

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JAN MAZÁK

presentate il 19 febbraio 2009<sup>1</sup>**I — Introduzione**

1. Con il presente ricorso, presentato ai sensi dell'art. 226 CE, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, poiché i Landkreise (circostrizioni amministrative) Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingbostal e Stade hanno stipulato un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale contratto di prestazione di servizi sia stato oggetto di una gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta a livello comunitario, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 8 in combinato disposto con i titoli dal III al VI della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi<sup>2</sup>.

2. Le norme di procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi introdotte dalla direttiva 92/50 costituiscono uno dei provvedimenti volti ad istituire il mercato interno contribuendo ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi. È indubbio che si tratta di un provvedimento di cui

beneficiano tanto il prestatore quanto il destinatario dei servizi.

3. Nel caso di specie, lo smaltimento dei rifiuti costituisce un servizio di cui sono destinatarie quattro circostrizioni amministrative. In realtà, il numero dei destinatari è molto maggiore. Le circostrizioni amministrative infatti sono soltanto degli intermediari dei loro abitanti, i quali costituiscono i destinatari finali di tale servizio. Appare utile ricordare che se dovesse accertarsi che un prestatore di servizi è stato scelto in modo difforme dai requisiti derivanti dal diritto comunitario, gli interessi maggiormente lesi sarebbero quelli di tali abitanti.

**II — Contesto normativo**

4. Conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, gli «appalti pubblici di servizi» sono contratti a titolo oneroso, stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione dei contratti elencati ai punti i) — ix) di tale norma.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 92/50».

5. L'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50 recita (...).  
come segue:

«s'intendono per "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. Per "organismo di diritto pubblico", si intende qualsiasi organismo:

— istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e

— avente personalità giuridica e

— 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. Ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, s'intendono per «prestatori di servizi» le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici, che forniscono servizi.

7. Ai sensi dell'art. 8 della direttiva 92/50, gli appalti aventi ad oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI di tale direttiva. L'allegato I A, alla categoria 16, riguarda «Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

8. Emerge chiaramente dalla struttura dell'art. 11 della direttiva 92/50 che le amministrazioni aggiudicatrici assegnano gli appalti di servizi con procedura aperta o con procedura ristretta, ad eccezione dei casi previsti ai nn. 2 e 3 del medesimo articolo, nei quali le amministrazioni aggiudicatrici assegnano gli appalti pubblici di servizi ricorrendo alla procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (casi elencati al n. 2) oppure alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara (casi elencati al n. 3).

9. Ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50, le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara qualora, a causa di motivi di natura tecnica od artistica ovvero per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa essere affidata unicamente ad un particolare prestatore di servizi.

13. Il contratto controverso è stato stipulato il 18 dicembre 1995, direttamente e senza procedura di appalto aperta o ristretta a livello comunitario. Emerge dal preambolo del contratto che i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo hanno proposto alle circoscrizioni, con lettera del 30 novembre 1994, una capacità parziale di 120 000 tonnellate/annue sulla capacità totale annua dell'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti di Rugenberger Damm (in prosieguo: l'«impianto di Rugenberger Damm») e che le circoscrizioni hanno accettato tale offerta con lettera del 6 gennaio 1995.

### III — Fatti

10. Il ricorso della Commissione riguarda un contratto concluso tra le circoscrizioni amministrative di Harburg, di Rotenburg (Wümme), di Soltau-Fallingbostal e di Stade (in prosieguo: le «circoscrizioni»), da una parte, ed i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, dall'altra (in prosieguo: il «contratto controverso»).

11. Le circoscrizioni ed i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo sono organismi di diritto pubblico incaricati dello smaltimento dei rifiuti.

12. Il Land della Bassa Sassonia, cui appartengono le circoscrizioni, il Land dello Schleswig-Holstein nonché la libera città anseatica di Amburgo costituiscono la regione metropolitana di Amburgo.

14. Nel contratto controverso i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo si sono impegnati a mettere a disposizione delle circoscrizioni una capacità di 120 000 tonnellate/annue per la termovalorizzazione dei rifiuti nell'impianto di Rugenberger Damm e le circoscrizioni si sono impegnate a versare ai servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo un corrispettivo annuo composto di una parte fissa e di una parte variabile in funzione del quantitativo consegnato.

