KONKLUŻJONIJIET TA' L-AVUKAT ĠENERALI RUIZ-JARABO COLOMER

ippreżentati fit-22 ta' Novembru 2007 [1]

I — Introduzzjoni

1. Il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien (kummissjoni amministrattiva indipendenti għall-kontroll tad-deċiżjonijiet tal-Land ta' Vjenna) għamlet tliet domandi fuq l-interpretazzjoni tad-Direttivi 2004/17/KE u 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, li jikkoordinaw rispettivament il-proċeduri ta' akkwisti ta' entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi ta' l-ilma, l-enerġija, [i]t-trasport u postali u l-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [2].

2. Din il-konsultazzjoni toffri lill-Qorti tal-Ġustizzja l-opportunità li tiddefinixxi l-kampijiet ta' applikazzjoni ta' dawn id-direttivi u li tippreċiża, għal darb'oħra, il-kunċett ta' "korp irregolat bil-liġi pubblika" meta jkun qed jaġixxi bħala "awtorità kontraenti".

3. L-għan huwa li jiġi spjegat jekk impriża pubblika, kif inhi ddefinita fl-Artikolu 2(1)(b) tad-Direttiva 2004/17, tibqax suġġetta għad-dispożizzjonijiet ta' din id-direttiva meta hija teżerċita attivitajiet li mhumiex imsemmijin fl-Artikolu 3 sa 7 tad-direttiva (l-ewwel domanda). F'każ ta' risposta negattiva, id-digriet tar-rinviju jqajjem d-domanda dwar jekk din l-impriża, madankollu, għandhiex tiġi kklassifikata bħala "korp irregolat bil-liġi pubblika", meta jittieħed in kunsiderazzjoni l-fatt li fin-nuqqas ta' kompetizzjoni reali, l-istess impriża tipprova tilħaq il-bżonnijiet fl-interess pubbliku li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali (il-provvista ta' tisħin distrettwali fil-belt ta' Vjenna), u tkun b'hekk suġġetta għad-Direttiva 2004/18, anke meta hija topera f'suq differenti li huwa miftuħ għall-kompetizzjoni (it-tieni domanda). Fl-aħħar nett, hemm il-kwistjoni dwar jekk il-kumpannija tistax tevita milli tapplika fil-konfront tagħha d-Direttiva 2004/18 jekk hija turi li l-attivitajiet varji tagħha huma ġestiti, mill-aspett ekonomiku, bħala setturi separati (it-tielet domanda).

1 — Lingwa oriġinali: l-Ispanjol.

2 — ĠU L 134, p. 1 u 114.

4. Mill-mertu ta' dawn id-domandi tirriżulta t-"teorija tal-kontaminazzjoni" (elaborata fis-sentenza tal-15 ta' Jannar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria *et*[3]) li tissuġġetta x-xogħol kollu ta' "awtorità kontraenti" għad-direttivi fuq il-kuntratti pubbliċi, sakemm (liema eċċezzjoni ġiet introdotta mill-avukat ġenerali Jacobs fil-konklużjonijiet tiegħu tal-21 ta' April 2005 fil-kawża Impresa Portuale di Cagliari[4], li ġiet arkivjata mingħajr ma ngħatat sentenza) ma jiġix muri n-nuqqas ta' sussidji reċiproċi bejn il-kuntratti konklużi f'suq miftuħ u dawk konklużi f'sistema mingħajr kompetizzjoni.

5. Madankollu, il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien, fil-liġi Awstrijaka, ma tippossjedix l-istatus ta' qorti. Barra minn hekk, id-deċiżjonijiet tagħha jistgħu jiġu appellati quddiem il-Verwaltunsgerichtshof (qorti federali amministrattiva), fi Vjenna. Meta tittieħed in kunsiderazzjoni l-pożizzjoni tiegħi dwar il-kunċett ta' qorti fis-sens ta' l-Artikolu 234 KE, li jiena esponejt fil-konklużjonijiet tiegħi tat-28 ta' Ġunju 2001 fil-kawża De Coster[5], għall-fini ta' koerenza nħossni obbligat li nipproponi lill-Qorti tal-Ġustizzja sabiex tiċħad *ab limine* dan ir-rinviju preliminari.

II — Il-kuntest ġuridiku

A — *Il-liġi Awstrijaka*

6. Il-Wiener Vergaberechtschutzgesetzes[6] (liġi tal-Land ta' Vjenna dwar l-appelli fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) tagħti lill-Vergabekontrollsenat des Landes Wien il-kompetenza sabiex tivverifika l-għażla tal-kontraenti min-naħa ta' din l-awtorità territorjali jew minn awtoritajiet kuntrattwali oħra fl-oqsma ta' l-ilma, l-enerġija, it-trasport, u s-servizzi postali (Artikolu 1).

7. Skond l-Artikolu 2 ta' din il-liġi, din il-kummissjoni amministrattiva indipendenti teżerċita l-kompetenzi tagħha fl-ewwel u l-unika istanza tagħha, fejn id-deċiżjonijiet tagħha ma jistgħux jiġu riveduti mill-gvern (paragrafu 2), iżda fejn wieħed jista' jappella quddiem il-Verwaltunsgerichtshof (paragrafu 4).

8. Il-Vergabekontrollsenat huwa kompost minn seba' membri maħtura mill-gvern tal-Land b'kariga ta' sitt snin li tista' tiġġedded [Artikolu 3(1)]. Dawn għandhom ikollhom

3 — C-44/96, Ġabra p. I-73.

4 — C-174/03 (konklużjonijiet li mhumiex ippubblikati fil-Ġabra, punt 68).

5 — Fejn ingħatat is-sentenza tad-29 ta' Novembru 2001 (C-17/00, Ġabra p. I-9445).

6 — LGBl., Nru 25/2003.

tagħrif ekonomiku jew tekniku dettaljat fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi [Artikolu 3(2)] u jeżerċitaw il-funzjonijiet tagħhom b'indipendenza kbira, mingħajr ma jkunu marbutin b'xi struzzjonijiet [Artikolu 3(3)] u mingħajr ma jirċievu xi ħlas [Artikolu 3(4)].

B — *Id-dritt Komunitarju*

1. Id-Direttiva 2004/18

9. Din id-direttiva tiġbor id-dritt sussidjarju kollu eżistenti f'test wieħed [7], billi tarmonizza fuq livell Komunitarju l-proċeduri nazzjonali għall-għoti tal-kuntratti sabiex iġġibhom konformi mal-prinċipji tat-Trattat KE li jirregolaw l-għoti ta' kuntratti pubbliċi (l-ewwel u t-tieni premessa). Id-direttiva tapplika għal dak li l-Artikolu 1(2) jiddefinixxi bħala kuntratti "pubbliċi", in kwantu dawn il-kuntratti mhumiex esklużi mill-Artikoli 12 sa 18, għandhom valur daqs jew ogħla mil-limiti stabbiliti fl-Artikolu 7 u jiġu konklużi minn "awtoritajiet [kontraenti]".

10. Skond l-Artikolu 1(9), l-awtoritajiet Statali, reġjonali jew lokali, korpi rregolati bil-liġi pubblika, assoċjazzjonijiet li ġew iffurmati minn dawn l-awtoritajiet jew korpi huma meqjusa bħala "awtoritajiet [kontraenti]". B'"korp irregolat bil-liġi pubblika" wieħed għandu jifhem kull korp 1) stabbilit għall-għan speċifiku li jilħaq il-bżonnijiet fl-interess pubbliku, li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali, 2) li għandu personalità ġuridika, u 3a) ffinanzjat, mill-biċċa l-kbira, minn awtoritajiet reġjonali jew lokali, jew korpi oħra rregolati bil-liġi pubblika, jew 3b) suġġett għas-superviżjoni maniġerjali minn dawn il-korpi, jew 3ċ) għandu bord amministrattiv, maniġerjali jew superviżorju, li aktar minn nofs il-membri tiegħu huma maħtura mill-Istat, mill-awtoritajiet reġjonali jew lokali jew minn korpi oħra rregolati bil-liġi pubblika.

