

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GEELHOED
presentate il 28 settembre 2006

Causa C-295/05

**Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)
contro
Transformación Agraria SA
e
Administración del Estado**

(Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo)

«Interpretazione dell'art. 86, n. 1, CE e delle direttive 93/36/CEE, 93/37/CEE, 97/53/CE, 2001/78/CE e 2004/18/CE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dei lavori, di forniture e di servizi – Compatibilità di una normativa nazionale che conferisce ad un'impresa pubblica un regime giuridico che le consente di realizzare opere pubbliche senza essere assoggettata alla disciplina generale sugli appalti della pubblica amministrazione»

I – Introduzione

1. La presente causa verte sulla compatibilità con il diritto comunitario, e segnatamente con le direttive comunitarie sugli appalti pubblici e con gli artt. 12, 43, 46 e 86, primo paragrafo, CE, di una normativa nazionale per un'impresa pubblica disciplinata dal diritto privato che, in forza di detta normativa, è uno «strumento proprio», ossia un servizio esecutivo delle amministrazioni pubbliche competenti, ma che per il resto può svolgere anche attività a favore di enti pubblici diversi da quelli da cui dipende in quanto servizio esecutivo, nonché a favore di imprese ed organizzazioni private. Inoltre a detta persona giuridica può essere affidata dalle amministrazioni pubbliche competenti l'esecuzione di prestazioni diverse da quelle elencate nell'oggetto ad essa attribuito per legge.

2. Tali questioni sono sorte a seguito di una denuncia della Asociación Nacional de Empresas Forestales (in prosieguo: la «ASEMFO») contro la Empresa de Transformación Agraria S.A. (in prosieguo: la «TRAGSA»), in cui la ASEMFO ha accusato la TRAGSA di violare la legge spagnola a tutela della concorrenza, in quanto non segue la procedura prevista dalla normativa spagnola sugli appalti pubblici, fatto che configurerebbe un abuso di una posizione dominante sui mercati per le opere, i servizi e i progetti nel settore forestale. Alla fine il Tribunal Supremo spagnolo, nella discussione del ricorso in cassazione della ASEMFO avverso la sentenza della Sala de lo Contencioso-Administrativo della Audiencia Nacional, ha ritenuto di dover sottoporre alla Corte talune questioni pregiudiziali al riguardo.

II – Ambito giuridico

A – La normativa nazionale

3. Per una buona comprensione delle implicazioni pratiche e giuridiche delle questioni presentate alla Corte occorre un riassunto più dettagliato del solito della normativa nazionale – di per sé estesa e complicata – applicabile alla TRAGSA.

4. La TRAGSA è stata istituita il 24 maggio 1977, con regio decreto 21 gennaio 1977, n. 379/1977, in cui veniva approvata la sua costituzione come impresa pubblica. Questa persona giuridica veniva disciplinata giuridicamente in parte dal regime generale vigente per le società di diritto privato, in parte dalle norme generali applicabili alle imprese pubbliche. Il suo oggetto sociale è originariamente definito dall'art. 2 del menzionato regio decreto, ma è stato successivamente ampliato con i regi decreti 8 febbraio 1984, n. 424, e 17 luglio 1985, n. 1422. Le sue principali attività attualmente comprendono la predisposizione di ogni tipo di opere e impianti, servizi e studi, oltre all'approntamento di piani e progetti nel settore dell'agricoltura e della silvicoltura, nonché della tutela e del miglioramento dell'ambiente fisico, della piscicoltura, della pesca e della difesa della natura.

5. Dall'art. 88 della legge spagnola 30 dicembre 1997, n. 66, vertente su misure fiscali, amministrative e sociali, si può desumere che la TRAGSA, ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. a), della legge finanziaria, è un'impresa pubblica che fornisce servizi essenziali nel settore dello sviluppo rurale e della difesa dell'ambiente. Si tratta di uno «strumento proprio e di un servizio tecnico dell'amministrazione» che, o direttamente, o mediante le sue consociate, deve realizzare le opere ad esso affidate dall'amministrazione generale dello Stato, dalle regioni autonome e dagli organi pubblici da essi dipendenti.

6. In ultima istanza, il regime giuridico della TRAGSA è stato stabilito con regio decreto 5 marzo 1999, n. 371, come regime dell'«impresa per la trasformazione agricola, società per azioni» (TRAGSA).

7. LA TRAGSA deve realizzare le opere e svolgere le attività ad essa affidate dall'amministrazione. Siffatto obbligo riguarda espressamente gli incarichi che le vengono commissionati in quanto organizzazione esecutiva e servizio tecnico dell'amministrazione nei settori che rientrano nel suo oggetto sociale (art. 3, n. 2, del regio decreto n. 371/1999). Inoltre la TRAGSA deve accordare la precedenza ad attività urgenti e straordinarie conseguenti a calamità naturali e disastri analoghi (art. 3, n. 3 del menzionato decreto). Essa non può rifiutare gli incarichi affidatili, né discuterne il termine di esecuzione, e realizza le opere ad essa commissionate ai sensi delle indicazioni che le vengono fornite (art. 5, n. 3, del decreto menzionato).

8. Il regio decreto definisce le relazioni della TRAGSA con le amministrazioni pubbliche centrali e decentralizzate come aventi natura strumentale e non contrattuale, e di conseguenza queste hanno sotto ogni profilo carattere interno, caratterizzato da dipendenza e subordinazione (della TRAGSA) (art. 3, n. 6, del menzionato decreto).

9. Il regime finanziario a cui è soggetta la TRAGSA prevede rimborsi per le sue attività, calcolati secondo un sistema tariffario descritto all'art. 4 del regio decreto n. 371/1999. Le tariffe sono stabilite da un comitato interministeriale, che si fonda anche sulle informazioni fornite dalla TRAGSA sui costi da essa sostenuti.

10. Per le sue attività la TRAGSA può avvalersi della collaborazione di imprese private (art. 5 del regio decreto n. 371/1999). Esistono varie limitazioni a siffatta collaborazione con soggetti privati. Può trattarsi, segnatamente, soltanto della lavorazione o della fabbricazione di beni mobili, gli importi massimi oggetto di tali contratti sono limitati e nella selezione dei

partners privati occorre rispettare i principi della previa indizione di gara d'appalto (pubblicazione e concorrenza).

11. A questo riguardo si deve osservare che la TRAGSA può agire anche come impresa commerciale, addirittura nei confronti dell'amministrazione, senza doversi attenere alla sua qualità di «ente strumentale e servizio tecnico dell'amministrazione». In quei casi le sue attività, a norma dell'art. 1 del regio decreto n. 371/1999, sono disciplinate dalle norme che vengono generalmente applicate alle imprese commerciali.

12. Negli anni ottanta del secolo scorso il contesto amministrativo in cui opera la TRAGSA ha subito un mutamento sostanziale, a seguito dell'entrata in vigore della costituzione spagnola del 1978, che ha devoluto alle comunità autonome o alle regioni (in prosieguo: le «regioni») le competenze per l'agricoltura e la protezione dell'ambiente di spettanza delle autorità centrali. Il trasferimento di un potere amministrativo implicava necessariamente anche la cessione dei mezzi e degli strumenti necessari per poter esercitare appieno siffatto potere. Per questo motivo la TRAGSA, già prima dell'entrata in vigore del Trattato CE per la Spagna, è stata messa a disposizione delle regioni autonome per assicurare l'esercizio delle loro competenze.

13. Tale trasferimento di pubblici poteri nei confronti della TRAGSA dall'autorità centrale alle regioni autonome è stato realizzato mediante contratti di diritto pubblico, stipulati da ciascuna delle regioni con la TRAGSA, in cui era stabilito il regime per l'uso della TRAGSA come organizzazione esecutiva «propria» della regione autonoma interessata. La maggior parte delle regioni autonome ha stipulato siffatti contratti con la TRAGSA, sebbene solo quattro di esse abbiano acquisito azioni di questa impresa.

14. Secondo le leggi e i regolamenti spagnoli vigenti tuttavia, non occorre che una regione detenga una quota nella TRAGSA per poter disporre dei suoi servizi: essa funziona come un'organizzazione esecutiva «propria» delle regioni, per cui in linea di principio non fa differenza se una regione vi partecipi o meno. Ciò è confermato dalla legge n. 66/97, la quale stabilisce che le regioni possono detenere quote nella TRAGSA, ma che non sono tenute a farlo.