15. La durata del contratto controverso era di venti anni decorrenti dal 15 aprile 1999, visto che all'epoca della stipulazione del contratto l'impianto di Rugenberger Damm era ancora in fase di progettazione.

#### **IV — Procedimento precontenzioso e procedimento dinanzi alla Corte**

16. La Commissione ha deciso di intervenire in seguito al reclamo di un cittadino che riteneva di versare canoni troppo elevati per lo smaltimento dei rifiuti.

17. La Commissione, ritenendo che la Repubblica federale di Germania avesse violato l'art. 8 in combinato disposto con i titoli dal III al VI della direttiva 92/50 per aver concluso direttamente un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti avente come contraenti le circoscrizioni e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza procedura di appalto né aggiudicazione a livello comunitario, ha inviato il 30 marzo 2004, in conformità dell'art. 226 CE, una lettera di diffida alla Repubblica federale di Germania.

18. La Repubblica federale di Germania ha risposto con lettera del 30 giugno 2004. Essa ha fatto valere che, dal suo punto di vista, il contratto controverso era un accordo sull'esecuzione in comune di una funzione di servizio pubblico che spettava alle circoscrizioni amministrative e alla città di Amburgo e che si trattava quindi di un caso di cooperazione comunale.

19. La Commissione, non soddisfatta delle osservazioni formulate dalla Repubblica fede-

rale di Germania, ha inviato a quest'ultima in data 22 dicembre 2004 un parere motivato nel quale ha constatato che il contratto in esame rientrava nel campo di applicazione della direttiva 92/50 e che, pertanto, la stipulazione diretta di un contratto tra le circoscrizioni e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo costituiva una violazione di detta direttiva.

20. Nonostante gli argomenti esposti dalla Repubblica federale di Germania nella risposta al parere motivato del 25 aprile 2005, la Commissione ha proposto il presente ricorso con il quale chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 8 in combinato disposto con i titoli dal III al IV della direttiva 92/50 e di condannare la Repubblica federale di Germania alle spese.

21. Sulla base degli argomenti formulati nel controricorso e nella controreplica, la Repubblica federale di Germania chiede alla Corte di respingere il ricorso e di condannare la ricorrente alle spese.

22. Con ordinanza del presidente della Corte 14 giugno 2007, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Finlandia sono stati autorizzati ad intervenire nella presente causa a sostegno

delle conclusioni della Repubblica federale di Germania. La Repubblica di Finlandia tuttavia non ha presentato alcuna memoria d'intervento.

23. La Repubblica federale di Germania ha sollecitato lo svolgimento di un'udienza. Questa si è tenuta l'11 novembre 2008 in presenza degli agenti della Repubblica federale di Germania e della Commissione.

procedura aperta o alla procedura ristretta, ai sensi dell'art. 11, n. 4, della direttiva 92/50.

25. Propongo di esaminare la fondatezza del gravame della Commissione nell'ottica degli argomenti invocati dalla Repubblica federale di Germania, attraverso i quali essa non contesta che il contratto controverso non è stato oggetto di una gara d'appalto, ma intende dimostrare che le circoscrizioni non erano obbligate ad indire una gara d'appalto per stipulare il contratto controverso e questo per quattro motivi.

## V — Valutazione

24. Nel ricorso la Commissione parte dal presupposto che le circoscrizioni sono le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, che i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo sono i prestatori di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, e che il contratto controverso concluso tra le circoscrizioni, da una parte, e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, dall'altra, è un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50. Dato che il contratto controverso ha come oggetto un servizio di cui all'allegato I A della direttiva 92/50 e che non riguarda nessuno dei casi che giustificerebbero l'aggiudicazione del contratto ricorrendo ad una procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 11, n. 2, della direttiva 92/50) oppure ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara (art. 11, n. 3, della direttiva 92/50), il contratto controverso avrebbe potuto essere stipulato soltanto ricorrendo, eventualmente, alla

