

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
CHRISTINE STIX-HACKL  
presentate il 23 settembre 2004 [\(1\)](#)

**Causa C-26/03**

**Stadt Halle**

**RPL Recyclingpark Lochau GmbH**

**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewerwertungsanlage TREA Leuna**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgerichtes Naumburg (Germania)]

«Direttiva 89/665/CEE – Affidamento diretto – Tutela giurisdizionale contro il mancato espletamento di una formale procedura di aggiudicazione – Direttiva 92/50/CEE – Affidamento “in house”»

## **I – Introduzione**

1. Il presente procedimento pregiudiziale verte in sostanza su due questioni giuridiche relative alla normativa sugli appalti pubblici: la tutela giurisdizionale dinanzi a fattispecie di affidamento diretto, ossia in caso di mancato svolgimento di una formale procedura di aggiudicazione, e i presupposti per l'applicabilità dell'eccezione relativa agli affidamenti di appalti a società controllate (cosiddetti affidamenti «quasi in house»). Quest'ultimo punto riguarda l'interpretazione della sentenza Teckal [\(2\)](#).

## **II – Contesto normativo**

2. Le questioni pregiudiziali hanno per oggetto, in primo luogo, l'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [\(3\)](#) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»), e, in secondo luogo, l'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [\(4\)](#) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»).

3. L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, nel testo applicabile, è formulato nei seguenti termini:

«Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni

previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

4. L'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 recita, nella parte qui di interesse, come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...).

5. Infine, nel procedimento principale si fa anche riferimento alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni [\(5\)](#) (in prosieguo: la «direttiva 93/38»), il cui art. 13, n. 1, così recita:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

b) assegnati da un'impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l'esercizio di attività ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un'impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori,

sempreché almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese».

### **III – Fatti e procedimento principale**

6. A partire dalla primavera del 2001, la città di Halle [Stadt Halle] ha iniziato ad elaborare piani per il trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti soggetti ad obbligo di conferimento, ed eventualmente anche di quelli non soggetti a tale obbligo, mediante un ente a ciò preposto, controllato a livello comunale. Con delibera 12 dicembre 2001, la città di Halle ha incaricato la RPL Recyclingpark Lochau GmbH (in prosieguo: la «RPL») di procedere alle attività di progettazione, raccolta delle autorizzazioni e costruzione necessarie per la realizzazione della Centrale termica di smaltimento e recupero dei rifiuti in Lochau (in prosieguo: la «TABVA»). Nello stesso tempo, la città di Halle ha deciso di avviare con la RPL, senza previo svolgimento di una formale procedura di gara, trattative aventi ad oggetto un contratto per lo smaltimento dei rifiuti non riciclabili della città di Halle con effetto a partire dal 1° giugno 2005. Il contratto, già disponibile in bozza, supererebbe ampiamente la soglia prevista per gli appalti di servizi di questo tipo. Al fine di garantire lo sfruttamento ottimale delle capacità dell'impianto, la città di Halle intende inoltre stipulare accordi di programma con due amministrazioni circondariali limitrofe, per ottenere da tali enti territoriali l'incarico del trattamento e recupero dei rifiuti, in modo che, in definitiva, il trattamento dei rifiuti non riciclabili di tali enti avvenga ugualmente nell'impianto TABVA della RPL. La città di Halle ritiene che in questo caso si configuri una fattispecie di «in house providing», per la quale non vi è l'obbligo di indire una gara.

7. La RPL è una società mista a prevalente capitale pubblico, in forma giuridica di società a responsabilità limitata, esistente dal 1996. Sono soci della RPL: per il 75,1% la Stadtwerke Halle GmbH, la cui socia unica, la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der

Stadt Halle mbH, è controllata al 100% dalla città di Halle; per il 24,9% la RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH, un'impresa privata. Le attuali quote di partecipazione sono state definite nell'atto costitutivo della società solo alla fine del 2001, in coincidenza con il previsto affidamento di servizi di smaltimento dei rifiuti a partire dal 1° giugno 2005. L'oggetto sociale della RPL è, ai sensi dell'atto costitutivo, la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti, in particolare la gestione di impianti per il compostaggio di rifiuti biologici, per il trattamento di rifiuti misti provenienti da cantieri e di rifiuti industriali, la costruzione e la gestione di impianti per il trattamento ed il recupero dei fanghi di depurazione, per il recupero di acque d'infiltrazione, gas di scarica e biogas, nonché per il trattamento termico dei rifiuti.

8. Ai sensi dell'atto costitutivo della società, le deliberazioni dei soci devono essere assunte a maggioranza semplice, mentre talune decisioni, tra cui la nomina di entrambi gli amministratori della società, richiedono una maggioranza qualificata pari al 75% dei voti. L'amministrazione è tenuta a presentare mensilmente una relazione ai soci, secondo le norme sul rendiconto valide per la Stadtwerke Halle GmbH. Per taluni atti o negozi giuridici, tra cui la conclusione ovvero la modifica di contratti di gestione, la realizzazione di investimenti nonché l'accensione di mutui, in ciascun caso a partire da una soglia determinata, è richiesta l'approvazione dell'assemblea dei soci. Attualmente, la gestione commerciale e tecnica della RPL è affidata per contratto ad un'impresa terza. Le funzioni di controllo tipiche del consiglio di vigilanza sono esercitate dal consiglio di vigilanza della Stadtwerke Halle GmbH. Ai sensi dell'atto costitutivo, alla città di Halle spettano in particolare, con riferimento al bilancio annuale, il potere di revisione dei conti e quello di informazione diretta dell'organo di revisione dei conti della città di Halle.