15. Per la valutazione delle questioni sottoposte alla Corte è inoltre utile riportare ancora alcune parti della normativa spagnola sulle procedure pubbliche di appalto. Esse contribuiscono infatti a definire il contesto giuridico in cui la TRAGSA ha operato e tuttora opera, in forza del suo status giuridico di impresa pubblica.

L'art. 60 della legge sugli appalti pubblici, come approvata con regio decreto 8 aprile 1965, n. 923, dispone:

«Possono essere eseguite direttamente dalla pubblica amministrazione unicamente le opere che vengono realizzate in una delle seguenti circostanze:

1. Quando l'amministrazione dispone di fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici o industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate, nel qual caso di norma si deve fare uso di siffatti strumenti».

L'art. 153 della legge 18 maggio 1995, n. 13, relativa ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, stabilisce:

«1. L'amministrazione può realizzare opere avvalendosi dei suoi servizi interni e delle sue risorse di personale o di materiali, ovvero della collaborazione con imprese private, in quest'ultimo caso purché il valore economico delle opere in questione sia inferiore a ESP 681 655 208, esclusa l'imposta sul valore aggiunto dovuta, ove ricorra una delle seguenti condizioni:

a) Quando l'amministrazione dispone di fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici o industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate, nel qual caso di norma si deve fare uso di siffatti strumenti».

L'art. 152 del testo codificato della legge relativa ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, come approvata con regio decreto 16 giugno 2000, n. 2, così recita:

«1. L'amministrazione può realizzare opere avvalendosi dei suoi servizi interni e delle sue risorse di personale o di materiali, ovvero della collaborazione con imprese private, in quest'ultimo caso purché il valore economico delle opere in questione sia inferiore a EUR 5 923 624, l'equivalente di 5 000 000 diritti speciali di prelievo, ove ricorra una delle seguenti condizioni:

a) Quando l'amministrazione dispone di fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici o industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate, nel qual caso di norma si deve fare uso di siffatti strumenti».

L'art. 194 della menzionata legge stabilisce:

«L'amministrazione può fabbricare beni mobili avvalendosi dei suoi servizi interni e delle sue risorse di personale e di materiali, oppure in collaborazione con imprese private, in quest'ultimo caso purché l'importo dei lavori sia inferiore agli importi massimi previsti dall'art. 177, n. 2, ove ricorra una delle seguenti condizioni:

a) Quando l'amministrazione dispone di fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici o industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate, nel qual caso di norma si deve fare uso di siffatti strumenti».

16. Come spiega il giudice del rinvio, la normativa citata al paragrafo precedente elenca le diverse condizioni a cui è subordinata l'esecuzione diretta di opere da parte della stessa amministrazione, tra cui quella di disporre di mezzi propri, come avviene per la TRAGSA nelle sue attività. Siffatta condizione non è legata ad altri requisiti o circostanze, come, ad esempio, motivi di urgenza o di interesse pubblico. Questi motivi costituiscono una condizione separata: «Quando si tratta della realizzazione di opere considerate urgenti ai sensi del disposto della presente legge». Basta pertanto che l'amministrazione disponga di servizi interni, come la TRAGSA e le sue consociate, per poter affidare a questi servizi ogni tipo di opera o di attività, senza alcuna condizione supplementare, con la sola limitazione della soglia economica che vale nell'eventualità in cui la TRAGSA si avvalga della collaborazione di imprese private nell'esecuzione delle commissioni. Si tratterebbe, a questo riguardo, di una facoltà, non già di un obbligo dell'amministrazione interessata.

17. Infine desidero ancora ricordare che la stessa TRAGSA è un'amministrazione aggiudicatrice, come risulta dall'art. 88 della legge n. 66, quale modificata dalla legge n. 53/2002.

B – Alcuni dettagli sulla struttura e le attività della TRAGSA

18. Nelle sue osservazioni scritte la Commissione ha fornito alcuni dettagli sulla struttura e sulle attività della TRAGSA, ad integrazione del quadro normativo e regolamentare sopra menzionato, che possono risultare rilevanti nella valutazione e nella soluzione delle questioni sottoposte alla Corte.

19. Attualmente la stragrande maggioranza delle azioni della TRAGSA – oltre il 99% – è detenuta direttamente o indirettamente dallo Stato spagnolo. Quattro regioni detengono una quota quasi simbolica, insieme meno dell'1%, nel capitale della TRAGSA.

20. Nel corso del tempo le attività della TRAGSA si sono notevolmente diversificate. Oltre ai lavori più tradizionali, come la progettazione e la costruzione di infrastrutture e di altre opere necessarie per la modernizzazione della produzione agricola e dell'allevamento, hanno acquisito rilevanza sempre maggiore tecnologie destinate a favorire un uso più efficiente delle acque e attività per la difesa dell'ambiente fisico e naturale, nonché del patrimonio storico e culturale nelle campagne. Si aggiungono ancora attività volte a favorire la silvicoltura, la protezione delle risorse ittiche e la piscicoltura.

21. La TRAGSA è finanziata dalle indennità che riceve per le sue attività. Nell'esercizio 2004 il suo fatturato ammontava a 674 milioni di EUR, il suo utile, dopo deduzione dell'imposta sugli utili societari, a 22,24 milioni di EUR.

22. Oltre la metà del fatturato della TRAGSA e delle sue consociate proviene dalle attività a favore delle regioni. Ciò è logico, posto che alle regioni spetta la maggior parte dei pubblici poteri nei settori in cui opera questa impresa. Circa il 30% del fatturato proviene dall'amministrazione centrale spagnola, circa il 5% da altri enti pubblici, tra cui i comuni, e tra il 2 e il 3,5% da privati e imprese.

23. La Commissione constata ancora che i dati disponibili non le consentono di accertare quale sia la quota del fatturato totale costituita dalle attività svolte dalla TRAGSA in veste di «strumento esecutivo interno e servizio tecnico» dell'amministrazione.

24. Per facilitare un'analisi dettagliata delle questioni sollevate dal Tribunal Supremo mi sembra opportuno estrapolare da quanto precede i seguenti punti da prendere in considerazione:

Nella sua qualità di strumento esecutivo per gli incarichi provenienti – soprattutto – dalle regioni, la TRAGSA è quasi completamente nelle mani dello Stato spagnolo, che detiene più del 99% del suo capitale.

In quanto organizzazione esecutiva, separata sotto il profilo organizzativo, la TRAGSA per gli incarichi provenienti dall'amministrazione centrale e dalle regioni è completamente dipendente dagli ordini e dalle istruzioni impartite da siffatti enti nell'esercizio dei loro poteri pubblici: essa deve accettare gli incarichi affidatili ed eseguirli a norma delle specificazioni e dei termini imposti, a fronte di tariffe stabilite per regolamento.

La legislazione spagnola sugli appalti pubblici non esclude che la TRAGSA riceva dall'amministrazione centrale e dalle regioni incarichi non direttamente connessi con l'esercizio di competenze, compiti e responsabilità pubbliche, ma che le vengono commissionati unicamente in quanto essa è a disposizione come servizio tecnico, mentre per il resto potrebbero essere eseguiti anche da parti private alle normali condizioni di mercato.

Il sistema di norme legislative, regolamentari ed amministrative nel cui ambito opera la TRAGSA lascia espressamente e tacitamente spazio per attività diverse da quelle da essa svolte in quanto strumento esecutivo dell'amministrazione centrale e delle regioni. La portata di siffatte attività tuttavia non può desumersi con precisione dal materiale a disposizione, in quanto la TRAGSA svolge parte di tali attività per il tramite delle sue consociate.

III – I fatti, il corso del procedimento e le questioni pregiudiziali

25. Il 23 febbraio 1996 la ASEMFO presentava denuncia dinanzi all'Autorità spagnola per la concorrenza, accusando la TRAGSA di abusare della propria posizione dominante sul mercato spagnolo dei lavori, dei servizi e della pianificazione nel settore della silvicoltura, tra l'altro in quanto i suoi committenti – pubblici – non rispettavano le procedure di

aggiudicazione previste dalla Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas 18 maggio 1995, n. 13 (legge spagnola sugli appalti delle amministrazioni pubbliche).

