

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
F.G. JACOBS
presentate il 21 aprile 2005 ¹(1)

Causa C-174/03

Impresa Portuale di Cagliari s.r.l./Tirrenia di Navigazione SpA

1. In questa causa il Tribunale amministrativo per la Sardegna ha sottoposto alla Corte due questioni relative all'interpretazione della 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 telecomunicazioni (2).

2. Anzitutto, il giudice nazionale chiede come classificare, ai sensi della direttiva 93/38, un ente le cui attività sono svolte in parte in regime di concorrenza e in parte in regime di monopolio di fatto.

3. In seguito, a seconda della soluzione data alla prima questione, esso chiede se le specifiche tecniche di cui all'art. 18 della direttiva 93/38 debbano essere preventivamente fissate rispetto al procedimento di scelta del contraente e debbano essere oggetto di pubblicità.

La direttiva

4. Per quanto rilevante, gli obiettivi della direttiva 93/38 sono definiti nel preambolo nei seguenti termini.

5. L'undicesimo e il dodicesimo 'considerando' recitano che i principali motivi per cui gli enti che operano nei settori interessati non procedono ad appelli alla concorrenza a livello europeo sono «la naturale chiusura dei mercati nei quali essi operano, dovuta alla concessione, da parte delle autorità nazionali, di diritti speciali o esclusivi» e i «diversi modi che le autorità nazionali utilizzano per influenzare il comportamento di detti enti, ivi comprese l'assunzione di partecipazioni nei relativi capitali sociali o la rappresentanza negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza di tali enti».

6. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il tredicesimo 'considerando' recita che «la presente direttiva non deve estendersi alle attività degli enti in questione che si svolgono al di fuori dei settori [interessati] o che, pur rientrando in questi settori, sono nondimeno direttamente esposte alla concorrenza in mercati il cui accesso non è limitato».

7. Relativamente all'esistenza di concorrenza in determinate aree, il diciottesimo ed il diciannovesimo 'considerando' stabiliscono rispettivamente che, visti i vari atti normativi comunitari diretti ad introdurre un maggior grado di concorrenza tra gli enti che forniscono servizi di trasporto aereo al pubblico «non è opportuno, per il momento, includere tali enti nella sfera d'applicazione della presente direttiva, ma che la situazione dovrebbe essere ulteriormente riesaminata alla luce dei progressi realizzati riguardo a detta concorrenza» e che «vista la concorrenza esistente nei trasporti marittimi comunitari, non sarebbe opportuno sottoporre la maggior parte degli appalti in questo settore a procedure particolareggiate; che la situazione dei trasportatori marittimi che gestiscono "ferry" marittimi deve essere sorvegliata [e] che determinati servizi di "ferry" costieri o fluviali gestiti da autorità pubbliche non debbono più essere esclusi dal campo di applicazione delle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE (3)».

8. L'art. 1, n. 1, dispone che ai fini della direttiva 93/38/CEE «si intende per: "Autorità pubbliche": lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico. Si considera ente di diritto pubblico ogni ente:

- istituito allo scopo specifico di provvedere ad esigenze di pubblico interesse, che non abbiano carattere industriale o commerciale,
- dotato di personalità giuridica, e
- la cui attività è finanziata in via maggioritaria dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico o la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi o il cui consiglio d'amministrazione, consiglio direttivo o consiglio di vigilanza è composto da membri, più della metà dei quali sia nominata dallo Stato membro, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico».

9. L'art. 2, stabilisce l'ambito di applicazione della direttiva. A norma dell'art. 2, n. 1, lett. a), essa si applica «agli enti aggiudicatori che [...] sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2». L'art. 2, n. 1, lett. b) aggiunge gli enti che «annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

10. L'art. 2, n. 2, definisce le attività che rientrano nel campo di applicazione della direttiva. I trasporti marittimi non sono menzionati tra tali attività.

11. L'art. 2, n. 2, lett. b), sub ii), classifica come attività rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva lo sfruttamento di un'area geografica ai fini della: messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, porti marittimi o interni, nonché altri impianti terminali di trasporto.

12. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. c), costituisce attività rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva la gestione di reti destinate a fornire un servizio di trasporto pubblico mediante, inter alia, autobus. L'art. 2, n. 4 dispone tuttavia che «[l]a fornitura al pubblico di un servizio di trasporto mediante autobus non è considerata come un'attività ai sensi del paragrafo 2, lettera c), qualora altri enti possano liberamente fornire tale servizio, sul piano generale o in una zona geografica circoscritta, alle stesse condizioni previste per gli enti aggiudicatori».

13. A norma dell'art. 2, n. 2, lett. d), va considerata attività rientrante nella sfera di applicazione della direttiva la messa a disposizione o gestione di reti pubbliche di

telecomunicazioni o la prestazione di servizi pubblici di telecomunicazioni. L'art. 8, n. 1, stabilisce però che «[l]a presente direttiva non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori che esercitano una attività descritta all'articolo 2, paragrafo 2, lettera d) assegnano per acquisti esclusivamente destinati a permettere loro di assicurare uno o più servizi di telecomunicazione, qualora altri enti siano liberi di offrire gli stessi servizi nella stessa area geografica e a condizioni sostanzialmente identiche».

14. L'art. 16 recita che «[g]li appalti aventi ad oggetto servizi compresi nell'allegato XVI B sono aggiudicati conformemente agli articoli 18 e 24». Esso include, nella categoria 20, «servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti».

15. L'art. 18 disciplina l'uso delle specifiche tecniche nelle procedure di appalto ai sensi della direttiva. L'art. 18, n. 1, richiede che gli enti aggiudicatori inseriscano specifiche tecniche nei documenti generali o nel capitolato d'onere di ciascun appalto. La detta disposizione non richiede alcuna altra forma di pubblicità prima dell'aggiudicazione. Gli altri paragrafi dell'art. 18 fissano condizioni sostanzialmente destinate ad evitare che gli enti aggiudicatori facciano un uso discriminatorio delle specifiche tecniche.

16. L'art. 18 definisce le specifiche tecniche come «i requisiti tecnici menzionati in particolare nei capitolati d'onere, che definiscono le caratteristiche richieste di un'opera, un materiale, un prodotto, una fornitura o un servizio e che permettono di caratterizzare oggettivamente un'opera, un materiale, un prodotto, una fornitura o un servizio in modo che essi rispondano all'uso cui sono destinati dall'ente aggiudicatore».

17. Ai sensi dell'art. 19, n. 1 «[g]li enti aggiudicatori comunicano ai fornitori, agli imprenditori o ai prestatori di servizi interessati alla concessione dell'appalto che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che formano oggetto di avvisi indicativi periodici ai sensi dell'articolo 22». L'art. 19, n. 2, dispone che «[q]uando tali specifiche tecniche sono definite in documenti che sono disponibili per i fornitori, imprenditori o prestatori di servizi interessati, la comunicazione del riferimento di tali documenti è considerata come sufficiente».

18. L'art. 24 prevede che gli enti aggiudicatori che hanno assegnato un appalto comunichino alla Commissione i risultati della procedura di aggiudicazione mediante un avviso redatto conformemente al pertinente allegato della direttiva.

Procedimento nazionale e questioni pregiudiziali

19. L'Impresa Portuale di Cagliari s.r.l., ricorrente nella causa principale (in prosieguo: la «ricorrente»), è una società che svolge la propria attività imprenditoriale nel porto di Cagliari. Essa effettua, tra le altre attività, le operazioni di carico, scarico e trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e dei mezzi imbarcati sulle navi.

20. La ricorrente ha contestato dinanzi ai giudici nazionali la validità di un accordo privato biennale mediante il quale, senza attenersi alle procedure di aggiudicazione di cui alla direttiva 93/38, la Tirrenia di Navigazione SpA (in prosieguo: la «Tirrenia»), compagnia marittima, ha affidato alla Combined Terminals Operators (in prosieguo: la «CTO») lo svolgimento dei suddetti servizi portuali.

21. La ricorrente afferma che la Tirrenia va considerata soggetto aggiudicatore ai sensi di tale direttiva ed era quindi tenuta a seguire le procedure di aggiudicazione da essa previste.

22. In subordine, la ricorrente fa valere che, qualora si ritenesse non applicabile la direttiva

93/38, l'appalto rientrerebbe nella più generale disciplina della direttiva del Consiglio 92/50/CEE (4).

23. Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale sostiene che l'accordo in questione costituisce un appalto rientrante nella direttiva 93/38 e che, *ratione personae*, la Tirrenia va considerata un ente aggiudicatore ai sensi della stessa. Tuttavia esso non giustifica tale asserzione.

24. La Tirrenia fa valere che la ratio della direttiva 93/38 è di escludere dal suo ambito di applicazione gli appalti di imprese che operano in settori completamente aperti alla concorrenza e si considera appartenente a tale categoria di imprese.

25. Riferendosi al preambolo della direttiva 93/38, segnatamente al tredicesimo 'considerando', nonché alla giurisprudenza della Corte, in particolare alla sentenza *British Telecommunications* (5), il giudice nazionale concorda sul fatto che, quando un mercato è sostanzialmente aperto alla concorrenza di una molteplicità di operatori, la direttiva 93/38 non trova applicazione. Basandosi sull'analisi svolta dalla Commissione nella sua decisione 21 giugno 2001 (6) conformemente alle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, esso rileva che la Tirrenia deve fare fronte ad una forte concorrenza da parte di operatori privati su alcune delle sue rotte, mentre per quanto riguarda altre rotte essa si trova in una situazione di monopolio di fatto. Pertanto, il giudice nazionale nutre dubbi in merito alla classificazione delle attività della società ai fini dell'applicabilità o meno della direttiva 93/38.

26. Di conseguenza, il giudice nazionale chiede una pronuncia pregiudiziale sulle seguenti questioni:

«a) se, alla stregua dei 'considerando' contenuti nella direttiva 93/38, una società del settore del trasporto marittimo che opera in alcuni casi in regime di monopolio di fatto ed in altri casi in regime di libera concorrenza e che usufruisce di aiuti statali debba ritenersi assoggettata *sempre* (7) alla direttiva di cui sopra;

e, infine, laddove si ritenesse che la società deve rispettare le regole dell'evidenza pubblica,

b) se le "specifiche tecniche", di cui si parla nell'art. 18 della direttiva 93/38 (recepito dall'articolo 19 del decreto legislativo n. 158/95), devono essere preventivamente fissate, rispetto al procedimento di scelta del contraente e devono soggiacere ad una qualche forma di pubblicità».

27. Oltre alle parti nella causa principale, hanno presentato osservazioni scritte l'Austria, i Paesi Bassi e la Commissione. Le parti nella causa principale e la Commissione hanno altresì presentato osservazioni orali in udienza.

Sulla ricevibilità

28. L'Austria sostiene che entrambe le questioni pregiudiziali devono essere dichiarate irricevibili. Essa afferma che l'ordinanza di rinvio non fornisce elementi di fatto e di diritto idonei a consentire alla Corte di fornire un'interpretazione utile ai fini della decisione della causa principale da parte del giudice nazionale. La Tirrenia contesta la ricevibilità della seconda questione in quanto essa sarebbe irrilevante ai fini della decisione della causa pendente dinanzi al giudice nazionale.

29. Per costante giurisprudenza, quando le questioni sottoposte alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE riguardano l'interpretazione del diritto comunitario e la Corte è informata a sufficienza sul contesto nel quale tali questioni sono state sollevate, essa è, in linea di principio, tenuta a statuire (8). Inoltre «la Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione

pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica o infine la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte» (9). Pertanto, la conclusione che una domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile è – e alla luce dello scopo dell'art. 234 CE deve rimanere – eccezionale e limitata ai casi in cui si riscontrano le suddette circostanze.

30. Talune delle conclusioni tratte dal giudice nazionale nella fattispecie non sono corroborate da una dettagliata esposizione dei fatti o dell'argomentazione giuridica pertinenti. È anche vero che, come rilevato dalla maggioranza delle parti che hanno presentato osservazioni scritte, l'ordinanza di rinvio potrebbe essere fondata su un'errata interpretazione dei criteri d'applicazione della direttiva 93/38.

31. Tuttavia, tali mancanze non significano necessariamente che le questioni sollevate debbano essere dichiarate irricevibili. Dette questioni sono chiare ed espresse in termini semplici e succinti. Inoltre, le questioni di diritto comunitario sollevate sono manifestamente correlate ad una concreta controversia e – nel contesto cui si riferisce il giudice nazionale – esse risultano rilevanti ai fini della decisione della causa principale. Tali questioni non sono di natura ipotetica.

32. Il contesto giuridico e di fatto della causa principale è illustrato succintamente ma, a mio avviso, con dettagli sufficienti a consentire alla Corte e alle parti che hanno presentato osservazioni di valutare adeguatamente le questioni sollevate. Si fa altresì riferimento alla normativa pertinente – seppur non spiegata dettagliatamente – e le parti che hanno presentato osservazioni sono state in grado di pronunciarsi sui punti in discussione.

33. Pertanto, concludo che le questioni sollevate sono ricevibili.

Nel merito

34. Prima di affrontare le due questioni sollevate dal giudice nazionale occorre esaminare due questioni preliminari: anzitutto se, secondo un'interpretazione corretta, la direttiva 93/38 sia applicabile alla fattispecie, poi, qualora così non sia, se trovi applicazione la direttiva 92/50.

La direttiva 93/38 è applicabile?

35. Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale argomenta partendo dalla premessa che la controversia dinanzi ad esso pendente vada decisa alla luce della direttiva 93/38, posto che la Tirrenia è un soggetto aggiudicatore ai sensi di tale direttiva. Tuttavia, esso non spiega i motivi alla base di detta premessa. Non descrive la natura pubblica o privata della Tirrenia o le sue principali attività imprenditoriali, ma si limita a rinviare all'analisi svolta dalla Commissione nella suddetta decisione 21 giugno 2001 (10).

36. Secondo il governo olandese, la Commissione e la Tirrenia, l'attività principale di quest'ultima è il trasporto marittimo di merci e persone e di conseguenza la direttiva 93/38 non deve esserle applicata.

37. Sebbene, nel contesto dell'art. 234 CE, la Corte debba in linea di principio limitare il proprio esame agli elementi che il giudice del rinvio ha deciso di sottoporle e debba quindi attenersi alla situazione che il detto giudice ritiene accertata (11), la Corte può desumere dalle informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio gli elementi di diritto comunitario la cui interpretazione possa aiutare il giudice nazionale a risolvere il problema sottopostogli (12).

38. La portata della direttiva 93/38 è definita all'art. 2, che stabilisce un doppio criterio: essa si applica agli enti aggiudicatori che rientrano nella definizione dell'art. 2, n. 1, lett. a) e b), in combinato disposto con l'art. 1, nn. 1 e 2, e che svolgono una delle attività di cui all'art. 2, n. 2. Se uno dei due criteri non è soddisfatto, l'ente in questione non rientra nell'ambito d'applicazione della direttiva.

39. Per quanto concerne le attività cui si applica la direttiva, dal diciannovesimo 'considerando' e dall'art. 2, n. 2, lett. b), sub ii) si evince che, nel settore dei trasporti, il trasporto marittimo è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38. Il detto 'considerando' giustifica tale esclusione alla luce della concorrenza esistente nei trasporti marittimi comunitari, che rende «[in]opportuno sottoporre la maggior parte degli appalti in questo settore a procedure particolareggiate» (13). Di conseguenza, l'art. 2, n. 2, lett. b), sub ii) non menziona il trasporto marittimo come attività ricompresa ed assoggetta alla direttiva solo la «messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, porti marittimi o interni, nonché altri impianti terminali di trasporto».

40. Dalle informazioni contenute nel fascicolo e dalle osservazioni presentate in sede d'udienza, in particolare dalla Tirrenia, risulta che l'attività principale, se non esclusiva, di questa società è il trasporto marittimo di merci e persone, il che la esclude dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

41. Spetta al giudice nazionale decidere, dopo una nuova valutazione dei fatti alla luce delle considerazioni svolte sopra, se sia effettivamente così. Se esso concluderà che la direttiva 93/38 non trova applicazione, le questioni sollevate non andranno poste, a meno che, come è stato suggerito, non trovi applicazione, in alternativa, la direttiva 92/50 (14). Come detto, tale direttiva fissa le regole generali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Può essere applicata, in alternativa, la direttiva 92/50?

42. Nella causa principale la ricorrente ha affermato che, in alternativa, se il giudice nazionale avesse ritenuto inapplicabile la direttiva 93/38, la Tirrenia sarebbe stata soggetta alle disposizioni della direttiva 92/50. Il giudice nazionale, certo dell'applicabilità della direttiva 93/38 ai fatti di causa, non ha sottoposto alla Corte alcuna questione su questo punto. Dato che tale assunto potrebbe rivelarsi errato alla luce delle summenzionate ragioni, la Corte dovrebbe, in linea con la sua prassi precedente e per ragioni di economia e speditezza procedurale, trattare questo punto onde assistere il giudice nazionale nella decisione della causa dinanzi ad esso pendente.

43. Non concordo con la ricorrente, la Commissione e l'Austria sul fatto che alla Tirrenia vada applicata, in alternativa, la direttiva 92/50.

44. È noto che le prime direttive degli anni 70 in materia di appalti pubblici di forniture e di lavori escludevano dal loro ambito di applicazione qualsiasi appalto assegnato nei c.d settori dei servizi di pubblica utilità, in particolare nel settore dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e, per quanto riguarda gli appalti pubblici di forniture, delle telecomunicazioni. L'intero settore dei trasporti era quindi escluso dal diritto derivato comunitario in materia di appalti fino a quando il settore dei servizi di pubblica utilità non è stato disciplinato dalla direttiva 90/531 (15). La direttiva è stata poi sostituita dalla direttiva 93/38, che ha esteso la sua portata agli appalti pubblici di servizi. Il loro contenuto è sostanzialmente analogo. Tale direttiva 93/38 sarà a sua volta sostituita nel gennaio 2006, quando scadrà il periodo concesso per il recepimento della direttiva 2004/17 (16). Quest'ultima direttiva, per esigenze di chiarezza, semplifica e aggiorna la disciplina degli appalti nel settore dei servizi di pubblica utilità alla luce dei suggerimenti degli enti aggiudicatori e degli operatori economici del settore (17), nonché della giurisprudenza della Corte.

45. Come esposto sopra, vista la concorrenza esistente nei trasporti marittimi comunitari, tale settore è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38. Questa esclusione era già dichiarata nel preambolo della direttiva 90/531 (18) ed è mantenuta, in termini più semplici, nel preambolo della direttiva 2004/17 (19).

46. Per quanto attiene al rapporto tra la direttiva 93/38 e la direttiva 92/50 (20), il diciassettesimo 'considerando' di quest'ultima recita che «la presente direttiva deve lasciare impregiudicate le norme sui contratti d'appalto di servizi contenute nella direttiva 90/531 (...)». Nella sentenza Teleaustria, la Corte ha interpretato questo 'considerando' nel senso che le disposizioni della direttiva 92/50 lasciano impregiudicate quelle della direttiva 90/531 e quelle della successiva direttiva 93/38 (21). Su tale presupposto la Corte ha concluso che «quando un appalto è considerato dalla direttiva 93/38 che disciplina uno specifico settore di servizi, le disposizioni della direttiva 92/50, destinate ad applicarsi ai servizi in generale, non si applicano» (22).

47. Come la direttiva che l'ha preceduta – la direttiva 90/531 – e la direttiva che l'ha seguita – la direttiva 2004/17, la direttiva 93/38 mira a colmare il vuoto normativo per quanto riguarda i settori precedentemente esclusi dalle direttive generali sugli appalti pubblici, tenendo conto delle particolari caratteristiche degli appalti in tali settori. Essa deve essere considerata una disciplina a sé stante salvo espressa disposizione contraria. Il trasporto marittimo, sottosettore del settore dei trasporti, avrebbe dovuto formare oggetto, in linea di principio, della direttiva 93/38, ma ne è stato espressamente escluso. In tal modo, il legislatore comunitario ha istituito, nella direttiva 93/38, quella che può essere definita una *lex specialis* per quanto riguarda il trasporto marittimo, in particolare escludendolo dalla disciplina normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

48. Inoltre è importante rilevare che, viste le particolari caratteristiche dei settori cui si applica, la direttiva 93/38 è diretta a concedere maggior flessibilità rispetto alle direttive generali in materia di appalti (23). Diversamente da quanto prevedono quelle direttive, l'obbligo principale in capo agli enti aggiudicatori in forza della direttiva 93/38 è quello di pubblicare un bando nella Gazzetta Ufficiale, dopo di che essi sono liberi di optare per la procedura di aggiudicazione più adatta alle loro esigenze. Sostenere che, in alternativa, vada applicata la direttiva 92/50 porterebbe al risultato paradossale che ad un sottosettore escluso in virtù della sua natura concorrenziale dall'applicazione della più flessibile direttiva 93/38 si applicherebbero le norme più rigide della direttiva 92/50. A mio parere ciò contrasterebbe con lo scopo dell'esclusione, perseguito dal legislatore comunitario con l'adozione della direttiva 93/38.

49. Alla luce di quanto precede concludo che un ente la cui unica attività imprenditoriale consiste nel trasporto marittimo è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38 e non è, in alternativa, assoggettato alla direttiva 92/50. In base alle dette considerazioni spetta al giudice nazionale valutare i fatti per accertare se la Tirrenia svolga le sue attività nel settore, escluso, dei trasporti marittimi. Se così fosse, le questioni sottoposte alla Corte non si pongono.

50. Tuttavia, intendo proseguire l'esame delle questioni sottoposte, che sono rilevanti qualora il giudice nazionale concluda che la Tirrenia, in virtù delle sue altre attività imprenditoriali, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

Sulla prima questione

51. Secondo l'interpretazione data dal giudice nazionale alla direttiva 93/38, segnatamente al tredicesimo 'considerando', se un particolare settore di servizi di pubblica utilità è caratterizzato da libera concorrenza, gli operatori del detto settore non sono soggetti alla

direttiva. Il giudice nazionale nutre tuttavia dubbi sulla qualificazione della Tirrenia – che svolge le sue attività in parte in regime di concorrenza e in parte in regime di monopolio di fatto – ai fini della direttiva 93/38 e, con la prima questione, chiede chiarimenti alla Corte a tale proposito.

52. Anzitutto è necessario valutare se la presenza di concorrenza nel settore interessato sia rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva. Se così non fosse, non occorrerebbe esaminare le questioni sollevate dal giudice nazionale.

53. Su tale argomento esistono due tesi opposte.

54. Da una parte, il giudice nazionale, le parti nella causa principale e i governi olandese e austriaco affermano che tutte le volte che un settore è aperto alla libera concorrenza le disposizioni della direttiva 93/38 non trovano applicazione.

55. Dall'altra parte, la Commissione sostiene che la direttiva 93/38 non è mai stata intesa ad escludere in generale i settori in cui esiste la concorrenza. Solo quando una delle sue disposizioni introduce un'eccezione esplicita, come è il caso degli artt. 2, n. 4, e 8, n. 1, agli enti aggiudicatori del relativo settore non si applicano le disposizioni della direttiva 93/38.

56. A mio avviso è chiaro che la tesi della Commissione non può essere condivisa.

57. In primo luogo, il testo del tredicesimo 'considerando' è formulato in termini univoci, copre tutti i quattro settori e lascia poco spazio all'interpretazione.

58. Inoltre, lo scopo delle disposizioni comunitarie in materia di appalti nel settore dei servizi di pubblica utilità è di incidere sulle circostanze che spingevano gli enti del settore ad assegnare appalti su base nazionale. Secondo i preamboli della vecchia, della attuale e della futura direttiva che disciplina gli appalti nel settore dei servizi di pubblica utilità, esistono due cause principali, correlate, all'origine delle procedure discriminatorie di aggiudicazione degli appalti, ossia la naturale chiusura dei mercati nei quali operano gli enti interessati e i diversi modi che le autorità nazionali utilizzano per influenzare il comportamento di detti enti (24). Si presuppone che, quando gli enti operano in condizioni di concorrenza non distorte, sia la stessa forza del mercato a garantire che per ogni appalto venga scelta l'offerta economicamente più vantaggiosa e che pertanto in tali casi non sia necessario assoggettare l'aggiudicazione di tali appalti a dettagliate procedure.

59. A tale riguardo la Corte ha statuito, nella sua giurisprudenza sulla nozione di «organismo di diritto pubblico» ai fini delle direttive sugli appalti, che «se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale. In una tale ipotesi, le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, del resto, non si applicherebbero, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate» (25).

60. Inoltre, l'interpretazione proposta dalla Commissione potrebbe produrre un effetto distorsivo della concorrenza in due modi. Da un lato, porrebbe gli enti pubblici e le imprese pubbliche che operano in mercati in cui effettivamente vi è concorrenza in situazione di svantaggio rispetto alle società private concorrenti. Mentre queste ultime sarebbero in grado di concludere liberamente appalti, gli enti pubblici aggiudicatori dovrebbero attenersi a procedure d'appalto e ad altri obblighi in materia di appalti, indipendentemente dal fatto che la loro politica nel campo degli appalti sia basata o meno su criteri strettamente commerciali.

Dall'altro, detta interpretazione distorcerebbe la concorrenza tra sottosettori che si trovano in un rapporto di concorrenza-intercambiabilità, come il trasporto con autobus e su rotaia, o le varie forme di energia. Tali distorsioni della concorrenza non sono considerate di secondaria importanza dagli operatori economici coinvolti. Peraltro, una delle critiche più frequenti rivolte alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici riguarda la sua complessità, la sua rigidità e i costi per conformarsi ad essa che gli enti interessati devono affrontare (26).

61. Nello stesso senso, il principio di proporzionalità richiede, a mio parere, che, qualora sia possibile una scelta tra più interpretazioni, si ricorra alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non siano sproporzionati agli scopi perseguiti. Per i suddetti motivi dubito che l'interpretazione proposta dalla Commissione rispetti tale principio.

62. Infine, per quanto riguarda la sentenza nella causa *British Telecommunications* (27), richiamata dal giudice nazionale e da alcune delle parti, l'interpretazione fornita dalla Corte in quella causa è limitata alla specifica esenzione di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 93/38. Pertanto, a mio avviso, essa non avvalorava la conclusione generale secondo la quale, in linea di principio, l'intensità della concorrenza andrebbe considerata un fattore rilevante ai fini della decisione in merito all'applicabilità della direttiva 93/38.

63. Le considerazioni che precedono mi inducono a concludere che quando enti classificati come enti aggiudicatori ai sensi della direttiva 93/38 svolgono le loro attività imprenditoriali essendo direttamente esposti alla concorrenza in un mercato l'accesso al quale non è limitato, la direttiva 93/38 non trova applicazione. Il giudice nazionale, quando valuterà se ciò si accada nella fattispecie, dovrà verificare che l'ente in questione operi senza la tutela delle pubbliche autorità, si assuma i rischi commerciali e finanziari relativi alla sua attività economica, non faccia ricorso al bilancio statale per appianare eventuali perdite e, in ultimo luogo, sopporti il rischio del fallimento.

64. Tratta questa conclusione, passo ora alla prima questione del giudice nazionale, ossia come inquadrare, ai sensi della direttiva 93/38, un ente che opera in alcuni casi in regime di monopolio di fatto ed in altri in regime di libera concorrenza e che usufruisce di aiuti statali.

65. Per risolvere la detta questione occorre ancora rifarsi alla giurisprudenza della Corte sulla nozione di «ente di diritto pubblico». Come rileva giustamente il governo austriaco, nella detta giurisprudenza sembra che la Corte abbia accolto, a partire dalla sua sentenza *Mannesman* (28), la c.d. «teoria della contaminazione», nel senso che, se una delle attività svolte dall'ente rientra nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, anche tutte le altre sue attività vi rientrano, a prescindere dal fatto che abbiano natura industriale o commerciale. La Corte ha giustificato tale orientamento richiamandosi al rispetto del principio della certezza del diritto, il quale esige che la norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati. Secondo il ragionamento della Corte siffatto principio sarebbe violato se l'applicazione delle direttive in materia di appalti variesse a seconda della proporzione, più o meno ampia, dell'attività svolta dall'ente per soddisfare bisogni aventi carattere non industriale o commerciale.

66. Assoggettare l'aggiudicazione di tutti gli appalti, «indipendentemente dalla loro natura», alla disciplina della direttiva senza porre ulteriori specificazioni rappresenta forse una presa di posizione troppo radicale. Gli enti che svolgono solo una parte esigua delle loro attività ai sensi delle direttive si troverebbero in una situazione di svantaggio, in termini di concorrenza, per la maggior parte delle loro attività commerciali. Sembra che la Corte abbia ponderato tali svantaggi a fronte dell'esigenza della certezza del diritto, considerandoli infine il prezzo da pagare per quest'ultima (29). Questa interpretazione è stata confermata in sentenze successive (30).

67. In forza di tale giurisprudenza e in applicazione della «teoria della contaminazione», tutti gli appalti di un ente che svolge le proprie attività sia in regime di concorrenza sia in regime di monopolio di fatto o di diritto rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva in quanto in quest'ultimo caso non sussisterebbero le condizioni per l'esclusione, e ciò a prescindere dalla proporzione tra le attività svolte nel libero mercato e quelle svolte in regime di monopolio.

68. Sugerirei di specificare tale orientamento per le stesse ragioni che mi hanno indotto a concludere che la concorrenza debba essere considerata un fattore rilevante al fine di accertare se la direttiva vada applicata o meno. A mio avviso, se l'ente può dimostrare che gli appalti in questione si riferiscono esclusivamente alle sue attività direttamente esposte alla concorrenza e che non vi sono sovvenzioni incrociate tra tali attività e le altre svolte in un regime in cui non vige concorrenza, la teoria della contaminazione dovrebbe soccombere. Spetta al giudice nazionale verificare che tali condizioni siano soddisfatte.

69. Per quanto riguarda gli aiuti di Stato cui si riferisce il giudice nazionale, sembra chiaro che il finanziamento pubblico è uno degli elementi che il giudice nazionale deve prendere in considerazione quando decide se l'ente in questione effettivamente opera direttamente in regime di concorrenza ([31](#)).

La seconda questione

70. Con la seconda questione il giudice nazionale chiede se, qualora la direttiva 93/38 trovi applicazione, le «specifiche tecniche» di cui all'art. 18 debbano essere fissate preventivamente rispetto al procedimento di scelta del contraente e debbano soggiacere ad una qualche forma di pubblicità.

71. Per quanto riguarda la prima parte della questione, le specifiche tecniche sono definite nell'art. 1, n. 8, della direttiva 93/38 come «i requisiti tecnici menzionati in particolare nei capitolati d'oneri, che definiscono le caratteristiche richieste di un'opera, un materiale, un prodotto, una fornitura o un servizio e che permettono di caratterizzare oggettivamente un'opera, un materiale, un prodotto, una fornitura o un servizio in modo che essi rispondano all'uso cui sono destinati dall'ente aggiudicatore».

72. Le specifiche tecniche definiscono l'oggetto dell'appalto in termini precisi, consentono alle imprese interessate di valutare se presentare un'offerta e forniscono all'ente aggiudicatore i parametri tecnici per ponderare, alla luce delle sue esigenze, le varie offerte presentate. Ne consegue chiaramente che, per loro stessa natura, esse devono essere fissate preventivamente rispetto alla scelta del contraente.