9. La Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (in prosieguito: la «TREA»), con lettere 21 dicembre 2001 e 30 gennaio 2002, ha fatto valere nei confronti della città di Halle che mancavano i presupposti per un'operazione di «in house providing», e che quindi la volontà della convenuta di affidare servizi di smaltimento dei rifiuti a partire dal 1° giugno 2005 senza formale indizione di gara d'appalto era contraria alla normativa sugli appalti. La città di Halle ha confermato con lettera 7 febbraio 2002, nonché in occasione di un colloquio in data 19 febbraio 2002, che non intendeva modificare la propria posizione. Con atto introduttivo del 21 febbraio 2001, la TREA ha presentato ricorso dinanzi alla Vergabekammer del Regierungspräsidium Halle, chiedendo di imporre alla città di Halle di indire una gara pubblica d'appalto. La Vergabekammer del Regierungspräsidium Halle, con decisione 27 maggio 2002, ha ordinato alla città di Halle di affidare i servizi in questione – cioè lo «smaltimento dei rifiuti non riciclabili della città di Halle a partire dal 1° giugno 2005 – con modalità concorrenziali e mediante una procedura di appalto trasparente, in conformità del regolamento nazionale per la disciplina degli appalti pubblici.

10. Avverso questa decisione la città di Halle nonché la RPL hanno proposto impugnazione immediata dinanzi all'Oberlandesgericht Naumburg.

#### **IV – Le questioni pregiudiziali**

11. L'Oberlandesgericht Naumburg ha sospeso il giudizio di impugnazione ed ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico mediante un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici.

b) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga altresì agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici preliminarmente alla formale indizione di una gara d'appalto, in

particolare avverso la decisione sulle questioni, di carattere preliminare, se un determinato procedimento di acquisizione di beni o servizi rientri o meno nell'ambito d'applicazione *ratione personae* o *ratione materiae* delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, ovvero se eccezionalmente resti esclusa l'applicazione della normativa sugli appalti.

c) In caso di risposta affermativa alla questione [1), sub a),] e di risposta negativa alla questione [1), sub b):

se uno Stato membro adempia all'obbligo di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico nell'ambito di un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, nel caso in cui l'accesso alla procedura di ricorso sia subordinato al raggiungimento di una determinata fase formale del procedimento di acquisizione di beni o servizi, quale ad esempio l'avvio di trattative contrattuali verbali o scritte con un terzo.

- 2) a) Presupponendo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda stipulare con un organismo formalmente distinto da essa (in prosieguo: l'"organismo controparte") un contratto scritto a titolo oneroso relativo alla fornitura di servizi, il quale rientrerebbe nell'ambito d'applicazione della direttiva [92/50], e ipotizzando inoltre che tale contratto eccezionalmente non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della detta direttiva qualora l'organismo controparte debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come un organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: l'"affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti"), se debba sempre escludersi la possibilità di qualificare un tale contratto come affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti, nel caso in cui un'impresa privata detenga una semplice partecipazione societaria nel detto organismo controparte.

b) In caso di risposta negativa alla questione [2), sub a):

in presenza di quali condizioni un organismo controparte in cui vi sia la partecipazione societaria di privati (in prosieguo: la "società mista a prevalente capitale pubblico") debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Più precisamente:

– se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento alle modalità e all'intensità del controllo, sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla detta società un'"influenza dominante", ad esempio ai sensi degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva 93/38 (...), modificata dall'Atto [relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 21, e GU 1995, L 1, pag. 1)], nonché dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio [16 febbraio 1998,] 98/4/CE [che modifica la direttiva 93/38 (GU L 101, pag. 1)];

– se la possibilità, giuridicamente riconosciuta al socio privato della società mista a prevalente capitale pubblico, di influire in qualche modo sull'individuazione degli obiettivi strategici dell'organismo controparte e/o sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa, impedisca di considerare tale entità come organismo di

gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice;

– se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, sotto il profilo delle modalità e dell'intensità del controllo, sia sufficiente un ampio potere direttivo unicamente in ordine alle decisioni relative alla conclusione del contratto e alla fornitura dei servizi, con riferimento ad una specifica procedura di acquisizione;

– se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore di tale amministrazione, sia sufficiente che almeno l'80% del fatturato medio realizzato nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni nel settore dei servizi derivi dalla fornitura di tali servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese a questa collegate o a questa riconducibili, ovvero, qualora la società mista pubblico-privata non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata "regola dell'80%"».

## **V – Sulle questioni pregiudiziali riguardanti la tutela giurisdizionale (prima, seconda e terza questione pregiudiziale)**

### *A – Sulla ricevibilità*

12. Per quanto riguarda le questioni pregiudiziali relative alla tutela giurisdizionale, occorre anzitutto esaminare se ed in quale misura esse siano ricevibili.

13. La Corte è tenuta, in via di principio, a statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta, a meno che non appaia in modo manifesto che quest'ultima tende in realtà ad indurla a pronunciarsi mediante una controversia costruita o a formulare pareri su questioni generali o ipotetiche, che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia, o ancora che la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte [\(6\)](#).

14. Nel caso di specie, dagli atti emerge che il previsto affidamento diretto, oggetto della causa nazionale, è giunto ad una fase determinata, dal momento che esiste già un progetto di contratto. Ne consegue che le questioni pregiudiziali sono ricevibili solo in quanto necessarie alla soluzione della controversia nel caso di specie. Vero è che tali questioni pregiudiziali riguardano problemi giuridici sostanziali connessi con la tutela giurisdizionale, tuttavia siffatte considerazioni di ordine generale non debbono trovare ingresso per motivi processuali. Infatti, esse riguardano fattispecie che non sono oggetto della controversia specifica di cui è investito il giudice del rinvio. Inoltre, il giudice del rinvio non spiega neppure quali motivi lo abbiano indotto a considerare che sia necessario risolvere siffatte questioni per poter decidere in merito alla controversia sottopostagli.

15. Di conseguenza, in mancanza di elementi da cui risulti che una soluzione di tali questioni astratte è necessaria alla definizione della causa principale, le questioni in oggetto devono essere considerate di natura ipotetica e, pertanto, dichiarate irricevibili [\(7\)](#).

