità. V. anche Piazzoni, Précisions jurisprudentielles sur les contrats «in house», Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation 2007, n. 12, pag. 56 e segg., in particolare pag. 58 e Mok, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05, Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken 2007, n. 417, pag. 4413 e segg., in particolare, pag 4423.

61 – In merito all'interpretazione sistematica, v., in particolare, Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2006, pag. 253 e segg.

62 – In merito all'interpretazione letterale, v., in particolare, Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2006, pag. 250 e segg.

63 – V., tra l'altro, anche Dreher, Das In-house-Geschäft, NzBau 2004, pag. 14 e segg., in particolare pag. 17, secondo il quale l'elemento cruciale sarebbe da rinvenire nell'assenza di un proprio potere decisionale del contraente. V. anche Dischendorfer, The Compatibility of Contracts Awarded Directly to «Joint Executive Services» with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa, Public Procurement Law Review 2007, pag. NA123 e segg., in particolare pag. NA129.

64 – In generale, sul punto della scarsa certezza del diritto relativamente ad una serie di concetti giuridici indeterminati e problemi di delimitazione riguardanti i requisiti Teckal, v. , tra l'altro, anche Jennert (citato supra alla nota 41, pagg. 625 e 626), che accoglie con favore l'aumentata certezza del diritto ottenuta grazie ai requisiti concreti e vicini all'esperienza pratica individuati in tale sentenza, e volge, al tempo stesso, l'attenzione anche a questioni non ancora risolte, concernenti, in particolare, la successiva vendita a privati di quote di una società comunale, cui un incarico è stato conferito molto tempo prima in applicazione della giurisprudenza in-house e ritiene che i principi di parità di trattamento e trasparenza debbano essere applicati anche alla vendita di quote; conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl del 12 gennaio 2006, nella causa Carbotermo e Consorcio Alisei (cit. supra alla nota 11), paragrafo 17; Söbbeke, in Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften, Die Öffentliche Verwaltung 2006, pag. 996 e segg., in particolare pag. 997,

constata che le incertezze create dalla sentenza Teckal, che hanno reso meno facile l'applicazione dell'eccezione che esenta la figura giuridica delle costellazioni in-house dall'obbligo di bandire un appalto, sono state successivamente ridotte dalle sentenze Stadt Halle e Carbotermo.

65 – Ai fini della valutazione non rileva neppure il fatto che un adempimento quasi in house degli obblighi ha per conseguenza l'esclusione dalla concorrenza di altre imprese, anch'esse pronte ad assumersi gli obblighi in oggetto, essendo questo un effetto inerente all'adempimento quasi in house degli obblighi (Egger, citato supra alla nota 2, pag. 163, punto 600).

66 – Bovis, Public Procurement in the European Union, 2005, pag. 240.

67 – V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 1° marzo 2005, nella causa Parking Brixen (cit. supra alla nota 12), paragrafo 68. In tal senso, anche Calsolaro afferma nel suo commento alla sentenza Parking Brixen che la giurisprudenza della Corte non è affatto da intendersi nel senso di un obbligo all'esternalizzazione (Calsolaro, S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?, in: Foro Amministrativo (Consiglio di Stato) 2006, pag. 1670 e segg., in particolare pag. 1674).

68 – V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 1° marzo 2005, nella causa Parking Brixen (cit. supra alla nota 12), paragrafo 71. Su tale autonomia amministrativa non incide in sé l'applicazione generale del diritto sugli appalti ad enti partecipati da più enti pubblici (v., sul punto, Egger, citato supra alla nota 2, pag. 168, punto 621), ma piuttosto un'applicazione che va oltre le finalità perseguite. V. anche Frenz, *Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon*, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2008, pag. 73 e segg., in particolare pag. 85: l'autonomia amministrativa dei comuni deve essere tutelata nelle sue strutture basilari, pur non consentendo essa la violazione di libertà fondamentali per l'Europa.

69 – Citato supra alla nota 14. Dal tenore letterale dell'art. 6, n. 1 risulta che senza pregiudizio di norme più generali emanate dalla legge, le collettività locali devono poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche, in maniera da consentire un'amministrazione efficace.

70 – Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 (GU C 306, pag. 1), art. 3 bis del futuro Trattato UE non ancora in vigore. Divenuto, nella versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2008, C115, pag. 1), art. 4 del Trattato UE, non ancora in vigore.

71 – Sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (cit. supra alla nota 15), punto 48.

72 – Il secondo requisito Teckal (realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano) prevede, in effetti, la possibilità di assegnare taluni compiti a terzi. Si pensi da un lato, alla (temporanea) saturazione delle risorse, ma anche, ad esempio, come illustra la sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26), all'assunzione sistematica (disciplinata dalla legge) di compiti per altri enti pubblici (nella fattispecie, per tutte le Regioni autonome della Spagna, laddove solo quattro di loro detengono piccole partecipazioni).

73 – Jennert (citato supra alla nota 41), pag. 626.

74 – E con esso, ricorrendo eventualmente anche ad un necessario know how esterno.

75 – Jennert (citato supra alla nota 41), pag. 626.

76 – Tra i compiti più o meno tradizionali dei comuni e degli enti locali dovrebbe, tra l'altro, rientrare

quello di garantire i cosiddetti servizi di base, quali l'approvvigionamento elettrico e idrico, il trasporto pubblico, lo smaltimento dei rifiuti, l'organizzazione di istituzioni formative e culturali, nonché l'organizzazione e la gestione degli ospedali (per altri esempi, v., tra l'altro, Frenz, nell'opera sopra cit. alla nota 68, nonché in Papier, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl) 2003, pag. 686 e segg.

77 – Definire «in maniera statica» i servizi pubblici di interesse generale porterebbe a tralasciare indebitamente il fatto che le esigenze espresse dai cittadini ai rispettivi comuni mutano, soprattutto nel corso del tempo. Inoltre, la nozione di «servizi di interesse generale» non può essere limitativamente equiparata, nel diritto comunitario in materia di appalti, a quella di «servizi previdenziali». Così la Corte, ad esempio, nella sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605, punto 33 e segg.) ha rilevato che l'organizzazione di fiere e di esposizioni costituisce un'attività di interesse generale, in quanto non solo soddisfa l'interesse degli espositori e dei commercianti, ma comporta anche un impulso per gli scambi, risultante dalle informazioni fornite ai consumatori (nel contesto dell'interpretazione dell'art. 1, lettera b), della direttiva 92/50, cit. supra alla nota 15, tale causa verteva sulla qualificazione di «organismo di diritto pubblico», non soddisfatta nel caso di Agorà e Excelsior poiché l'attività non fu giudicata quale avente «carattere non industriale o commerciale»).

78 – Sul punto anche Kotschy, citato supra alla nota 37, pag. 853.

79 – Molti enti locali si trovano ad affrontare compiti di respiro sovraregionale, ad esempio nel campo del trasporto pubblico locale, dello sviluppo rurale e della tutela ambientale, per la cui esecuzione la cooperazione rappresenta la naturale soluzione. Per un esempio di siffatta cooperazione v. la sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (cit. supra alla nota 26).

80 – Oltre alle osservazioni dei governi intervenienti, v. sul punto, ad esempio, anche Söbbeke, citato supra alla nota 64, pag. 999; Flömer/Tomerius, Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?, NZBau 2004, pag. 660 e segg., in particolare pag. 661.

81 – Il giudice nazionale, cui compete decidere la causa, può rilevare chiaramente tutti gli elementi necessari dalla sentenza Carbotermo (cit. supra alla nota 11, punto 70): «Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati».