

Causa C-567/15

**UAB «LitSpecMet»
contro
UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas,
con l'intervento di:
UAB «Plienmetas»**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania)]

«Questione pregiudiziale — Appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi — Direttiva 2004/18/CE — Appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni — Direttiva 2004/17/CE — Nozione di amministrazione aggiudicatrice — Società il cui capitale è detenuto dallo Stato attraverso un'altra società statale — Deroga “in house”»

1. Il presente rinvio pregiudiziale offre alla Corte di giustizia l'opportunità di ampliare la sua giurisprudenza relativa alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. In particolare, la Corte deve precisare, ancora una volta, la nozione di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi delle direttive 2004/17/CE (2) e 2004/18/CE (3).
2. Le questioni sottoposte dal giudice a quo sorgono nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di una procedura di gara d'appalto indetta, al di fuori del regime stabilito da tali direttive, da una società per azioni (4) interamente controllata dalla società ferroviaria statale della Lituania (5) (la cui qualità di amministrazione aggiudicatrice non è messa in discussione), alla quale la prima fornisce determinati beni e servizi. La società controllata, nonostante il suo collegamento con la società controllante, nega di essere un «organismo di diritto pubblico» ai sensi delle direttive sugli appalti, in quanto non sarebbe stata istituita «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».
3. La controversia si è incentrata inizialmente sulla natura dell'attività svolta dalla VLRD, allo scopo di chiarire se essa miri *direttamente* a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte di giustizia, la discussione si è altresì estesa alla questione se la VLRD, vendendo beni o servizi a un'entità (la LG) che provvede a soddisfare tale tipo di esigenze, contribuisca a soddisfare queste ultime *indirettamente* e se, di conseguenza, possa essere inclusa tra le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive succitate.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/17

4. L'articolo 2 così dispone:

«1. Ai fini della presente direttiva s'intende per:

- a) “amministrazioni aggiudicatrici”: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per “organismo di diritto pubblico” s'intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- dotato di personalità giuridica, e

- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico;

(...)

2. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

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

(...)).

5. L'articolo 5 così recita:

«1. La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Nei servizi di trasporto, si considera esistere una rete se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

2. La presente direttiva non si applica agli enti che forniscono un servizio di autotrasporto mediante autobus al pubblico i quali erano esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE ^[6] in virtù dell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa».

2. *Direttiva 2004/18*

6. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9:

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

Per “organismo di diritto pubblico” s'intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- b) dotato di personalità giuridica, e
- c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi».

3. *Direttiva 2014/24/UE (7)*

7. Nel considerando 10 si dichiara:

«La nozione di “amministrazioni aggiudicatrici” e, in particolare, quella di “organismi di diritto pubblico” sono state esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Per precisare che l'ambito di applicazione della presente direttiva “ratione personae” dovrebbe rimanere invariato è appropriato mantenere le definizioni su cui si è basata la Corte e inserire alcune precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza. A tal fine, è opportuno precisare che un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un “organismo di diritto pubblico”, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale.

Analogamente, la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per “finanziati in modo maggioritario” si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico».

8. L'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, contiene una definizione di «organismi di diritto pubblico» simile a quella stabilita dall'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18.

9. L'articolo 12, paragrafo 1, prevede quanto segue:

«Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice».

B. Diritto nazionale

10. La Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge in materia di appalti pubblici; in prosieguo: la «LCP») ha trasposto la direttiva 2004/18 nel diritto lituano.

11. L'articolo 4 prevede quanto segue:

«1. È considerata un'amministrazione aggiudicatrice:

- 1) un'autorità statale o locale;
- 2) una persona giuridica di diritto pubblico o privato che soddisfi le condizioni di cui al paragrafo 2 del presente articolo;
- 3) un'associazione delle autorità menzionate al precedente punto 1) e/o di persone giuridiche di diritto pubblico o privato menzionate al precedente punto 2);
- 4) le amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti o dei servizi postali di cui ai punti da 2 a 4 dell'articolo 70, paragrafo 1, della presente legge.

2. Una persona giuridica di diritto pubblico o privato (diversa dalle amministrazioni nazionali o locali) istituita per rispondere specificamente a esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e che soddisfi almeno una delle seguenti condizioni:

- 1) più del 50% della sua attività è finanziata da bilanci dello Stato o comunali o da altre risorse dello Stato o dei comuni, o da risorse di altre persone giuridiche pubbliche o private menzionate nel presente paragrafo;
- 2) è controllata (diretta) dall'amministrazione nazionale o locale o da altre persone giuridiche di diritto pubblico o privato di cui al presente paragrafo;
- 3) più della metà dei membri del suo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è designata dalle amministrazioni nazionali o locali o da persone giuridiche di diritto pubblico o privato di cui al presente paragrafo.

(...))».

12. L'articolo 10, paragrafo 5, così recita:

«Le disposizioni della presente legge non si applicano quando l'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto a un'entità giuridicamente distinta sulla quale esercita, e in via esclusiva, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi od organi (o nei confronti della quale esercita i diritti e gli obblighi dello Stato o di un ente territoriale in quanto socio unico), e qualora l'entità controllata abbia realizzato almeno il 90% del suo fatturato relativo all'esercizio precedente (o al periodo trascorso dal momento della sua istituzione, quando è inferiore ad un esercizio), mediante attività intese a soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice o a consentirle di esercitare le proprie funzioni. Una procedura di selezione può essere indetta solo alle condizioni previste nel presente paragrafo e dopo che sia stata rilasciata un'autorizzazione dall'autorità responsabile per gli appalti pubblici (...))».

II. Fatti

13. La VLRD è stata costituita nel 2003 a seguito di una ristrutturazione dell'azienda ferroviaria statale LG, come società controllata di quest'ultima, che ne detiene l'intero capitale sociale.

14. L'oggetto sociale della VLRD consiste nella fabbricazione e nella manutenzione di locomotive e vagoni. Nel periodo rilevante ai fini della controversia, gli ordini della LG rappresentavano circa il 90% del fatturato della VLRD.

15. Nel 2013, la VLRD ha indetto una gara d'appalto con procedura semplificata per l'aggiudicazione della fornitura di barre di metalli ferrosi (in prosieguo: la «procedura di aggiudicazione»). Nel capitolato d'oneri si indicava che la procedura di aggiudicazione sarebbe avvenuta ai sensi del regolamento provvisorio d'appalto della VLRD.