16. Pertanto, nella misura in cui sono volte a chiarire questioni giuridiche generiche, le dette questioni pregiudiziali sono irricevibili. Lo stesso dicasi per la compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, costituente l'oggetto della terza questione pregiudiziale. Tuttavia, con queste limitazioni, le questioni pregiudiziali relative alla tutela giurisdizionale sono ricevibili per il resto, vale a dire nella concreta configurazione di cui alla causa nazionale. Tenuto conto dell'uguale finalità sostanziale delle prime tre questioni pregiudiziali, vale a dire l'individuazione

degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice impugnabili con un ricorso, è d'uopo esaminare e risolvere congiuntamente le tre questioni.

## B – *Analisi nel merito*

17. Le questioni pregiudiziali relative alla tutela giurisdizionale contro talune decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice sono intese essenzialmente ad individuare la fase precedente al vero e proprio affidamento dell'appalto a partire dalla quale occorre garantire la possibilità di esperire ricorsi dinanzi ad organi nazionali prevista dalla direttiva 89/665. Si tratta in sostanza di determinare il momento in cui un progetto di acquisizione di beni o servizi raggiunge il grado di concretezza necessario ai fini di questa tutela giurisdizionale.

18. Occorre anzitutto partire dal principio che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, la nozione di «decisioni» ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 e la nozione di «decisioni» come atti contro i quali è esperibile un ricorso ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della medesima direttiva – vale a dire quindi gli atti dell'amministrazione aggiudicatrice impugnabili – devono essere interpretate in senso ampio.

19. Secondo questa giurisprudenza, l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede «alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto» [\(8\)](#) delle decisioni in questione.

20. Inoltre, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri sono tenuti a garantire che le procedure di ricorso previste da tale direttiva siano accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata delle disposizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle normative nazionali adottate per il relativo recepimento.

21. Nel presente procedimento si pone la questione se nell'ampia nozione di «decisioni» rientrino anche le decisioni adottate «nella fase preliminare» o, detto in termini giuridici, prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione. Si tratta dunque di decisioni che si collocano a mezzo tra i propositi generici e l'avvio o il non avvio di una procedura di aggiudicazione.

22. Pertanto, tenuto conto dello scopo della direttiva 89/665, ossia garantire una tutela giurisdizionale efficace, come dispone espressamente anche l'art. 1, n. 1, si dovrebbero includere in tale nozione anche le decisioni adottate prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione.

23. Per quanto attiene alla possibilità di ricorso avverso la decisione di non avviare una procedura di aggiudicazione, quest'ultima costituisce una decisione paragonabile alla contrapposta decisione di concludere una procedura di aggiudicazione.

24. Le decisioni in merito alla conclusione di una procedura di aggiudicazione rientrano tra gli atti dell'autorità aggiudicatrice contro i quali è esperibile un ricorso, come la Corte ha espressamente sottolineato riguardo alla revoca di una procedura di aggiudicazione. Infatti, «la realizzazione integrale dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se si consentisse alle autorità aggiudicatrici di procedere alla revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi senza assoggettarle a procedure di controllo giurisdizionale, volte a garantire sotto ogni profilo l'effettivo rispetto sia delle direttive che stabiliscono le norme sostanziali relative agli appalti pubblici, sia dei principi su cui si basano» [\(9\)](#).

25. Vero è che la decisione di non avviare una procedura di aggiudicazione ai sensi delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, a differenza della revoca di una procedura di aggiudicazione già avviata, si colloca per sua natura al di fuori di una procedura di affidamento; tuttavia ciò non esclude affatto l'applicazione della direttiva 89/665.

26. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, nella sfera di applicazione della direttiva 89/665, che mira alla tutela giurisdizionale, non rientrano soltanto i ricorsi volti a far valere violazioni delle direttive recanti le norme sostanziali in materia di affidamenti di appalti. Infatti, la Corte ha affermato che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 va applicato a tutte «le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici» [\(10\)](#), senza limitare la validità di tale principio alle sole prescrizioni risultanti dalle direttive in materia di aggiudicazione.

27. Gli Stati membri non sono tenuti a rendere in ogni caso accessibili procedure di ricorso a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, bensì è consentito loro di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata [\(11\)](#). Su questa base, in linea di principio essi possono considerare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalti come condizione da soddisfare affinché la persona interessata possa dimostrare che ha un interesse all'appalto in questione e che rischia di subire un danno a causa dell'aggiudicazione dell'appalto asseritamente illegittima.

28. Tuttavia, la Corte ha già dichiarato che, nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione [\(12\)](#).

29. Così come ad un'impresa dev'essere consentito presentare direttamente un ricorso per far valere eventuali violazioni, senza attendere la conclusione della procedura di aggiudicazione dell'appalto [\(13\)](#), dev'esserle anche consentito presentare ricorso avverso determinate decisioni rilevanti ai fini dell'affidamento dell'appalto, senza attendere l'avvio di una procedura di aggiudicazione. Infatti, proprio nei casi come quelli in esame, di solito non si arriva affatto ad una procedura di aggiudicazione ai sensi delle direttive in materia di appalti pubblici. Tuttavia, non si può esigere da un'impresa che presenti un'offerta se non è stata avviata alcuna procedura di aggiudicazione.

30. Pertanto, per l'applicazione delle direttive in materia di ricorsi e quindi delle procedure di ricorso, non è determinante che si sia svolta una procedura di aggiudicazione prevista dalle direttive recanti le norme sostanziali in materia di affidamenti di appalti pubblici. Infatti, l'ambito di applicazione delle direttive in materia di ricorsi non è determinato dall'applicazione effettiva delle dette direttive sostanziali, come ad esempio la direttiva 93/38, bensì è collegato alla questione se una di queste direttive sarebbe stata ovvero sia applicabile, vale a dire se la procedura in esame rientri nell'ambito di applicazione di una di queste direttive.

31. Dalle considerazioni che precedono deriva che anche taluni atti precedenti all'avvio di una procedura di aggiudicazione sono impugnabili con un ricorso ai sensi della direttiva 89/665. Al riguardo sussistono però anche dei limiti.