Secondo la ASEMFO, lo status della TRAGSA le consentirebbe di effettuare una grande varietà di lavori su richiesta diretta delle autorità centrali o decentralizzate, senza che vengono previamente indette procedure d'appalto. Ciò comprometterebbe la concorrenza nei relativi mercati per i servizi e per i lavori nel settore dell'agricoltura e della silvicoltura in Spagna.

26. Con decisione 16 ottobre 1997 l'Autorità per la concorrenza archiviava la denuncia, motivando la decisione con il fatto che la TRAGSA svolgerebbe il ruolo di uno «strumento proprio», ossia di un servizio esecutivo interno dell'amministrazione, privo di autonomia decisionale, obbligato a realizzare i lavori commissionati. Pertanto si tratterebbe di un problema di rapporti tra enti committenti e commissionari nel seno dell'amministrazione stessa e l'operato della TRAGSA non avrebbe nulla a che vedere né con il mercato né con il diritto della concorrenza vigente sul mercato per le imprese private e pubbliche.

27. La ASEMFO ha impugnato questa decisione dinanzi al Tribunal de Defensa de Competencia, che ha respinto l'appello con sentenza 30 marzo 1998, con una motivazione identica a quella adottata dall'Autorità, sottolineando che le attività della TRAGSA, svolte su incarico delle amministrazioni competenti, dovevano essere considerate come opere realizzate dalle amministrazioni medesime. Solo in caso di un operato autonomo della TRAGSA come impresa pubblica si potrebbe configurare una violazione del diritto della concorrenza.

28. La ASEMFO ha successivamente impugnato tale sentenza dinanzi alla Sala de lo Contencioso-Administrative della Audiencia Nacional, che con sentenza 26 settembre 2001 ha confermato la decisione del Tribunal.

29. Infine la ASEMFO ha proposto ricorso in cassazione dinanzi al Tribunal Supremo, sostenendo che la TRAGSA, in qualità di impresa pubblica, non può essere qualificata come uno «strumento proprio», ossia come un servizio esecutivo interno dell'amministrazione, a cui non si applicherebbero le disposizioni del diritto comunitario relativo alle procedure d'appalto, e che il regime legale vigente per la TRAGSA, segnatamente fissato dall'art. 88 della legge 66/1997, non sarebbe compatibile con il diritto comunitario.

30. Il Tribunal ha avuto alcune perplessità sulla compatibilità del regime legale della TRAGSA con il diritto comunitario.

31. Esso ha pertanto ritenuto opportuno sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) Se, ai sensi dell'art. 86, n. 1, del Trattato CE, sia ammissibile che uno Stato membro attribuisca con legge ad un'impresa pubblica uno status giuridico che le consenta di realizzare opere pubbliche senza essere assoggettata alla disciplina generale sugli appalti della pubblica amministrazione aggiudicati mediante gara, anche ove non sussistano circostanze speciali di urgenza o di interesse generale, indipendentemente dal fatto che superino o meno la soglia economica prevista dalle direttive comunitarie a tal proposito.
- 2) Se un tale regime giuridico sia compatibile con il disposto delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE e 93/37/CEE, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CEE e della direttiva della Commissione 2001/78/CE, che modifica le direttive precedenti – normativa recentemente abrogata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE.

- 3) Se le considerazioni della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 8 maggio 2003, causa C-349/97, Regno di Spagna/Commissione, siano applicabili in ogni caso alla TRAGSA e alle sue consociate, anche qualora si tenga in considerazione la restante giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici, e se siffatta circostanza, posto che l'amministrazione affida alla TRAGSA un elevato numero di opere, le quali sono sottratte al regime della libera concorrenza, configuri una distorsione significativa del mercato rilevante.

A – *Procedimento dinanzi alla Corte*

32. La ASEMFO, la TRAGSA, il governo spagnolo, il governo lituano e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte. Nell'udienza del 15 giugno 2006 la TRAGSA, il governo spagnolo e la Commissione hanno esposto dettagliatamente i loro punti di vista.

IV – Valutazione

A – *Osservazioni preliminari*

33. La TRAGSA, il governo spagnolo e la Commissione hanno messo in discussione in modo chi più chi meno esauriente la ricevibilità delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte.

34. I dubbi vertenti sulla pertinenza delle questioni per la soluzione della causa principale e sulla loro rilevanza alla luce della esistente giurisprudenza della Corte, tenendo altresì conto della complessità del contesto giuridico nazionale e dei presupposti di fatto, a mio avviso possono essere valutati solo dopo aver esaminato le questioni nel merito.

35. Pertanto solo in chiusura delle presenti conclusioni approfondirò l'argomento della ricevibilità delle questioni pregiudiziali in esame.

36. In tutte le osservazioni scritte e anche nell'udienza è stata ampiamente esaminata la giurisprudenza della Corte sull'applicabilità del diritto comunitario relativo alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di realizzazione di opere, nonché sulla concessione di licenze da parte delle autorità, nei casi in cui l'amministrazione territoriale interessata in veste di committente esercita un controllo sulla società aggiudicataria come sui propri servizi interni e quest'ultima società nel contempo svolge la maggior parte delle sue attività a favore dell'ente o degli enti che la controllano.

37. Come giustamente osservato dalla Commissione nell'udienza dibattimentale, siffatta giurisprudenza è stata sviluppata in casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici avevano concesso determinati appalti per la fornitura di beni e/o di servizi con contratto a titolo oneroso a società su cui esercitavano una forma più o meno sostanziale di controllo e che effettuavano la maggior parte, o una parte rilevante, delle loro attività a favore delle amministrazioni medesime.

38. I rapporti sostanziali e giuridici posti a fondamento delle questioni pregiudiziali in esame differiscono tuttavia sotto due aspetti dalla giurisprudenza citata nella precedente nota 7:

L'autorità centrale spagnola e le regioni svolgono il ruolo di committenti della TRAGSA in senso strettamente gerarchico, per cui la TRAGSA non può rifiutare i compiti ad essa affidati dalle autorità competenti, è del tutto vincolata dalle istruzioni e dalle specificazioni fornite da dette autorità e riceve per le sue attività un'indennità calcolata e stabilita per regolamento. In sintesi, la TRAGSA, pur avendo personalità giuridica in parte privata e in parte pubblica, si caratterizza come un servizio esecutivo interno dell'amministrazione centrale spagnola e delle regioni. L'elemento contrattuale tra l'amministrazione committente e la società

aggiudicataria, sempre presente nei casi per cui la Corte ha sviluppato la sua giurisprudenza in precedenza citata, qui manca del tutto.

Sebbene la TRAGSA svolga attualmente la maggior parte delle sue attività a favore delle regioni, presupporre che essa sia subordinata a questi enti territoriali è quanto meno problematico. Il suo status di diritto pubblico, come risulta da quanto sopra esposto, è stabilito del tutto o quasi dal legislatore centrale spagnolo, mentre solo quattro delle 17 regioni autonome detengono nella TRAGSA una quota di entità simbolica, pari complessivamente a meno dell'uno per cento del capitale azionario complessivo. Da ciò si può desumere che la TRAGSA è certamente al servizio delle regioni come strumento esecutivo, ma che non è senz'altro vero che essa viene controllata dalle regioni stesse.

39. Da tali differenze consegue che le soluzioni delle questioni pregiudiziali sollevate non possono essere semplicemente desunte dalla citata giurisprudenza della Corte, anche se questa, per analogia, può offrire un importante sostegno per la valutazione.

40. Qui di seguito, esaminerò a grandi linee quali possibili problemi di diritto comunitario possono insorgere in un contesto giuridico-organizzativo come quello posto a fondamento della causa principale.

41. Quindi accerterò, per quanto possibile tenendo conto della giurisprudenza della Corte citata nelle precedenti note 7 e 8, in che direzione vada cercata la soluzione delle questioni sollevate.

42. Dedicherò inoltre un'attenzione particolare alla rilevanza dell'art. 86, n. 1, CE, nel contesto di tali questioni.

43. Infine approfondirò brevemente la questione della ricevibilità.

B – *L'ambito giuridico-organizzativo*

44. Come già osservato al precedente paragrafo 38 di queste conclusioni, la TRAGSA può caratterizzarsi come uno «strumento proprio», ossia un servizio esecutivo interno dell'amministrazione centrale spagnola e, eventualmente, delle regioni, che, sia per effetto del suo status giuridico, sia per effetto dei rapporti di proprietà – più del 99% delle azioni della TRAGSA è detenuto direttamente o indirettamente dall'amministrazione centrale spagnola – va considerata come un'entità integralmente controllata dall'amministrazione centrale spagnola.