2. Id-Direttiva 2004/17

11. Id-Direttiva 2004/17 [8], f'oqsma speċifiċi li jiddistingwu ruħhom permezz tan-natura

7 — Fil-qasam ta' l-għoti ta' kuntratti pubbliċi, l-armonizzazzjoni leġiżlattiva bdiet bid-Direttiva tal-Kunsill 71/305/KEE, tas-26 ta' Lulju 1971, li tikkonċerna l-koordinament tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti tax-xogħlijiet pubbliċi (ĠU L 185, p. 5), li wara diversi emendi, ġiet imħassra bid-Direttiva tal-Kunsill 93/37/KEE ta' l-14 ta' Ġunju 1993 bl-istess titolu (ĠU L 199, p. 54). Il-koordinament tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti ta' provvisti pubbliċi kienet ġiet irregolata, l-ewwel nett, bid-Direttiva tal-Kunsill 77/62/KEE, tal-21 ta' Diċembru 1976 (ĠU 1997, L 13, p. 1), imbagħad bid-Drettiva tal-Kunsill 93/36/KEE, ta' l-14 ta' Ġunju 1993 (ĠU L 199, p. 1). Il-kuntratti tas-servizzi pubbliċi kienu s-suġġett tad-Direttiva tal-Kunsill 92/50/KEE, tat-18 ta' Ġunju 1992 (ĠU L 209, p. 1). Qabel ma ġew imħassra bid-Direttiva 2004/18, it-testi msemmijin hawn fuq kienu ġew aġġornati bid-Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill 97/52/KE tat-13 ta' Ottubru 1997 (ĠU L 328, p. 1).

8 — Din tħassar id-Direttiva tal-Kunsill 93/38/KEE ta' l-14 ta' Ġunju 1993 li tikkoordina l-proċeduri ta' akkwist pubbliku għal entitajiet li joperaw fis-setturi ta' l-ilma, ta' l-enerġija, tat-trasport u tat-telekomunikazzjoni (ĠU L 199, p. 84).

magħluqa tagħhom dovuta għall-eżistenza ta' drittijiet speċjali jew esklużivi (premessa 1 sa 3), għandha għan simili għal dak tad-Direttiva 2004/18 fil-qasam tal-kuntratti għax-xogħolijiet pubbliċi, provvista u servizzi [għan li d-Direttiva 2004/17 tiddeskrivi fl-Artikolu 1(2) tagħha].

12. Skond l-Artikolu 2(2), id-Direttiva tapplika għall-"entitajiet kontraenti" li jwettqu waħda mill-attivitajiet ikkontemplati fl-Artikoli 3 (gass, sħana u elettriku), 4 (ilma), 5 (trasport), 6 (servizzi postali) u 7 (esplorazzjoni għal, jew estrazzjoni ta', żejt, gass, faħam jew karburanti solidi oħra, kif ukoll portijiet u ajruporti), sakemm dawn l-attivitajiet ma jkunux esposti għal kompetizzjoni miftuħa, fuq swieq li għalihom l-aċċess m'huwiex ristrett [Artikolu 30(1)].

13. Minbarra l-"awtoritajiet kontraenti" [iddefiniti fl-Artikolu 2(1)(a) bl-istess mod bħad-Direttiva 2004/18], id-direttiva tikklassifika lill-"impriżi pubbliċi" bħala "entitajiet kontraenti", jiġifieri kull impriża li fuqha l-"awtoritajiet kontraenti" jistgħu jeżerċitaw influwenza dominanti b'mod dirett jew indirett minħabba l-proprjetà, il-parteċipazzjoni finanzjarja jew ir-regoli li jirregolawaha. L-awtoritajiet kontraenti jkollhom din l-influwenza (1) jekk huma iżommu l-parti l-kbira tal-kapital sottoskritt ta' l-impriża; jew (2) jikkontrollaw il-maġġoranza tal-voti li jkollhom l-ishma maħruġin mill-impriża, jew (3) jistgħu jaħtru iktar min-nofs il-korp amminstrattiv, maniġerjali jew superviżorju ta' l-impriża [Artikolu 2(1)(b)].

14. Id-direttiva tqis ukoll bħala "entitajiet kontraenti" dawk l-organizzazzjonijiet li, għalkemm m'humiex "awtoritajiet kontraenti" jew "impriżi pubbliċi", jkollhom bħala waħda mill-attivitajiet tagħhom xi waħda mill-attivitajiet imsemmija fl-Artikoli 3 sa 7 li joperaw fuq il-bażi ta' drittijiet speċjali jew esklużivi [Artikolu 2(2)(b)].

15. L-Artikolu 20(1) jeskludi mill-kamp ta' applikazzjoni tad-direttiva l-kuntratti li l-"entitajiet kontraenti" jagħtu għal għanijiet oħra li mhumiex dawk ta' l-Artikoli 3 sa 7.

III — Il-fatti fil-kawża prinċipali u d-domandi preliminari

16. Fernwärme Wien GmbH hija kumpannija li ġiet iffurmata fit-22 ta' Jannar 1969 u debitament irreġistrata fir-reġistru tal-kumpanniji ta' Vjenna, ħaġa li ppermettitilha li tikseb il-personalità ġuridika. L-għan soċjali tagħha hija l-provvista tat-tisħin għad-djar, korpi pubbliċi, uffiċċji, impriżi u ħwienet

oħra fil-belt ta' Vjenna, bla ħsara għall-attività ta' pjanifikazzjoni ġenerali tas-sistemi ta' tkessiħ għall-proġetti immobiljari ta' ċerta kobor li hija teżerċita wkoll b'kompetizzjoni ma' operaturi oħrajn.

17. Wara diversi emendi fl-istatut tal-kumpannija li m'affettwawx l-għan soċjali tagħha, din illum sar għandha l-forma ta' kumpannija ta' responsabbiltà limitata li tappartjeni kollha kemm hi lill-belt ta' Vjenna [9]. Il-Kontrollamt (Uffiċċju ta' l-awdituri) ta' Vjenna tikkontrolla l-finanzi tagħha u l-belt, fl-eżerċizzju tad-drittijiet li hija għandha fil-kuntest tal-laqgħa ġenerali, taħtar u tneħħi lid-diriġenti, teħlishom minn kull responsabbiltà għal dak li jirrigwarda l-immaniġġjar tagħhom, kif ukoll taħtar u tneħħi l-membri tal-kunsill ta' sorveljanza.

18. B'pubblikazzjoni fil-Amtsblatt der Stadt Wien (ġurnal uffiċjali tal-belt ta' Vjenna) ta' l-1 ta' Marzu 2006, Fernwärme Wien ħarġet sejħa għall-offerti għall-implementazzjoni ta' sistema ta' tkessiħ fil-kumpless ta' uffiċċji u negozji kummerċjali fi Vjenna (imsemmi "Town-Town"), fejn indikat li l-liġi Awstrijaka fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi ma kinitx applikabbli.

19. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Unwelt GmbH ħadet sehem fil-proċedura tas-sejħa għall-offerti, fejn hija aċċettat il-kundizzjonijiet tas-sejħa billi ssottomettiet offerta prinċipali u offerta sussidjarja. Fit-18 ta' Mejju 2006, hija ġiet infurmata minn Fernwärme Wien li l-offerta sussidjarja tagħha kienet ġiet irrifjutata, liema deċiżjoni hija kkontestat quddiem il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien.

20. Fernwärme Wien ikkontestat il-kompetenza ta' dan il-korp, li hija suġġetta għall-kundizzjoni li s-soċjetà konvenuta tkun "entità kontraenti" jew "awtorità kontraenti" fis-sens tad-Direttivi 2004/17 u 2004/18. Fid-dawl tan-natura tal-kwistjoni quddiemha, il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien issospendiet il-proċeduri u għamlet is-segwenti domandi lill-Qorti tal-Ġustizzja:

1) "Id-Direttiva 2004/17/KE [...] għandha tiġi interpretata fis-sens li entità kontraenti li teżerċita attività li taqa' taħt wieħed mis-setturi kkontemplati fl-Artikoli 3 ta' din id-direttiva għandha taqa' taħt din id-direttiva wkoll għal dak li jikkonċerna xi attività oħra li tkun eżerċitata b'mod parallel f'kuntest kompetittiv?

2) Fil-każ li dan japplika biss għall-awtoritajiet kontraenti: impriża bħalma hija Fernwärne Wien GmbH għandha tiġi

9 — Il-kumpannija hija kkontrollata b'0.001 % minn Wiener Stadwerke Holding AG, fejn l-unika azzjonista hija l-belt ta' Vjenna, u b'99.999 % permezz tas-sussidjarja tagħha, Wien Energie GmbH.

kklassifikata bħala korp irregolat bil-liġi pubblika fis-sens tad-Direttiva 2004/17/KE jew tad-Direttiva 2004/18/KE [...] jekk hija tipprovdi t-tisħin distrettwali f'territorju speċifiku mingħajr kompetizzjoni reali jew għandu wieħed jagħmel riferiment għas-suq tat-tisħin domestiku, li jinkludi wkoll is-sorsi ta' enerġija bħall-gass, żejt, karburant, eċċ?