32. Alla possibilità che proprio tutti gli atti di un'amministrazione aggiudicatrice siano impugnabili con un ricorso si oppone in primo luogo la circostanza che le singole fasi precedenti all'avvio di una procedura di aggiudicazione non solo differiscono da Stato membro a Stato membro, ma dipendono altresì dai singoli concreti progetti di acquisizione di beni o servizi.

33. Inoltre è d'uopo richiamare un criterio sviluppato dalla Corte per la garanzia della tutela giurisdizionale, secondo cui «la direttiva 89/665 mira a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare *in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate*» [\(14\)](#).

34. Il fatto che non tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorso è anche confermato da un'altra sentenza della Corte, vertente su una limitazione imposta dal diritto nazionale alle possibilità di ricorso avverso talune decisioni delle autorità aggiudicatrici. In questa sentenza la Corte ha preso le mosse da una verifica dell'esistenza di una tutela giurisdizionale adeguata. In quel caso essa è giunta alla conclusione che la tutela giurisdizionale era adeguata, anche se, secondo il diritto nazionale, erano impugnabili solo gli atti procedurali che decidono, direttamente o indirettamente, nel merito della questione, che comportano l'impossibilità di continuare il procedimento o di difendersi, o che determinano pregiudizi irreparabili a diritti o a legittimi interessi [\(15\)](#).

35. Se quindi è ammissibile – vale a dire compatibile con la direttiva 89/665 – escludere dalla possibilità di ricorso anche taluni atti posteriori all'avvio di una procedura di aggiudicazione, dev'essere a maggior ragione ammissibile prevedere tale esclusione per taluni atti precedenti l'avvio di una procedura siffatta.

36. Infine, occorre altresì rammentare che le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici si limitano a coordinare, vale a dire semplicemente ad armonizzare, le procedure di aggiudicazione e non disciplinano anche le fasi precedenti a tali procedure.

37. In conclusione occorre quindi rilevare che la direttiva 89/665 non garantisce una completa tutela giurisdizionale preventiva.

38. Un fattore determinante per individuare gli atti impugnabili è costituito dalla normativa sostanziale, vale a dire dal fatto che, in base alle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, un'impresa sia titolare di una pretesa giuridicamente riconosciuta a che venga compiuto od omesso un determinato atto.

39. In tale contesto viene in questione, in linea di principio, anche un diritto ad ottenere una misura inibitoria. Quest'ultima può, ad esempio, essere intesa a vietare ad un ente soggetto alle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di procedere ad un'acquisizione di beni o servizi rientrante nell'ambito di applicazione di queste direttive senza previo svolgimento delle procedure di aggiudicazione da esse previste. In tal modo viene creato anche nella tutela giurisdizionale un parallelismo con la misura del divieto di procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

40. Di conseguenza, un possibile criterio per determinare gli atti compiuti prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione che devono poter costituire oggetto di ricorso è costituito dall'effetto che tali atti producono sull'impresa ricorrente. Si tratta dunque in questo caso di un presupposto del potere di impugnazione (legittimazione attiva).

41. Per contro, nel presente procedimento si tratta semplicemente dei presupposti per l'impugnabilità di un atto.

42. Un'ulteriore limitazione di cui tenere conto nel presente procedimento pregiudiziale emerge dalle norme di diritto processuale relative a questo tipo di procedimento dinanzi alla Corte. Infatti, anche il presente procedimento pregiudiziale non può essere inteso a fornire una definizione generale di atti impugnabili, bensì solo a fornire una soluzione utile al giudice nazionale, affinché questi possa risolvere la controversia sottopostagli.

43. Pertanto, il presente procedimento non ha per oggetto l'elaborazione di criteri generali per valutare l'impugnabilità di atti di autorità aggiudicatrici, bensì solo di criteri applicabili agli atti oggetto della specifica causa nazionale.

44. A questo proposito è sufficiente ricordare che sotto la direttiva 89/665 non ricadono le

considerazioni a carattere puramente interno, né parimenti la valutazione del fabbisogno di beni o servizi, l'elaborazione dei capitolati o le semplici indagini di mercato. Pertanto, sotto di essa non ricadono neppure le valutazioni giuridiche interne dell'autorità aggiudicatrice intese a stabilire se una determinata acquisizione di beni o servizi rientri o meno nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

45. Per il resto, non occorre qui esaminare la questione se già la decisione di avviare trattative con un'altra impresa possa costituire oggetto di un ricorso ovvero se tale facoltà di impugnazione sussista solo per le trattative in corso. Si tratta infatti di questioni ipotetiche, in quanto oggetto del procedimento principale e, perciò, anche del presente procedimento pregiudiziale è un contesto diverso, in cui segnatamente esiste già un progetto di contratto.

46. Nella fattispecie in questione l'autorità aggiudicatrice è prossima alla conclusione di un contratto. Tuttavia, tale situazione corrisponde ad un'altra che spesso si presenta nell'ambito delle acquisizioni di beni o servizi, vale a dire la fase immediatamente precedente all'aggiudicazione dell'appalto. Infatti, a seconda del diritto nazionale, l'aggiudicazione precede la conclusione di un contratto d'appalto, oppure il contratto d'appalto si perfeziona con l'aggiudicazione, configurata come accettazione dell'offerta.

47. Il fatto che nel secondo caso sia stata avviata una procedura di aggiudicazione – che invece è mancata nel caso di specie – non può giustificare distinzioni, per motivi di effettività della tutela giurisdizionale.

48. Pertanto, le prime tre questioni pregiudiziali vanno risolte dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che, in presenza di determinati presupposti, gli Stati membri debbono garantire la possibilità di esperire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile anche avverso talune decisioni delle autorità aggiudicatrici adottate al di fuori di una procedura di aggiudicazione; in tale categoria possono rientrare anche le decisioni sulla questione, a carattere preliminare, di procedere ad una determinata acquisizione di beni o servizi senza svolgimento di una procedura di aggiudicazione.