45. La stragrande maggioranza delle sue attività – come si può desumere dalla descrizione delle sue mansioni, contenuta nella legge – riguarda attività relative al miglioramento della struttura agricola e boschiva in Spagna, nonché alla pesca e alla piscicoltura. A queste attività nel corso degli anni si sono aggiunte anche attività volte alla tutela dell'ambiente e alla conservazione del patrimonio naturale e culturale delle campagne.

46. Oltre a queste attività «regolari» la TRAGSA svolge anche una funzione di riserva che può essere attivata in circostanze eccezionali, come inondazioni e calamità naturali comparabili. Talvolta la TRAGSA viene poi coinvolta nell'esecuzione di talune parti della politica agricola comune, come emerge dalla sentenza della Corte 8 maggio 2003, nella causa C-349/97, Regno di Spagna/Commissione.

47. Queste attività possono essere qualificate per la stragrande maggioranza come operazioni concrete effettuate nella cornice dell'esercizio di poteri pubblici per lo sviluppo della struttura agricola in senso lato, come pure per la qualità dell'ambiente rurale.

48. Il carattere di tali attività e gli obiettivi sociali con esse perseguiti comportano che queste possono essere svolte sia da servizi interni dell'amministrazione e da entità giuridiche più o meno autonome, poste sotto il controllo statale, sia da enti privati su incarico dell'amministrazione responsabile.

49. In linea di principio gli Stati membri sono liberi nella scelta del modo in cui organizzano l'esecuzione di attività per cui hanno una responsabilità pubblica, sebbene nella giurisprudenza sopra citata la Corte solo a condizioni molto severe abbia ritenuto lecita l'aggiudicazione di appalti pubblici e di licenze a entità «interne», senza applicazione della normativa sulla concorrenza.

50. Come emerge dal punto 48 della sentenza Stadt Halle, nei casi in cui un ente pubblico, che sia anche amministrazione committente, può svolgere i suoi compiti impiegando le sue risorse amministrative, tecniche e di vario tipo, senza doversi avvalere di organi esterni non facenti parte dei suoi servizi, la Corte non ha ritenuto applicabili le norme comunitarie disciplinanti gli appalti pubblici. Infatti, in quei casi non si può configurare un contratto a titolo oneroso con una persona giuridica che possa essere distinta dall'amministrazione committente.

51. Una siffatta situazione sembra configurarsi comunque anche nel rapporto tra l'amministrazione centrale spagnola e la TRAGSA. Se lo stesso valga anche per la relazione tra le regioni e la TRAGSA, come il governo spagnolo e la TRAGSA sembrano ritenere ovvio, è una delle questioni che richiede quanto meno un'analisi più approfondita. È possibile infatti considerare senz'altro la TRAGSA come uno strumento tecnico o amministrativo «proprio» delle regioni, posto che queste non possono esercitare su questo «strumento» nessun potere di controllo previsto nella normativa nazionale, né possono far valere siffatto potere in forza della quota da essi detenuta in quello «strumento»?

52. Comunque si risolva tale questione, occorre valutarla alla luce del diritto comunitario primario, segnatamente degli artt. 12, 43 e 49 CE. A mio avviso ciò consegue dalle recenti sentenze Coname e Parking Brixen.

53. Tuttavia, prima di pervenire alla soluzione della questione se le regioni spagnole, come committenti della TRAGSA esercitino effettivamente un controllo su questa società, dovrò accertare quale sia la possibile rilevanza di questa risposta alla luce degli artt. 12, 43, 49 e, se del caso, 86 CE.

54. Come già emerge da quanto osservato al precedente paragrafo 47, le attività concrete che la TRAGSA svolge su incarico dell'amministrazione centrale spagnola nella stragrande maggioranza non comprendono operazioni connesse all'esercizio di pubblici poteri dello Stato spagnolo. La circostanza che tali operazioni perseguano obiettivi di politica e di responsabilità pubbliche in linea di principio non le distingue da attività svolte da privati su incarico delle autorità, come la realizzazione di opere di infrastruttura.

55. Ne consegue che ad esse non è applicabile l'art. 45, primo paragrafo, CE, in combinato disposto con l'art. 55 CE. Pertanto l'operato della TRAGSA, nei limiti in cui ad esso non si applica il diritto comunitario derivato relativo agli appalti pubblici, deve essere esaminato alla luce degli artt. 43, 49, ed, eventualmente, 86 CE.

56. Orbene, può avere effetti reali o potenziali sulla libertà di stabilimento e sulla libera circolazione dei servizi all'interno della Comunità il fatto che le regioni spagnole possono «aggiudicare» una parte molto rilevante delle attività concrete volte a migliorare la struttura agricola ad un ente esecutivo dell'amministrazione centrale spagnola?

57. La soluzione di tale questione dev'essere senz'altro affermativa, in quanto da siffatta costruzione consegue che gran parte delle attività in questione, che potrebbero essere commissionate anche a privati, è in questo modo riservata alla TRAGSA, in quanto servizio esecutivo dell'amministrazione centrale. Il mercato per potenziali candidati privati, provenienti da altri paesi della Comunità, viene di conseguenza a ridursi.

58. La circostanza che si tratta di appalti aggiudicati da un ente – la regione – ad un servizio esecutivo – la TRAGSA – appartenente ad un altro ente dell'amministrazione centrale spagnola, in cui manca qualsiasi elemento di un contratto a titolo oneroso, nulla toglie al fatto che questa costruzione amministrativa ha gli stessi effetti economici di una in cui un ente aggiudica appalti ad una persona giuridica posta sotto il controllo di un altro ente in forza di contratti a titolo oneroso.

59. In entrambe le costruzioni, appalti relativi alla fornitura di beni, servizi ed opere pubbliche vengono sottratti al regime di concorrenza, con tutti i conseguenti effetti reali e potenziali per la libera circolazione dei beni e dei servizi e per la libertà di stabilimento sul mercato comune. Esse devono pertanto essere valutate per quanto possibile alla luce dei medesimi criteri.

60. Ciò vale anche per il criterio secondo cui l'ente committente deve esercitare il controllo sulla società o sul servizio a cui concede l'appalto, con o senza un contratto a titolo oneroso.

61. La TRAGSA e il governo spagnolo, nelle loro esposizioni scritte ed orali, hanno segnatamente sottolineato il carattere della TRAGSA come «strumento proprio», al servizio dell'amministrazione centrale spagnola e delle regioni. Ciò non toglie che la TRAGSA sia qualcosa di più di un semplice servizio esecutivo per lo Stato e le regioni spagnole. Essa funge anche da appaltatrice per i comuni, per altri enti pubblici e per privati. In tale qualità la TRAGSA opera in concorrenza con altri operatori per l'aggiudicazione degli appalti.

62. La quota di tali appalti varia per quanto riguarda il fatturato totale. Dalle informazioni della Commissione, al punto 34 delle sue osservazioni scritte, si può desumere che essa oscilla tra il 7 e l'8,5%. Al punto 96 delle sue osservazioni scritte, la TRAGSA menziona altre cifre, non identiche a quelle della Commissione, in quanto i dati di un paio di consociate sono riportati separatamente. Comunque sia, le informazioni fornite dalla Commissione e quelle fornite dalla TRAGSA sono approssimativamente dello stesso ordine di grandezza.

63. Si può ragionevolmente dubitare che queste cifre consentano senz'altro di concludere che la TRAGSA svolge la maggior parte delle attività a favore dell'ente a cui è subordinata (come sostengono invece il governo spagnolo e la stessa TRAGSA).

64. In primo luogo, da cifre concernenti un numero limitato di anni non può senz'altro trarsi la conclusione che la quota delle attività svolte in regime di concorrenza per soggetti diversi dall'amministrazione spagnola e dalle regioni, ossia per altri enti pubblici e per privati, resterà inferiore al 10% della cifra d'affari complessiva. Nelle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative vigenti per la TRAGSA, quanto meno, non si reperisce alcuna norma che limiti la portata di siffatte attività.