3) Attività eżerċitata f'kuntest ta' kompetizzjoni minn kumpannija li teżerċita wkoll attività li mhijiex industrijali jew kummerċjali għandha tiġi inkluża fil-kamp ta' applikazzjoni tad-Direttiva 2004/17/KE jew tad-Direttiva 2004/18/KE, jekk, minħabba miżuri effikaċi, bħalma hija s-separazzjoni tal-karti tal-bilanċ u tal-kontabbiltà, ikun jista' jiġi eskluż il-finanzjament reċiproku ta' l-attivitajiet eżerċitati fil-kuntest tal-kompetizzjoni?"

IV — Il-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

21. Il-partijiet fil-kawża prinċipali, il-Kummissjoni u l-Gvernijiet ta' l-Awstrija, l-Ungerija u l-Finlandja ippreżentaw l-osservazzjonijiet bil-mitkub u r-rappreżentanti ta' Ing. Aigner, tal-Gvern Awstrijak u tal-Kummissjoni attendew għas-seduta miżmuma li saret fil-11 ta' Ottubru 2007 sabiex jressqu l-osservazzjonijiet orali tagħhom.

V — Il-ġurisdizzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja

22. Fis-sentenza tagħha tat-18 ta' Ġunju 2002, HI [10], il-Qorti tal-Ġustizzja kklassifikat lill-Vergabekontrollsenat des Landes Wien bħala "qorti" fis-sens ta' l-Artikolu 234 KE (punt 28). Skond il-ġurisprudenza stabbilita tagħha li tikkonċerna dan il-kunċett, hija kkonstatat li l-Vergabekontrollsenat des Landes Wien tissodisfa l-kriterji dwar l-oriġni legali, in-natura mandatorja tal-qorti, in-natura kontenzjuża tal-proċeduri u l-applikazzjoni tar-regoli tad-dritt (punt 26), u fl-istess ħin, minħabba l-kostituzzjoni u l-funzjonament tagħha tissodisfa r-rekwiżiti ta' permanenza u ta' indipendenza (punt 27).

23. Sitt xhur ilu, fil-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża De Coster, jiena kkritikajt din il-ġurisprudenza li tidher "eċċessivament flessibbli u nieqsa mill-koerenza meħtieġa" [11] u kont issuġġerejt li jsir ċaqliq radikali għal fuq rotta iktar ċerta [12] li, billi tenfasizza fuq ir-*ratio* tal-proċedura preliminari, tgħin il-kooperazzjoni produttiva bejn l-imħallfin.

10 — C-92/00, Ġabra p. I-5553.

11 — A. Barav, "Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire", Liber amicorum Bo Vesterdorf, Emile Bruylant, Brussell, 2007, li qiegħed jiġi stampat, jenfasizza l-inkoerenza ambigwa tal-ġurisprudenza li tippersisti biex teżalta l-karatteristiċi li, fil-parti l-kbira tagħhom, la huma speċifiċi u lanqas jeskludu l-kunċett ta' qorti, u b'hekk iżżid id-diffikultajiet sabiex dan il-kunċett jiġi definit.

12 — J. C. Moitinho de Almeida, "La notion de juridiction d´un Etat membre (article 177 du traité CE)", Mélanges F. Schockweiler, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 463, 464 u 478, josserva li l-iżvilupp tal-ġurisprudenza Komunitarja ddaħħal ċerti dubji li l-Qorti tal-Ġustizzja għandha tneħħi.

24. Huwa f'dan l-ambitu li jiena nipproponi li, b'mod ġenerali, l-Artikolu 234 KE japplika biss għall-korpi li jiffurmaw parti mill-istituzzjonijiet ġudizzjarji ta' l-Istat, meta dawn jeżerċitaw il-funzjoni purament ġudizzjarja tagħhom, u b'mod eċċezzjonali, għal dawk li, mingħajr ma jiffurmaw parti minn din l-istruttura, għandhom l-aħħar kelma fl-ordni ġuridiku nazzjonali, meta dawn jissodisfaw il-kriterji stabbiliti mill-ġurisprudenza, partikolarment f'dak li jikkonċerna l-indipendenza u l-proċedura kontenzjuża.

25. F'dan is-sens li huwa iktar restrittiv, il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien ma jidħolx f'dan il-kunċett ta' korp ġudizzjarju, peress li huwa ma jagħmilx parti mis-sistema ġudizzjarja Awstrijaka ("kummissjoni amministrattiva indipendenti") u d-deċiżjonijiet tagħha, għalkemm ma jistgħux jiġu riveduti mill-Gvern, jistgħu jiġu appellati quddiem il-Verwaltunsgerichtshof [13].

26. Mhuwiex loku li jiġu riprodotti hawnhekk il-kunsiderazzjonijiet li jiena esponejt fil-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża De Coster (punti 75 sa 79) dwar l-inkonvenjenzi li jirriżultaw mill-indħil ta' awtorità amministrattiva, minkejja li din tkun indipendenti, fil-kooperazzjoni ġudizzjarja u li jiena rriproduċejt (fl-24 ta' Mejju 2007) fil-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ORF) [14], fil-punti 35 sa 36. Wieħed m'għandux jinjora l-kollaborazzjoni produttiva tal-Vergabekontrollsenat des Landes Wien fuq l-interpretazzjoni tal-liġi dwar il-kuntratti pubbliċi [15]; madankollu filwaqt li wieħed jagħmel dak kollu li huwa ġuridikament possibbli, il-motivi li jġġustifikaw il-ftuħ tal-proċedura preliminari għall-entitajiet li, strettament, mhumiex qrati jitilfu ħafna mill-piż tagħhom fil-Komunità ta' sebgħa u għoxrin Stat, f'mument fejn dan il-qasam ta' l-ordni ġuridika Komunitarja u l-interpretazzjoni tagħha hija pjenament ikkonsolidata [16].

27. L-iżvilupp riċenti tal-ġurisprudenza għandu pjuttost it-tendenza [17] sabiex jiddefinixxi l-karatteristiċi tal-kunċett ta' korp ġudizzjarju, b'mod partikolari għal dak li jirrigwarda l-indipendenza, liema fatt huwa simili għall-pożizzjoni esposta fil-konklużjonijiet De Coster [18]. B'hekk, fis-sentenza Schmid [19], il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li hija m'għandhiex ġurisdizzjoni sabiex tiddeċiedi fuq ir-rinviji tal-Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (il-Ħames Kummissjoni ta' appell ta' l-amministrazzjoni

13 — Dan il-fatt ma jirriżultax fis-sentenza HI.

14 — Sentenza tat-18 ta' Ottubru 2007, Ġabra p. I-8817, I-8820.

15 — Bħala eżempju, apparti s-sentenza HI, wieħed għandu jirreferi għas-sentenza tat-12 ta' Diċembru 2002, Universale-Bau *et* (C-470/99, Ġabra p. I-11617).

16 — Fil-konklużjonijiet tiegħu tal-15 ta' Mejju 1997 fil-kawża Drosch Consult (sentenza tas-17 ta' Settembru 1997, C-54/96, Ġabra p. I-4961), l-avukat ġenerali Tesauro jinnota li jekk l-istituzzjoni ma jkollhiex natura ta' qorti, "hija lanqas issir hekk minħabba r-raġuni waħdanija li ma jkunx hemm soluzzjoni aħjar" (punt 40).

17 — Kif enfasizzajt fil-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża li wasslet għas-sentenza tat-30 ta' Marzu 2006, Emanuel (C-259/04, Ġabra p. I-3089, punt 26).

18 — D. Sarmiento, *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 201 sa 203, janalizza l-influwenza tal-konklużjonijiet De Coster fuq il-ġurisprudenza sussegwenti.

19 — Sentenza tat-30 ta' Mejju 2002 (C-516/99, Ġabra P. I-4573).

reġjonali tal-finanzi) għal Vjenna, l-Awstrija t'Isfel u l-Burgenland u, fis-sentenza Syfait *et*[20], hija għamlet l-istess fir-rigward ta' rinviju ta' Epitropi Antagonismou (il-kummissjoni Griega tal-kompetizzjoni)[21].