## **VI – Sulle questioni pregiudiziali riguardanti gli affidamenti «quasi in house» (quarta e quinta questione pregiudiziale)**

49. Il secondo gruppo di questioni pregiudiziali riguarda i presupposti per gli affidamenti di appalti a società controllate (cosiddetti affidamenti «quasi in house»). Come giustamente sottolineato dal governo austriaco, si tratta, a differenza degli affidamenti a servizi propri (cosiddetti affidamenti «in house») (gestione diretta), di appalti assegnati ad un organismo distinto dall'autorità aggiudicatrice e dotato di personalità giuridica. Infatti, qualora l'organismo che esegue la prestazione fosse privo di personalità giuridica, non potrebbe sussistere alcun contratto. In tal caso mancherebbe anche uno dei presupposti per un appalto ai sensi delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

50. Nel presente procedimento si tratta, a ben vedere, dell'interpretazione della nozione di «appalto», che costituisce uno dei presupposti per l'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. A questo riguardo occorre prendere le mosse dalla sentenza della Corte nella causa Teckal, in cui la Corte ha considerato determinate fattispecie di acquisizione di beni o servizi come non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

51. Conformemente a questa sentenza, le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non trovano applicazione «nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un *controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi* e questa persona realizzi *la parte più importante della propria attività* con l'ente o con gli enti locali che la

controllano» [\(16\)](#).

52. In tal modo la Corte ha fissato due presupposti in presenza dei quali una procedura di acquisizione di beni o servizi sfugge all'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici; essa ha pertanto ristretto la nozione di «appalto» in base ad un criterio teleologico.

53. A questo punto occorre anzitutto rilevare che la stessa Corte ha espressamente definito come eccezione l'inapplicabilità delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. In tal modo assume rilievo il principio generale secondo cui le eccezioni devono essere interpretate in maniera restrittiva. Nell'esaminare qui di seguito i due presupposti suddetti, tale principio dovrà essere osservato quale prescrizione a carattere generale.

54. Si deve altresì osservare che gli affidamenti ad enti che sono essi stessi amministrazioni aggiudicatrici, come è il caso di talune imprese controllate (a parte l'eccezione Teckal ed altre eccezioni, come ad esempio l'art. 6 della direttiva 92/50), rientrano in generale nella nozione di appalto. Pertanto, l'applicabilità delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici continua a costituire la regola [\(17\)](#).

55. Occorre inoltre richiamare l'origine degli affidamenti «quasi in house» e, di conseguenza, dell'eccezione Teckal, vale a dire il trattamento particolare riservato a procedure a carattere organizzativo interno, ossia alle fattispecie di «in house providing», ed ai casi a queste equiparabili.

56. Infine, in questa sede occorre tener conto anche degli scopi cui mirano le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, vale a dire l'apertura dei mercati e la garanzia di una concorrenza effettiva.

57. Questi sono i punti di riferimento rilevanti nell'interpretazione dell'eccezione Teckal.

58. In linea generale è d'uopo distinguere tre fattispecie di affidamento «quasi in house», e precisamente: a società proprie (società detenute al 100% dall'autorità aggiudicatrice o da organismi a questa riconducibili), a società a capitale interamente pubblico detenuto da più soci (società con partecipazione di più amministrazioni aggiudicatrici) e a società miste pubblico-private (società con partecipazione anche di veri e propri soggetti privati).

59. La causa principale riguarda il previsto affidamento di un contratto da parte della città di Halle – ossia un ente territoriale senz'altro qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici – ad una subcontrollata (società «pronipote»). In effetti, la città di Halle è proprietaria al 100% della sua controllata diretta (società «figlia») e questa detiene a sua volta il 100% delle quote della società «nipote»; tuttavia, quest'ultima controlla la società «pronipote» solo al 75,1%. Le quote restanti di quest'ultima società sono detenute da una semplice impresa privata.

60. Quindi il presente procedimento verte su una cosiddetta società mista pubblico-privata, vale a dire una società nella quale un'amministrazione aggiudicatrice detiene (indirettamente) una partecipazione maggioritaria, mentre delle restanti quote è titolare un soggetto che non è un'autorità aggiudicatrice.

61. Per motivi di ordine processuale, in prosieguo verrà esaminata unicamente una situazione quale quella oggetto della causa nazionale. Per contro, l'applicazione alla concreta fattispecie in questione nella causa principale resta di competenza del giudice nazionale [\(18\)](#).

*A – Primo criterio: controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*

62. Il primo presupposto per l'applicazione dell'eccezione e, quindi, per l'inapplicabilità delle direttive in materia di appalti pubblici riguarda il tipo di controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sull'organismo cui intende affidare il contratto. La Corte esige che l'ente aggiudicatore eserciti «eserciti (...) un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi».

63. Quindi, a questo riguardo la Corte applica un criterio che ricava dal diritto pubblico. Tuttavia, poiché il criterio del controllo, come pure la nozione di appalto e di amministrazione aggiudicatrice, vanno intesi in senso funzionale e non formale, la detta circostanza non osta ad una trasponibilità di tale criterio al rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice e persone giuridiche di diritto privato, ad esempio una società a responsabilità limitata come nel caso di specie. Il criterio del collegamento ai servizi amministrativi interni si spiega piuttosto con la funzione originaria della costituzione di organismi autonomi, vale a dire lo scorporo di determinate unità organizzative.

64. A favore della trasponibilità ad altre fattispecie depone anche la circostanza che dalla sentenza Teckal, nella versione nella lingua processuale, ossia l'italiano, risulta che la Corte richiede solo un controllo «analogo», vale a dire equiparabile, ma non identico [\(19\)](#).

65. Quindi, da un lato, la valutazione della posizione giuridica di un socio di maggioranza avviene in base alle disposizioni applicabili del diritto nazionale, ossia nel caso di specie in base alla normativa di diritto societario relativa alle società a responsabilità limitata. Dall'altro, occorre valutare quelle disposizioni che disciplinano più specificamente il rapporto, quindi, di norma, l'atto costitutivo. Ciò significa che non è sufficiente procedere ad un esame meramente astratto in base alla forma giuridica scelta per l'organismo che è soggetto al controllo, ad esempio in base al tipo di persona giuridica.