16. La UAB LitSpecMet (in prosieguo: la «LitSpecMet») ha presentato la sua offerta per la procedura di aggiudicazione ed ha ottenuto una parte della fornitura.

17. Tuttavia, la LitSpecMet ha avviato un'azione in giudizio chiedendo l'annullamento della procedura di aggiudicazione e l'apertura di una nuova gara d'appalto ai sensi della LCP. A sostegno della sua pretesa la ricorrente affermava, da un lato, che la VLRD era stata costituita per soddisfare le necessità della LG, impresa finanziata dallo Stato e investita di una funzione di pubblico servizio e, dall'altro, che le condizioni applicabili alle prestazioni e alle vendite che la VLRD effettuava a beneficio della società controllante non corrispondevano alle normali condizioni di concorrenza. Tutto ciò dimostrava, secondo la LitSpecMet, che l'attività della VLRD era volta a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e che, pertanto, si trattava di un'amministrazione aggiudicatrice soggetta alle norme in materia di appalti pubblici.

18. La domanda della LitSpecMet è stata respinta dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania) con sentenza del 2 giugno 2014, confermata poi dal Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania) con sentenza del 25 settembre 2014.

19. Entrambi detti organi giurisdizionali hanno ritenuto che, in forza dell'articolo 4, paragrafo 2, della LCP, perché una persona giuridica di diritto pubblico o privato possa essere considerata come un'amministrazione aggiudicatrice, non è sufficiente dimostrare che essa è legata ad un'impresa del settore pubblico o è da questa controllata. Occorre inoltre dimostrare che l'attività di tale persona giuridica mira a rispondere a obiettivi di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Siffatta ipotesi non ricorrerebbe nel caso della VLRD, poiché detta società era stata costituita al fine di esercitare un'attività commerciale e realizzare utili, assumendosi i propri rischi.

20. Con sentenza del 27 maggio 2015, la Sezione civile del Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) ha annullato la sentenza pronunciata in appello. A giudizio della Corte suprema, il tribunale di primo grado e la Corte d'appello non avevano esaminato correttamente le circostanze della costituzione della VLRD, nonché la natura particolare delle sue attività e le sue relazioni con la società controllante.

21. La causa è stata rinviata al Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania) che, con sentenza del 14 luglio 2015, ha annullato la sentenza del Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius) del 2 giugno 2014 rimettendo la causa a tale giudice, il quale sottopone alla Corte di giustizia la presente questione pregiudiziale.

III. Questione pregiudiziale

22. La questione pregiudiziale, depositata il 9 novembre 2015, è del seguente tenore:

«Se l'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che non deve essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice una società:

- che è stata fondata da un'amministrazione aggiudicatrice che si occupa di attività nel settore dei trasporti su ferrovia, segnatamente: la gestione di infrastruttura ferroviaria pubblica; il trasporto di passeggeri e merci;
- che svolge autonomamente un'attività commerciale, fissa una strategia commerciale, adotta decisioni relative alle condizioni dell'attività della società (mercato del prodotto, segmento di clientela ecc.), partecipa in un mercato concorrenziale nell'intera Unione europea e al di fuori di esso, fornendo servizi di produzione e manutenzione di materiale rotabile, e prende parte a procedure di aggiudicazione di appalti connesse a tale attività, cercando di ottenere ordini da terzi (diversi dalla società controllante);
- che fornisce servizi di riparazione di materiale rotabile al suo fondatore in base a operazioni "in-house" e il valore di detti servizi rappresenta il 90 per cento dell'intera attività della società;
- che presta servizi al suo fondatore finalizzati a garantire l'attività di trasporto passeggeri e merci svolta dallo stesso.

Qualora la Corte di giustizia dell'Unione europea stabilisse che, nelle circostanze sopra esposte, la società deve essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice, se l'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che la società perde lo status di amministrazione aggiudicatrice se il valore dei servizi di riparazione di materiale rotabile prestati sulla base delle operazioni in-house all'amministrazione aggiudicatrice suo fondatore si riduce e scende al di sotto del 90 per cento, o non costituisce la parte principale del fatturato totale dell'attività della società».

IV. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia e argomenti delle parti

23. Hanno presentato osservazioni scritte la LitSpecMet, la VLRD, i governi lituano e portoghese, nonché la Commissione, i quali hanno altresì partecipato, unitamente al governo tedesco, all'udienza pubblica del 9 febbraio 2017.

24. La LitSpecMet sostiene che l'attività di manutenzione svolta dalla VLRD contribuisce al perseguimento dell'interesse generale, in quanto consente alla LG di garantire il servizio pubblico affidatole, vale a dire, gestire l'infrastruttura ferroviaria e garantire il trasporto di passeggeri. A suo avviso, l'attività in parola non ha carattere industriale o commerciale, poiché la LG è l'unica impresa che la esercita in Lituania, circostanza questa, che le consente di ispirarsi a motivi non strettamente economici. Ammettere che la VLRD non è soggetta alle norme in materia di appalti pubblici equivarrebbe a dare la possibilità a un'amministrazione aggiudicatrice (la LG) di eludere l'applicazione di tali norme attraverso la semplice costituzione di una controllata (la VLRD), dedita allo svolgimento di attività interne.

25. Pertanto, secondo la LitSpecMet, la VLRD è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18, non rilevando la percentuale delle operazioni interne realizzate con la società controllante. In subordine, la società in parola potrebbe essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17, essendo questa la normativa effettivamente applicabile alla fattispecie, data l'attività svolta dalla LG e attesa dl'interpretazione degli articoli da 3 a 7 di tale direttiva nella sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2008, Ing. Aigner (8).

26. La VLRD sostiene di non essere stata fondata allo scopo di adempiere una missione di interesse generale a beneficio di tutti i cittadini, bensì per integrare le attività commerciali di trasporto passeggeri della LG. A suo parere, il fatto di realizzare operazioni interne con la LG, amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2004/17, non implica che anch'essa sia un'amministrazione aggiudicatrice.

27. Il governo lituano richiama la sentenza del 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (9), in cui la Corte di giustizia si sarebbe basata sulla cosiddetta «teoria del contagio», secondo la quale rientrerebbe nella nozione di amministrazione aggiudicatrice anche l'ente che soddisfi solo in parte bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Tuttavia il governo lituano sostiene che la «teoria del contagio» non si applicherebbe verticalmente e la natura dell'attività svolta da una società non dipenderebbe dalla circostanza che quest'ultima sia stata istituita da un'amministrazione aggiudicatrice con cui realizza operazioni interne.

