

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
GEORGES COSMAS

presentate il 1° luglio 1999 \*

I — Introduzione

1. Nella presente causa, il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi su una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione di una norma della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi<sup>1</sup>.

II — Sfondo normativo comunitario

2. All'art. 1 della direttiva 92/50 [lett. a)] si dispone che, ai sensi della detta direttiva, si intendono per *appalti pubblici di servizi*: «i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Inoltre viene chiarito [lett. b)] che per *amministrazioni aggiudicatrici* s'intendono «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico».

3. Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 92/50, «se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d'applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto».

4. L'art. 6 stabilisce che le disposizioni della direttiva 92/50 non si applicano «agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

5. All'art. 7 della direttiva 92/50, da un lato, si stabilisce che le disposizioni della direttiva si applicano agli appalti pubblici di servizi il cui importo stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a ECU 200 000 e, dall'altro, in caso di appalti che non fissino un prezzo complessivo, si

\* Lingua originale: il greco.

1 — GU L 209, pag. 1.

stabilisce quale sia la base di calcolo dell'importo stimato degli appalti<sup>2</sup>.

6. La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, riguarda, conformemente al suo titolo, il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture<sup>3</sup>. Tale direttiva ha abrogato la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE<sup>4</sup>, in precedenza vigente. Tuttavia, all'art. 33 della direttiva 93/36 si dispone che «I riferimenti fatti alla direttiva abrogata si considerano come fatti alla presente direttiva ed essi devono essere letti secondo la tabella di corrispondenza figurante nell'allegato VI».

7. All'art. 1, lett. a), si stabilisce che, ai fini della direttiva 93/36, si intendono per *appalti pubblici di forniture* i «contratti per *appalti pubblici di forniture* i «contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici defi-

nite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione».

8. Nello stesso art. 1, lett. b), si stabilisce che per *amministrazioni aggiudicatrici* s'intendono «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico»<sup>5</sup>.

9. L'art. 5, n. 1, lett. a), della direttiva 93/36 prevede, per quanto viene qui in rilievo, che le norme di questa<sup>6</sup> si applicano agli appalti pubblici di forniture «aggiudicati dalle amministrazioni di cui all'articolo 1, lettera b) (...), nella misura in cui gli appalti riguardano i prodotti non menzionati nell'allegato II, a condizione che il loro

2 — In particolare, si dispone (n. 5) che si deve prendere in considerazione: a) se trattasi di appalto di durata determinata, ove questa sia pari o inferiore a 48 mesi, il valore complessivo dell'appalto per l'intera durata e b) se trattasi di appalto di durata indeterminata o superiore a 48 mesi, il valore mensile moltiplicato per 48.

3 — GU L 199, pag. 1.

4 — GU 1977, L 13, pag. 1.

5 — Nella stessa norma si chiarisce che per *organismo di diritto pubblico* s'intende qualsiasi organismo a) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e b) avente personalità giuridica, e c) la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

6 — Si tratta, in particolare, dei titoli II, III e IV nonché degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/36.

valore stimato, al netto dell'IVA, sia uguale o superiore a 200 000 ECU».

10. All'art. 5, nn. 2, 3 e 5, si stabilisce il metodo per il calcolo del valore stimato dell'appalto<sup>7</sup>.

### III — Lo sfondo normativo nazionale

#### A — La legge italiana n. 142/90

11. Ai sensi dell'art. 22, n. 1, della legge italiana 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordi-

7 — Al n. 2 si prevede che, nel caso di appalti aventi per oggetto il leasing, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti, deve essere preso come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto: a) se trattasi di appalto di durata determinata, ove questa sia pari o inferiore a dodici mesi, il valore stimato complessivo per la durata dell'appalto o, ove la durata dell'appalto sia superiore a dodici mesi, il valore complessivo comprendente l'importo stimato del valore residuo, e b) se trattasi di appalto di durata indeterminata o nei casi in cui sussistono dubbi sulla durata dell'appalto, il valore mensile moltiplicato per 48. Inoltre, al n. 3, si dispone che, nel caso di appalti che presentino carattere di regolarità o siano destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, il valore stimato dell'appalto deve stabilirsi in base: a) al valore reale complessivo degli appalti analoghi conclusi nel corso dei dodici mesi o dell'esercizio finanziario precedente, rettificato tenendo conto, se possibile, dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale, ovvero b) al costo stimato complessivo degli appalti aggiudicati nei dodici mesi successivi alla prima esecuzione nel corso dell'esercizio se questo è superiore a dodici mesi. Infine, al n. 5, si stabilisce che, quando un previsto appalto di forniture prevede espressamente delle opzioni, deve essere preso come base per determinare il valore stimato dell'appalto l'importo totale massimo autorizzato dell'acquisto, del leasing, della locazione o dell'acquisto a riscatto, compreso il ricorso alle opzioni.

namento delle autonomie locali<sup>8</sup>, i comuni provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e le attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Ai sensi del n. 3 dello stesso articolo, i comuni possono fornire i servizi pubblici locali in diversi modi, in economia, in concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale, istituzione o società per azioni partecipata.

12. L'art. 23 della legge n. 142/90, che descrive le aziende speciali e le istituzioni senza fini commerciali, prevede che (n. 1) l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. Esso dispone altresì che (n. 3) organi dell'azienda e dell'istituzione sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale. Parimenti (n. 4), l'esercizio delle attività dell'azienda e dell'istituzione dev'essere informato a criteri di efficacia, efficienza ed economicità; l'azienda e l'istituzione hanno l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti.

8 — GURI n. 135 del 12 giugno 1990.

Infine (n. 6) l'ente locale conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale.