66. In tal modo, però, le normative nazionali, perlopiù a carattere legislativo, assumono solo un'importanza limitata. Questo vale in particolare per le disposizioni che stabiliscono i diritti spettanti ai soci di minoranza e le relative condizioni. Si tratta soprattutto di disposizioni che subordinano taluni diritti di controllo e di veto dei soci all'entità della quota da essi detenuta, ad esempio 10%, 25% o oltre 50%.

67. Siffatte disposizioni spiegano piuttosto un'efficacia presuntiva ai fini dell'individuazione dei diritti spettanti ad un socio di minoranza. Resta decisiva la concreta configurazione del singolo caso. L'ipotesi più importante da menzionare in questa sede è quella del cosiddetto contratto di dominio che concede ad un determinato socio – indipendentemente dalla quota detenuta – taluni diritti ulteriori rispetto a quelli minimi stabiliti dalla legge.

68. Quindi, poiché ciò che conta non è la situazione giuridica nazionale, bensì la concreta configurazione nel caso di specie, può anche non essere di per sé decisiva l'entità della partecipazione dell'amministrazione aggiudicatrice o, viceversa, del socio privato di minoranza.

69. Ne consegue che una percentuale fissa ostacola una soluzione corretta, in quanto non consente di tener conto del caso concreto ed esclude in maniera assoluta, nei casi che non soddisfano il criterio percentuale, un'applicazione del criterio del controllo.

70. Tuttavia, poiché anche gli organismi con partecipazione di un socio privato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo, è d'uopo dedurre che l'eccezione Teckal si applica non solo alle società proprie, ma anche alle società miste pubblico-private. Quindi, in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio.

71. A questo punto è d'uopo rammentare le considerazioni dell'avvocato generale Léger, che ha ritenuto applicabile l'eccezione Teckal già nel caso di una quota del 50,5% [\(20\)](#).

72. Ai fini del criterio del controllo elaborato dalla Corte, è comunque necessaria più di un'influenza dominante ai sensi del diritto societario o quale viene richiesta per la qualificazione di determinati organismi come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 1 di tutte le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Tanto meno è sufficiente un'influenza dominante ai sensi dell'art. 1, punto 3, in combinato disposto con l'art. 13, della direttiva 93/38. Infatti, quest'ultima costituisce, in primo luogo, una normativa cosiddetta settoriale, che non trova analogia nella direttiva applicabile nel caso di specie, e, in secondo luogo, una disposizione eccezionale, che in linea generale dev'essere interpretata in senso restrittivo.

73. Né il legislatore comunitario né la Corte hanno fatto riferimento, rispettivamente, nelle direttive ovvero nella causa Teckal a disposizioni delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

74. Pertanto, il grado d'intensità del controllo richiesto nel caso di specie non può essere desunto da specifiche disposizioni delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e, a causa della sua natura eccezionale, va al di là dei requisiti posti dalle altre norme derogatorie.

75. In un procedimento pregiudiziale, al giudice nazionale spetta, in primo luogo, interpretare le disposizioni di diritto nazionale e, in secondo luogo, applicare al caso concreto queste ed altre disposizioni. Pertanto, il giudice del rinvio dovrà accertare quali diritti spettino all'ente «supercontrollante», vale a dire la città di Halle, sulla società «pronipote», la RPL.

76. Nell'applicazione del criterio del controllo, il giudice nazionale deve prendere le mosse dai corrispondenti poteri riconosciuti. Già per motivi di certezza del diritto nessun rilievo può assumere la questione se e con quali modalità venga esercitato di fatto il controllo o, addirittura, un pronostico su come il socio di maggioranza impiegherebbe la sua quota, vale a dire se adotterebbe decisioni anche a sfavore del socio di minoranza. Da questo punto di vista anche la rilevanza di eventuali obblighi di fedeltà del socio di maggioranza va ridimensionata, segnatamente perché devono essere presi in considerazione anche i corrispondenti obblighi di fedeltà del socio di minoranza, così come evidenziato dalla città di Halle.

77. Per quanto riguarda l'oggetto del controllo, nell'eccezione Teckal la Corte non ha limitato la validità delle proprie statuizioni a determinate decisioni dell'organismo controllato. Pertanto, non è sufficiente un controllo delle sole decisioni di affidamento di contratti in generale o addirittura della specifica decisione di affidamento del contratto in questione.

78. Considerando la formulazione e lo scopo del criterio costituito dal «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi», occorre piuttosto esigere una possibilità di controllo esaustiva. In ogni caso tale controllo non deve limitarsi a decisioni strategiche di mercato, bensì deve comprendere anche singole decisioni di natura gestionale. Non occorre entrare in dettaglio nel quadro del presente procedimento pregiudiziale, essendo ciò superfluo ai fini della soluzione della controversia di cui alla causa nazionale.

*B – Secondo criterio: svolgimento della parte più importante dell'attività con l'ente che esercita il controllo*

79. Il secondo presupposto che deve essere soddisfatto affinché si applichi l'eccezione Teckal riguarda le attività dell'organismo controllato. Secondo la formulazione del corrispondente passaggio della sentenza, l'eccezione si applica solo nel caso in cui questo organismo «realizzi la parte più importante dell'propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

80. Questo criterio può essere generalizzato, in quanto, in primo luogo, si prospetta come possibile non soltanto la detenzione diretta di quote, ma anche quella indiretta, esercitata cioè, come nel caso di specie, attraverso una successione di subcontrollate, e, in secondo luogo, risultano compresi anche soggetti diversi dagli enti territoriali.

81. Il criterio sviluppato nella sentenza Teckal riguarda dunque una determinata quota minima delle attività svolte nel complesso dall'organismo controllato. Di conseguenza, si tratta di accertare la portata delle attività complessivamente svolte nonché di quelle svolte per l'ente titolare delle quote inteso in senso ampio.