26. In primo luogo, il contratto controverso sarebbe l'espressione della cooperazione tra organismi statali e, quindi, riguarderebbe unicamente i rapporti interni dell'organizzazione statale nell'ambito dello svolgimento di funzioni pubbliche. Ne conseguirebbe che esso non rientra nella direttiva 92/50. In secondo luogo, il contratto controverso non costituirebbe un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. a), di detta direttiva. In terzo luogo, anche se il contratto controverso dovesse definirsi contratto ai sensi della direttiva 92/50, sarebbe esistito un motivo di natura tecnica ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b) di tale direttiva per il quale il contratto avrebbe potuto essere stipulato ricorrendo ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara. In quarto luogo, ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE, non sarebbe stato necessario avviare una procedura aperta o ristretta dato che una tale procedura avrebbe impedito alle circoscrizioni e ai servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo di adempiere alla loro funzione.

A — *Ambito di applicazione della direttiva 92/50*

27. A propria difesa, la Repubblica federale di Germania fa valere che il contratto controverso costituisce un'operazione interna allo Stato che, in via generale, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Essa ritiene, al pari del governo olandese, che la direttiva riguardi l'assegnazione di appalti ad imprese e si applichi soltanto quando lo Stato ha deciso di non svolgere direttamente un compito bensì di procurarsi il servizio corrispondente sul mercato.

28. A tale riguardo, va ricordato che la Corte ha deciso che le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici<sup>3</sup> sono, in generale, applicabili quando un'amministrazione aggiudicatrice prevede di stipulare, con un ente giuridicamente distinto, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno<sup>4</sup>. Analogamente, tale direttiva si applica anche se un contratto viene stipulato per adempiere al suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale o quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito<sup>5</sup>.

3 — Si tratta della direttiva 92/50, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54). Le tre direttive parziali sono state abrogate e sostituite dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

4 — V. sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 50 e 51); 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punto 47).

5 — V., in tal senso, sentenze 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 32), e Stadt Halle e RPL Lochau (citata alla nota 4), punto 26.

29. Tuttavia, secondo la Corte, esiste una deroga a tale norma generale. Le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non sono applicabili, anche se il contraente è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, quando vengano soddisfatti due requisiti. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente distinto in questione un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, l'ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono<sup>6</sup>.

30. Del resto, proprio in virtù di tale deroga la Corte aveva statuito che era impossibile escludere a priori dal campo di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici i rapporti stabiliti tra enti di diritto pubblico, indipendentemente dalla natura di tali rapporti<sup>7</sup>.

31. Nella fattispecie è evidente che, come afferma la Repubblica federale di Germania, il contratto controverso costituisce uno strumento di cooperazione tra organismi statali. Tuttavia non emerge da tale unica circostanza che il contratto in esame non rientra nel campo di applicazione della direttiva 92/50. Si

6 — V. sentenze Teckal (citata alla nota 4), punto 50; 8 aprile 2008, causa C-337/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2173, punto 36 e sentenze ivi citate), e 17 luglio 2008, causa C-371/05, Commissione/Italia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).

7 — V., in tal senso, sentenza 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-139, punto 40).

potrebbe giungere ad una conclusione opposta soltanto qualora si dimostri che sono soddisfatti i due requisiti stabiliti per la prima volta nella sentenza Teckal.

32. Come evidenzia giustamente la Repubblica federale di Germania, esiste anche un'altra possibilità per evitare l'applicazione di tale direttiva da parte di un'autorità pubblica che rientri nella nozione di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50. Si tratta del caso in cui un'autorità pubblica adempie ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Dato che, in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici<sup>8</sup>.

33. Questo significa che le autorità pubbliche, nell'adempimento dei compiti di interesse pubblico, non sono obbligate a rivolgersi al mercato per ottenere la prestazione di un servizio. Esse hanno la possibilità di scegliere se ricorrere a strumenti propri (in tal caso la direttiva 92/50 non è applicabile) oppure al mercato.

34. A tale riguardo, non condivido l'opinione della Repubblica federale di Germania secondo la quale, nella fattispecie, una cooperazione tra due enti statali diversi dovrebbe considerarsi come l'impiego di strumenti propri dell'amministrazione aggiudicatrice. I servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo non possono considerarsi strumenti propri delle circoscrizioni interessate che costituiscono le amministrazioni aggiudicatrici.