65. In secondo luogo rimane ovviamente da stabilire quale sia l'ente che controlla la TRAGSA. Se si trattasse solo dell'amministrazione centrale spagnola, dai cui appalti la TRAGSA ricava circa il 30% del suo fatturato, non si potrebbe continuare a sostenere che quest'ultima svolge la maggior parte delle sue attività a favore dell'ente che la controlla.

66. Il carattere ibrido della TRAGSA come persona giuridica determina tuttavia un'ulteriore rilevante complicazione giuridica.

67. Se un ente svolge la maggior parte delle sue attività come servizio esecutivo «proprio» di una o più amministrazioni pubbliche e solo una quota meno rilevante delle medesime in regime di concorrenza per altri enti pubblici e per committenti privati, occorre chiedersi in che qualità vengano effettuate queste ultime prestazioni.

68. Si deve considerare la TRAGSA, a causa di quella piccola parte, come una persona giuridica che, pur avendo uno status particolare, per il resto concorre sullo stesso piano con altri candidati privati per l'aggiudicazione di appalti di «altre» amministrazioni pubbliche e di privati?

69. Oppure essa resta un servizio esecutivo delle amministrazioni pubbliche per cui svolge la maggior parte delle sue operazioni, che, con la sua capacità non sfruttata, si dà da fare anche sul mercato, riducendo così ulteriormente lo spazio che ancora resta per le attività nel settore dell'infrastruttura agraria e della protezione dell'ambiente?

70. Tale questione si impone a maggior ragione in quanto lo status giuridico della TRAGSA non sembra prevedere una chiara distinzione giuridica e contabile tra le due vesti in cui questa opera. O, quanto meno, nel suo status manca ogni inequivocabile garanzia contro eventuali distorsioni della concorrenza, che potrebbero verificarsi sul mercato residuo a causa del carattere ibrido della TRAGSA.

71. Potrebbe così configurarsi una situazione in cui candidati privati per il tipo di appalti eseguiti dalla TRAGSA, che già si vedono sbattere la porta in faccia quando la TRAGSA opera su incarico dell'amministrazione centrale spagnola e delle regioni, si trovino svantaggiati anche sui residui segmenti di mercato (di altri enti pubblici e di privati) in quanto su questi mercati la TRAGSA, come loro concorrente, parte da una posizione più favorevole, che può derivare dal fatto che essa sull' – esteso – mercato chiuso degli appalti dell'amministrazione centrale e delle regioni è certamente un candidato privilegiato, se non l'unico.

72. Pertanto il secondo criterio enunciato nella sentenza Teckal, a norma del quale la persona giuridica interessata, il titolare di licenza o il servizio esecutivo separato deve svolgere la maggior parte delle sue attività a favore dell'ente pubblico che lo controlla, da solo non basta a prevenire ostacoli reali o potenziali alla libera circolazione dei beni, dei servizi e dello stabilimento, né un'eventuale distorsione della concorrenza. Su questo punto tornerò in seguito.

73. Infine si pone ancora una questione vertente sulle disposizioni degli artt. 152 e 194 del testo unico sugli appalti pubblici.

74. Secondo tali disposizioni, l'amministrazione può realizzare opere o fornire beni avvalendosi delle proprie risorse interne di materiali e di personale. Ove l'amministrazione disponga di risorse adeguate, con riferimento ai materiali e al personale, di norma è tenuta a farne uso. Se si opta per questa modalità di esecuzione, si può anche agire in collaborazione con imprese private, senza esperire previamente una procedura di aggiudicazione, sempre che i costi dei lavori non superino una soglia massima di EUR 5 923 624.

75. In queste norme non figura la condizione che l'esecuzione delle opere o la produzione dei beni in questione avvenga nell'ambito dei compiti inerenti all'oggetto sociale dei servizi e degli enti incaricati dell'esecuzione.

76. Ovviamente l'interpretazione e l'applicazione di questa normativa nazionale spetta al giudice nazionale. Ciò non toglie tuttavia che i testi in questione sembrino conferire agli organi amministrativi spagnoli competenze o obblighi che potrebbero porsi in contrasto con il diritto comunitario.

77. In effetti, le relative norme nella legislazione spagnola sembrano stabilire che i diversi organi amministrativi in Spagna possano, o in linea di principio addirittura debbano, impiegare liberamente la capacità produttiva di cui dispongono i loro servizi esecutivi per la realizzazione di opere o la prestazione di servizi aventi oggetti che esulano dall'oggetto sociale dei servizi stessi.

78. Nel caso di lavori, servizi o beni per la cui realizzazione o produzione i costi sono inferiori alla soglia massima stabilita dalla legge, i servizi in questione possono anche far ricorso ad imprese private.

79. Senza dilungarsi in questa sede in un'interpretazione più approfondita della relativa normativa interna, si può affermare che questa rende possibile una protezione eccessiva, o addirittura una chiusura, di segmenti di mercato nazionali degli appalti pubblici. La misura in cui ciò potrà avvenire dipende dalla capacità a disposizione dei servizi esecutivi interessati. Ampliando la capacità di tali enti di esecuzione di adeguare qualitativamente gli equipaggiamenti e il personale di cui dispongono, è relativamente semplice far rientrare estesi segmenti del mercato degli appalti pubblici nel dominio esclusivo dei servizi esecutivi delle amministrazioni in questione.

80. La circostanza che all'esecuzione di siffatti appalti possano esser fatte partecipare anche imprese private, senza che venga previamente indetta una gara d'appalto, alla sola condizione che gli appalti in questione non superino una determinata soglia economica, non fa che aumentare quel rischio.

81. Il fatto che alla TRAGSA, a norma dell'art. 88, n. 5, della legge n. 66/97, sia fatto divieto di partecipare a gare d'appalto indette dall'amministrazione centrale spagnola e dalle regioni non diminuisce il rischio insito nell'applicazione dei citati artt. 152 e 194 della menzionata legge spagnola. Tali disposizioni infatti sono intese proprio a garantire che gli appalti pubblici non siano in generale oggetto di gare di appalto quando possono essere realizzati dai servizi esecutivi dell'amministrazione.

82. In sintesi, la normativa spagnola qui citata solleva questioni penetranti sulla sua compatibilità con le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in quanto induce l'amministrazione a sottrarre l'assegnazione degli appalti alle procedure di gara pubbliche, anche se ciò non è giustificato da alcun interesse pubblico. Inoltre essa conferisce una posizione privilegiata ai servizi esecutivi interni, che possono presi in considerazione per l'aggiudicazione di appalti pubblici che esulano totalmente dai compiti ad essi attribuiti per legge o per statuto. Sebbene essi siano di diritto strumenti propri dell'amministrazione, questi servizi vengono di fatto messi nella posizione di operatori privilegiati del mercato. È giocoforza chiedersi se siffatta costruzione sia compatibile con il principio sancito dall'art. 86, n. 1, CE, che vieta tali forme di discriminazione.

83. Riferendosi più concretamente al contesto normativo e fattuale che fa da sfondo alle questioni pregiudiziali in esame, si pone infine il problema se la semplice possibilità che la TRAGSA, a norma dell'art. 152 della legge spagnola menzionata, sia incaricata dell'esecuzione di opere e di servizi che esulano dalle mansioni ad essa affidate per legge non abbia ripercussioni sulla questione se questa impresa pubblica continui a soddisfare il secondo criterio della giurisprudenza Teckal, ossia se svolga la maggior parte dei suoi servizi per l'amministrazione da cui dipende.

C – La soluzione delle questioni

La prima e la seconda questione

84. Come già osservato ai paragrafi 38 e 44 di queste conclusioni, nel contesto normativo e fattuale della causa principale non si configura una situazione in cui l'ente committente conferisce un appalto, in forza di un contratto a titolo oneroso, ad una persona giuridica autonoma, su cui esso stesso esercita un controllo «come sui propri servizi interni». In casu la TRAGSA, pur avendo personalità giuridica distinta, deve essere considerata come «servizio interno», come emerge inequivocabilmente dalla rilevante normativa spagnola.