82. Tuttavia, a questo proposito, occorre osservare che dalla circostanza che la nozione di ente titolare delle quote non va interpretata in senso troppo restrittivo non si può concludere che in tal modo siano incluse anche attività prestate a favore di terzi, che però l'ente stesso dovrebbe altrimenti fornire. Nella pratica ciò riguarda innanzi tutto i servizi di interesse generale e nella fattispecie segnatamente le amministrazioni comunali, sulle quali grava l'obbligo di fornire determinate prestazioni nei confronti di determinati soggetti. Tale questione generale non costituisce l'oggetto del presente procedimento pregiudiziale, in quanto il giudice del rinvio non necessita di una soluzione in merito per risolvere la controversia sottopostagli.

83. Occorre inoltre chiarire che assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura le attività che l'organismo controllato è obbligato a svolgere.

84. Orbene, la questione fondamentale è a partire da quale quota di partecipazione venga raggiunta la soglia di applicabilità dell'eccezione Teckal. A questo riguardo ci sono diverse tesi, e nel ventaglio di soluzioni proposte la quota necessaria va da più del 50% a «considerevole», «decisamente prevalente», «quasi esclusiva», fino ad «esclusiva».

85. Al riguardo, oltre a un criterio positivo, consistente nel determinare la portata delle prestazioni fornite all'ente che detiene il controllo, viene propugnato anche un criterio negativo. Secondo tale criterio negativo occorrerebbe considerare l'entità della quota di prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente che esercita il controllo. Quest'ultima tesi, a prescindere dal presente procedimento, è quella sostenuta nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger, citate da vari intervenienti. L'avvocato generale sostiene che «la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali *diversi* da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice» [\(21\)](#). Tuttavia, alla luce del criterio positivo scelto nell'eccezione Teckal, nel caso di specie non occorre soffermarsi ulteriormente sull'approccio negativo.

86. Nondimeno, dal brano citato delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger emerge un altro aspetto rilevante da prendere in considerazione nell'ambito della determinazione della quota.

87. Si pone infatti la questione se l'eccezione Teckal consenta solo un criterio di valutazione quantitativo o se invece occorra tener conto anche di elementi qualitativi. Quest'ultima tesi è corroborata dal tenore e dalla ratio dell'eccezione stessa, che è stata formulata senza fornire alcuna indicazione circa il modo di valutare le attività. Neppure la versione autentica del corrispondente passaggio della sentenza Teckal, vale a dire la versione italiana, esclude un criterio di valutazione qualitativo aggiuntivo o alternativo («la parte più importante della propria attività»).

88. Del resto l'eccezione Teckal non contiene alcuna indicazione circa il metodo di calcolo della quota. Pertanto, non è scontato che a tal fine assuma rilievo esclusivo il fatturato.

89. Il giudice nazionale deve dunque accertare qual è la «parte più importante delle attività»

sulla base di elementi quantitativi e qualitativi. Inoltre, anche la posizione sul mercato dell'organismo controllato potrebbe essere rilevante, vale a dire in particolare la situazione concorrenziale nei confronti di eventuali concorrenti.

90. Per quanto riguarda le conclusioni dell'avvocato generale Léger citate da molti intervenienti in relazione al secondo presupposto di cui alla sentenza Teckal, è altresì d'uopo rammentare che le conclusioni nella lingua scelta dall'avvocato generale quale lingua originale fanno fede.

91. Partendo da questo principio, dalle conclusioni dell'avvocato generale Léger emerge il seguente quadro: da un lato, l'avvocato generale si fonda sulla «quasi-exclusivité» delle prestazioni fornite, mentre nella versione tedesca si incontra l'espressione «sämtliche Dienstleistungen» [tutte le prestazioni di servizi] [\(22\)](#). Dall'altro, l'avvocato generale fa leva sulla versione dell'eccezione Teckal nella lingua processuale, che è l'italiano, e usa le espressioni «en grande partie», che nella versione tedesca viene reso con «im Wesentlichen» [sostanzialmente] [\(23\)](#), o «la plus grande partie de leur activité» («la parte più importante della propria attività») [\(24\)](#).

92. Ai fini di una migliore specificazione, molti intervenienti hanno proposto di interpretare il criterio relativo alla parte più importante dell'attività quale regola applicabile agli affidamenti di appalti ad imprese che siano collegate all'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta della regola dell'80% di cui all'art. 13 della direttiva 93/38. A motivazione di tale proposta è stato addotto il carattere «oggettivo» o «congruo» del criterio suddetto.

93. A questo riguardo è d'uopo osservare che anche un'altra percentuale fissa potrebbe essere oggettiva o congrua. Tuttavia, proprio la rigidità di una percentuale fissa può anche costituire un ostacolo per una soluzione corretta. Inoltre essa non consente di prendere in considerazione elementi qualitativi.

94. Alla trasponibilità della regola dell'80% osta soprattutto la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori. La valutazione ivi compiuta dal legislatore comunitario risulta circoscritta, sulla base dell'intentio legis desumibile, a quella direttiva. Seppure il concetto di fondo dovesse essere praticamente applicabile anche al di fuori dei detti settori, è tuttavia determinante il fatto che una siffatta disciplina non è stata adottata nella direttiva applicabile nel caso di specie.

95. Tuttavia, un ulteriore motivo osta ad una trasposizione dell'art. 13 della direttiva 93/38. Infatti, il paragrafo 2 di detto articolo impone alle autorità aggiudicatrici di fornire alla Commissione, dietro sua richiesta, talune informazioni. Questa disposizione funge da contrappeso procedurale all'eccezione disciplinata dall'art. 13. Tuttavia, nel caso dell'eccezione Teckal la Corte ha preso un'altra direzione e si è accontentata dei due presupposti di natura sostanziale di cui alla sentenza. Nondimeno tali presupposti vanno interpretati in maniera restrittiva proprio per la mancanza di analoghe prescrizioni procedurali.