13. All'art. 25 della legge n. 142/90 è espressamente prevista la gestione comune di uno o più servizi con la creazione di un consorzio secondo le disposizioni relative alle aziende speciali di cui all'art. 23. A tal fine, ciascun consiglio comunale approva, a maggioranza assoluta dei componenti, la convenzione e contemporaneamente lo statuto del consorzio. L'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati (il sindaco, il presidente o un loro delegato). L'assemblea elegge il consiglio di amministrazione e ne approva gli atti fondamentali previsti dallo statuto.

15. L'art. 3 dello statuto dell'AGAC prevede (n. 1) che il consorzio ha come scopo l'assunzione diretta e la gestione dei servizi pubblici elencati, tra i quali la distribuzione e l'erogazione di gas metano e di calore per usi civili e produttivi. Al n. 2 dello stesso articolo si stabilisce che l'AGAC può estendere la propria attività ad altri servizi connessi o accessori. Ai sensi del n. 3, essa può costituire società pubbliche o private o enti pubblici (o partecipare ad essi) per la gestione di attività connesse od accessorie. Ai sensi del n. 4, il consorzio può provvedere alla prestazione dei servizi menzionati a comuni e ad enti pubblici o privati non consorziati.

## B — L'AGAC

14. L'Azienda Gas-Acqua Consorziale (in prosieguo: l'«AGAC») costituisce un consorzio di comuni (della provincia) di Reggio Emilia per la gestione di servizi relativi all'energia e all'ambiente, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 142/90. Ai sensi dell'art. 1 del suo statuto, l'AGAC è dotata

16. Agli artt. 9-11 dello statuto dell'AGAC vengono determinati, tra l'altro, la quota di partecipazione di ciascun comune consorziato all'assemblea, ai profitti e alle perdite del consorzio. Ai sensi dell'art. 10, n. 3, la quota di partecipazione del Comune di Viano ammonta allo 0,9%.

17. Ai sensi degli artt. 12 e 13 dello statuto, i più importanti atti di gestione, tra i quali i bilanci preventivi e i consuntivi, sono approvati dall'assemblea del consorzio, che è costituita dai rappresentanti dei comuni consorziati<sup>9</sup>.

18. Conformemente all'art. 25 del suo statuto, dal titolo «criteri di gestione», l'AGAC deve perseguire l'equilibrio del bilancio ed avere una gestione economica.

19. All'art. 27 si dispone che i comuni conferiscono capitali o beni all'AGAC, che corrisponde loro annualmente un interesse:

20. Ai sensi dell'art. 28 dello statuto, gli eventuali utili di ciascun esercizio possono, previa deliberazione dell'assemblea, essere utilizzati per vari scopi come: essere ripartiti tra i comuni consorziati, essere destinati dal consorzio alla costituzione o all'incremento del fondo di riserva, essere reinvestiti per altre attività dell'AGAC.

21. Ai sensi dell'art. 29 dello statuto, in caso di perdite, si può procedere al risana-

mento economico principalmente mediante il conferimento di nuovi capitali da parte dei comuni.

#### IV — I fatti e la questione proposta

22. Il consiglio comunale di Viano, con deliberazione 24 maggio 1997, n. 18, ha affidato al consorzio AGAC la gestione degli impianti di riscaldamento in funzione presso alcuni edifici comunali e la fornitura dei combustibili necessari. Parimenti, esso ha affidato al consorzio l'incarico di procedere ad interventi migliorativi sugli impianti di riscaldamento situati negli edifici di cui trattasi<sup>10</sup>. Esso non ha però fatto ricorso alla procedura di invito a presentare offerte rivolto alle imprese interessate.

23. La remunerazione dell'AGAC è stata fissata in 122 000 000 di lire italiane (in prosieguo: «LIT»), per il periodo di gestione 1° giugno 1997 — 31 maggio 1998. Il valore della fornitura di combustibile ammontava a LIT 86 000 000 mentre quello della conduzione e della manutenzione degli impianti ammontava a LIT 36 000 000.

24. All'art. 2 della deliberazione si dispone che, alla scadenza della gestione (annuale), l'AGAC si impegna a proseguire nel servizio per un periodo di altri tre anni, su

<sup>9</sup> — Ai sensi dell'art. 8, oltre all'assemblea, gli altri organi del consorzio sono: il consiglio di amministrazione, il presidente del consiglio di amministrazione e il direttore generale. Essi non rispondono della loro gestione ai comuni consorziati. Le persone fisiche che compongono tali organi non rivestono cariche nei comuni consorziati.

<sup>10</sup> — All'art. 1 di tale deliberazione, dal titolo «oggetto della gestione», vengono elencati i compiti dell'AGAC.

conforme richiesta del comune, previo aggiornamento delle condizioni contenute nella deliberazione. Viene altresì prevista la possibilità di proroga successiva<sup>11</sup>.

25. La società Teckal Srl (in prosieguo: la «Teckal») è un'impresa privata che opera nel settore dei servizi di riscaldamento. Essa fornisce, principalmente a privati e ad enti pubblici, gasolio che essa acquista previamente da imprese produttrici. Essa procede anche alla manutenzione di impianti di riscaldamento, tanto a gasolio quanto a gas metano. Prima dell'affidamento all'AGAC, la Teckal aveva prestato tali servizi quale controparte contrattuale del Comune di Viano.

26. Contro il Comune di Viano e contro l'AGAC di Reggio Emilia, la Teckal ha proposto, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma (in prosieguo: il «TAR»), un ricorso diretto all'annullamento della deliberazione n. 18 del consiglio comunale di Viano, sostenendo che il comune avrebbe dovuto far ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla normativa comunitaria.

27. Il giudice nazionale solleva innanzi tutto la questione di stabilire quale delle due direttive, la 92/50 o la 93/36, si

applichi alla controversia dinanzi ad esso pendente. Esso ha poi considerato che, in ogni caso, viene superato il limite minimo di ECU 200 000 fissato dalle due direttive.