28. Din it-tendenza tidher evidenti fir-rigward tad-deċiżjonijiet preċedenti tal-Qorti tal-Ġustizzja dwar id-domandi preliminari magħmulin minn korpi simili għal dawk imsemmijin iktar'il fuq, bħalma huma tribunali ekonomiċi u amministrattivi Spanjoli[22] kif ukoll it-tribunal Spanjol għall-protezzjoni tal-kompetizzjoni[23].

29. Minkejja l-mogħdija taż-żmien, il-konklużjonijiet De Coster jibqgħu interament applikabbli[24] u dan għaliex, mhux biss minħabba kwistjoni ta' koerenza, imma wkoll b'konvinzjoni sinċiera, nerġa' nsostni li l-Vergabekontrollsenat des Landes Wien mhijiex qorti fis-sens ta' l-Artikolu 234 KE u jiena nissuġġerixxi lill-Qorti tal-Ġustizzja sabiex tiddikjara li hija m'għandhiex il-ġurisdizzjoni sabiex teżamina d-domandi preliminari.

30. Nittama li l-imħallfin li lilhom qiegħed nindirizza jagħrfu l-merti ta' l-idea żviluppata fil-kawża De Coster[25], iżda, f'każ li huma ma jilqgħux din il-fehma, ser nanalizza, b'mod sussidjarju, il-kontenut materjali ta' dan ir-rinviju preliminari, sabiex nagħmel dmiri li nippreżenta konklużjonijiet b'mod pubbliku, b'imparzjalità u b'indipendenza assoluta.

VI — Analiżi tad-domandi preliminari

A — *Id-Direttivi 2004/17 u 2004/18: żewġ strumenti li għandhom l-istess għan (l-ewwel domanda)*

31. Id-dritt Komunitarju tal-kuntratti pubbliċi għandhom għan immedjat u limitat: il-koordinazzjoni tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti. Iżda, kif jirriżulta mit-tieni premessa tad-Direttiva 2004/18 u mid-disa' premessa tad-Direttiva 2004/17, kif ukoll

20 — Sentenza tal-31 ta' Mejju 2005 (C-53/03, Ġabra p. I-4609).

21 — Fir-rigward ta' din l-entità amministrattiva, K. Lenaers, D. Arts, u I. Maselis, "Procedural Law of the European Union", Robert Bray editur, Londra, Sweet & Maxwell, 2006, p. 40 u 41, jirreferu għall-iżvilupp tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja fid-direzzjoni lejn tifsira iktar restrittiva tal-kunċett ta' qorti.

22 — Sentenza tal-21 ta' Marzu 2000, Gabalfrisa *et* (C-110/98 sa C-147/98, Ġabra p. I-1577).

23 — Sentenza tas-16 ta' Lulju 1992, Asociación Española de Banca Privada *et* (C-67/91, Ġabra p. I-4785).

24 — Għal D. Sarmiento, *op. cit.* p. 200, il-konklużjonijiet De Coster "jikkostitwixxu l-iktar attakk aħrax kontra l-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja f'dan il-qasam" u jiffavorixxu "ċerta ordni fil-kaos li hemm fil-ġurisprudenza".

25 — M. Cienfuegos, "La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión", *Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la Competencia*, Lulju/Awwissu 2005, Nru 238, p. 26, jiġbed l-attenzjoni fuq l-insuffiċjenza ta' l-azzjonijiet temporanji, bħalma hija l-interpretazzjoni iktar restrittiva tal-kriterju tradizzjonali ta' l-indipendenza ta' l-awtur tar-rinviju preliminari meta jadatta l-applikazzjoni individwalizzata tiegħu għall-każ konkret, u, in konformità mal-konklużjonijiet De Coster, jipproponi bdil ġenerali tal-kunċett ta' 'qorti'.

mill-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja [26], dan l-għan m'huwa xejn ħlief strument biex jitwettaq pjan iktar ambizzjuż: il-ftuħ tal-kompetizzjoni effettiva f'dan is-settur, b'osservanza tal-libertajiet essenzjali għall-integrazzjoni Ewropea. B'hekk, l-għan huwa li jiġu eliminati l-ostakli fuq il-libertà tal-moviment filwaqt li jiġu protetti l-interessi ta' l-operaturi ekonomiċi ta' Stat membru li jkunu jixtiequ jbiegħu l-oġġetti jew is-servizzi lill-entitajiet kontraenti ta' Stati Membri oħra. Konsegwentement, jeħtieġ li jiġi eliminat ir-riskju li tingħata preferenza lill-offerenti nazzjonali ("*buy national*") billi tiġi eskluża l-possibbiltà li l-korp inkarigat mill-għoti tal-kuntratt jiġi ggwidat minn kunsiderazzjonijiet lil mhumiex ekonomiċi [27] (din hija r-raġuni għaliex il-kriterju fundamentali għall-għoti tal-kuntratt huwa dejjem dak ta' l-offerta bl-irħas prezz jew l-iktar vantaġġjuża mill-aspett ekonomiku).

1. Dimensjoni personali

32. Id-Direttiva 2004/18, bħal dawk qabilha, tiddefinixxi l-kamp ta' applikazzjoni tagħha b'mod suġġettiv, billi tiddefinixxi, minn naħa, il-kunċetti ta' "kuntrattur", "fornitur" u "min jipprovdi s-servizz" u min-naħa l-oħra l-"awtorità kuntrattwali" (Artikolu 1(8) u (9)); u b'mod oġġettiv billi tiddefinixxi l-kuntratti ta' xogħlijiet pubbliċi, servizzi pubbliċi u provvisti pubbliċi kif ukoll il-konċessjoni għal xogħlijiet pubbliċi u konċessjoni tas-servizz [Artikolu 1(2) sa (4)].

33. B'hekk, il-kuntratti pubbliċi suġġetti għad-Direttiva 2004/18, li huma konċessi minn "awtorità [kontraenti]", għandhom jingħataw fl-Istati Membri kollha, in konformità mal-prinċipji u r-regoli ta' proċedura stabbilita mid-direttiva.

34. L-enfasi huwa b'hekk magħmul fuq id-dimensjoni personali: l-element deċiżiv ma jinsabx fin-natura ta' l-appalt in kwistjoni, imma fil-personalità ta' dak li joffrih, peress li kull kuntratt li jingħata mill-awtoritajiet pubbliċi huwa suġġett għall-koordinazzjoni proċedurali intiż mid-dritt sussidjarju.

35. Dan ir-rekwiżit huwa tant fundamentali li s-sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria *et* estendiet il-leġiżlazzjoni Komunitarja (f'dik il-kawża kienet id-Direttiva 93/37) għall-attivitajiet kollha tal-korpi rregolati bil-liġi pubblika, billi invokat iċ-ċertezza legali u l-fatt li l-leġiżlatur ma jagħmilx distinzjoni bejn il-kuntratti pubbliċi li

26 — B'mod partikolari s-sentenza tat-22 ta' Ġunju 1989, Costanzo (103/88, Ġabra p. 1839, punt 18 *in fine*); ta' l-10 ta' Novembru 1998, BFI Holding (C-360/96, Ġabra p. I-6821, punt 41); tat-3 ta' Ottubru 2000, University of Cambridge (C-380/98, Ġabra p. I-8035, punt 16); u ta' l-1 ta' Frar 2001, Il-Kummissjoni vs Franza (C-237/99, Ġabra p. I-939, punt 41).

27 — Sentenzi tal-15 ta' Jannar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria et (C-44/96, Ġabra p. I-73, punt 33); BFI Holding, punt 42; University of Cambridge, punt 17; u Il-Kummissjoni vs Franza, punt 42.

għandhom konnessjoni mal-bżonnijiet fl-interess pubbliku u dawk li m'għandhomx (punti 32 u 34).

2. Konnessjoni materjali

36. Madankollu, din il-konnessjoni "intersettorjali" (l-aġġettiv użat mill-Kummissjoni fl-osservazzjonijiet bil-miktub) ma jinsabx fid-Direttiva 2004/17, li ma tapplikax għal kull attività ta' l-"enitatjiet kontraenti" iżda tapplika biss għal dawk l-attivitajiet ikkontemplati fl-Artikoli 3 sa 7 tagħha.

