SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

7 dicembre 2000 *

Nel procedimento C-324/98,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Bundesvergabeamt (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

e

Telekom Austria AG, già Post & Telekom Austria AG,

interveniente:

Herold Business Data AG,

domanda vertente sull'interpretazione delle direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli

* Lingua processuale: il tedesco.

enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dai signori V. Skouris (relatore), presidente della Seconda Sezione, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, e J.-P. Puissochet e dalla signora F. Macken, giudici,

avvocato generale: N. Fennelly
cancelliere: signora L. Hewlett, amministratore

viste le osservazioni scritte presentate

— per la Telaustria Verlags GmbH, dall'avv. F.J. Heidinger, del foro di Vienna;

— per la Telekom Austria AG, dagli avv.ti C. Kerres e G. Diwok, del foro di Vienna;

— per il governo austriaco, dal signor W. Okresek, Sektionschef presso la Chancellerie, in qualità di agente;

— per il governo danese, dal signor J. Molde, capodivisione presso il Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente;

— per il governo francese, dalle signore K. Rispal-Bellanger, vicedirettore presso la direzione affari giuridici del Ministero degli Affari esteri, e A. Bréville-Viéville, chargé de mission presso la stessa direzione, in qualità di agenti;

— per il governo olandese, dal signor M. A. Fierstra, consigliere giuridico aggiunto presso il Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai signori M. Nolin e J. Schieferer, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. R. Roniger, del foro di Bruxelles,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Telaustria Verlags GmbH, rappresentata dall'avv. F.J. Heidinger, della Telekom Austria AG, rappresentata dall'avv. C. Kerres, dal signor P. Asenbauer e dalla signora M. Gregory, Director of Commercial Law presso il servizio giuridico della Telekom Austria AG, in qualità di agente, della Herold Business Data AG, rappresentata dall'avv. T. Schirmer, del foro di Vienna, del governo austriaco, rappresentato dal signor M. Fruhmann, della Chancellerie, in qualità di agente, del governo francese, rappresentato dal signor S. Pailler, chargé de mission presso la direzione affari giuridici del Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal signor M. Nolin, assistito dall'avv. R. Roniger, all'udienza del 23 marzo 2000,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 18 maggio 2000,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 23 aprile 1998, pervenuta in cancelleria il 26 agosto seguente, il Bundesvergabeamt (Ufficio federale delle aggiudicazioni) ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), sette questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione delle direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia che oppone la Telaustria Verlags GmbH (in prosieguo: la «Telaustria») e la Telefonadress GmbH (in prosieguo: la «Telefonadress») alla Telekom Austria AG (in prosieguo: la «Telekom Austria»), in ordine alla stipulazione da parte di quest'ultima di un contratto di concessione con la Herold Business Data AG (in prosieguo: la «Herold») relativo alla produzione e alla pubblicazione di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici).

Contesto normativo

La disciplina comunitaria

La direttiva 92/50

3 L'art. 1 della direttiva 92/50 dispone:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice ad esclusione:

[...]».

4 L'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 precisa:

«[...] la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; [...] la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

5 Inoltre, il diciassettesimo 'considerando' della direttiva 92/50 recita:

«[...] la presente direttiva deve lasciare impregiudicate le norme sui contratti d'appalto di servizi contenute nella direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori d'acqua e d'energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni».

La direttiva 93/38

6 Conformemente all'art. 45, n. 3, della direttiva 93/38, la direttiva 90/531/CEE cessa d'aver effetto a decorrere dalla data d'applicazione della direttiva 93/38. Il n. 4 della suddetta disposizione precisa inoltre che i riferimenti alla direttiva 90/531 devono intendersi come riferimenti fatti alla direttiva 93/38.

7 Ai sensi del ventiquattresimo 'considerando' della direttiva 93/38:

«[...] la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto nella misura in cui si fondi su contratti d'appalto; [...] la prestazione di servizi su altra base, quali le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

8 L'art. 1, punto 2, della direttiva 93/38 definisce le «imprese pubbliche» come «le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno

in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:

— detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa

[...]».

9 L'art. 1, punto 4, della direttiva 93/38 definisce gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» come «i contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno degli enti aggiudicatori di cui all'articolo 2 e un fornitore, imprenditore o prestatore di servizi, che hanno per oggetto:

a) quando si tratta di appalti di forniture [...]

b) quando si tratta di appalti di lavori [...]

c) quando si tratta di appalti di servizi, qualsiasi oggetto diverso da quelli di cui alle lettere a) e b) e ad esclusione:

[...]»