28. Dato, poi, che sono state affidate all'AGAC, da un lato, la prestazione di diversi servizi e, dall'altro, la fornitura di combustibili, il giudice nazionale ha ritenuto di non poter escludere l'applicazione dell'art. 6 della direttiva 92/50. In particolare, esso ha considerato che la natura mista della gestione affidata all'AGAC e la stretta e reciproca complementarità tra attività di conduzione e manutenzione, riconducibili alla nozione di servizio, e fornitura di combustibile, non consentono di ritenere la natura accessoria dell'una rispetto all'altra, e di escludere la rilevanza dell'art. 6 della direttiva 92/50 e della sua esatta interpretazione.

29. Il giudice nazionale ha concluso che, ai fini della risoluzione della controversia pendente, era necessario, in via pregiudiziale, interpretare l'art. 6 della direttiva 92/50 e risolvere la questione se con il diretto affidamento delle prestazioni di cui trattasi all'AGAC il comune sia esonerato dall'obbligo di osservare la procedura di aggiudicazione prevista dalla direttiva, in base all'eccezione introdotta da tale norma comunitaria.

30. Inoltre, il giudice nazionale pone la questione della compatibilità con le disposizioni del Trattato del diritto esclusivo di fornitura del «servizio di riscaldamento» attribuito all'AGAC dall'art. 3 dello statuto di quest'ultima, alla luce degli artt. 22-25 della legge n. 142/90, dato che l'art. 6

11 — Ciò può avvenire alla condizione che la richiesta venga comunicata all'AGAC con un preavviso di almeno tre mesi rispetto alla scadenza del relativo periodo.

della direttiva 92/50 prevede, tra le altre condizioni di applicazione, che le disposizioni nazionali che contemplano l'attribuzione di un diritto esclusivo debbono essere compatibili con il Trattato.

31. Di conseguenza, il giudice nazionale ha sospeso il giudizio e ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50, come esaminato nella motivazione dell'ordinanza da esso emanata.

## V — Il mio parere sulla controversia

### A — Sulla ricevibilità

32. L'AGAC ritiene che si ponga una questione di ricevibilità in quanto la questione sollevata dal giudice nazionale riguarda sostanzialmente l'interpretazione di disposizioni del diritto nazionale<sup>12</sup>. Parimenti, essa sostiene che non può tro-

12 — In particolare, l'AGAC considera che il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione se il servizio di gestione degli impianti di riscaldamento di un comune possa essere considerato come un servizio pubblico di carattere locale ai sensi dell'art. 22 della legge n. 142/90, in modo da stabilire se l'art. 6 della direttiva 92/50 si applichi o no. Sempre secondo l'AGAC, il giudice nazionale chiede sostanzialmente se una disciplina del diritto nazionale (artt. 23 e 25 della legge n. 142/90) configuri o no un'ipotesi di appalto pubblico di servizi aggiudicato ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice.

vare applicazione l'art. 6 della direttiva 92/50 in quanto la sua applicazione presuppone l'esistenza di un appalto pubblico di servizi. Ciò non si verifica nel caso di specie, in quanto il motivo dell'affidamento della prestazione di servizi all'AGAC si trova nel rapporto di subordinazione di tale consorzio rispetto al comune in esso consorziato. Il comune non ha affidato ad alcun terzo il servizio di gestione degli impianti di riscaldamento ma ha deciso di organizzare in modo diverso la gestione diretta di tale servizio.

33. D'altra parte, anche il governo austriaco pone una questione di ricevibilità in quanto l'ordinanza di rinvio non contiene una questione pregiudiziale. Esso sostiene che nel settore del diritto degli appalti pubblici è particolarmente importante l'esatta formulazione delle questioni in quanto, quando ciò non avviene, è impossibile prendere posizione su un determinato problema di interpretazione che il giudice nazionale si trova di fronte.

34. Innanzi tutto, si deve ricordare che rientra nella competenza del giudice nazionale, che ha una conoscenza migliore e più completa dei fatti di causa, stabilire se sia indispensabile sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale e determinare quali disposizioni della normativa comunitaria debbano essere inter-

pretate così da risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente<sup>13</sup>.

35. Tuttavia la Corte di giustizia, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato CE (diventato art. 234 CE), non è competente a decidere né sull'interpretazione di disposizioni legislative o regolamentari nazionali, né sulla questione se tali disposizioni siano conformi al diritto comunitario<sup>14</sup>. Essa può solo fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto<sup>15</sup>.

36. A mio parere, il problema fondamentale posto dalla controversia in esame è l'indeterminatezza della formulazione della questione pregiudiziale proposta. Tuttavia tale difetto non la rende irricevibile. È stato dichiarato che, nell'ambito della procedura prevista all'art. 177, la Corte di giustizia, nel caso di questioni formulate in modo impreciso, ha il diritto di trarre dal complesso dei dati forniti dal giudice nazionale e dal fascicolo della causa principale i punti di diritto comunitario che vanno interpretati, tenuto conto dell'oggetto della lite<sup>16</sup>.

13 — V., ad esempio, sentenze 29 novembre 1978, causa 83/78, Pigs Marketing Board (Racc. pag. 2347, punto 25), e 16 luglio 1992, causa C-343/90, Lourenço Dias (Racc. pag. I-4673, punto 15).

14 — V., ad esempio, la sentenza 19 giugno 1973, causa 77/72, Carmine Capolongo (Racc. pag. 611, punto 8), e la citata sentenza 16 luglio 1992, Lourenço Dias (punto 19).

15 — V., ad esempio, la sentenza 4 maggio 1993, causa C-17/92, Federación de Distribuidores Cinematográficos (Racc. pag. I-2239, punto 8), e la meno recente sentenza 3 luglio 1974, causa 9/74, Casagrande (Racc. pag. 773, punto 2).