37. Din iċ-ċirkustanza ssib spjegazzjoni fil-fatt li, fil-bidu, is-setturi ta' l-ilma, ta' l-enerġija, tat-trasport u tat-telekomunikazzjonijiet ma kenux armonizzati [28] minħabba d-diversità fl-istatus ġuridiku (pubbliku jew privat) ta' l-impriżi kkonċernati. Kellu jiġi evitat li dawn is-setturi jkunu suġġetti għal sistemi differenti, skond jekk huma jkunux jiddependu mill-Istat, minn korpi territorjali jew entitajiet oħra rregolati bil-liġi pubblika, jew organizzazzjonijiet mogħnija b'personalità ġuridika tad-dritt privat, bit-tama li ż-żmien jipprovdi soluzzjoni definittiva [29].

38. L-okkażjoni opportuna waslet bid-Direttiva 93/38 li kkoordinat il-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti f'dawn is-setturi u ddefinixxiet il-kopri kontraenti irrispettivament mill-istatus ġuridiku tagħhom (pubbliku jew privat). Din id-direttiva ħadet in kunsiderazzjoni l-influwenza li l-awtoritajiet nazzjonali għandhom fuq il-komportament tagħhom, minħabba n-natura magħluqa tal-kuntratti in kwistjoni u l-eżistenza ta' drittijiet speċjali jew esklużivi, sabiex tiftaħ dawn il-kuntratti wkoll għall-kompetizzjoni (premessi disgħa, ħdax u tnax). Huwa dan li ġġustifika l-fatt li l-element soġġettiv tad-direttiva, barra l-entitajiet ikkontemplati fid-direttivi klassiċi f'dan il-qasam, jinkludi l-impriżi pubbliċi u l-impriżi affiljati [Artikolu 1(2) u (3)], filwaqt li ġie ppreċiżat li dawn huma suġġetti għal din id-direttiva biss jekk huma jaġixxu fl-oqsma li hija ssemmi (premessa tlettax [30] u l-Artikolu 2).

39. Id-Direttiva 2004/17 issegwi l-istess regola (premessi tnejn u tlieta) u tiddefinixxi

28 — Artikoli 3(4) u (5) tad-Direttiva 71/305 u Artikolu 2(2) tad-Direttiva 77/62.

29 — Premessi erbgħa sa sitta tad-Direttiva 71/305 u premessa sitta sa tmienja tad-Direttiva 77/62. It-tmien premessa tad-Direttiva 93/38 tikkonferma din l-idea.

30 — Skond din il-premessa, id-direttiva ma tapplikax "għall-attivitajiet ta' dawk l-entitajiet li, jew jaqgħu barra s-setturi tas-servizzi ta' l-ilma, ta' l-enerġija u tat-trasport jew barra s-settur tat-telekomunikazzjoni, jew li jaqgħu fi ħdan dawn is-setturi iżda li huma minkejja dan esposti direttament għal forzi kompetittivi fi swieq li d-dħul fihom mhuwiex ristrett".

l-"entitajiet kontraenti" b'mod indipendenti mis-sistema ġuridika tagħhom (it-tieni premessa). Konsegwentement, minbarra l-"awtoritajiet kontraenti" li huma ddefiniti bl-istess mod bħal kif inhuma ddefiniti fid-Direttiva 2004/18, id-direttiva tinkludi fl-istess kategorija ta' "entitajiet kontraenti" l-impriżi pubbliċi u dawk li jgawdu drittijiet speċjali jew esklużivi, in kwantu dawn jeżerċitaw waħda mill-attivitajiet ikkontemplati fl-Artikoli 3 sa 7 [Artikoli 2(1) u (2) u 20(1)].

40. Konsegwentement, id-Direttiva 2007/17 tirregola l-għoti ta' kuntratti fil-qasam li tradizzjonalment kien magħruf tas-"setturi esklużi" fi spirtu differenti minn dak li jispira lid-Direttiva 2004/18: l-element deċiżiv ma jinsabx fl-entità li tipprovdi l-appalt, imma fin-natura ta' l-attività kkonċernata b'dak il-kuntratt, fejn id-direttiva tapplika biss f'dawn is-setturi.

41. Din it-teżi hija bbażata fuq żewġ aspetti. Minn naħa, l-Artikolu 12(1) tad-Direttiva 2004/18 jeskludi mill-kamp ta' applikazzjoni tiegħu dawk il-kuntratti pubbliċi ta' l-"awtoritajiet kontraenti" li jirrigwardaw l-attivitajiet ikkontemplati fl-Artikoli 3 sa 7 tad-Direttiva 2004/17, ħaġa din li turi biċ-ċar il-komponent materjali fl-applikazzjoni ta' l-istess Direttiva 2004/17. Min-naħa l-oħra, id-Direttiva 2004/17 hija maħsuba sabiex tikkontribwixxi għall-iżvilupp tal-kompetizzjoni libera u, konsegwentement, hija ma tapplikax, kif jindika l-Artikolu 30(1) tagħha, jekk dawn l-attivitajiet jiġu mwettqa f'suq li huwa liberament aċċessibbli.

42. B'hekk, l-"awtoritajiet kontraenti" tad-Direttiva 2004/18 jaqgħu taħt id-Direttiva 2004/17 jekk huma jidħlu fil-kamp ta' applikazzjoni materjali tagħha, filwaqt li dan ma japplikax għall-impriżi pubbliċi u għall-impriżi li għandhom drittijiet speċjali jew esklużivi fihom innifishom.

43. Dawn iċ-ċirkustanzi jikkonfermaw l-inapplikabbiltà tat-"teorija tal-kontaminazzjoni" fil-kawża preżenti. Fil-konklużjonijiet tiegħu tas-16 ta' Settembru 1997 fil-kawża Mannesmann Anlagenbau Austria *et*, l-avukat ġenerali Léger jenfasizza li l-kamp ta' applikazzjoni tad-Direttiva 93/37 (u d-Direttiva 2004/18 wkoll) mhuwiex definit skond l-attività li għaliha jingħataw il-kuntratti, iżda skond il-karatteristiċi tal-korp li jkun stipula l-kuntratt (punt 81). Dan ifisser li, għalkemm id-Direttiva 2004/18 tiffoka fuq il-kunċett ta' "awtorità kontraenti", fir-rigward ta' liema m'għandux jiġi ddeterminat, għal motivi ta' ċertezza legali, liema parti ta' l-organizzazzjoni hija intiża sabiex tissodisfa l-bżonnijiet fl-interess pubbliku u liema għandha għanijiet oħra, id-Direttiva 2004/17 tippermetti li jiġu ddefiniti perfettament l-oqsma materjali ta' l-attività ta' l-"entitajiet kontraenti" billi, fl-Artikolu 9 tagħha, tipprovdi regoli konkreti f'dan ir-rigward.

44. Fi kliem ieħor, jekk "awtorità kontraenti", fis-sens l-iktar strett, jiġifieri dak ta' l-Artikolu 1(9) tad-Direttiva 2004/18 u ta' l-Artikolu 2(1)(a) tad-Direttiva 2004/17, toffri kuntratt għal xogħlijiet li mhumiex ikkontemplati fl-Artikoli 3 sa 7 tad-Direttiva 2004/17, hija d-Direttiva 2004/18 li tapplika. Iżda jekk l-entità li taġixxi f'dan il-kuntest hija impriża pubblika jew impriża li għandha drittijiet speċjali jew esklużivi [Artikolu 2(1)(b) u 2(b) tad-Direttiva 2004/17], l-ebda waħda miż-żewġ direttivi ma tapplika.

45. Għaldaqstant, nipproponi li r-risposta li għandha tingħata mill-Qorti tal-Ġustizzja għall-ewwel waħda mit-tliet domandi preliminari tal-Vergabekontrollsenat des Landes Wien hija li d-Direttiva 2004/17 ma tapplikax għall-kuntratti li l-"entitajiet kontraenti" fis-sens ta' l-Artikolu 2(2) tagħha jagħtu f'kuntest ta' xogħlijiet li mhumiex imsemmijin fl-Artikoli 3 sa 7 ta' l-istess direttiva.

46. Din is-soluzzjoni tibbaża ruħha fuq il-ġurisprudenza Komunitarja. Fil-fatt, is-sentenza tas-16 ta' Ġunju 2005, Strabag u Kostmann [31], tindika li d-Direttiva 93/38 (u għalhekk ukoll id-Direttiva 2004/17) tapplika għall-"entitajiet kontraenti" in kwantu dawn jaġixxu fl-oqsma materjali kkontemplati fid-direttiva. Fil-każ kuntrarju, il-kuntratti tagħhom ikunu regolati, jekk ikun il-każ, bil-leġiżlazzjoni relattiva għall-għoti tal-kuntratti pubbliċi (punt 37).