28. Secondo il governo tedesco, date le circostanze, vi sarebbero indizi sufficienti per ritenere che, in un'ottica funzionale come quella adottata da detto governo, la VLRD svolga un'attività d'interesse generale, giacché, pur non prendendo parte direttamente all'attività di trasporto esercitata dalla LG, si occupa di un compito strettamente connesso a tale attività, come la costruzione di locomotive. In relazione alla natura commerciale dell'attività della VLRD, il punto decisivo, secondo detto governo, è se la società in parola soddisfi i propri obiettivi in un mercato concorrenziale, ipotesi che non ricorrerebbe nel caso di specie, poiché essa svolge il 90% della propria attività con la LG, senza assumere quindi un reale rischio imprenditoriale. In definitiva, il governo tedesco sostiene che la controllata di un'amministrazione aggiudicatrice deve essere considerata a sua volta amministrazione aggiudicatrice quando le sue attività sono dirette a soddisfare esigenze d'interesse generale di cui si occupa la società controllante. Inoltre, alla luce della direttiva 2014/24 (che, pur non essendo applicabile *ratione temporis*, può fungere da guida), una controllata non sarebbe da considerarsi un'amministrazione aggiudicatrice allorché gli appalti stipulati con la società controllante non superano l'80% delle sue attività.

29. Il governo portoghese ricorda che, sebbene l'obiettivo per il quale è stata costituita la VLRD sembri essere d'interesse generale, le attività svolte da tale società hanno natura industriale e commerciale, dal momento che essa ne sopporta interamente i rischi. Ai sensi della dottrina elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 16 ottobre 2003, Commissione/Spagna (10), e ripresa dal considerando 10 della direttiva 2014/24, la VLRD non dovrebbe essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice.

30. La Commissione rileva che nel presente caso si deve tenere conto unicamente della direttiva 2004/18, in quanto la VLRD fornisce beni e servizi alla società ferroviaria lituana, essendo irrilevante l'aspetto che l'attività di quest'ultima (LG) rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17.

31. La Commissione sostiene che la VLRD non è soggetta alla direttiva 2004/18, in quanto non si tratta di un «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, di quest'ultima, poiché è stata istituita per rispondere agli interessi particolari della LG – finalità che la converte in un fornitore interno di detta società – e non per soddisfare l'interesse generale. A suo avviso, è irrilevante che la LG abbia come finalità la soddisfazione di un interesse generale e che si sia avvalsa della VLRD a tale scopo, poiché sarebbe decisiva la circostanza che l'attività della VLRD mira unicamente a soddisfare gli interessi particolari della società controllante.

32. La Commissione dubita quindi che la VLRD sia stata costituita specificamente per soddisfare esigenze d'interesse generale, sebbene faccia notare che soltanto il giudice nazionale è in grado di valutare tutte le circostanze del caso e di confermare che il fine non lucrativo che ha ispirato la creazione della VLRD non prevale sul contesto commerciale in cui essa opera.

V. Analisi

A. Osservazioni preliminari

33. Il giudice del rinvio e la maggior parte degli intervenienti nel procedimento pregiudiziale muovono considerano pacifico che la fattispecie in esame sia disciplinata dalla direttiva 2004/18. Tuttavia, sebbene solo in via subordinata, la LitSpecMet fa presente che, in realtà occorrerebbe applicare la direttiva 2004/17 (nota come «direttiva settoriale» in materia di appalti pubblici).

34. In effetti, posto che, tanto l'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17, quanto l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18 contengono una definizione identica della nozione di «organismi di diritto pubblico» (11), è possibile rispondere alle questioni sollevate dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius), senza escludere tout court l'applicabilità dell'una o dell'altra direttiva.

35. Come seconda osservazione occorre far notare che, sebbene dal fascicolo non emerga l'importo dell'appalto controverso, all'udienza il rappresentante della VLRD ha asserito che tale valore ammonterebbe a un totale di EUR 600 000 o 700 000, risultando così superiore alla soglia prevista per l'applicazione delle disposizioni dell'Unione in materia. Spetta al giudice del rinvio verificare un simile elemento (12).

36. In terzo e ultimo luogo, la Corte di giustizia deve necessariamente fornire la propria risposta alla luce delle informazioni trasmesse dal giudice del rinvio con riguardo alle circostanze di fatto concernenti la VLRD. È tuttavia possibile che tali informazioni non coincidano pienamente con quelle che, secondo le indicazioni fornite dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) nella sentenza del 27 maggio 2015, il giudice di primo grado avrebbe dovuto verificare dopo che gli era stata rinviata la causa (13).

B. Prima questione pregiudiziale

1. Sulla soddisfazione diretta (o indiretta) di esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale

37. È pacifico fra le parti che nella VLRD ricorrono due delle tre condizioni occorrenti per poter essere considerata come «organismo di diritto pubblico» (e pertanto, come «amministrazione aggiudicatrice») ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17 e dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18.

38. Infatti, delle tre condizioni richieste, che sono cumulative (14), la VLRD soddisfa la seconda e la terza: si tratta di un ente dotato di personalità giuridica propria ed è innegabile che un altro organismo di diritto pubblico (la LG) interviene nel suo finanziamento, nel controllo della sua gestione o nella composizione dei suoi organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

39. Tuttavia, non vi è accordo sulla condizione che la VLRD sia stata «istituit[a] per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale».

40. Le osservazioni scritte delle parti sono state dirette all'esame del punto se l'attività della VLRD risponda direttamente a esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, essendo prevalente la posizione di chi ritiene che ciò non avvenga nella fattispecie. All'udienza, su richiesta della Corte di giustizia, la discussione è stata estesa all'aspetto se la VLRD soddisfi indirettamente tale tipo di esigenze, in quanto fornisce merci o presta servizi a un organismo di diritto pubblico che, come la LG, lo fa direttamente. In proposito le parti esprimono posizioni sostanzialmente coincidenti con quelle sostenute in ordine all'eventuale interesse generale dell'attività svolta dalla VLRD.

41. A tenore delle informazioni fornite dal giudice del rinvio, la LG è una società pubblica che gestisce una rete ferroviaria. Come ho già indicato, è indubbio che si tratti di un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/17 (15). Quanto alla VLRD, tale società è dedicata alla produzione e alla manutenzione di locomotive e di materiale rotabile, ossia svolge un compito che, pur essendo strettamente connesso al trasporto ferroviario, non consiste nella «messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio pubblico nel campo del trasporto ferroviario», vale a dire l'attività cui definita dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2004/17.