16 — V., ad esempio, sentenze 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro (Racc. pag. I-4705, punto 20 e, in particolare, punto 21), e 13 dicembre 1984, causa 251/83, Haug-Adrión (Racc. pag. 4277, punto 9).

37. Ricorderò, inoltre, che la Corte di giustizia, sempre allo scopo di fornire una soluzione utile al giudice nazionale, ha interpretato disposizioni la cui interpretazione non era stata chiesta dal giudice nazionale<sup>17</sup> o ha riformulato le questioni poste deducendo da esse quanto rientra nella sua competenza interpretare<sup>18</sup>.

38. Tuttavia, prima che venga accertato quale sia la questione il cui esame è utile per il giudice nazionale, occorre infine prendere in esame un'ulteriore questione, sollevata dall'AGAC, relativa alla ricevibilità della questione pregiudiziale. L'AGAC sostiene che l'importo del contratto è inferiore al limite minimo di ECU 200 000 previsto dalle disposizioni comunitarie e che, di conseguenza, non può trovare applicazione la relativa normativa comunitaria<sup>19</sup>.

39. Nella fattispecie il giudice nazionale ha ritenuto che l'oggetto della controversia in

17 — V., ad esempio, le sentenze 28 giugno 1978, causa 70/77, Simmenthal (Racc. pag. 1453, punto 57); 16 dicembre 1992, causa C-114/91, Claeys (Racc. pag. I-6559, punti 10 e 11), e 18 marzo 1993, causa C-280/91, Viessmann (Racc. pag. I-971, punto 17).

18 — V., ad esempio, la sentenza 24 marzo 1992, causa C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekkliásias e a. (Racc. pag. I-2111, punti 19 e seguenti), e la meno recente sentenza 23 novembre 1977, causa 38/77, Enka (Racc. pag. 2203).

19 — In particolare, essa ritiene che il prezzo del combustibile debba essere detratto dalla somma corrispondente ai servizi in quanto l'AGAC, che costituisce un'amministrazione aggiudicatrice, si approvvigiona di combustibile mediante procedure concorsuali pubbliche. Parimenti, si sostiene che non si tratta di un appalto di durata indeterminata. Infatti, il rinnovo del contratto dopo il periodo iniziale è soggetto alla discrezionalità assoluta del comune, con l'obbligo di stabilire le condizioni economiche. Infine, il prezzo complessivo è stato previsto per il periodo 1° giugno 1997 - 31 maggio 1998, e pure questo escluderebbe la sua qualificazione come contratto di durata indeterminata. Quest'ultima conclusione è confermata anche dal fatto che l'appalto controverso si è concluso definitivamente il 31 maggio 1998, avendo il Comune di Viano deciso di procedere all'effettuazione del servizio con altre modalità.



esame, sia in ordine al punto relativo all'appalto di servizi (di riscaldamento) sia in ordine al punto relativo all'appalto di forniture (di combustibile), superi il limite minimo di ECU 200 000 posto dalla normativa comunitaria, di modo che un appalto pubblico di servizi o di fornitura di beni può essere soggetto all'ambito di applicazione, rispettivamente, delle direttive 92/50 e 93/36. In particolare, come esso ha affermato, ciò avviene perché si tratta, da un lato, di un appalto di servizi di durata indeterminata<sup>20</sup> e, dall'altro, di un appalto di fornitura di beni che prevede espressamente un diritto di opzione<sup>21</sup>.

40. Ritengo che la Corte di giustizia sia competente a indicare al giudice nazionale la procedura di determinazione dell'ammontare dell'oggetto dell'appalto in base alla normativa comunitaria. Essa è stabilita all'art. 7 della direttiva 92/50 e all'art. 5 della direttiva 93/36. L'applicazione di tali disposizioni al caso concreto spetta al giudice nazionale<sup>22</sup>, il quale conosce anche il contenuto delle clausole dell'appalto e le condizioni alle quali è possibile la proroga

20 — Nell'ordinanza di rinvio si chiarisce che, ai sensi dell'art. 2 della deliberazione n. 18 del consiglio comunale di Viano, alla scadenza della gestione di un anno l'AGAC si impegna a proseguire nel servizio per un periodo di altri tre anni, se ciò è richiesto dall'Ente, previo aggiornamento delle condizioni contenute nell'atto. Il giudice nazionale ha altresì sottolineato che ciò vale analogamente anche per i periodi successivi, alla condizione che la richiesta venga comunicata all'AGAC almeno tre mesi prima della scadenza del relativo periodo.

21 — Il giudice nazionale precisa che, ove invece si trattasse di prevalente fornitura, il previsto aggiornamento delle condizioni si risolverebbe in diritto dell'Azienda all'adeguamento del corrispettivo del prezzo di mercato del combustibile da somministrare, operazione che per la sua automaticità non escluderebbe la configurabilità di un vero e proprio diritto di opzione del comune. Di conseguenza, esso conclude, si applica l'art. 5, n. 5, della direttiva 93/36, ai sensi del quale, quando un previsto appalto di fornitura prevede espressamente delle opzioni, deve essere preso come base l'importo totale massimo autorizzato dell'acquisto, compreso il ricorso alle opzioni.

22 — Teoricamente non è escluso che il giudice nazionale, in quanto incontri difficoltà interpretative, proponga una domanda di pronuncia pregiudiziale.

di quest'ultimo anche oltre la scadenza del periodo di gestione di un anno.

41. Alla luce dei chiarimenti di cui sopra, la Corte di giustizia non è competente a sostituire la propria valutazione a quella del giudice nazionale sulla questione se sia effettivamente superato il limite minimo posto dalla normativa comunitaria, ma deve attenersi al contesto di fatto quale descritto dal giudice nazionale e alle valutazioni espresse da questi. In caso contrario, la stessa Corte di giustizia dovrebbe determinare l'ammontare della somma che costituisce oggetto dell'appalto controverso, e ciò distorcerebbe il ruolo assegnato dall'art. 177 nell'ambito non di un sindacato delle decisioni di rinvio, ma di una collaborazione e di un dialogo con il giudice nazionale.