85. Nella sentenza Stadt Halle, la Corte ha esplicitamente dichiarato che un organo amministrativo, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, può svolgere i suoi compiti di interesse generale avvalendosi delle proprie risorse amministrative, tecniche e di altro tipo, senza essere tenuto a far ricorso ad entità esterne, non appartenenti ai propri servizi. In tal caso non può sussistere alcun contratto a titolo oneroso con un ente giuridicamente distinguibile dall'amministrazione aggiudicatrice. Non occorre dunque applicare in questo caso le disposizioni comunitarie sugli appalti pubblici.

86. A mio avviso, dallo status giuridico vigente per la TRAGSA consegue che essa deve essere considerata come uno «strumento interno», ossia un servizio esecutivo appartenente, in ogni caso, all'amministrazione centrale spagnola. Nei limiti in cui la TRAGSA, nell'ambito delle mansioni ad essa attribuite per legge, esegue appalti affidatili dall'amministrazione centrale spagnola, ad essa non sono pertanto applicabili le norme comunitarie sugli appalti pubblici.

87. Dalle sentenze della Corte nelle cause Coname e Parking Brixen desumo che, se il rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice e l'ente o la persona giuridica aggiudicatari non è disciplinato dalle norme comunitarie sugli appalti pubblici, ad esso restano comunque applicabili le disposizioni generali del trattato, e segnatamente quelle che riguardano le libertà fondamentali di circolazione e la concorrenza.

88. Sebbene le norme comunitarie sugli appalti pubblici non siano applicabili ad un'amministrazione pubblica che svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante i propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne, sempre che il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e che il detto ente svolga la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica, tali due condizioni – i c.d. criteri della giurisprudenza Teckal – rappresentano un'eccezione. Esse devono pertanto formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene.

89. Da queste considerazioni della sentenza Parking Brixen, leggermente parafrasate, consegue che anche nei confronti della TRAGSA occorre accertare se per questa entità si possono invocare i c.d. criteri Teckal. Siffatto controllo spetta al giudice nazionale, che dovrà considerare il contesto di fatto e di diritto in cui opera la TRAGSA. La Corte può fornire a questo giudice gli elementi necessari per aiutarlo a risolvere la controversia posta a fondamento della causa principale.

90. Ad un secondo esame appare non contestabile che il rapporto tra l'amministrazione centrale spagnola e le regioni, da un lato, e la TRAGSA, dall'altro, soddisfa il primo criterio Teckal:

tutte le quote della TRAGSA sono detenute direttamente o indirettamente dallo Stato spagnolo e dalle regioni, seppure solo quattro regioni abbiano una quota di portata simbolica;

inoltre l'ambito normativo in cui la TRAGSA opera, in veste di servizio esecutivo a favore della politica agricola strutturale in senso ampio dell'amministrazione centrale spagnola e delle regioni, non sembra consentire una conclusione diversa da quella che essa opera in tale qualità come «strumento proprio» delle entità pubbliche menzionate. Rinvio in proposito, segnatamente, all'esposizione del contesto normativo, svolta nei paragrafi da 4 a 9 di queste conclusioni.

91. Nella sua giurisprudenza più recente la Corte ha sviluppato in dettaglio il primo criterio Teckal, nel senso che l'esercizio di un controllo «analogo a quello esercitato sui propri servizi» deve consistere in una «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società».

92. Questo criterio, così elaborato, vale non solo nel rapporto tra un singolo ente pubblico e il suo organo esecutivo «proprio», ma anche nel caso in cui diverse amministrazioni, eventualmente riunite in un rapporto di collaborazione, abbiano un servizio esecutivo comune.

93. Infatti non è insolito che diversi enti pubblici, per l'esecuzione di determinate funzioni di interesse pubblico, come il trattamento delle acque reflue, costituiscano un consorzio a cui viene affidata la gestione di un servizio esecutivo comune. Se tale servizio esecutivo comune è organizzato come una persona giuridica distinta, gli interessati possono esercitare «la loro influenza determinante sulle decisioni strategiche di detta persona giuridica», sia in qualità di azionisti, sia mediante la rappresentanza negli organi amministrativi della persona stessa.

94. Se l'organo esecutivo è organizzato come uno «strumento proprio» per le amministrazioni pubbliche consorziate, per analogia con le condizioni poste al controllo esercitato su una persona giuridica «comune» distinta per l'esecuzione di compiti di interesse generale, il controllo deve essere strutturato in modo tale da assicurare l'«influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» di tutte le amministrazioni pubbliche interessate.

95. Infatti, se non sono in grado di esercitare un'influenza sulla strategia e sulla gestione di un servizio comune in quanto strumento proprio, gli enti pubblici partecipanti non possono essere tenuti responsabili per l'operato del servizio stesso. Ciò vale anche in relazione alla loro responsabilità per il corretto rispetto del diritto comunitario.

96. Del resto la Commissione non ha torto ad affermare che le costruzioni in cui diverse amministrazioni pubbliche fanno ricorso ad un servizio esecutivo che, in termini di poteri di controllo, è organizzato come «strumento proprio» di una sola di esse, possono essere fonti di abusi. Può infatti avvenire che tali enti pubblici, per la realizzazione di opere e la prestazione di servizi per cui altrimenti avrebbero indetto una gara pubblica, ricorrano al servizio esecutivo «interno» già esistente di un'altra amministrazione pubblica, o siano invitati a farlo. Ciò può comportare, come ho già spiegato ai precedenti paragrafi da 57 a 59, che rilevanti segmenti di mercato siano sottratti agli effetti del diritto comunitario primario e derivato per gli appalti pubblici.

97. Ciò mi porta a concludere, come passo intermedio, che nei casi in cui un servizio esecutivo agisce come «strumento proprio» di diverse amministrazioni pubbliche, la reale influenza di tutte le amministrazioni committenti sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di quello «strumento proprio» deve essere garantita nello statuto per esso vigente. Inoltre deve essere descritto in dettaglio per l'esercizio di quali poteri pubblici le amministrazioni interessate possono affidare incarichi al servizio esecutivo comune in veste di «strumento proprio».

Ciò al fine di limitare per quanto possibile il rischio di abusi menzionato al paragrafo precedente.

98. Dall'esposizione dello status giuridico della TRAGSA, riportata ai precedenti paragrafi da 4 a 9, emerge che essa è disciplinata integralmente o quasi dalle norme legislative, regolamentari ed amministrative dell'amministrazione centrale spagnola. Anche il regime tariffario per le attività svolte dalla TRAGSA su incarico dell'amministrazione centrale e delle regioni è stabilito dall'amministrazione centrale, e sotto la responsabilità di quest'ultima. Non risulta sussistere alcuna influenza diretta delle regioni. È vero che, come sottolineato dalla TRAGSA e dal governo spagnolo, le regioni possono far valere la loro influenza mediante gli incarichi affidati, ma siffatto controllo sulla forma e sull'esecuzione di singole opere e progetti – del resto inerente ad ogni appalto concesso da un'amministrazione ad un servizio interno o a una persona giuridica esterna – non costituisce il controllo a cui si riferisce la Corte laddove parla di «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti» dell'ente che è, in questo caso, il servizio esecutivo «proprio».

99. Rammento ancora, ad abundantiam, che l'assenza di un'influenza delle regioni sullo status giuridico della TRAGSA e nell'ambito del medesimo non viene compensata in alcun modo dall'influenza che queste potrebbero far valere sulla persona giuridica come azionisti, posto che solo una piccola minoranza delle regioni detiene una quota nel patrimonio della TRAGSA, oltretutto di portata puramente simbolica.

100. La circostanza che il contesto normativo entro cui opera la TRAGSA non fornisca alcuna chiara definizione tassativa dei settori in cui le regioni possono dare incarichi alla TRAGSA – a questo riguardo è rilevante la normativa generale spagnola sugli appalti, trattata ai precedenti paragrafi da 73 a 83 – indica inoltre che la TRAGSA non può essere considerata come un servizio esecutivo comune per la realizzazione di opere e servizi di pubblico interesse tassativamente elencati. Ho già ricordato in precedenza i rischi di abuso derivanti da siffatta costruzione.

101. Pervengo pertanto alla conclusione che, operando nell'ambito di un regime legale come quello vigente, la TRAGSA non può essere considerata uno «strumento proprio» delle regioni, perché queste non possono esercitare alcuna influenza sugli obiettivi strategici e sulle altre decisioni importanti di questa società.