42. La LitSpecMet sostiene che, in qualsiasi caso, la VLRD svolge un compito essenziale ai fini della «messa a disposizione o [della] gestione» della rete del trasporto ferroviario lituano, talché anch'essa soddisferebbe l'interesse generale cui è preposta la LG. A suo parere, non si può ignorare il dato che, in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/14/CE (16), le imprese ferroviarie hanno diritto al cosiddetto «pacchetto minimo di accesso nonché all'accesso ai servizi sulla linea», descritto nell'allegato II della direttiva medesima, il cui punto 2, lettera h) menziona i «centri di manutenzione e altre infrastrutture tecniche». Da ciò si evincerebbe, secondo tale società, che «in mancanza di opzioni alternative effettive sul mercato», la VLRD è «obbligata a prestare servizi di manutenzione di materiale rotabile alla (...) LG, a prescindere da qualsiasi considerazione commerciale» (17).

43. Non condivido quest'ultima argomentazione della LitSpecMet, giacché la direttiva 2001/14 non include i servizi di manutenzione nel «pacchetto di accesso», ma solo le infrastrutture in cui tali servizi devono essere prestati. Pertanto, anche se la VLRD soddisfa in maniera diretta e immediata una qualche esigenza d'interesse generale, non si tratta dell'esigenza cui risponde l'attività contemplata specificamente nell'articolo 5 della direttiva in parola.

44. L'esame deve quindi incentrarsi sull'interpretazione della direttiva 2004/18, al fine di chiarire se la VLRD soddisfi esigenze d'interesse generale (diverse da quelle aventi carattere industriale o commerciale), inerenti agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

45. La logica argomentativa deve anzitutto indurre a verificare se, nella fattispecie in esame, si soddisfino esigenze d'interesse generale e, successivamente, in caso di risposta affermativa, se il carattere commerciale o industriale delle medesime prevalga su ogni altro.

46. In tale ottica, non mi pare che, di per sé, la mera produzione e riparazione di materiale rotabile nel settore ferroviario sia finalizzata a rispondere, a esigenze strettamente collegate al funzionamento istituzionale dello Stato (18), alla promozione e allo sviluppo delle condizioni del benessere sociale la cui garanzia spetta allo Stato (19), o ad altri propositi analoghi.

47. Certamente si potrebbe far valere, come sostiene il governo tedesco, che, fornendo alla sua società controllante beni e servizi che consentono a quest'ultima di soddisfare le proprie esigenze – indubbiamente d'interesse generale –, anche la VLRD è preposta a soddisfare, sebbene indirettamente, lo stesso interesse perseguito dalla LG.

48. Tuttavia, un siffatto approccio al problema incontra talune difficoltà, almeno da un punto di vista generale.

49. Se, infatti, di norma non è facile determinare quando un'attività economica è finalizzata alla soddisfazione di esigenze d'interesse generale (espressione di per sé ambigua o polisemica), ancor meno lo sarà precisare fino a che punto il collegamento di un'attività, in linea di principio privata e a carattere commerciale, con le attività effettivamente preposte al perseguimento di un interesse generale, attribuisca alla prima la natura delle seconde. Le conseguenze di tale assimilazione non

sono trascurabili: come ha fatto notare il governo lituano all'udienza, un operatore privato diverrebbe, probabilmente senza esserne consapevole, un prestatore di attività d'interesse generale, in quanto collaboratore indispensabile di un'amministrazione aggiudicatrice.

50. Nell'attuale economia di mercato, il grado di collegamento e di interdipendenza dell'insieme delle attività economiche pubbliche e private è talmente elevato che sarebbe difficile frenare la tendenza espansiva della «soddisfazione di esigenze d'interesse generale», se ammettessimo che, in tale nozione, ricadono anche le attività private necessarie, *in certa misura*, a soddisfare dette esigenze. Si porrebbe, in aggiunta, il problema, assai difficile da risolvere, di individuare quale dovrebbe essere la *misura* in cui detto rapporto di necessità assumerebbe rilevanza in ciascun caso.

51. Ciò considerato, anche ammettendo, per ipotesi, che l'attività svolta dalla VLRD fosse finalizzata a soddisfare esigenze d'interesse generale, detto aspetto non sarebbe sufficiente per concludere che la VLRD è un «organismo di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 2004/18. Non basta difatti che ricorra la condizione relativa al soddisfacimento di esigenze d'interesse generale, ma occorre altresì che queste ultime abbiano carattere non industriale o commerciale. Inoltre, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, affinché dette esigenze siano qualificate come tali, è necessario che ad esse si provveda in condizioni estranee alla logica del mercato.

52. Come ha affermato la Corte di giustizia nella sentenza del 22 maggio 2003, Korhonen e a., si tratta di «escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche» (20).

53. Sulla base di tali premesse, l'ente che intenda provvedere a questo genere di esigenze (da non confondere con quelle che non possono essere soddisfatte da imprese private) (21), potrebbe facilmente incorrere nel suddetto rischio qualora si muovesse al di fuori delle condizioni di mercato, ossia prescindendo dalla libera concorrenza. Per contro, se l'ente in discussione opera sotto la pressione concorrenziale dei suoi rivali (22), è più difficile che incorra in un rischio simile, poiché una condotta dettata da motivi diversi da quelli economici, a lungo termine, lo escluderebbe dal mercato.

54. In altri termini, l'elemento determinante per dissipare il dubbio non è dato tanto dal carattere pubblico dell'esigenza da soddisfare, quanto piuttosto dalle condizioni in cui si intende farlo. Pertanto, nell'interpretare l'espressione «esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», occorre necessariamente verificare in quali termini si provvede a soddisfare queste ultime.

55. Ciò avviene, ribadisco, nella misura in cui, secondo lo spirito delle direttive sugli appalti pubblici, l'essenziale è garantire la concorrenza nel mercato e difenderla da uno snaturamento o una distorsione ad opera di attori estranei alla logica del libero scambio. Pertanto, il punto decisivo non è stabilire se la VLRD, fornendo beni e servizi alla LG, soddisfi essa stessa un'esigenza di interesse generale oppure vi provveda indirettamente, ma piuttosto se, nell'una o nell'altra ipotesi, tale società operi nelle stesse condizioni dei suoi eventuali concorrenti privati, ossia, senza un interesse ad offrire vantaggi ingiustificati ai produttori nazionali.