#### B — *Riformulazione della questione pregiudiziale*

42. Pertanto, allo scopo di fornire una soluzione utile al giudice nazionale, ritengo che occorra riformulare la questione pregiudiziale alla luce dell'oggetto della controversia e degli elementi contenuti nell'ordinanza di rinvio.

43. Innanzi tutto è necessaria un'osservazione chiarificatrice. L'art. 2 della direttiva 92/50<sup>23</sup> dispone che, se un appalto pubblico ha per oggetto sia prodotti di cui alla direttiva 77/62 (attualmente direttiva 93/36) sia servizi di cui alla direttiva 92/50, esso rientra nel campo d'applica-

23 — Interpretato alla luce dell'art. 33 della direttiva 93/36.

zione di quest'ultima direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto. Questa disposizione ha lo scopo di evitare che gli appalti misti (tanto di prestazione di servizi quanto di fornitura di beni) siano sottoposti a due discipline diverse e, di conseguenza, significa che l'affidamento del complesso viene effettuato in base ad una sola disciplina. Essa sancisce cioè il principio del valore economico come elemento determinante per l'individuazione della normativa applicabile. Così la stipulazione di un appalto misto è soggetta all'ambito di applicazione della direttiva 92/50 quando il valore dei servizi è superiore a quello dei beni forniti<sup>24</sup>. Per contro, quando il valore dei beni è superiore a quello dei servizi, dev'essere applicata la direttiva 93/36 per l'aggiudicazione dell'intero contratto<sup>25</sup>.

44. In altri termini, dall'analisi sopra operata risulta palesemente che è importante chiarire la questione di stabilire quale sia l'oggetto dell'appalto. In quanto si tratti di un contratto misto, avente cioè ad oggetto beni e servizi, è importante che sia chiarito

24 — V. anche l'articolo di M. Mensi, «L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services», in *Revue du Marché Unique Européen*, fascicolo 3/1993 (pagg. 59-86), § 8.

25 — Ricordo che la Corte di giustizia, nella sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional* (Racc. pag. I-1329), traendo spunto dal sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, ai sensi del quale «dalla direttiva 71/305/CEE risulta che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera», ha affermato che (punto 29) «un contratto misto avente ad oggetto tanto un'esecuzione di lavori quanto una cessione di beni non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 71/305, qualora l'esecuzione dei lavori abbia carattere meramente accessorio rispetto alla cessione dei beni». La direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, aveva lo scopo di coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5). Fra l'altro, nel sedicesimo 'considerando' della direttiva 92/50, in cui si fa espresso riferimento all'oggetto dell'appalto, si precisa che «tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto». Infine, nella stessa sentenza, la Corte di giustizia ha sottolineato (punto 28) che «spetta al giudice nazionale accertare se i lavori abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione».

se il valore dei beni sia superiore a quello dei servizi, conformemente al principio del valore economico sancito per la determinazione della normativa applicabile.

45. Nella controversia in esame risulta dall'ordinanza di rinvio che con un solo atto è stata affidata all'AGAC tanto la prestazione di determinati servizi quanto la fornitura di determinati beni<sup>26</sup>. Parimenti, risulta che il valore dei beni da fornire è nettamente superiore a quello dei servizi da prestare. Pertanto, ritengo che le disposizioni comunitarie la cui interpretazione sarà utile al giudice nazionale siano quelle della direttiva 93/36 e non quella dell'art. 6 della direttiva 92/50, alla quale si fa riferimento nell'ordinanza di rinvio. Di conseguenza, la soluzione alla questione proposta, così come è stata formulata, non sarebbe, a mio parere, utile alla soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale.

46. Tenuto conto dell'oggetto della controversia e dell'esame a cui esso procede nell'ordinanza di rinvio, il giudice nazionale chiede sostanzialmente se il diretto affidamento all'AGAC, da parte del Comune di Viano, del servizio di riscaldamento e della fornitura di combustibili sia soggetto o no all'obbligo di rispettare la procedura prevista dalla direttiva 93/36. In altri termini, occorre risolvere la questione se la direttiva 93/36 osti al diretto affidamento, da parte di un ente locale, della fornitura di beni ad un consorzio a cui esso partecipi, a condizioni come quelle che formano oggetto della causa principale, senza che sia stata osservata la procedura

26 — Ciò risulta con chiarezza dall'art. 1 della deliberazione n. 18 del consiglio comunale di Viano, riportato integralmente dal giudice nazionale.

concorsuale prevista dalla direttiva di cui trattasi.

47. Tuttavia, non è escluso che il giudice nazionale ritenga che è altresì necessaria l'interpretazione di disposizioni del Trattato per accertare se sia conforme ad esse il diritto esclusivo di prestare servizi di riscaldamento, a suo dire affidato all'AGAC dall'art. 3 dello statuto di quest'ultima, considerato alla luce degli artt. 22 e 25 della legge n. 142/90. Comunque non risulta chiaramente dall'ordinanza di rinvio se le pertinenti disposizioni nazionali, soprattutto gli artt. 22 e 25 della legge n. 142/90 e l'art. 3 dello statuto dell'AGAC, consentano l'affidamento diretto a quest'ultima della prestazione che forma oggetto della deliberazione del consiglio comunale di Viano<sup>27</sup>. Si tratta di una questione che spetta al giudice nazionale risolvere anche se esso ritiene necessario sollevare una questione pregiudiziale al riguardo.

### C — *Sul merito*

48. L'obiettivo principale della direttiva 93/36 è quello di garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici di forniture<sup>28</sup>. In altri termini, un'amministrazione aggiudicatrice deve scegliere il soggetto con cui stipulare per iscritto un contratto a titolo oneroso per la fornitura, in qualsiasi forma, di determinati beni, mediante una procedura che garantisca l'effettiva e/o libera concorrenza degli interessati, definita dalla direttiva 93/36.