10 L'ultimo comma della medesima disposizione precisa:

«Gli appalti che includono servizi e forniture sono considerati appalti di forniture quando il valore totale delle forniture è superiore al valore dei servizi compresi nell'appalto».

11 Inoltre, l'art. 1, punto 15, della direttiva 93/38 definisce i «servizi pubblici di telecomunicazioni» e i «servizi di telecomunicazioni» come segue:

«"servizi pubblici di telecomunicazioni": i servizi di telecomunicazioni della cui offerta gli Stati membri hanno specificamente incaricato in particolare uno o più enti di telecomunicazioni;

"servizi di telecomunicazioni": i servizi che consistono, totalmente o parzialmente, nella trasmissione e nell'instradamento di segnali su una rete pubblica di telecomunicazioni mediante procedimenti di telecomunicazioni, ad eccezione della radiodiffusione e della televisione».

12 L'art. 2, nn. 1 e 2, della direttiva 93/38 dispone:

«1. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che:

a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2;

[...]

2. Le attività che rientrano nel campo d'applicazione della presente direttiva sono le seguenti:

[...]

d) messa a disposizione o gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o prestazione di uno o più servizi pubblici di telecomunicazioni».

La disciplina nazionale

13 Il Telekommunikationsgesetz (legge sulle telecomunicazioni, BGBl. I, 1997, n. 100), entrato in vigore il 1° agosto 1997, stabilisce in particolare gli obblighi dei prestatori, dei concessionari o dei gestori di un servizio di telefonia vocale.

14 Conformemente all'art. 19 del Telekommunikationsgesetz, chiunque fornisca un servizio pubblico di telefonia vocale è tenuto, a fini della comunicazione di informazioni o della pubblicazione di elenchi, a curare la tenuta di un elenco telefonico su base aggiornata, a garantire un servizio di informazione sui numeri degli abbonati, ad apprestare un servizio gratuito per le chiamate di urgenza, nonché a mettere gli elenchi degli abbonati a disposizione dell'autorità di controllo, gratuitamente su sua richiesta, nonché, per quanto concerne gli altri prestatori, dietro adeguato compenso almeno settimanalmente su supporto

elettronico leggibile, ai fini della comunicazione di informazioni o della pubblicazione di elenchi.

15 A norma dell'art. 26, n. 1, del Telekommunikationsgesetz, l'autorità di controllo deve accertare che sia disponibile un elenco generale unitario comprendente tutti gli abbonati ai servizi pubblici di telefonia vocale. I titolari di concessioni che offrono un servizio pubblico di telefonia vocale attraverso una rete fissa o mobile sono obbligati a comunicare all'autorità di controllo, contro remunerazione, i dati relativi ai loro abbonati perché questa espleti detto compito.

16 Inoltre, ai sensi dell'art. 96, n. 1, della medesima legge, il gestore di un servizio pubblico di telecomunicazioni deve redigere un elenco telefonico. Quest'ultimo può assumere la forma di un documento stampato, di un servizio di informazioni telefoniche, di un «Bildschirmtext» (sistema di video-testo), di un supporto elettronico, ovvero di qualsiasi altra forma tecnica di comunicazione. La detta disposizione disciplina del pari i requisiti minimi relativi ai dati, alla configurazione di tali elenchi come pure le condizioni alle quali è soggetta la comunicazione dei dati relativi agli abbonati all'autorità di controllo o a terzi.

La causa principale e le questioni pregiudiziali

17 La Telekom Austria, creata dal Telekommunikationsgesetz, è una società per azioni, la totalità delle cui quote azionarie è detenuta dalla Repubblica d'Austria. Essa è subentrata alla ex Post & Telegraphenverwaltung (amministrazione delle Poste e Telegrafi) ed ha assunto i compiti già di quest'ultima, tra i quali l'obbligo di garantire che sia disponibile un elenco comprendente tutti gli abbonati ai servizi pubblici di telefonia vocale.

18 Mentre prima del 1992 la Post & Telegraphenverwaltung adempiva con i propri mezzi il suo obbligo di pubblicazione, in particolare di un elenco telefonico ufficiale, noto con la denominazione di «pagine bianche», a partire dal 1992 essa ha deciso, a causa dell'elevato costo della stampa e della distribuzione di tale elenco, di cercare un associato ed ha stipulato un contratto con un'impresa privata per la pubblicazione di detto elenco.