56. A tal fine, come rileva il giudice del rinvio, si deve tenere conto di un insieme di elementi giuridici e fattuali tra cui, a titolo esemplificativo, la Corte di giustizia ha menzionato le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato (23), e altri fattori come «l'assenza dello scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a[lla sua] attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame» (24).

57. A mio avviso, soltanto il giudice a quo è in grado di valutare se, in considerazione di tutti gli elementi giuridici e fattuali pertinenti, la VLRD soddisfi un'esigenza di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Sebbene dal tenore della questione pregiudiziale sia possibile dedurre (25) che il Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius) sembri optare per la sua tesi iniziale, confermata dal giudice d'appello ma non condivisa dalla Corte suprema della Lituania, certo è che l'ordinanza di rinvio si limita, in realtà, a esporre gli argomenti dibattuti tra le parti e le motivazioni espresse nelle tre sentenze finora emesse nel procedimento principale, ma non svolge un'analisi propria degli «elementi pertinenti» (26) della controversia con cui fornire una risposta definitiva.

58. Di conseguenza, la Corte di giustizia dovrebbe forse limitarsi a suggerire al giudice del rinvio di prendere in considerazione, in particolare, tra gli altri fattori, oltre all'assoggettamento della VLRD al regime di mercato (27), anche il suo eventuale finanziamento maggioritario con capitale pubblico, il perseguimento di uno scopo di lucro e l'assunzione dei rischi (e delle perdite) derivanti dalla sua attività di gestione, aspetti sui quali il giudice nazionale non ha fornito elementi più dettagliati e che non possono essere ignorati al fine di esprimere un parere sulla natura delle attività svolte dalla società in questione.

59. Dalle informazioni contenute nel fascicolo e da quelle fornite durante l'udienza si desume, tuttavia, che la parte essenziale (il 90% nelle date rilevanti) delle attività della VLRD viene svolta in un contesto economico caratterizzato dal monopolio delle forniture ferroviarie alla LG, ossia in condizioni non di mercato. La LG copre il proprio fabbisogno con il materiale ferroviario fornitole dalla controllata, senza ricorrere a procedure a evidenza pubblica che aumenterebbero la pressione concorrenziale sulla VLRD. Quest'ultima quindi può attenersi a criteri diversi da quelli del mercato, con la certezza (o senza correre rischi) di non aver bisogno di nient'altro per evadere gli ordinativi che, in ogni caso, le sono garantiti dalla LG.

2. Sulla soddisfazione delle esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale nei casi di appalti «in house»

60. Da quanto già esposto si evincerebbe che la VLRD può essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice nei termini sopra indicati. Orbene, la questione sollevata può essere affrontata anche da una prospettiva diversa. Tralasciando, per ora, la natura delle attività della VLRD e della LG, occorre prestare attenzione al rapporto intercorrente tra le dette due società

per accertare se la prima sia un ente strumentale (o uno strumento proprio) della seconda, ammissibile al beneficio della cosiddetta «deroga in house». Di fronte alla *prospettiva dell'attività* propongo, pertanto, di esaminare la questione di merito da una *prospettiva organica*.

61. In quest'ottica, l'ordinanza di rinvio del Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius) contiene due passi interessanti. Il primo è il punto [22], in cui si legge che «[circa] il 90% delle entrate della controllata [VLRD] proviene dalla società controllante [LG] come operazioni tra due persone giuridiche», dato dal quale il giudice a quo deduce che «le attività della convenuta [VLRD] e quelle della sua controllante [LG] sono strettamente connesse».

62. Tale fattore è stato determinante per la decisione del Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) di annullare la sentenza emessa in appello. Nello stesso punto dell'ordinanza di rinvio si indica che il dato in parola era sufficiente per non «respingere in quanto infondato l'asserzione della ricorrente [LitSpecMet], secondo cui la costituzione della VLRD, che ha fatto seguito alla riorganizzazione della [LG], non avrebbe effettivamente creato rapporti giuridici ed economici qualitativamente nuovi tra operatori economici distinti, ma sarebbe stato piuttosto un *cambiamento nella forma di organizzazione dell'attività di quest'ultima società*» (28).

63. Il secondo passo degno di nota dell'ordinanza di rinvio è contenuto al punto [24], in cui si dichiara che la VLRD «ha concluso una media di 15 operazioni in-house all'anno con la [LG] nel periodo dal 2011 al 2014»; operazioni che, l'ordinanza aggiunge «ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia, non devono essere classificate come contratti di appalto pubblico» (29).

64. Le allusioni dell'ordinanza di rinvio al regime degli appalti in-house non sono sfuggite alle parti del procedimento pregiudiziale. In particolare, la Commissione ha sostenuto (30) che la VLRD è un fornitore interno della LG e che, di conseguenza, le operazioni concluse tra le due suddette società non sarebbero soggette alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, bensì rientrerebbero nella cosiddetta «deroga in house» (31).

65. Il governo lituano ha fatto riferimento al regime in house anche nelle osservazioni scritte (32), invocando espressamente l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 (33). A sua volta, anche il governo tedesco ha citato detto regime nell'ambito delle sue osservazioni orali.

66. Infine, all'udienza, il rappresentante in giudizio della VLRD, cui era stato chiesto quale fosse la destinazione dei beni oggetto dell'appalto controverso, ha risposto che questi erano destinati alla produzione di materiali la cui fornitura era stata affidata dalla LG nell'ambito delle sue relazioni in house.

67. Come ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia, la deroga in house «si giustifica per il fatto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che tale deroga può essere estesa alle situazioni in cui la controparte contrattuale è un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora quest'ultima eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano», con la conseguenza che, in siffatti casi, si può ritenere che «l'amministrazione aggiudicatrice ricorra ai propri strumenti» (34).

68. Si deve quindi riconoscere che la creazione della VLRD quale strumento della LG, pur essendosi formalmente conclusa con la costituzione di un'entità distinta (si tratta in effetti di due società giuridicamente distinte), sembra aver proseguito, sotto il profilo funzionale, la situazione precedente. Con la creazione di tale società si è tentato, in definitiva, di riorganizzare le attività proprie della società statale ferroviaria della Lituania (35).

69. La valutazione di entrambe le entità sotto un profilo funzionale conferisce significato ultimo alla «deroga in house» (36). L'ammissione di tale deroga, con l'inerente esonero dall'applicazione delle direttive sugli appalti, risponde a una scelta organizzativa dei poteri pubblici, che affidano determinati compiti ai propri enti strumentali (quando esercitano su di essi lo stesso controllo esercitato sui propri servizi), senza ricorrere al mercato per l'offerta di lavori, servizi o forniture.