49. Parimenti, si deve innanzi tutto sottolineare che la direttiva 93/36 non contiene

27 — La Teckal mette in dubbio l'interpretazione in tal senso di tali disposizioni e sottolinea che nei cinque anni precedenti all'affidamento delle prestazioni controverse all'AGAC essa era stata concessionaria del Comune di Viano.

28 — V. quattordicesimo 'considerando' della direttiva 93/36.

una norma analoga a quella dell'art. 6 della direttiva 92/50, e cioè non prevede un'eccezione all'obbligo di ricorso alla procedura di aggiudicazione attraverso un invito a presentare offerte quando si tratti dell'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture di prodotti ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in forza di disposizioni legislative, regolamentari od amministrative, e a condizione che tali disposizioni siano compatibili con il Trattato. Dato che tale esenzione non è prevista<sup>29</sup>, è quindi indifferente ai fini dell'applicazione della direttiva che sia un privato o no ad essere controparte contrattuale, come fornitore, di un'amministrazione aggiudicatrice. Questa conclusione, a mio parere, si desume dal sistema sancito dalla direttiva<sup>30</sup>.

29 — Questa differenza rispecchia una particolarità del settore disciplinato dalla direttiva 92/50, nel senso che si deve tenere in debita considerazione come la prestazione di servizi possa essere realizzata nell'ambito di rapporti giuridici stabili e di vincoli tra i vari enti locali, conformemente ad un regime di collaborazione subordinata di un ente rispetto all'altro. D'altro canto, nella 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 (GU L 199, pag. 84), a parte il fatto che esiste una norma (art. 11) analoga a quella dell'art. 6 della direttiva 92/50, è anche contenuta un'altra norma simile relativa alla detta questione, in cui si prende in considerazione il caso particolare dei soggetti che siano imprese qualificate come amministrazioni aggiudicatrici solo nell'ambito degli appalti di servizi in settori specifici. Si tratta dell'art. 13 della direttiva 93/38, che riguarda gli appalti di servizi assegnati da un ente aggiudicatore ad un'«impresa collegata», la cui definizione viene data con riferimento ai rapporti di controllo e all'influenza dominante tra un ente aggiudicatore e l'impresa o (a talune condizioni) tra imprese [art. 1, sub 3)]; in altri termini, si tratta di persone giuridiche che fanno parte della stessa entità economica: v. anche M. Mensi, op. cit., § 18, pagg. 81 e seguenti.

30 — Ricordo che la Corte di giustizia ha dichiarato che uno Stato membro viene meno agli obblighi che ad esso incombono in forza delle direttive sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (direttiva 71/305), da un lato, e, dall'altro, degli appalti pubblici di forniture (direttiva 77/62) quando esclude dall'ambito di applicazione della disciplina nazionale sugli appalti pubblici le operazioni dell'amministrazione con privati in casi in cui tali direttive non lo consentono. V. anche la sentenza 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-5923, punti 10, 11 e 22). In particolare, essa ha sottolineato (punto 10) che «le uniche eccezioni consentite all'applicazione della direttiva 77/62 sono quelle ivi tassativamente ed espressamente menzionate».

50. All'art. 1, lett. a), si dispone che ai fini della direttiva 93/36 si intendono per *appalti pubblici di forniture* i «i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b)». Da tale disposizione risultano le condizioni che debbono essere soddisfatte perché trovi applicazione la direttiva 93/38.

51. In primo luogo, occorre che il rapporto contrattuale riguardi una fornitura di beni. L'elemento della fornitura di determinati beni costituisce un presupposto fondamentale per l'applicazione della direttiva.

52. In secondo luogo, occorre che sia stipulato un contratto d'appalto<sup>31</sup> e in particolare occorre che sia osservata la forma scritta. Tale contratto è sinallagmatico e a titolo oneroso. Ciò significa che la direttiva si applica nel caso in cui, da un lato, esista un incontro di volontà tra due diversi soggetti, l'amministrazione aggiudicatrice e il fornitore, e, dall'altro, il rapporto contrattuale venuto in essere consista nella fornitura di un bene a fronte di un

corrispettivo pecuniario<sup>32</sup>. In altri termini, esiste uno scambio di prestazioni, una creazione di diritti e di doveri delle parti del contratto, ed esiste un'interdipendenza delle prestazioni<sup>33</sup>.

53. In terzo luogo, occorre — elemento questo del resto direttamente collegato col precedente — che la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, il fornitore, abbia di fatto la qualità di terzo rispetto a tale amministrazione, e cioè che si tratti di una persona diversa rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Questo elemento costituisce altresì una caratteristica essenziale della stipulazione di contratti d'appalto di forniture rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

54. Da quanto sopra risulta che la direttiva non si applica a casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice ricorre a fonti proprie per la fornitura dei beni che desidera<sup>34</sup>. Il

31 — È significativo il fatto che all'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 si precisa che «la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva». In altri termini, la direttiva 92/50 si applica solo se il rapporto giuridico tra le parti contrattuali è un appalto di servizi, come dispone l'art. 1, lett. a), della direttiva, e non si applica nei casi di prestazioni di servizi non basate su contratti d'appalto; v. anche il paragrafo 26 delle conclusioni dell'avvocato generale La Pergola presentate nella causa C-360/96, BFI Holding, in cui è stata pronunciata la sentenza 10 novembre 1998 (Racc. pag. I-6821), e, inoltre, il paragrafo 49 delle conclusioni dell'avvocato generale S. Alber, presentate nella causa C-108/98, RLSAN, Racc. 1999, pag. I-5219.