*B — Appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50*

35. La Repubblica federale di Germania ritiene che il contratto controverso non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/52, e questo per tre motivi<sup>9</sup>. In primo luogo, il contratto costituirebbe un provvedimento interno di una cooperazione più ampia tra organismi statali nell'ambito della regione metropolitana di Amburgo. In secondo luogo, i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo non avrebbero, rispetto al contratto, la qualità di prestatori di servizi, ma offrirebbero invece, in qualità di organismo di diritto pubblico responsabile dello smaltimento dei rifiuti, un'assistenza amministrativa alle circoscrizioni, alle quali spetta anche il compito dello smaltimento dei rifiuti. In terzo luogo, per quanto riguarda il suo contenuto, il contratto andrebbe oltre un comune appalto di servizi.

8 — V. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (citata alla nota 4), punto 48.

9 — Più precisamente, la Germania invoca quattro motivi, ma, a mio parere, l'argomento riguardante l'esistenza di un «provvedimento interno» e quello riguardante un «elemento di una cooperazione più ampia» sono strettamente connessi.

36. Penso che tali argomenti non siano tali da invalidare la conclusione secondo la quale il contratto concluso tra le quattro circoscrizioni, da una parte, e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, dall'altra, costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

37. Deriva dalla giurisprudenza della Corte che l'esistenza di un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36 implica che vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte<sup>10</sup>.

38. Nella fattispecie tale requisito è soddisfatto. Inoltre, l'oggetto del contratto controverso, vale a dire la termovalorizzazione dei rifiuti, rientra nei servizi di cui alla categoria 16 dell'allegato I A della direttiva 92/50.

39. Dato che i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo non possono considerarsi strumenti propri delle circoscrizioni<sup>11</sup>, l'applicazione della direttiva 92/50 può escludersi soltanto se vengono soddisfatti i due requisiti cumulativi per l'applicazione della deroga menzionati al paragrafo 29 delle presenti conclusioni.

40. Occorre esaminare, pertanto, se le circoscrizioni esercitano sui servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e se i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo realizzano la parte più importante della loro attività con le circoscrizioni.

41. La Corte è stata indotta più volte ad interrogarsi sul requisito relativo al «controllo analogo». Emerge dalla sua giurisprudenza che, per valutare se un'autorità pubblica eserciti sulla controparte contrattuale un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative ma anche delle circostanze pertinenti del caso di specie. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società<sup>12</sup>.

42. La Repubblica federale di Germania ha fatto valere, a tale riguardo, che il requisito del controllo analogo era soddisfatto, dato che le circoscrizioni interessate esercitavano un controllo reciproco a livello della regione metropolitana di Amburgo.

10 — V. sentenze Teckal (citata alla nota 4), punto 49, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei (Racc. pag. I-4137, punto 32).

11 — V. paragrafo 34 delle presenti conclusioni.

12 — V. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 65); Carbotermo e Consorzio Alisei (citata alla nota 10), punto 36, 17 luglio 2008, Commissione/Italia (citata alla nota 6), punto 24, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant (Racc. pag. I-8457, punto 28).



43. Su tale punto, va evidenziato che non vi è nulla che indichi che le circoscrizioni partecipano ai servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e quindi che esercitano un controllo su questi ultimi.

44. Del resto, come sottolinea giustamente la Commissione, i servizi per la nettezza urbana non svolgono le loro attività a favore delle circoscrizioni in virtù di una legge o di altre disposizioni di diritto pubblico, bensì in base ad un contratto. Il contratto controverso rappresenta l'unico legame giuridico tra le circoscrizioni e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e tale contratto non prevede alcuna possibilità di controllo da parte delle circoscrizioni.

45. A mio parere, un generico riferimento agli scopi comuni è decisamente insufficiente, un controllo deve avere un fondamento più concreto.

46. Il principio dello «scambio di prestazioni», sul quale, secondo la Repubblica federale di Germania, si basa la cooperazione nell'ambito della regione metropolitana di Amburgo, consente alle circoscrizioni di esercitare, tutt'al più, un controllo indiretto sui servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo.