73. Quanto alla seconda parte della questione, relativa alle forme di pubblicità, la direttiva 93/38, che riproduce l'impostazione della direttiva 92/50, opera una distinzione tra appalti pubblici di servizi «prioritari», ai quali la direttiva si applica pienamente, e appalti di servizi «non prioritari» ai quali, ai sensi dell'art. 16 della direttiva, si applicano soltanto gli artt. 18 e 24. L'art. 18 stabilisce le norme che disciplinano l'uso delle specifiche tecniche e delle norme nelle procedure di assegnazione degli appalti. L'art. 24 disciplina le informazioni che l'ente aggiudicatore deve fornire alla Commissione dopo l'assegnazione dell'appalto ai fini del controllo. Quindi, gli appalti di servizi non prioritari, che si ritiene abbiano poco impatto sul commercio transfrontaliero, non sono soggetti alle particolareggiate procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva, compreso il requisito della pubblicazione. I servizi non prioritari sono elencati all'allegato XVI B della direttiva 93/38.

74. I servizi oggetto dell'appalto in discussione nel procedimento nazionale sembrano rientrare nell'allegato XVI B della direttiva 93/38, categoria 20, «servizi di supporto e

sussidiari per il settore dei trasporti» (32). Ai sensi dell'art. 18, n. 1, gli enti aggiudicatori devono inserire specifiche tecniche nei documenti generali o nel capitolato d'oneri di ciascun appalto. Tale disposizione non prescrive alcun altro obbligo di pubblicazione agli enti aggiudicatori. In linea di principio non vi è dunque alcun obbligo specifico di pubblicare le specifiche tecniche relative agli appalti di servizi che rientrano nell'allegato XVI B.

75. Tuttavia, nella causa Teleaustria, la Corte ha statuito che, anche quando taluni appalti sono esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive in materia, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare. Tale principio implica un obbligo di trasparenza, che include la garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (33).

76. Come rileva la Commissione nelle sue osservazioni, si dovrebbe seguire lo stesso ragionamento quando ad un appalto si applicano solo alcune disposizioni delle direttive in materia di appalti. Come ha statuito la Corte, l'obbligo di trattare allo stesso modo gli offerenti risponde all'essenza delle direttive in materia di appalti e, congiuntamente al principio della trasparenza, deve essere rispettato in ogni fase della procedura di aggiudicazione, affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (34). Pertanto, tali principi generali non riguardano soltanto la definizione delle specifiche tecniche da parte degli enti aggiudicatori, bensì anche i mezzi mediante i quali le dette specifiche sono portate a conoscenza di potenziali offerenti. Tali mezzi devono quindi garantire un livello sufficiente di trasparenza e mettere tutti i potenziali offerenti sullo stesso piano.

77. Occorre ancora chiedersi quali mezzi si possano ritenere sufficienti a tal fine. In udienza, rispondendo ad un quesito posto dalla Corte, la Commissione ha riconosciuto che i requisiti di trasparenza per le specifiche tecniche in appalti relativi a servizi non prioritari potrebbero non essere così rigorosi come quelli imposti negli appalti relativi a servizi prioritari. Essa non ha tuttavia specificato in quale modo tali requisiti possano essere concretamente soddisfatti.

78. Nella fattispecie, dato che le specifiche tecniche solitamente sono contenute in documenti piuttosto voluminosi, a mio parere tali criteri sarebbero rispettati se i documenti generali fossero messi prontamente a disposizione di tutte le imprese interessate, con sufficiente anticipo e a condizioni di parità. Questo orientamento è corroborato da quanto dispone l'art. 19 della direttiva 93/38, ai sensi del quale gli enti aggiudicatori comunicano alle parti interessate che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti. Anche se questa disposizione non si applica nella fattispecie, da essa si evince che il legislatore comunitario ritiene che la comunicazione, su richiesta, delle specifiche tecniche rilevanti sia una soluzione adatta.

79. Spetta al giudice nazionale decidere se, alla luce delle circostanze del caso, i mezzi adottati dall'ente aggiudicatore per informare i potenziali offerenti sulle specifiche tecniche abbiano rispettato le dette condizioni.

Conclusioni

80. Alla luce di tutto quanto precede, ritengo che la Corte debba risolvere le questioni sottoposte dal giudice nazionale nei seguenti termini:

- Un ente la cui unica attività consiste nel trasporto marittimo è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38 e non è in alternativa assoggettato alla direttiva

92/50. Spetta al giudice nazionale decidere se l'ente in questione svolge le sue attività unicamente nel settore, escluso, dei trasporti marittimi.

- Quando enti che sarebbe altrimenti qualificati come enti aggiudicatori ai sensi della direttiva 93/38 svolgono le loro attività imprenditoriali essendo direttamente esposti alla concorrenza in un mercato l'accesso al quale non è limitato, la direttiva 93/38 non trova applicazione. Il giudice nazionale, nel valutare se ciò si verifica, deve verificare che il mercato in questione sia di diritto e di fatto caratterizzato da concorrenza e che l'ente in questione operi senza la tutela delle pubbliche autorità, si assuma i rischi commerciali e finanziari inerenti all'attività economica, non faccia ricorso al bilancio statale per appianare eventuali perdite e, in ultimo luogo, sopporti il rischio del fallimento.
- Se, quando la direttiva 93/38 trova applicazione, un ente aggiudicatore svolge le sue attività sia in modo direttamente esposto alla concorrenza in un mercato l'accesso al quale non è limitato, sia in regime di monopolio di fatto, esso deve rispettare gli obblighi derivanti da tale direttiva, a meno che non possa dimostrare che gli appalti in questione si riferiscono esclusivamente alle sue attività direttamente esposte alla concorrenza e che non vi sono sovvenzioni incrociate tra tali attività e le altre svolte in un regime in cui non vige concorrenza.
- Le specifiche tecniche disciplinate dall'art. 18 della direttiva 93/38 devono essere fissate preventivamente rispetto alla selezione del contraente e devono essere rese note o comunicate ai potenziali offerenti mediante mezzi che garantiscano la trasparenza e mettano tutti i potenziali offerenti sullo stesso piano. Spetta al giudice nazionale decidere, in ciascun caso, se i mezzi utilizzati dall'ente aggiudicatore per informare i potenziali offerenti sulle specifiche tecniche abbiano rispettato tali condizioni. In linea di massima sarà sufficiente mettere prontamente a disposizione di tutte le imprese interessate, con sufficiente anticipo e a condizioni di parità, i documenti generali contenenti le specifiche tecniche.