102. Posto dunque che la TRAGSA non può essere definita uno strumento proprio delle regioni, è giocoforza desumerne che non è giusto che per gli appalti concessi dalle regioni alla TRAGSA non vengano indette gare pubbliche di aggiudicazione.

103. Le cose stanno diversamente, in linea di principio, per gli incarichi affidati alla TRAGSA dall'amministrazione centrale spagnola, di cui tale società può invece essere definita uno strumento proprio.

104. Dall'analisi del contesto normativo in cui opera la TRAGSA, svolta nei precedenti paragrafi da 61 a 65 di queste conclusioni, consegue che siffatto contesto non soddisfa neppure i requisiti imposti dal secondo criterio Teckal.

105. Nella sentenza Carbotermo la Corte ha dichiarato che la condizione che la società su cui viene esercitato un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni svolga nel contempo la maggior parte delle sue attività a favore dell'amministrazione pubblica (le amministrazioni pubbliche) che la controlla(-no), serve segnatamente a prevenire una distorsione della concorrenza.

106. Solo se la società controllata svolge la maggior parte delle sue attività esclusivamente per l'amministrazione pubblica (le amministrazioni pubbliche) che la controlla(-no), può

essere giustificato che le norme imperative delle direttive per gli appalti pubblici, intese a garantire la tutela della concorrenza, vengano disapplicate, in quanto in tale situazione non sussiste più concorrenza.

107. Ciò implica che si può presumere che la società di cui si tratta svolga la maggior parte delle sue attività per l'amministrazione pubblica da cui è controllata, ai sensi della sentenza Teckal, quando l'attività di questa impresa è prevalentemente concentrata su tale amministrazione, ed ogni altra attività resta marginale.

108. Orbene, nei precedenti paragrafi da 61 a 65 ho accertato che le attività svolte dalla TRAGSA per amministrazioni pubbliche, diverse dall'amministrazione centrale spagnola e dalle regioni, e per privati negli scorsi tre anni hanno raggiunto tra il 7 e l'8,5% del suo fatturato totale e che il suo status giuridico non pone limitazioni al volume di tali attività.

109. Ancora, se si segue la mia tesi secondo cui le regioni nei confronti della TRAGSA non possono essere considerate come amministrazioni pubbliche controllanti, è giocoforza concludere che non è soddisfatta la condizione che la maggior parte delle attività sia svolta per l'ente controllante, in quanto le attività per le regioni superano il 50% della cifra d'affari complessiva della TRAGSA.

110. La condizione che la maggior parte delle attività venga svolta per l'ente pubblico controllante è un requisito essenziale per prevenire distorsioni della concorrenza sul mercato comune, come sottolineato di recente dalla Corte nella sentenza Carbotermo. Siffatta condizione non è tuttavia sufficiente.

111. Se la TRAGSA svolgesse effettivamente la stragrande maggioranza delle sue attività per l'ente pubblico, o gli enti pubblici, che la controlla(-no), permarrebbe la possibilità che essa, con le sue rimanenti attività, provochi gravi perturbazioni della concorrenza su segmenti di mercato. Infatti, come ho in precedenza osservato ai paragrafi da 66 a 72, finché le attività nell'organizzazione di questo servizio esecutivo non vengono tenute del tutto distinte, sotto il profilo sia finanziario e contabile che materiale e del personale, da quelle che esso effettua come servizio esecutivo di una o più amministrazioni pubbliche, esso è in grado di utilizzare i vantaggi derivanti dal suo status pubblico nella concorrenza con altri operatori sui segmenti di mercato ancora aperti.

112. È proprio il carattere ibrido della TRAGSA - in parte servizio esecutivo interno al servizio dell'amministrazione pubblica che la controlla, o delle amministrazioni pubbliche che la controllano, in parte società che concorre per l'aggiudicazione di appalti di altre amministrazioni pubbliche, come i comuni, e di privati e imprese - che impone un più approfondito esame al vaglio dell'art. 86, n. 1, CE.

113. Ai sensi di tale disposizione gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 incluso.

114. Orbene, se un servizio esecutivo interno «proprio» di un'amministrazione pubblica si manifesta su segmenti di mercato aperti, senza che siano state adottate misure adeguate e trasparenti per evitare che gli eventuali vantaggi finanziari e materiali, che esso ricava dalla circostanza di operare per la maggioranza delle sue attività come organo di esecuzione di un ente pubblico, vengano utilizzati nella concorrenza sui segmenti di mercato aperti, non sono soddisfatte le condizioni esplicitate poste dall'art. 86, n. 1, CE.

115. Siffatta omissione è, più in particolare, incompatibile con gli artt. 43 e 49 CE, in quanto i servizi di esecuzione interni che integrano le proprie attività operando sui mercati nazionali aperti possono ostacolare l'accesso di potenziali candidati provenienti da altri Stati membri .

116. I rischi che, alla luce del divieto di aiuti di Stato, derivano dalla mancanza di relazioni finanziarie e contabili trasparenti tra lo Stato o altre amministrazioni pubbliche, da un lato, e le imprese e le società pubbliche, dall'altro, in passato hanno indotto la Commissione ad adottare norme in forza dell'art. 86, n. 3, CE.

Siffatti rischi sono almeno altrettanti estesi nel contesto normativo e fattuale che sta alla base della causa principale. L'assenza di qualsiasi garanzia espressa, nel regime legale vigente per la TRAGSA, contro forme manifeste o dissimulate di finanziamento incrociato tra le attività di questa organizzazione in qualità di servizio esecutivo interno dell'amministrazione e in veste di operatore di mercato sui segmenti di mercato aperti, si pone pertanto in contrasto con l'art. 86, n. 1, in combinato disposto con gli artt. 87 e 88 CE.

117. Nei precedenti paragrafi da 78 a 83 ho esaurientemente trattato i rischi che può comportare l'applicazione di disposizioni come gli artt. 152 e 194 della normativa generale spagnola sugli appalti pubblici per il funzionamento del diritto comunitario sugli appalti pubblici e per le libertà fondamentali di circolazione e i rapporti di concorrenza sul mercato comune.

118. Tali rischi consistono nel fatto che, se servizi esecutivi, in veste di «strumenti propri», oppure in veste di società distinte, poste sotto il controllo integrale delle amministrazioni pubbliche committenti, possono ricevere dalle amministrazioni per loro responsabili appalti per la prestazione di servizi, la realizzazione di lavori o la fornitura di beni, anche esulanti dalle loro competenze o dal loro settore come definiti nel loro regime legislativo, regolamentare o statutario, per il semplice fatto che sono a disposizione di queste amministrazioni, può venire privata di sostanza l'efficacia delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici o, laddove queste non sono applicabili, possono insorgere seri ostacoli per la circolazione intracomunitaria dei beni, dello stabilimento e dei servizi. I rapporti di concorrenza tra questi servizi esecutivi, o società poste sotto il controllo statale, e le imprese private sugli stessi mercati possono pertanto essere gravemente compromessi. Ciò ammette una sola eccezione, qualora gravi motivi di interesse pubblico forniscano una giustificazione per affidare direttamente appalti ad un'organizzazione interna, anche se questi non rientrano nelle mansioni ad essa attribuite dalla legge o dallo statuto. Si pensi ad esempio a calamità naturali e circostanze straordinarie analoghe, che possono imporre l'impiego immediato di tutte le risorse a disposizione di un'amministrazione.

119. È appunto con il secondo criterio Teckal che la Corte ha cercato di evitare tali conseguenze. Per essere efficace, questo criterio deve peraltro essere interpretato nel senso che vieta anche di aggiudicare a servizi esecutivi «interni», o ad altre società poste sotto il controllo statale, appalti che esulano dalle competenze ad essi attribuite per legge, regolamento o statuto.

120. Del resto il giudice del rinvio a mio avviso ha giustamente messo in dubbio la compatibilità di disposizioni come quelle degli artt. 152 e 194 della legge sugli appalti pubblici vigente in Spagna con il diritto comunitario della concorrenza.

121. È incontestabile che siffatte disposizioni creano una posizione privilegiata per i servizi esecutivi interni o per società poste sotto il controllo statale – che agiscono come operatori di mercato al di fuori delle competenze ad essi attribuite per legge, regolamento o statuto – nella concessione di appalti pubblici e si pongono pertanto in contrasto con il disposto dell'art. 86, n. 1, CE.