47. Visto che, a mio parere, il primo requisito per l'applicazione della deroga non è soddisfatto, è inutile esaminare se sia stato soddisfatto il secondo. Ricordo ciò nondimeno che lo smaltimento dei rifiuti rappresenta soltanto una parte delle attività dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo.

48. Alla luce di quanto precede, non è emerso alcun elemento tale da far supporre che il contratto controverso non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50. Questo significa che l'aggiudicazione poteva avvenire soltanto rispettando le disposizioni di tale direttiva.

*C — Procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara come deroga alla norma generale di procedura di aggiudicazione di appalto pubblico*

49. A propria difesa la Repubblica federale di Germania fa altresì valere che le circoscrizioni avrebbero potuto concludere il contratto controverso soltanto con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, i quali disponevano di un'area sicura per la costruzione di un impianto di valorizzazione dei rifiuti. Il fatto che nella regione metropolitana di Amburgo non esistesse alcun'altra area per la costruzione di tali impianti e che gli impianti esistenti non avessero capacità disponibili costituisce un motivo di natura

tecnica ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 che giustifica un'aggiudicazione di appalto pubblico di servizi ricorrendo ad una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara.

50. Emerge chiaramente dalla struttura dell'art. 11 della direttiva 92/50 che il suo n. 3 costituisce una deroga alla norma generale contenuta nel n. 4 del medesimo articolo, secondo la quale le amministrazioni aggiudicatrici assegnano gli appalti di servizi con procedura aperta o con procedura ristretta.

51. A questo proposito, occorre ricordare che, in quanto deroga alle norme dirette a garantire il carattere effettivo dei diritti riconosciuti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50 dev'essere interpretato restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene<sup>13</sup>.

52. La Corte ha già avuto modo di esaminare la sussistenza di «motivi di natura tecnica» nella sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania<sup>14</sup>. La Corte ha statuito che una ragione tecnica relativa alla tutela dell'ambiente può essere eventualmente presa in considerazione per valutare se l'appalto in questione possa essere affidato solamente ad un particolare prestatore di servizi. Pur non avendo espresso in tale sentenza una definizione esaustiva dei motivi di natura tecnica, la Corte li ha tuttavia definiti «per esclusione» enunciando i fatti che non costituiscono motivi di natura tecnica ai sensi dell'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50.

53. Nella sentenza 2 giugno 2005, Commissione/Grecia<sup>15</sup>, la Corte ha deciso, in merito all'art. 20, n. 2, lett. c), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni<sup>16</sup>, il quale contiene una norma analoga a quella dell'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che l'applicazione di tale disposizione è soggetta a due condizioni cumulative, cioè, da un lato, che esistano particolarità tecniche dei lavori oggetto dell'appalto e, dall'altro, che tali particolarità tecniche rendano assolutamente necessario concedere detto appalto ad un'impresa determinata.

13 — V. sentenze 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3609, punto 58), e 18 novembre 2004, causa C-126/03, Commissione/Germania (Racc. pag. I-11197, punto 23).

14 — Sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania (citata alla nota 13), punti 58-67.

15 — Sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4713, punto 34).

16 — GU L 199, pag. 84.

54. Alla luce della giurisprudenza citata, ritengo che la Repubblica federale di Germania non abbia dimostrato che nella fattispecie fosse giustificato il ricorso all'art. 11, n, della direttiva 92/50.

55. Se si ammettesse l'argomento della Repubblica federale di Germania, che è fondato sulla direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti<sup>17</sup>, questo significherebbe che tale direttiva osterebbe alla piena efficacia della direttiva 92/50.

*D — Direttiva 92/50 come elemento che impedisce alle circoscrizioni di adempiere al proprio compito di smaltimento dei rifiuti*

56. La Repubblica federale di Germania fa inoltre valere che le circoscrizioni e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, in quanto organismi di diritto pubblico responsabili dello smaltimento dei rifiuti, potrebbero adempiere al loro compito soltanto stipulando il contratto controverso. Orbene, la direttiva 92/50 obbligherebbe le

circoscrizioni ad aggiudicare un appalto al prestatore che propone il prezzo più basso o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico nell'ambito di una procedura aperta o ristretta. Pertanto, l'obbligo, derivante dalla direttiva 92/50, di indire la gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta osta all'adempimento del compito delle circoscrizioni e dei servizi per l'igiene urbana della città di Amburgo. Esso non si applicherebbe dunque in quanto tale, ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE, alle circoscrizioni e ai servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo.