¹ – Lingua originale: l'inglese.

² – GU L 199, pag. 84.

³ – Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [GU, Edizione speciale inglese 1971 (II), pag. 682], e direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 76/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977 L 13, pag. 1).

⁴ – Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

⁵ – Sentenza 26 marzo 1996, causa C-392/93 (Racc. pag. I-1631).

[6](#) – Decisione della Commissione 21 giugno 2001, 2001/851/CE, relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alla compagnia marittima Tirrenia di Navigazione (GU L 318, pag. 9).

[7](#) – Sottolineato nell'originale.

[8](#) – Sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen (Racc. pag. I-5321, punto 19, e giurisprudenza ivi cit.).

[9](#) – Ibid., punto 20 e giurisprudenza ivi cit..

[10](#) – Cit. alla nota 6.

[11](#) – Sentenza 6 marzo 2003, causa C-466/00, Kaba (Racc. pag. I-2219, punto 41).

[12](#) – Si veda, ad esempio, sentenze 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, van Wesemael (Racc. pag. 35, punto 21); 29 ottobre 1980, causa 22/80, Boussac/Gerstenmeier (Racc. pag. 3247, punto 5); 13 marzo 1984, causa 16/83, Prantl (Racc. pag. 1299, punto 10).

[13](#) – Tale esclusione è approfonditamente spiegata dalla Commissione nella Comunicazione 11 ottobre 1998, COM(88)376/def., sul «regime comunitario degli appalti nei settori esclusi: acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni» ai nn. 221-247 e 418-421.

[14](#) – Cit. alla nota 4.

[15](#) – Direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1).

[16](#) – 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 (in prosieguo: la «direttiva 2004/17») (GU L134, pag. 1).

[17](#) – Si veda il libro verde della Commissione 27 novembre 1996, COM(96) 583 def., *Gli appalti*

pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro, e la sua comunicazione 11 marzo 1998, COM(98) 143 def., *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*.

[18](#) – Diciannovesimo ‘considerando’.

[19](#) – Il quarto ‘considerando’ della direttiva 2004/17 recita semplicemente che, vista la concorrenza esistente nei trasporti marittimi comunitari, sarebbe inappropriato sottoporre gli appalti di tale settore alle norme della direttiva.

[20](#) – Il quarantasettesimo ‘considerando’ del preambolo della direttiva 93/38 spiega il rapporto tra l'ambito di applicazione della direttiva 93/38 e quelli della prima direttiva sugli appalti di lavori pubblici (71/305/CEE) e sugli appalti pubblici di forniture (77/62/CEE), ma non contiene alcun riferimento alla direttiva 92/50.

[21](#) – Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria e Telefonaddress* (Racc. pag. I-10745, punti 31 e 32).

[22](#) – *Ibid.*, punto 33.

[23](#) – Quarantacinquesimo ‘considerando’ della direttiva 93/38.

[24](#) – Undicesimo e dodicesimo ‘considerando’ delle direttive 90/351 e 93/38 e secondo e terzo ‘considerando’ della direttiva 2004/17.

[25](#) – Sentenza *Korhonen*, cit. alla nota 88, punto 51. Si veda anche, più recentemente, sentenza 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione/Spagna* (Racc. pag. I-11697, punti 81, 82 e 92).

[26](#) – Si veda il Libro verde della Commissione, pag. 5, n. 2.10 e pag. 8, n. 3.6, nonché la comunicazione della Commissione, pag. 3, entrambi citati alla nota 17.

[27](#) – Cit. alla nota 5.

[28](#) – Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e a./Strohal*

Rotationsdruck (Racc. pag. I-73, punti 25 e 30-35).

[29](#) – L'avvocato generale Léger ha affermato che accettare l'interpretazione opposta potrebbe comportare abusi da parte degli Stati membri e che quindi il criterio attinente alla proporzione relativa dell'attività svolta dall'organismo per soddisfare bisogni che presentano interesse generale deve essere respinto. Conclusioni dell'avvocato generale Léger 16 settembre 1997 nella causa C-44/96, Mannesmann, cit. sopra, punto 77.

[30](#) – Sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden/BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punti 55 e 56); 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punti 54 e 55) e 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 56).

[31](#) – Sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, Cambridge (Racc. pag. I-8035, punti 21-25).

[32](#) – Si veda l'analisi su ciò che rientra in tale categoria svolta dall'avvocato generale Mischo nelle conclusioni nella causa C-411/00, Felix Swoboda (Racc. pag. I-10567, paragrafi 67 e segg).

[33](#) – Sentenza Teleaustria, cit. alla nota 21, punti 60-63.

[34](#) – Sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punti 51 e 54).