70. In base al regime in house, l'ente aggiudicatore non stipula un contratto, dalla prospettiva funzionale, con un'altra entità distinta bensì, in realtà, con sé stesso, dato il legame che mantiene con l'entità formalmente diversa. Non si può parlare di un'aggiudicazione di appalto in senso proprio, ma di un mero incarico o di una missione, che l'altra «parte» non può rifiutare, indipendentemente dalla formula in cui l'uno o l'altro si traducano.

71. L'inesistenza di un vero e proprio rapporto di alterità giustifica la circostanza che un ente aggiudicatore non sia obbligato a rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici allorché utilizza mezzi propri per adempiere i propri compiti, ossia quando si avvale di imprese che, pur avendo una personalità giuridica distinta, si confondono *materialmente* con l'ente stesso. Le procedure di aggiudicazione hanno senso solo quando avvengono tra due enti distinti e autonomi, poiché il loro scopo consiste esattamente nello stabilire tra le parti il rapporto giuridico (sinallagmatico) imprescindibile per concludere un contratto a titolo oneroso (37) in condizioni di uguaglianza e non già di dipendenza o di subordinazione gerarchica.

72. È logico dunque, entro i limiti rigorosi fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sottrarre alle procedure formalizzate d'appalto disciplinate dalle direttive le relazioni economiche tra un'amministrazione aggiudicatrice e un ente ad essa subordinato, che opera come semplice strumento al suo servizio ed è soggetto allo stesso controllo che tale amministrazione esercita (sul resto) dei suoi servizi. Non sarebbe neppure corretto trasformare la procedura di aggiudicazione in una misura di organizzazione interna di funzionamento dell'ente, prevedendone l'applicazione nei casi in cui l'ente decidesse di avvalersi unicamente dei propri strumenti.

73. Partendo quindi dal principio di identità materiale alla base della deroga in house, ritengo che, se tale deroga ha potuto applicarsi alle operazioni concordate tra la LG e la VLRD, nei termini di cui all'ordinanza di rinvio, ciò è stato possibile perché entrambe le società soddisfano i criteri giurisprudenziali che ho menzionato poc'anzi (ora *crystallizzati* nell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24), aspetto che, in definitiva, deve essere chiarito dal giudice del rinvio.
74. Secondo la Commissione, il fatto che la VLRD sia un fornitore interno della LG non la trasforma automaticamente in un'amministrazione aggiudicatrice, sebbene non adduca molte ragioni a sostegno di tale affermazione (38). In linea generale si potrebbe ammettere, infatti, che gli enti controllati in virtù di una relazione «in house» possiedono la qualità di «organismo di diritto pubblico», ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 solo quando, di per sé, riuniscono le condizioni cumulative che ho menzionato in precedenza.
75. Ciononostante, detta asserzione dev'essere immediatamente mitigata, operando una distinzione tra le attività «marginali» e quelle «essenziali» degli enti strumentali, che giustificano l'applicazione della deroga in house. Quanto alle prime (39), non credo che esistano problemi per accettare la posizione della Commissione, poiché in relazione a tali attività l'impresa opera nel mercato e può competere, in condizioni paritarie, con il resto degli operatori economici concorrenti.
76. A mio avviso tale ipotesi non ricorre quando si tratta di compiti «essenziali» dell'impresa controllata, che le siano stati affidati o assegnati dall'amministrazione aggiudicatrice in regime in house. Se, per adempiere tali compiti, la controllata (nel caso in esame, la VLRD), deve acquistare a sua volta beni, servizi o forniture da terzi, in quantitativi superiori al livello stabilito dalla normativa armonizzata in materia di appalti, le direttive sugli appalti pubblici risultano applicabili.
77. Una diversa interpretazione comporterebbe non solo un'incongruenza, ma anche la possibilità che venga commessa una frode alla legge. Nel primo caso, perché non sarebbe coerente con la presunta *identità* materiale tra le due entità interessate nel momento in cui vengono esentate dalle procedure di aggiudicazione per le loro relazioni reciproche. Nel secondo caso, perché consentirebbe di eludere facilmente l'applicazione della normativa dell'Unione sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
78. La relazione tra la LG e la VLRD già comporta, di per sé, una deroga importante all'applicazione della normativa dell'Unione con riguardo alle operazioni *interne* tra le due società, che sono considerate non contrattuali. Se, in aggiunta, si esimesse la VLRD dall'obbligo di applicare le stesse norme alle operazioni formalmente *esterne* che essa conclude con i terzi, ma che in realtà rientrano nel fatturato realizzato dal binomio LG/VLRD, la deroga in house potrebbe assumere dimensioni insospettite.
79. In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare gli enti strumentali, entro i limiti descritti in precedenza, per l'affidamento di taluni compiti che, in linea di principio, dovrebbero essere oggetto di un appalto pubblico, ma che vi si sottraggono. Tale deroga non è, di per sé, discutibile dal punto di vista giuridico, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (e, attualmente, dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24). Tuttavia, quando gli enti strumentali, a loro volta, sono privi dei mezzi sufficienti per soddisfare – di per sé – i compiti loro affidati dall'amministrazione aggiudicatrice e si vedono costretti a ricorrere a terzi per ottenere detti mezzi, le ragioni che giustificano la deroga in house svaniscono e ciò che emerge è, in realtà, una forma dissimulata di subappalto pubblico, con cui l'amministrazione aggiudicatrice acquista beni e servizi da terzi, attraverso un intermediario (l'ente strumentale), sottraendosi alle direttive che dovrebbero disciplinare l'aggiudicazione.
80. è quanto avviene nel caso di specie. Operazioni della LG che, se non fosse stata costituita la VLRD, avrebbero dovuto necessariamente conformarsi alla normativa sugli appalti pubblici (qualora la società statale le avesse realizzate direttamente), sfuggirebbero a tale regime con la giustificazione che sono imputabili ad un'altra società, sebbene quest'ultima abbia un collegamento materiale talmente stretto con la prima che entrambe possono beneficiare, per le loro operazioni reciproche, della deroga in house (40).
81. A mio parere, se il collegamento tra la LG e la VLRD è di un carattere tale da giustificare la deroga in house per le operazioni concluse tra le due società, le operazioni esterne indispensabili per assolvere i compiti affidati dalla LG alla VLRD non possono sottrarsi all'applicazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti (purché superino il valore limite corrispondente). La mera *riorganizzazione* delle attività della LG consistente nella costituzione della VLRD sarebbe altrimenti sufficiente per consentire alla LG di eludere le conseguenze della sua condizione di ente aggiudicatore.
82. Ritengo pertanto che non sia indispensabile stabilire se la VLRD sia un organismo di diritto pubblico in quanto soddisfa direttamente esigenze inerenti a un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale, poiché si deve concludere che lo fa nei limiti in cui costituisce funzionalmente un tutt'uno con una società (LG), che provvede a tale tipo di esigenze e per la quale opera nell'ambito di un regime in house.
83. Per quanto riguarda in particolare la specifica direttiva cui dovrebbero conformarsi i contratti firmati dalla VLRD, è opportuno ricordare che «rientrano nella direttiva 2004/17 gli appalti che sono aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate negli artt. 3-7 della detta direttiva nonché gli appalti che, anche se sono di natura differente e potrebbero così, in quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, servono per l'esercizio delle attività definite nella direttiva 2004/17» (41). Spetta quindi al giudice del rinvio, che non ha sollevato tale dubbio dinanzi alla Corte di giustizia, stabilire quale direttiva sia applicabile, in funzione dell'oggetto dell'appalto di cui si discute nel procedimento principale.
84. In conclusione, suggerisco di rispondere alla prima questione sottoposta dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius) dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17 e l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che una società il cui collegamento materiale e funzionale con un'amministrazione aggiudicatrice giustifichi la deroga in house per le operazioni interne, è soggetta a tali