La terza questione

122. Con la sua terza questione il Tribunal Supremo vuole esplicitamente sapere se la sentenza della Corte 8 maggio 2003 nella causa Spagna/Commissione abbia ripercussioni per la valutazione dello status giuridico della TRAGSA nella concessione di appalti pubblici.

123. In quella sentenza la Corte ha concluso che un'organizzazione come la TRAGSA che, malgrado la sua autonomia finanziaria e contabile, è integralmente soggetta al controllo dello Stato spagnolo, deve essere considerata come un servizio interno dell'amministrazione spagnola, ai sensi dell'art. 3, n. 5, primo paragrafo, del regolamento n. 154/75.

124. Come correttamente osservato dalla Commissione, quel giudizio della Corte riguarda le attività che la TRAGSA ha svolto su incarico dello Stato spagnolo nella realizzazione dello schedario oleicolo.

125. Alla tesi addotta dal governo spagnolo, secondo la quale, per la realizzazione di tale schedario, la TRAGSA, come società autonoma, aveva ricevuto un appalto a trattativa privata a causa delle esigenze di riservatezza poste da siffatta attività, la Corte ha opposto che la TRAGSA doveva essere considerata come un'organizzazione esecutiva propria, facente parte dell'amministrazione statale, a cui in linea di principio si applica la giurisprudenza sviluppata nelle cause Teckal e ARGE-Gewässerschutz. A giudizio della Corte ciò trova conforto nell'art. 88, n. 4, della legge 30 dicembre 1997, n. 66, il quale stabilisce che la TRAGSA, in veste di ente strumentale e di servizio tecnico dell'amministrazione spagnola, è tenuta ad effettuare, in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle proprie controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli organismi pubblici da esse dipendenti.

126. Aggiungo al riguardo che nella sentenza Spagna/Commissione era in discussione in primo luogo se il Regno di Spagna potesse affidare alla TRAGSA la realizzazione dello schedario oleicolo senza far ricorso alla procedura di gara d'appalto.

127. A tal fine la Corte non ha avuto bisogno di esaminare questioni analoghe a quelle trattate nella presente causa. Per questo motivo da tale sentenza non può concludersi in modo ultroneo che la TRAGSA, in veste di servizio esecutivo nel settore della politica agricola strutturale in senso lato, deve essere considerata come uno strumento proprio dell'amministrazione centrale spagnola. Ciò corrisponde alle mie considerazioni riportate al paragrafo 103 di queste conclusioni.

D – *La ricevibilità*

128. Dall'analisi delle prime due questioni poste dal Tribunal Supremo è emerso che sia lo status giuridico nel cui contesto la TRAGSA opera come «strumento proprio» al servizio anche delle regioni, sia il potere di questa società di svolgere attività anche per amministrazioni diverse da quella centrale e dalle regioni e per privati e imprese private, come pure il regime previsto dagli artt. 152 e 194 della legge spagnola vigente, si prestano a critiche vertenti sull'incompatibilità di questi elementi con i criteri formulati dalla Corte al punto 50 della sentenza Teckal.

129. Siffatta incompatibilità è giuridicamente rilevante per quanto riguarda l'applicabilità delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, sulla prestazione di servizi e sulla realizzazione di lavori. Inoltre essa può comportare un contrasto con gli artt. 43, 49 e 86 CE.

130. La critica qui sopra esplicitamente formulata è implicitamente contenuta anche nell'ordinanza di rinvio, in forma di dubbio.

131. Ciò è particolarmente evidente nelle considerazioni svolte dal Tribunal Supremo al punto «Quarto» dell'ordinanza.

132. A mio giudizio è indubitabile che la soluzione da parte della Corte delle questioni pregiudiziali, alla luce del dubbio ivi formulato, può senz'altro fornire al giudice del rinvio elementi su cui fondare la sua decisione nella causa principale.

133. Gli argomenti addotti dalla TRAGSA e dal governo spagnolo, secondo cui le questioni giuridiche formulate dal giudice nel rinvio nella sua ordinanza sarebbero «nuove» e non pertinenti in un procedimento in cassazione, e pertanto irricevibili in quanto di carattere teorico, non riescono a convincermi.

134. In primo luogo la Corte è tenuta alla massima cautela nel suo giudizio sulla funzione e l'utilità delle questioni formulate dal giudice nazionale per la risoluzione della causa principale. La Corte ne dichiara l'irricevibilità solo se hanno carattere manifestamente ipotetico.

135. Dall'esposizione del procedimento svoltosi dinanzi alle varie istanze amministrative e giudiziarie in Spagna emerge che in tal sede il contesto normativo in cui opera la TRAGSA è sempre stato considerato compatibile con i principi del diritto nazionale della concorrenza. Che il Tribunal Supremo abbia chiamato in causa nel suo giudizio anche i principi del diritto comunitario sugli appalti pubblici e della concorrenza è un passo che di per sé rende tutt'altro che ipotetiche le questioni che ne derivano.

136. Se il diritto spagnolo consenta al Tribunal Supremo di fare tale passo nel giudizio pendente dinanzi ad esso, è una questione che dovrà e potrà essere risolta per eccellenza dal Tribunal, in quanto giudice nazionale supremo.

137. Non condivido neppure il giudizio della Commissione, secondo cui l'esposizione dei fatti e del diritto nell'ordinanza di rinvio sarebbe – eccessivamente – sommaria. Come sopra emerso, essa offre un'adeguata base per un'analisi più che sommaria delle questioni sollevate.

138. Posso pertanto concludere che le questioni sollevate dal Tribunal Supremo sono ricevibili.

V – Conclusione

139. In forza delle considerazioni che precedono suggerisco alla Corte di risolvere le questioni proposte dal Tribunal Supremo come segue:

- Ad una persona giuridica di diritto privato come la TRAGSA, che in forza del suo status giuridico deve essere considerata come uno «strumento proprio» dell'amministrazione, che deve svolgere gli incarichi ad essa affidati dalle entità pubbliche competenti senza contratti a titolo oneroso, in linea di principio non si applicano le direttive comunitarie per la fornitura di beni e servizi e per la realizzazione di lavori.
- A tal fine deve essere garantito dalla rilevante normativa nazionale che le amministrazioni nazionali competenti esercitino il controllo su tale persona giuridica, nel senso che esse esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della medesima, e che la persona giuridica nel contempo svolga la maggior parte delle sue attività per le amministrazioni che la controllano, nel senso che ogni altra attività deve essere marginale.
- La condizione che le competenti amministrazioni pubbliche esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della persona giuridica non è soddisfatta se le amministrazioni pubbliche che si avvalgono di tale

persona giuridica come servizio esecutivo non hanno un'influenza diretta sul contenuto dello status giuridico ad essa applicabile, né sulle tariffe che questa può addebitare per le sue attività ed inoltre non possono esercitare un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica in veste di suoi azionisti.

- La condizione che la persona giuridica svolga la maggior parte delle sue attività per le amministrazioni che la controllano non è soddisfatta se lo status giuridico non limita il volume delle altre attività, nel senso che queste devono restare marginali.
- Dal disposto dell'art. 86, n. 1, CE, consegue che una persona giuridica che per la maggior parte delle sue attività funge da servizio esecutivo delle amministrazioni pubbliche competenti, deve separare con la massima trasparenza, sotto il profilo organizzativo e finanziario-contabile, le sue attività svolte come strumento proprio di tali amministrazioni da quelle che effettua per altre entità pubbliche e per privati. Dalla stessa disposizione del Trattato consegue che le amministrazioni nazionali non possono concedere ad una persona giuridica che agisca come servizio esecutivo interno appalti per la fornitura di beni e di servizi o per la realizzazione di lavori, qualora tali appalti non siano relativi alle loro responsabilità pubbliche o qualora l'esecuzione di tali appalti esuli dalle mansioni attribuite alla persona giuridica per legge o per statuto. A ciò può derogarsi solo se esiste un motivo oggettivo di giustificazione per siffatto appalto, come in caso di calamità naturali o di circostanze eccezionali comparabili.
- Il giudice nazionale dovrà accertare nel contesto di fatto e di diritto della causa principale se tali circostanze siano soddisfatte.