B — *Il-kunċett ta' korp irregolat bil-liġi pubblika: ir-rilevanza tal-grad ta' kompetizzjoni fis-suq (it-tieni domanda)*

47. Il-parteċipanti kollha f'din il-proċedura preliminari jaqblu fuq il-fatt li l-kuntratt in kwistjoni fil-kawża prinċipali jikkonċerna l-attività ta' Fernwärme Wien li ma taqax taħt id-Direttiva 2004/17 (stallazzjoni ta' impjant ta' tkessiħ f'kumpless ta' uffiċini u negozji kummerċjali) u, konsegwentement, skond ir-risposta li pproponejt għall-ewwel domanda, jeħtieġ li, bħalma jitlob l-korp tar-rinviju, jiġi ppreċiżat jekk din il-kumpannija hijiex "awtorità kontraenti" peress li, fil-każ affermattiv, issir tapplika d-Direttiva 2004/18.

48. B'mod konkret, jeħtieġ li jiġi stabbilit jekk din tirrigwardax "korp irregolat bil-liġi pubblika". Il-personalità ġuridika tagħha u r-rabta stretta tagħha mad-distrett ta' Vjenna li tikkontrolla, b'mod dirett jew indirett, il-kapital tagħha mhumiex ikkontestati. Id-dubji jirrigwardaw l-ewwel rekwiżit stabbilit fid-direttiva, jiġifieri l-għan speċifiku li jintlaħqu l-bżonnijiet fl-interess pubbliku

31 — Kawżi C-426/03 u C-463/03, Ġabra p. I-5397, li, b'deċiżjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja, ġew deċiżi mingħajr il-konklużjonijiet ta' l-avukat ġenerali.

li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali.

49. Jeżisti qbil ukoll fuq il-fatt li l-għan soċjali ta' l-impriża huwa fl-interess pubbliku, peress li din tipprovdi s-servizz ta' tisħin distrettwali b'sistema li tirrispetta l-ambjent, jiġifieri dik tal-ħruq ta' skart [32]. Id-diskussjoni hija għaldaqstant limitata sabiex jiġi stabbilit jekk din l-impriża għandhiex "karattru industrijali jew kummerċjali".

50. Għal dan l-għan, jeħtieġ li jiġu eżaminati l-elementi ġuridiċi u fattwali rilevanti, kif ukoll il-fatti li seħħew qabel il-ħolqien tal-korp ikkonċernat u l-kundizzjonijiet li fihom jeżerċita l-attività tiegħu [33], inkluż, b'mod partikulari, il-fatt li l-għan prinċipali tiegħu mhuwiex li jagħmel qligħ, in-nuqqas ta' teħid ta' riskji kif ukoll il-finanzjament pubbliku eventwali [34].

51. F'dan il-kuntest, jeħtieġ li jiġi eżaminat l-impatt li l-istruttura tas-settur li fih jopera l-korp fuq il-kunċett tal-"karattru industrijali jew kummerċjali". L-ewwel nett, id-diċitura tad-direttiva ma tagħmel ebda riferiment għall-kompetizzjoni potenzjali ma' l-impriżi privati [35], liema element jikkostitwixxi ħjiel favur il-karattru industrijali jew kummerċjali tal-bżonnijiet pubbliċi li l-korp għandu jissodisfa [36], iżda li mhuwiex biżżejjed sabiex jeskludi skopijiet differenti minn dawk ta' natura ekonomika [37], peress li n-nuqqas ta' kompetizzjoni mhijiex kundizzjoni meħtieġa għall-finijiet tad-definizzjoni ta' korp irregolat bil-liġi pubblika [38].

52. Huwa f'dan il-kuntest ġurisprudenzjali li tidħol it-tieni domanda tal-korp amministrattiv tar-rinviju, li hija maħsuba sabiex tiddefinixxi s-suq ta' referenza sabiex tiġi stabbilita l-kompetenza tiegħu, iżda li jibbaża ruħu fuq il-premessa ineżatta (li ġiet riprodotta mill-parteċipanti kollha fil-proċedura preliminari preżenti), u dan kif jirriżulta

32 — Il-Qorti tal-Ġustizzja adottat pożizzjoni ġeneruża f'dak li jikkonċerna l-kunċett ta' "bżonnijiet fl-interess pubbliku". Hija ma llimitatux għall-funzjonament istituzzjonali ta' l-Istat jew għall-idea ta' l-ordni pubblika [sentenzi Mannesmann Anlagenbau Austria *et* (punt 24) u tas-16 ta' Ottubru 2003, Il-Kummissjoni vs Spanja (C-283/00, Ġabra p. I-11697), punt 85)] u estendietu għall-organizzazzjoni ta' fieri, wirjiet u inizjattivi simili [sentenza ta' l-10 ta' Mejju 2001, Agorà u Excelsior (C-223/99 u C-260/99, Ġabra p. I-3605, punti 33 u 34], għax-xiri, bejgħ u kiri ta' beni immobbli kif ukoll il-provvista ta' servizzi ta' ġestjoni ta' beni immobbli għad-distrett [sentenza tat-22 ta' mejju 2003, Korhonen *et* (C-18/01, Ġabra p. I-5321, punti 41 u 45)] jew għall-kostruzzjoni ta' djar intiżi sabiex jinbiegħu jew jinkrew lill-familji li m'għandhomx ħafna mezzi (sentenza Il-Kummissjoni vs Franza, punt 47).

33 — Sentenzi tas-27 ta' Frar 2003, Adolf Truley, (C-373/00, Ġabra p. I-1931, punt 66); u Korkonen *et*, punti 48 u 59.

34 — Sentenza Korkonen *et*, punt 59.

35 — Sentenza BFI Holding, iċċitata iktar 'il fuq, punt 40.

36 — Sentenzi BFI Holding, punt 49; Agorà u Excelsior, punt 38 *in fine;* u Adolf Truley, punt 60.

37 — Sentenzi BFI Holding, punt 43; u Adolf Truley, punt 61. Skond il-punt 44 tas-sentenza BFI Holding, huwa diffiċli li wieħed jimmaġina attivitajiet li ma jistgħux jiġu eżerċitati minn impriżi privati u, konsegwentement, il-kriterju tan-nuqqas ta' kompetizzjoni tneħħi s-sustanza tal-kunċett ta' korp irregolat bil-liġi pubblika kkontemplat fid-direttivi.

38 — Sentenza BFI Holding, punt 47 *in fine.*

minn dak li esponejt fil-kuntest ta' l-analiżi ta' l-ewwel domanda.

53. Fir-realtà, id-Direttiva 2004/18 tibbaża ruħha fuq kunċett soġġettiv u tapplika għal kull struttura organizzattiva li taġixxi bħala "awtorità kontraenti", irrispettivament mill-qasam li fih hija topera (teorija tal-kontaminazzjoni), ħlief jekk hija tipparteċipa f'kuntratt li huwa eskluż skond l-Artikoli 12 sa 18. Fir-rigward tal-"korpi rregolati bil-liġi pubblika" huwa meħtieġ li dawn jinħolqu sabiex jilħqu speċifikament il-bżonnijiet fl-interess pubbliku li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali u s-suq li għandu jittieħed in kunsiderazzjoni sabiex jiġi analizzat il-grad ta' kompetizzjoni u biex l-attività tagħhom tiġi kklassifikata bħala industrijali jew kummerċjali huwa dak li għalih ġew maħluqa [39], jiġifieri, fil-każ tal-Fernwärme Wien, il-provvista ta' tisħin distrettwali bil-ħruq ta' l-iskart.