direttive quando stipula con terzi contratti di lavori, forniture o servizi per assolvere i compiti che le sono affidati dall'amministrazione aggiudicatrice.

C. Seconda questione pregiudiziale

85. Nell'ipotesi in cui la Corte di giustizia decidesse di rispondere alla precedente questione in senso affermativo, come propongo, il Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius) chiede se una società come la VLRD perderebbe la qualità di amministrazione aggiudicatrice qualora il valore dei servizi prestati alla LG attraverso operazioni interne scendesse al di sotto del 90% o non costituisse la parte principale del fatturato totale delle sue attività.

86. La questione è puramente ipotetica (e, in quanto, tale irricevibile), poiché la controversia di cui al procedimento principale non riguarda una situazione futura, bensì la situazione in essere nel momento in cui la VLRD ha pubblicato l'avviso per l'aggiudicazione di una fornitura di barre di metalli ferrosi (2013). Infatti, il procedimento a quo verte solo sull'annullamento di tale specifica procedura di gara, impugnata dalla LitSpecMet.

87. Il momento da prendere in considerazione per risolvere la controversia è quello iniziale, come risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il principio di certezza del diritto esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati (42); da tale esigenza, nonché da quelle connesse alla protezione degli interessi degli offerenti in gare d'appalto, risulta che un organismo, il quale, alla data in cui viene avviato un procedimento di gara, sia qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, rimane soggetto alle direttive sugli appalti pubblici fino alla conclusione della procedura in questione (43).

88. Secondo quanto ho esposto, l'elemento rilevante per stabilire se le direttive sugli appalti pubblici si applicavano alla VLRD è se detta gara del 2013 avesse ad oggetto beni di terzi con cui la VLRD avrebbe assolto i compiti affidatili dalla LG nell'ambito dei loro rapporti in house.

89. Come è logico, se, dopo qualche anno, venisse meno tale presupposto e, vuoi per l'eventualità segnalata dal giudice del rinvio (la parte «essenziale» dell'attività della VLRD non sarebbe più al servizio della LG) (44), vuoi per un'altra ragione analoga, la VLRD perdesse la qualità di ente strumentale della LG, per operare nel libero mercato, detto giudice dovrebbe valutare le nuove circostanze e statuire di conseguenza.

90. In tale eventualità futura, la normativa applicabile sarebbe già quella contenuta nella direttiva 2014/24, secondo i cui criteri e requisiti si dovrebbe stabilire se la VLRD possa essere qualificata, anche in tale occasione, come amministrazione aggiudicatrice.

VI. Conclusione

91. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di giustizia di rispondere al Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania) nei seguenti termini:

«L'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che:

a) una società il cui collegamento materiale e funzionale con un'amministrazione aggiudicatrice giustifichi la deroga in house per le operazioni interne, è soggetta alle menzionate direttive quando stipula con terzi contratti di lavori, forniture o servizi, per assolvere i compiti che le sono affidati dall'amministrazione aggiudicatrice, e

b) in ogni caso, detta società dev'essere qualificata come organismo di diritto pubblico allorché, essendo dotata di personalità giuridica e soggetta al controllo di un'amministrazione aggiudicatrice, svolga la parte essenziale della sua attività per fornire materiale ferroviario a quest'ultima, senza la pressione di eventuali concorrenti e al di fuori delle condizioni di mercato, affinché tale amministrazione presti il servizio di trasporto di passeggeri e di merci che le è stato assegnato».

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1).

³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

⁴ UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (in prosieguo: la «VLRD»).

⁵ AB Lietuvos Geležinkeliai (in prosieguo: la «LG»).

[6](#) Direttiva del Consiglio, del 14 giugno 1993, 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 (GU 1993, L 199, pag. 84).

[7](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

[8](#) Causa C-393/06, EU:C:2008:213.

[9](#) Causa C-44/96, EU:C:1998:4.

[10](#) Causa C-283/00, EU:C:2000:544.

[11](#) Sentenza del 10 aprile 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punto 35).

[12](#) Sentenza dell'11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 43).

[13](#) In questo senso si esprime il governo lituano al punto 7, in fine, delle sue osservazioni scritte quando afferma che, dal fascicolo trasmesso dal giudice del rinvio non si evince chiaramente se detto giudice abbia ponderato gli «elementi rilevanti» che il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) gli aveva segnalato rinviandogli la causa affinché si pronunciasse nuovamente.

[14](#) V., segnatamente, sentenza del 12 settembre 2013, IVD (C-526/11, EU:C:2013:543, punto 19).