57. Per quanto concerne l'art. 86, n. 2, CE, ai sensi del quale le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, la Corte ha statuito che poiché si tratta di una disposizione che consente, in talune circostanze, una deroga alle norme del Trattato, tale articolo del Trattato doveva essere interpretato restrittivamente<sup>18</sup> e che spettava allo Stato membro o all'impresa che si avvaleva di tale disposizione dimostrare che i requisiti di applicazione erano soddisfatti<sup>19</sup>.

18 — V. sentenze 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link (Racc. pag. I-4449, punto 50), e 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco (Racc. pag. I-4109, punto 56).

19 — V. sentenze 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5815, punto 94); TNT Traco (citata alla nota 18), punto 59, e 15 novembre 2007, causa C-162/06, International Mail Spain (Racc. pag. I-9911, punto 49).

17 — GUL 194, pag. 39.

58. Ritengo che la Repubblica federale di Germania non abbia adempiuto all'onere della prova a suo carico.

59. Risulta che l'argomento su detto punto della Repubblica federale di Germania si basa su due premesse. In primo luogo, se il contratto controverso non fosse esistito, né le circoscrizioni né i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo avrebbero potuto adempiere ai loro compiti in materia di smaltimento dei rifiuti. L'impianto di Rugenberger Damm, infatti, ha potuto essere costruito soltanto grazie a tale contratto. In secondo luogo, il contratto controverso non si sarebbe concluso se le circoscrizioni avessero indetto una gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta, dato che nell'ambito di una tale procedura l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato al prestatore che presentava il prezzo più basso o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico.

60. A mio parere, tanto la prima quanto la seconda premessa sono errate.

61. Dubito che il contratto controverso sia stato l'unico strumento per adempiere ai compiti nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Come rileva giustamente la Commissione, i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo avrebbero potuto proporre

le loro capacità disponibili anche ad altri acquirenti<sup>20</sup>.

62. Non credo neppure che l'applicazione della procedura aperta o della procedura ristretta avrebbe potuto ostare alla conclusione di un tale contratto tra le circoscrizioni e i servizi per l'igiene urbana della città di Amburgo, dato che, nell'ambito di tali procedure, l'appalto dev'essere assegnato al prestatore che presenta i prezzi più bassi o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico.

63. Va ricordato che la Corte ha già statuito che i criteri sui quali l'amministrazione può fondarsi per l'aggiudicazione degli appalti possono essere, qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, diversi e variabili a seconda dell'appalto di cui trattasi, e che non tutti i criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa devono necessariamente essere di natura meramente economica<sup>21</sup>. La Corte ha espressamente affermato che l'amministrazione aggiudicatrice poteva tener conto di criteri relativi alla tutela dell'ambiente nelle diverse fasi di una procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici<sup>22</sup>.

20 — Infine, si sarebbe potuto ipotizzare un obbligo dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, in qualità di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50, di indire una gara d'appalto per cercare il quantitativo mancante dei rifiuti.

21 — V. sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland (Racc. pag. I-7213, punti 53 e 55).

22 — V. sentenze Concordia Bus Finland (citata alla nota 21), punto 57, e 10 aprile 2003, Commissione/Germania (citata alla nota 13), punto 60.

**VI — Conclusione**

64. Alla luce degli elementi che precedono, suggerisco alla Corte di decidere come segue:

- dichiarare che, poiché i Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. e Stade hanno stipulato un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale contratto di prestazione di servizi sia stato oggetto di una gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta a livello comunitario, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 8 in combinato disposto con i titoli dal III al VI della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi,
  
- condannare la Repubblica federale di Germania alle spese,
  
- condannare il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Finlandia, intervenienti, a sostenere le proprie spese.