32 — Questo elemento della determinazione del corrispettivo in modo astratto nel caso di stipulazione di un contratto di appalto pubblico di fornitura di beni viene sottolineato nella sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1409, punto 25); tale causa riguardava l'aggiudicazione del sistema di automazione del gioco italiano del lotto, e cioè la fornitura di un sistema di automazione integrato del gioco di cui trattasi che comprendeva, in particolare, la fornitura di determinati beni allo Stato. Lo stesso elemento del versamento di un determinato corrispettivo come compenso del prestatore di servizi è altresì sottolineato nella citata sentenza 10 novembre 1998, BFI Holding (punto 25).

33 — Per questo importante elemento della nozione di contratto d'appalto, v. André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., 1983 (808 pagg.), §§ 14 e seguenti, pag. 29 e seguenti.

34 — Caso di fornitura cosiddetta «in house». V., relativamente a tale questione nell'ambito della direttiva 92/50, Philippe Flamme e Maurice-André Flamme, «Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50 CEE du 18 juin 1992)», articolo apparso nella *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, fascicolo 365, febbraio 1993 (pagg. 150-170), §§ 15 e 16. V., altresì l'articolo di M. Mensi, op. cit., § 5.

diritto comunitario non impone che le amministrazioni aggiudicatrici osservino la procedura che garantisce l'effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi intendano procedere esse stesse alla fornitura di beni di cui esse abbiano necessità<sup>35</sup>.

55. L'AGAC sostiene che il Comune di Viano non ha affidato ad un terzo il servizio di gestione degli impianti di riscaldamento ma ha semplicemente deciso di organizzare in modo diverso la gestione diretta di tale servizio, facendo ricorso alla struttura e al personale di un organismo privato da esso costituito a tal fine e non alla propria struttura e al proprio personale.

35 — Alla Corte di giustizia è stata posta un'analoga questione che riguardava l'interpretazione di disposizioni della direttiva 92/50. In particolare, nella causa C-360/96, BFI Holding (già menzionata alla nota 31), che riguardava una controversia tra due comuni olandesi e un'impresa privata (la BFI) la quale sosteneva che la stipulazione di una convenzione per la raccolta di rifiuti con una società per azioni (l'ARA) a tal fine costituita dai comuni di cui trattasi doveva essere assoggettata alla procedura prevista dalla direttiva, il giudice nazionale aveva considerato che l'ARA rientrava nell'esenzione di cui all'art. 6 della direttiva 92/50 in quanto era considerata un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50.

L'avvocato generale A. La Pergola, nelle sue conclusioni (paragrafo 38) nella causa BFI Holding, è pervenuto alla conclusione che «non sussiste la "terzietà", e cioè la sostanziale distinzione dell'organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore»; d'altro canto, questo elemento della misura in cui la prestazione di servizi sia fornita da una parte della pubblica amministrazione e, di conseguenza, non si configuri un appalto pubblico, ai sensi della direttiva 92/50, è stato sottolineato anche dall'avvocato generale S. Alber nelle sue conclusioni nella causa C-108/98, RI.SAN (già citata alla nota 31); v. il paragrafo 49 delle sue conclusioni.

L'avvocato generale A. La Pergola è giunto alla conclusione che «in definitiva (...) il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva» (trattasi della direttiva 92/50). Tuttavia, l'avvocato generale La Pergola ha ammesso che un soggetto di questo genere (come l'ARA) costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 92/50. La Corte di giustizia ha esaminato la questione di stabilire quando un organismo possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 e ha fornito i relativi elementi di interpretazione di cui il giudice nazionale aveva bisogno.

56. In primo luogo, ritengo che non venga posto in dubbio, conformemente agli elementi forniti dal giudice nazionale, che la causa in esame verte (anche) su una fornitura di taluni beni.

57. In secondo luogo, perché la direttiva possa essere applicata dovrà esistere un contratto scritto, in cui saranno determinati gli obblighi e i diritti delle parti e, più in particolare, la questione del compenso. In altri termini, il giudice nazionale deve esaminare se sia stato stipulato, in particolare per iscritto, un contratto d'appalto disciplinante i rapporti tra amministrazione aggiudicatrice e fornitore, il quale stabilisca i diritti e gli obblighi delle parti, al di là della deliberazione del consiglio comunale di Viano in ordine all'aggiudicazione<sup>36</sup>.

58. Inoltre, spetta alla competenza del giudice nazionale esaminare se, ove esista un contratto d'appalto in forma scritta, l'opportunità, riconosciuta al comune, di rinnovare il contratto fosse una conseguenza di trattative tra il Comune di Viano e l'AGAC. Allo stesso modo è di competenza di tale giudice anche accertare se il compenso fissato per la fornitura di beni e la prestazione di servizi al comune sia stato stabilito in base agli usi commerciali vigenti<sup>37</sup>. Dalle soluzioni alle questioni di cui sopra che saranno date dal giudice

36 — Dall'ordinanza di rinvio risulta che l'AGAC è tenuta a gestire il servizio di riscaldamento principalmente in base alle direttive contenute nella deliberazione impugnata, che sono state unilateralmente emanate dal Comune di Viano.

37 — Non ritengo che si possa parlare di aggiudicazione di un appalto e di assegnazione ai sensi della direttiva nel caso in cui, da un lato, il compenso indicato nella deliberazione del consiglio comunale non sia stato fissato liberamente sulla base di un'offerta stabilita dall'AGAC nell'ambito della sua autonomia imprenditoriale e, dall'altro, tale offerta sia priva di ogni carattere di lucro, come sottolinea del resto la Commissione.

nazionale dipende lo stabilire se ci si trovi effettivamente di fronte ad un contratto d'appalto disciplinato dalla normativa comunitaria oppure no.