[15](#) La LG viene citata come amministrazione aggiudicatrice nell'allegato IV (Enti aggiudicatori nel settore dei servizi ferroviari) della decisione 2008/963/CE della Commissione, del 9 dicembre 2008, che modifica gli allegati delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione agli elenchi di enti aggiudicatori e amministrazioni aggiudicatrici (GU 2008, L 349, pag. 1). Lo stesso allegato include, senza identificarli per nome, gli «[a]ltri enti in conformità dei requisiti di cui all'articolo 70, paragrafi 1 e 2, della legge sugli appalti pubblici della Repubblica di Lituania (Gazzetta ufficiale n. 84-2000, 1996; n. 4-102, 2006) e che operano nel settore dei servizi ferroviari ai sensi del codice del trasporto ferroviario della Repubblica di Lituania (Gazzetta ufficiale n. 72-2489, 2004)».

[16](#) Direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza (GU 2001, L 75, pag. 29).

[17](#) Osservazioni scritte della LitSpecMet, punto 33.

[18](#) Sentenza del 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (C-44/96, EU:C:1998:4, punto 24).

[19](#) Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, l'elenco di tale tipo di esigenze è assai ampio spaziando, ad esempio, dalla fornitura di riscaldamento attraverso un procedimento rispettoso dell'ambiente (sentenza del 10 aprile 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punto 39), all'agevolazione dell'insediamento di imprese private in un determinato territorio (sentenza del 22 maggio 2003, Korhonen e a., C-18/01, EU:C:2003:300, punto 48).

[20](#) Sentenza C-18/01, EU:C:2003:300, punto 52, che cita, segnatamente, le sentenze del 3 ottobre 2000, University of Cambridge (C-380/98 EU:C:2000:529, punto 17); del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a. (C-470/99 EU:C:2002:746, punto 52), e del 27 febbraio 2003, Adolf Truley (C-373/00 EU:C:2003:110, punto 4). Analogamente, v. sentenza del 13 dicembre 2007, Bayerischer Rundfunk e a. (C-337/06, EU:C:2007:786, punto 36).

[21](#) Sentenza del 10 aprile 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punto 40).

[22](#) A tenore della sentenza del 22 maggio 2003, Korhonen e a. (C-18/01 EU:C:2003:300, punto 49) «l'esistenza di tale concorrenza può (...) costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale».

[23](#) V., in particolare, sentenza del 16 ottobre 2003, Commissione/Spagna (C-283/00, EU:C:2003:544, punto 81).

[24](#) V., nuovamente, sentenza del 22 maggio 2003, Korhonen e a. (C-18/01, EU:C:2003:300, punto 59).

[25](#) Il giudice del rinvio pone in rilievo, nel secondo trattino della questione pregiudiziale, che la VLRD «svolge autonomamente un'attività commerciale, fissa una strategia commerciale, adotta decisioni *relative* alle condizioni dell'attività della società (...), partecipa in un mercato concorrenziale nell'intera Unione europea e al di fuori di esso (...) e prende parte a procedure di aggiudicazione di appalti connesse a tale attività, cercando di ottenere ordini da terzi (diversi dalla società controllante)» (il corsivo è mio).

[26](#) V., in tal senso, le osservazioni del governo lituano che ho menzionato alla nota 13.

[27](#) Al punto 24 della descrizione degli «elementi fattuali e processuali constatati», esposta nell'ordinanza di rinvio, si afferma che «[le operazioni in house tra la LG e la VLRD] dimostrano non solo gli stretti legami economici tra le due imprese (...), ma *forse* anche il fatto che la VLRD sostanzialmente non opera in condizioni di libero mercato».

[28](#) Il corsivo è mio.

[29](#) L'ordinanza di rinvio cita di seguito alcune sentenze della Corte di giustizia in cui è stata applicata la deroga in house: si tratta delle sentenze del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), e dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

[30](#) Punti 21 e 22 delle sue osservazioni scritte.

[31](#) Tale conclusione sarebbe suffragata dai dati forniti da Kanapinskas, V., Plytnikas, Z., e Tvaronavičienė, A.: «In-house procurement exception: Threat for sustainable procedure of public procurement?», in *Journal of Security and Sustainability Issues* [[http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2\(4\)](http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4))], secondo i quali, per l'anno 2011, la VLRD avrebbe ottenuto il 39,2% del totale degli appalti affidati dalla LG in regime in house, percentuale che, nel 2013, sarebbe salita al 74%.

[32](#) Punti da 31 a 36.

[33](#) La direttiva 2014/24, in particolare il suo articolo 12, paragrafo 1, ispirato alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (dalla quale tuttavia si distacca per alcuni aspetti significativi), non è applicabile *ratione temporis* alla causa principale.

[34](#) Sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punto 25 e la giurisprudenza ivi citata). Tra la giurisprudenza più recente, v. sentenza dell'8 dicembre 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, punto 30).

[35](#) Lo stesso giudice del rinvio sostiene che, con la costituzione della VLRD, si è inteso *riorganizzare* le attività della LG (punto [22] dell'ordinanza di rinvio).

[36](#) In generale, v. Sánchez Graells, A.: *Public procurement and the competition rules*, 2ª ed., Hart, Oxford, 2015, pagg. da 265 a 272.

[37](#) La Corte di giustizia ha richiamato il carattere oneroso, come tratto distintivo degli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18, nella sentenza dell'8 settembre 2016, Politanó (C-225/15, EU:C:2016:645, punti da 29 a 31).

[38](#) Osservazioni scritte della Commissione, punto 23.

[39](#) Nella sentenza dell'11 maggio 2006, Cabotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), la Corte di giustizia ha ricordato quanto aveva affermato nella sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), ossia che l'ente controllato doveva necessariamente svolgere «la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono» (punto 59), aggiungendo che [ciò si verifica se] tale attività «è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere *marginale*» (punto 63, il corsivo è mio). L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 ha fissato (discutibilmente) i limiti dell'attività «essenziale» e «marginale» rispettivamente all'80% e al 20%.

[40](#) Sui rischi del subappalto nell'ambito del regime in house come mezzo per eludere le garanzie della libera concorrenza, v. la relazione della Commissione nazionale spagnola per la concorrenza, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, pagg. da 30 a 57 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF).

[41](#) Sentenza del 10 aprile 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, punto 57).

[42](#) V., in particolare, sentenza del 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (C-44/96, EU:C:1998:4, punto 34).

[43](#) Sentenza del 3 ottobre 2000, The University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punto 43).

[44](#) Certo è, tuttavia, che secondo i dati forniti all'udienza, l'85% delle forniture della VLRD continuavano ad avere come destinataria, per l'anno 2016, la LG e di queste i due terzi erano con regime in house.