## VII – Conclusione

96. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali nel seguente modo:

- 1) L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665/CEE dev'essere interpretato nel senso che gli Stati membri debbono garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso determinate decisioni delle autorità aggiudicatrici che vengano adottate al di fuori di una procedura di aggiudicazione pur essendo correlate ad una determinata acquisizione di beni o servizi; in tale categoria possono rientrare anche le decisioni relative alla questione, a carattere preliminare, di procedere ad una determinata acquisizione di beni o servizi senza svolgimento di una procedura di aggiudicazione.

- 2) La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che la partecipazione societaria di un'impresa privata in un organismo, il quale sia controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice e nel quale quest'ultima abbia una partecipazione diretta o indiretta, da sola non esclude la non applicazione di tale direttiva.
- 3) Affinché un organismo controparte con la partecipazione societaria di un socio privato (in prosieguo: la «società mista a prevalente capitale pubblico») possa considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, è determinante la concreta configurazione del rapporto, mentre non è di per sé decisiva l'entità della partecipazione.

Ai fini della detta qualificazione non è sufficiente:

–  
l'influenza dominante esercitata sulla società mista a prevalente capitale pubblico dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, 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;

– un ampio potere direttivo unicamente per quanto riguarda le decisioni in materia di affidamento di appalti in generale o le decisioni in materia di affidamento relative ad una specifica procedura di acquisizione di beni o servizi.

- 4) A differenza dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della «parte più importante della sua attività in favore dell'autorità aggiudicatrice», non occorre che almeno l'80% del fatturato medio realizzato nella Comunità dalla società in questione negli ultimi tre anni nel settore dei servizi derivi dalla fornitura di tali servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero ad imprese a questa collegate o a questa riconducibili, ovvero, qualora la società mista pubblico-privata non abbia ancora maturato un'attività triennale, che possa prevedersi il rispetto della citata regola dell'80%.

Ai fini della detta qualificazione, il giudice nazionale deve considerare piuttosto le attività effettive e, in tale contesto, prendere in considerazione, in particolare, elementi di natura sia quantitativa che qualitativa.

---

1 – Lingua originale: il tedesco.

---

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

---

3 – GU L 395, pag. 33, come modificata dall'art. 41 della 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); nella terminologia del giudice del rinvio: «direttiva di coordinamento delle procedure di ricorso».

- 
- [4](#) – GU L 209, pag. 1, più volte modificata; nella terminologia del giudice del rinvio: «direttiva di coordinamento degli appalti di servizi».
- 
- [5](#) – GU L 199, pag. 84, più volte modificata.
- 
- [6](#) – Riguardo a procedure di aggiudicazione, v. sentenze 16 ottobre 2003, causa C-421/01, Traunfellner (Racc. pag. I-11941, punto 37), e 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN e Wienstrom (Racc. pag. I-14527, punto 76). V. inoltre, in particolare, sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia (Racc. pag. 3045, punto 18); 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punto 61); 16 gennaio 1997, causa C-134/95, USSL n. 47 di Biella (Racc. pag. I-195, punto 12), e 7 gennaio 2003, causa C-306/99, BIAO (Racc. pag. I-1, punto 89).
- 
- [7](#) – Sentenze Traunfellner (citata alla nota 6, punti 38 e segg.), ed EVN e Wienstrom (citata alla nota 6, punto 83); v. anche sentenza 18 marzo 2004, causa C-314/01, Siemens (Racc. pag. I-2549, punto 36).
- 
- [8](#) – Sentenze 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671, punto 35); 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 49), e 19 giugno 2003, causa C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT]/Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG [ÖSAG] (Racc. pag. I-6351, punto 52).
- 
- [9](#) – Sentenza HI (citata alla nota 8, punto 53).
- 
- [10](#) – V. in particolare sentenza 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki (Racc. pag. I-1091, punto 68). V. inoltre sentenze HI (citata alla nota 8, punto 37), e GAT (citata alla nota 8, punto 52).
- 
- [11](#) – Sentenze 12 febbraio 2004, causa C-230/02, Grossmann Air Service (Racc. pag. I-1829, punti 25 e segg.), e 19 giugno 2003, causa C-249/01, Hackermüller (Racc. pag. I-6319, punto 18).

- 
- [12](#) – Sentenza Grossmann (citata alla nota 11, punto 28).
- 
- [13](#) – Sentenza Air Service (citata alla nota 11, punti 29 e segg.).
- 
- [14](#) – Sentenza Alcatel Austria (citata alla nota 8, punto 33) (il corsivo è mio); v. anche sentenza 11 agosto 1995, causa C-433/93, Commissione/Germania (Racc. pag. I-2303, punto 23).
- 
- [15](#) – Sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4667, punti 77 e segg.).
- 
- [16](#) – Sentenza Teckal (citata alla nota 2, punto 50) (il corsivo è mio).
- 
- [17](#) – Sentenze 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE Gewässerschutz (Racc. pag. I-11037, punto 40), e Teckal (citata alla nota 2, punto 50).
- 
- [18](#) – V. ordinanza della Corte 14 novembre 2002, causa C-310/01, Comune di Udine e a. (non pubblicata nella Raccolta).
- 
- [19](#) – V. per contro l'avvocato generale Léger, che in un paragrafo delle sue conclusioni presentate il 15 giugno 2000 nella causa ARGE Gewässerschutz (sentenza citata alla nota 17, paragrafo 66), pretende addirittura che l'amministrazione aggiudicatrice «che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo».
- 
- [20](#) – Conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE Gewässerschutz (citate alla nota 19; sentenza citata alla nota 17, paragrafo 60).
- 
- [21](#) – Conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE Gewässerschutz (citate alla nota 19, sentenza citata alla nota 17, paragrafo 93) (il corsivo è mio).
-

[22](#) – Conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE Gewässerschutz (citate alla nota 19, sentenza citata alla nota 17, paragrafo 74).

---

[23](#) – Conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE Gewässerschutz (citate alla nota 19, sentenza citata alla nota 17, paragrafo 81).

---

[24](#) – Conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE Gewässerschutz (citate alla nota 19, sentenza citata alla nota 17, paragrafo 83).