59. D'altro canto, come precisa il giudice nazionale, si tratta di due soggetti formalmente separati che operano sul mercato. Questo elemento è importante perché, se un comune, nel quadro di una migliore organizzazione interna dei propri servizi, ha affidato la fornitura ad uno dei propri servizi, questo significherebbe che ci si trova di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sua sfera amministrativa<sup>38</sup>. In un tale caso ipotetico, il rapporto che collegherebbe il Comune di Viano con l'AGAC non potrebbe considerarsi come un appalto pubblico ai sensi della direttiva 93/36.

60. Più in particolare, nella fattispecie, conformemente alla legge nazionale, l'AGAC, che è dotata di personalità giuridica e dispone di autonomia imprenditoriale, costituisce un consorzio di comuni, istituito in base all'art. 25 della legge n. 142/90. In tale articolo si prevede espressamente la gestione comune di uno o più servizi con la costituzione di un consorzio secondo le norme relative alle aziende speciali di cui all'art. 23 della stessa legge italiana, come si è detto in un paragrafo precedente. Parimenti, l'AGAC deve esercitare i compiti ad essa affidati dai comuni facenti parte

del consorzio ed è soggetta al controllo di tali comuni.

61. Ai sensi dell'art. 10, n. 3, dello statuto dell'AGAC, la quota di partecipazione del Comune di Viano all'assemblea dell'AGAC, e cioè, sostanzialmente, alla sua amministrazione — ma anche agli utili e alle perdite del consorzio —, ammonta allo 0,9%. Come peraltro risulta dalle circostanze di fatto riferite dal giudice nazionale, ritengo improbabile che nel caso dell'AGAC, che costituisce un consorzio costituito da 45 comuni della provincia di Reggio Emilia ed è una persona giuridica a parte, possa sostenersi che il Comune di Viano esercita su tale consorzio un controllo analogo a quello che esercita un ente all'interno dell'organo.

62. D'altro canto, ai sensi dell'art. 3, n. 4, del suo statuto, l'AGAC può procedere alla prestazione di determinati servizi<sup>39</sup> nei confronti di comuni, privati o enti pubblici non consorziati.

63. Così, nonostante la possibilità del Comune di Viano, conformemente alla deliberazione n. 18, di ottenere, previa richiesta, il rinnovo della durata dell'appalto, non ritengo che sia provato che il comune eserciti un controllo gerarchico nei

38 — Ricordo che la Teckal ha prestato per cinque anni, come essa asserisce, tali servizi come controparte contrattuale del Comune di Viano.

39 — Ricordo che si tratta, fra l'altro, della distribuzione e dell'erogazione di metano e calore per scopi domestici e industriali.

confronti dell'AGAC né che i rapporti tra il comune e l'AGAC non configurino un affidamento in appalto per il motivo che le due parti contraenti non hanno di fatto la qualità di terzo l'una rispetto all'altra<sup>40</sup>.

64. Se, sulla base degli accertamenti a cui deve procedere il giudice nazionale, si giunge alla conclusione che i rapporti tra il comune e l'AGAC sono conseguenza dell'incontro di due volontà autonome che rappresentano interessi giuridici distinti, conformemente all'abituale schema che caratterizza i rapporti contrattuali di due soggetti distinti<sup>41</sup>, e questa conclusione risulta anche dall'esame delle condizioni contrattuali<sup>42</sup>, l'affidamento in appalto della prestazione che costituisce oggetto della causa in esame rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

65. Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle proce-

sure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

66. Di conseguenza, con le riserve menzionate per quanto riguarda i punti che il giudice nazionale deve chiarire, dovrebbe essere osservata la procedura della direttiva 93/36. Infatti, il comune dovrebbe osservare le disposizioni dirette a garantire la concorrenza nella scelta della sua controparte contrattuale senza alcuna eccezione, anche ove ritenga che l'AGAC costituisca un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, in quanto, come ho sottolineato in un precedente paragrafo delle mie conclusioni, tale direttiva non prevede deroghe, analoghe a quella di cui all'art. 6 della direttiva 92/50, per le stipulazioni di appalti pubblici di forniture con altre amministrazioni aggiudicatrici.

67. Così ritengo che dalle considerazioni che precedono risulti come la direttiva 93/36 non consenta di derogare dalla procedura da essa sancita in caso di aggiudicazione di un appalto per la fornitura di beni indipendentemente dal fatto che l'appalto venga stipulato tra un'amministrazione aggiudicatrice con un soggetto che sia anch'esso un'amministrazione aggiudicatrice. Di conseguenza, con la riserva dei punti che il giudice nazionale deve esaminare, la direttiva di cui trattasi osta all'affidamento in appalto della controversa fornitura se i rapporti tra l'ente locale e il consorzio al quale il detto ente partecipa costituiscono la conseguenza dell'incontro di volontà di due diversi soggetti, autonomi in senso proprio, che rappresentano interessi giuridici distinti.

40 — Secondo la Commissione (punto 34 delle sue osservazioni scritte) sembra che nella fattispecie si tratti di un modulo organizzativo particolare, in cui il comune non si rivolge al mercato per ricevere la particolare fornitura di beni o la prestazione di servizi, ma ad un soggetto che può essere qualificato come una sua emanazione (*longa manus*) nello specifico settore interessato nel caso di specie.

41 — In altre parole, occorre che venga accertato se si sia proceduto a trattative per la fissazione delle condizioni contrattuali.

42 — Si tratta, ad esempio, della previsione di clausole penali in caso di esecuzione difettosa degli obblighi dell'AGAC, o di una clausola arbitrale, ecc.

## VI — Conclusione

68. Alla luce dell'esame in precedenza operato, propongo che la questione pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, venga risolta nei seguenti termini:

«La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, impone l'osservanza della procedura da essa sancita nel caso in cui venga stipulato per iscritto un contratto d'appalto a titolo oneroso per la fornitura di beni, indipendentemente dal fatto che il contratto sia stipulato tra soggetti che siano amministrazioni aggiudicatrici».