54. Kieku wieħed kellu jieħu pożizzjoni differenti dan kien iwassal għal riżultat li jmur kontra l-interpretazzjoni funzjonali li tagħti l-ġurisprudenza Komunitarja [40], in kwantu jiġi ppreġudikat l-effett utli tad-Direttiva 2004/18. Sabiex tiġi evitata l-applikazzjoni ta' din ir-regola, huwa biżżejjed li entità li tkun inħolqot biss sabiex tindirizza l-bżonnijiet fl-interess pubbliku li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali tiddedika ruħha għal operazzjonijiet purament kummerċjali, filwaqt li żżomm l-għan inizjali tagħha, u tevita, fl-estensjoni tas-swieq li fihom hija toffri s-servizzi tagħha, li tiġi kklassifikata bħala "korp irregolat bil-liġi pubblika", b'mod li l-kuntratti kollha li hija tieħu, irrispettivament min-natura tagħhom, ma jkunux suġġetti għar-rekwiżiti ta' l-armonizzazzjoni Komunitarja. Essenzjalment, il-fehma tiegħi tissupplimenta s-soluzzjoni mogħtija fis-sentenza Universale-Bau *et* [41], li kienet tikkonċerna sitwazzjoni kuntrarja, peress li kienet tirrigwarda impriża maħluqa għall-finijiet ta' attività esklużivament privata li, iktar tard, kienet ġiet inkarigata bil-provvista ta' servizz pubbliku. Fiż-żewġ każijiet, l-interpretazzjoni funzjonali tiġbed lejn il-fatt li l-kuntratti tal-kumpanniji li jiġġestixxu interessi pubbliċi u li huma suxxettibbli li joperaw barra mill-forzi tas-suq, jagħtu kuntratti mingħajr ma jagħtu każ ta' dawn il-forzi.

55. Id-Direttiva 2004/18 ma tħalli ebda għażla oħra peress li hekk kif l-Istat jew l-awtoritajiet lokali ma jitilfux il-karattru tagħhom ta' awtorità kontraenti meta huma joperaw fi swieq miftuħa, lanqas ma jitilfu

39 — Is-sentenza BFI Holding, iċċitata iktar 'il fuq, irrilevat li n-nuqqas ta' karattru industrijali jew kummerċjali huwa kriterju li huwa maħsub sabiex jippreċiża l-kunċett ta' bżonnijiet fl-interess pubbliku (punt 32).

40 — Sentenzi tas-17 ta' Diċembru 1998, Il-Kummissjoni vs L-Irlanda (C-353/96, Ġabra p. I-8565, punt 36); BFI Holding, punt 62; Il-Kummissjoni vs Franza, punt 43; tal-15 ta' Mejju 2003, Il-Kummissjoni vs Spanja (C-214/00, Ġabra p. I-4667, punt 53); u tas-16 ta' Ottubru 2003, Il-Kummissjoni vs Spanja (C-283/00, punt 73).

41 — Din is-sentenza qalet li għandhom jittieħdu in kunsiderazzjoni l-attivitajiet eżerċitati minn entità sabiex jiġi vverifikat jekk din inħolqitx sabiex tilħaq il-bżonnijiet fl-interess pubbliku li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali (punt 56).

dan il-karattru l-istrutturi li dawn l-amministrazzjonijiet territorjali joħolqu b'personalità ġuridika proprja tagħhom u taħt il-kontroll tagħhom sabiex "jilħ[]q[u] l-bżonnijiet fl-interess pubbliku, li m'għandhomx karattru industrijali jew kummerċjali". Din l-interpretazzjoni tiġbor it-tendenzi tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja. Is-sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria *et*, iċċitata iktar'il fuq, enfasizzat li l-kundizzjoni li biha l-korp għandu jkun ġie maħluq biex jilħaq "speċifik[ament]" dawn il-bżonnijiet ma jorbtuhx biex jilħaq biss dawn il-bżonnijiet (punt 26), mingħajr ma jagħmel xogħol ieħor, anke jekk dan ikun ix-xogħol prinċipali tiegħu, peress li d-definizzjoni legali ma tieħux in kunsiderazzjoni l-importanza relattiva ta' dawn it-tip ta' attivitajiet fir-rigward ta' l-attivitajiet kollha l-oħra (punti 25, 26 u 31) [42].

56. Fid-dawl ta' dawn l-osservazzjonijiet, nissuġġerixxi lill-Qorti tal-Ġustizzja sabiex tippreċiża lill-Vergabekontrollsenat des Landes Wien li l-provvista tat-tisħin distrettwali tikkostitwixxi s-suq li għandu jiġi eżaminat sabiex jiġi stabbilit jekk il-Fernwärme Wien għandhiex tiġi kklassifikata bħala "korp irregolat bil-liġi pubblika" fis-sens ta' l-Artikolu 1(9) tad-Direttiva 2004/18.

57. F'kull każ, l-eżami propost fit-tieni domanda preliminari jidher li huwa irrilevanti peress li skond l-informazzjoni li tidher fid-deċiżjoni tar-rinviju, jirriżulta li jkun xi jkun is-settur in kwistjoni (dak tat-tisħin distrettwali biss jew ukoll dak tat-tisħin li jiġi minn ħruq ta' affarijiet oħra), jirriżulta li Fernwärme Wien hija l-unika impriża li fil-preżent tista' tilħaq dan il-bżonn fl-interess pubbliku u tista', għalhekk, tadotta komportament li jirriżulta minn kriterji li mhumiex strettament ekonomiċi, fejn din is-sitwazzjoni tiġġustifika l-intervent tad-dritt Komunitarju sabiex jiġu armonizzati l-kriterji għall-għoti tal-kuntratt, sabiex jinfetaħ is-suq għall-kompetizzjoni u tiġi ggarantita t-trasparenza tiegħu.

C — *Fuq il-possibbiltà ta' ksur tat-teorija tal-kontaminazzjoni (it-tielet domanda)*

58. Il-Kummissjoni ma għamlitx analiżi ġusta tat-tielet domanda. Il-Vergabekontrollsenat des Landes Wien mhijiex qegħda tipprova tistabbilixxi l-importanza tal-grad ta' kompetizzjoni fuq is-suq in kwistjoni sabiex tistabbilixxi l-applikabbiltà tad-direttivi għall-kuntratti pubbliċi, liema punt huwa s-suġġett tat-tieni domanda. B'mod iktar sempliċi, hija qegħda tistaqsi jekk "entità kontraenti" jew "awtorità kontraenti" li jeżerċitaw ukoll attività industrijali jew kummerċjali f'suq miftuħ, fir-rigward ta' dawn l-attivitajiet, humiex suġġetti għad-direttivi ta' l-2004 jekk, minħabba l-użu ta' mekkaniżmi bħalma huma s-separazzjoni tal-karti tal-bilanċ u tal-kontabbiltà,

42 — F'dan is-sens ara s-sentenzi iċċitati iktar 'il fuq BFI Holding (punti 55 u 56), Adolf Truley (punt 56) u Korhonen *et* (punt 58).

huma jeliminaw ir-riskju tal-finanzjament reċiproku bejn id-diversi oqsma ta' l-attivitajiet ekonomiċi tagħhom.

59. Il-kwistjoni hija irrilevanti f'dak li tikkonċerna d-Direttiva 2004/17, peress li, kif diġà indikajt jiena stess, l-"entitajiet kontraenti" huma rregolati bid-dispożizzjonijiet ta' l-istess direttiva biss jekk huma joperaw fis-setturi konkreti li huma s-suġġett tad-direttiva, ħlief meta l-attività tiġi eżerċitata f'kompetizzjoni libera, fejn id-dispożizzjonijiet armonizzati tad-Direttiva ma jibqgħux applikabbli, u dan kif jenfasizza l-Artikolu 30(1).

60. Il-kwistjoni tinvolvi biss għalhekk li jiġi stabbilit jekk l-"awtoritajiet kontraenti", partikularment il-"korpi rregolati bil-liġi pubblika", li joperaw kemm fi swieq fejn hemm il-kompetizzjoni kif ukoll fi swieq magħluqa, għandhomx jikkonformaw ruħhom mad-Direttiva 2004/18 meta huma jagħtu kuntratt fil-qasam tas-swieq miftuħa għall-kompetizzjoni u fiċ-ċirkustanzi msemmijin fit-tielet domanda preliminari (nuqqas ta' finanzjament reċiproku).

61. It-teorija tal-kontaminazzjoni ssib spjegazzjoni fl-għanijiet tal-leġiżlazzjoni Komunitarja biex tarmonizza l-għoti ta' kuntratti pubbliċi, li jinsabu esposti fil-punt 31 ta' dawn il-konklużjonijiet. L-għan huwa li dawk l-entitajiet li għandhom is-setgħa li jagħtu kuntratt jkunu ggwidati minn kunsiderazzjonijiet ekonomiċi, mingħajr ma jaqgħu fit-tentazzjoni li jsegwu regoli oħrajn li jagħtu preferenza lill-offerenti nazzjonali għad-detriment ta' l-offerenti barranin u, konsegwentement, l-"awtoritajiet kontraenti" li minnhom innifishom huma kapaċi li jeħilsu mill-forzi tas-suq għandhom dejjem ikunu suġġetti għad-Direttiva 2004/18. Sabiex kuntratt jiġi ddefinit bħala kuntratt pubbliku, din id-direttiva ma tirrikjedix rabta bejn il-kuntratt u l-funzjoni li huwa għandu biex jilħaq il-bżonnijiet fl-interess pubbliku ta' l-"awtorità kontraenti" (Artikolu 1(2), moqri flimkien ma' l-Annessi I u II). Is-sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria *et* (punt 32) esponiet dan l-istess raġunament f'dak li jikkonċerna d-Direttiva 93/37.

62. Bħalma tenfasizza s-sentenza ċċitata filpunt 34, din it-teorija tibbaża ruħha wkoll fuq il-prinċipju taċ-ċertezza legali li jeħtieġ li l-kunċett ta' "korp irregolat bil-liġi pubblika" jiġi sseparat mill-piż speċifiku ta' l-attivitajiet industrijali jew kummerċjali.

63. Fil-konklużjonijiet tiegħu fil-kawża Impresa Portuale di Cagliari (punt 68), l-avukat ġenerali Jacobs jipproponi eċċezzjoni għall-każijiet fejn tintwera separazzjoni totali ekonomika, finanzjarja, u tal-

kontabbiltà bejn id-diversi tipi ta' attività ta' "korp irregolat bil-liġi pubblika".

64. Fit-teorija, ma nsibx oġġezzjoni li naċċetta din ir-rakkomandazzjoni [43]; madankollu, il-prudenza li għandha tiggwida lil dawk li jistabbilixxu l-ġurisprudenza teħtieġ li din tiġi skartata, peress li fl-istat attwali tas-suq Komunitarju, l-esperjenza turi li n-negozju u r-relazzjonijiet kummerċjali huma kumplessi ħafna, fatt dan li jikkomplika wisq is-separazzjoni daqshekk netta bħal dik deskritta mill-kollega tiegħi li, bħalma tindika d-deċiżjoni tar-rinviju, ma tidhirx li hija possibbli ħlief għall-impriżi indipendenti, u dan mhux dejjem. Anke jekk il-kontijiet jinżammu separati u jekk jiġu esklużi s-sussidji reċiproċi, id-direzzjoni strateġika, id-deċiżjonijiet strutturali u l-patrimonju jibqgħu ċentralizzati u xejn ma jiggarantixxi l-impermeabbiltà bejn l-oqmsa ta' attivitajiet jew li, f'każ ta' kriżi, ir-regoli tal-komportament f'suq magħluq ma jkollhomx influwenza fuq dawk ta' l-attività industrijali jew kummerċjali, bil-konsegwenza li jwassal lill-"korp irregolat bil-liġi pubblika" kontraenti sabiex jopera skond motivi "subekonomiċi", fejn dan ir-riskju jimplika l-applikazzjoni tar-regoli Komunitarji li jarmonizzaw l-għoti tal-kuntratti pubbliċi. Konsegwentement, iċ-ċertezza legali, li tikkostitwixxi l-bażi tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja f'dan il-qasam, teħtieġ li dawn ir-regoli Komunitarji jinżammu.

65. F'dan is-sens, jeżistu wkoll numru ta' ostakli oħra ta' natura prattika, peress li l-oneru tal-prova ta' din is-separazzjoni bejn id-diversi oqsma ta' attività qegħda fuq il-"korp irregolat bil-liġi pubblika", u għaldaqstant jeħtieġ li jinstab mezz biex (b'mod preventiv jew *a posteriori*) jiġu kkontrollati d-deċiżjonijiet preliminari tiegħu ta' natura kuntrattwali u jeħtieġ li tiġi kkonstatata, fl-ewwel lok, is-separazzjoni assoluta bejn id-diversi oqsma ta' attività u, sussegwentement, l-appartenenza ta' l-operazzjoni għall-qasam eskluż mill-armonizzazzjoni Komunitarja. Fil-każ kuntrarju, l-applikazzjoni ta' dan il-qafas leġiżlattiv ikun suġġett għar-rieda tal-korp. Din il-perspettiva tikkomplika s-sistema Komunitarja tal-kuntratti pubbliċi, li hija diġà kumplessa [44], u konsegwentement, soluzzjoni bħal din li, mingħajr ma żżid xejn ta' valur, tippreġudika l-prinċipju daqshekk fundamentali taċ-ċertezza legali mhijiex rilevanti.

66. Finalment, nikkunsidra li "korp irregolat bil-liġi pubblika" huwa f'kull każ suġġett għad-Direttiva 2004/18, irrispettivament min-natura tal-kuntratti li huwa jikkonkludi, sakemm l-istess kuntratti ma jkunux espressament esklużi mid-direttiva (Artikoli 12 sa 18).

43 — Fir-realtà, l-avukat ġenerali Jacobs jipprova jittrasferixxi fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi, kunċetti li jaqgħu fl-isfera ta' l-għajnuna mill-Istat li huma inkompatibbli mas-suq komuni, li jikkostitwixxu l-bażi tad-Direttiva tal-Kummissjoni 2006/111/KE, tas-16 ta' Novembru 2006, dwar it-trasparenza tar-relazzjonijiet finanzjarji bejn l-Istati membri u l-impriżi pubbliċi kif ukoll it-trasparenza finanzjarja f'ċerti impriżi (ĠU L 318, p. 17), l-istess bħalma kienu jikkostitwixxu l-bażi tad-direttiva li hija tħassar [Id-Direttiva tal-Kummissjoni 80/723/KEE tal-25 ta' Ġunju 1980 fuq it-trasparenza tar-relazzjonijiet finanzjari bejn l-Istati Membri u l-impriżi pubbliċi (ĠU L 195, p. 35)].

44 — Fil-konklużjonijiet iċċitati iktar 'il fuq (punt 60), l-avukat ġenerali Jacobs jenfasizza din il-kumplessità, li l-Kummissjoni diġà semmiet fil-komunikazzjoni tagħha intitolata "Il-kuntratti pubbliċi fl-Unjoni Ewropea" [COM(98) 143 finali, tal-11 ta' Marzu 1998, p. 3] u fil-*green paper* intitolata "Les marchés publics dans l'Union européenne: pistes de réflexion pour l'avenir" [COM(96) 583 finali, tas-27 ta' Novembru 1996, p. 5, punt 2.10, u p. 8, punt 3.6].

VII — Konklużjoni

67. Fid-dawl tal-kunsiderazzjoni preċedenti, nipproponi lill-Qorti tal-Ġustizzja sabiex:

1) tiddikjara li hija m'għandhiex il-ġurisdizzjoni biex twieġeb għall-mistoqsijiet preliminari magħmulin mill-Vergabekontrollsenat des Landes Wien, minħabba li dan il-korp mhuwiex qorti fis-sens ta' l-Artikolu 234 KE;

2) sussidjarjament, f'każ li r-rinviju jiġi meqjus bħala ammissibbli, tiddikjara li:

"a) "Entità kontraenti" fis-sens ta' l-Artikolu 2(2) tad-Direttiva 2004/17/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-31 ta' Marzu 2004 li tikk-oordina l-proċeduri ta' akkwisti ta' entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi ta' l-ilma, l-enerġija, [i]t-trasport u postali mhijiex suġġetta għad-dispożizzjonijiet ta' din id-Direttiva meta hija teżerċita attività li mhijiex waħda minn dawk ikkontemplati fl-Artikoli 3 sa 7 tad-Direttiva.

b) Is-suq li għandu jiġi eżaminat sabiex jiġi stabbilit il-grad ta' kompetizzjoni u jiġi stabbilit jekk il-kumpannija Fernwärme Wien GmbH tikkostiwixxix 'korp irregolat bil-liġi pubblika' fis-sens ta' l-Artikolu 1(9) tad-Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill 2004/18/KE tal-31 ta' Marzu 2004 fuq koordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi huwa dak tal-provvista ta' tisħin distrettwali fil-belt ta' Vjenna.

ċ) Il-kuntratti kkontemplati fid-Direttiva 2004/18, li jingħataw minn 'korp irregolat bil-liġi pubblika' huma suġġetti dejjem għad-dispożizzjonijiet ta' l-istess direttiva, inklużi dawk li huma suġġetti għall-kompetizzjoni libera".