19 Poiché tale contratto sarebbe scaduto il 31 dicembre 1997, la Telekom Austria, subentrata alla Post & Telegraphenverwaltung, ha pubblicato in data 15 maggio 1997, sull'*Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (bollettino allegato alla Gazzetta ufficiale austriaca), un invito a «indirizzarle offerte al fine di ottenere l'aggiudicazione di una concessione di pubblici servizi per la produzione e la pubblicazione di elenchi di abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici) a partire dalla pubblicanda edizione 1998/1999, e successivamente a tempo indeterminato».

20 Ritenendo che al contratto da stipulare in seguito all'invito a presentare le summenzionate offerte si sarebbero dovute applicare le procedure di aggiudicazione stabilite dal diritto comunitario e nazionale in materia di appalti pubblici, la Telaustria e la Telefonadress, rispettivamente il 12 e il 17 giugno 1997, hanno presentato alla Bundes-Vergabekontrollkommission (commissione federale di controllo sulle aggiudicazioni) domanda di apertura di un procedimento di conciliazione ai sensi dell'art. 109 del Bundesvergabegesetz del 1997 (legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, BGBl. I, 1997, n. 56, in prosieguo: il «BVerG»).

21 Dopo aver proceduto alla riunione di tali procedimenti, la Bundes-Vergabekontrollkommission ha emesso una raccomandazione motivata a favore delle richiedenti concludendo, il 20 giugno 1997, che le disposizioni del BVerG erano applicabili al contratto considerato.

22 Dal momento che la Telekom Austria aveva proseguito nelle trattative relative alla conclusione del detto contratto, il 24 giugno 1997 la Telaustria ha presentato al Bundesvergabeamt una domanda per l'apertura di un procedimento di verifica, unitamente a una domanda di provvedimenti provvisori. Con atto 4 luglio 1997 la Telefonadress prendeva parte al procedimento. L'8 luglio 1997 la Herold, che è la società con la quale la Telekom Austria era in trattativa, è intervenuta a sostegno di quanto da questa asserito.

23 Dinanzi al Bundesvergabeamt la Telekom Austria ha sostenuto che il contratto da concludere esulava dalla sfera di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, in quanto, da un lato, il contratto non era a titolo oneroso e, dall'altro, nella fattispecie si trattava di una «concessione di pubblico servizio», esclusa dalla sfera di applicazione delle direttive 92/50 e 93/38.

24 Dopo aver emesso in un primo momento un'ordinanza cautelare a favore delle richiedenti, il 10 luglio 1997 il Bundesvergabeamt l'ha sostituita con una nuova ordinanza che autorizzava provvisoriamente la stipulazione del contratto tra la Telekom Austria e la Herold, a condizione che fosse prevista la possibilità di porre fine al detto contratto per riprendere un'idonea procedura di aggiudicazione, nel caso in cui fosse risultato che il contratto considerato rientrava nella sfera di applicazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di aggiudicazioni.

25 Il 1° dicembre 1997 la Herold, cui poco dopo avrebbe dovuto essere assegnata la concessione, è passata sotto la proprietà dell'impresa GTE, la quale, in data 3 dicembre 1997, ha accordato alla Telekom Austria una partecipazione del 26 % nel capitale della Herold, che diveniva così una società controllata congiuntamente dalla GTE e dalla Telekom Austria. Il 15 dicembre 1997 il contratto di cui alla causa principale è stato formalmente stipulato tra la Herold e il suo azionista di minoranza, ossia la Telekom Austria.

26 Nella motivazione dell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt rileva che tale contratto, formato da più contratti in parte collegati fra loro, riguarda la produzione di elenchi telefonici stampati e comprende, in particolare, le prestazioni dei seguenti servizi da parte della Herold: la raccolta, l'elaborazione e l'organizzazione dei dati relativi agli abbonati, la produzione di elenchi telefonici e taluni servizi pubblicitari. Per quanto concerne la remunerazione del contraente, il suddetto contratto prevede che la Herold non sia direttamente remunerata per le sue prestazioni di servizi, ma che essa possa sfruttarle commercialmente.

27 Alla luce dell'insieme di detti elementi, e in particolare del modo di retribuzione del prestatore di servizi, tale da indurre alla qualificazione del contratto come «concessione di servizi», nonché delle proprie considerazioni, il Bundesvergabeamt, nutrendo dubbi in ordine all'interpretazione delle direttive 92/50 e 93/38, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali.

«Questione principale

Se dalla genesi storica della direttiva 92/50/CEE e, in particolare, dalla proposta della Commissione [COM(90) 372, GU C 23 del 31 gennaio 1991] ovvero dalla definizione del concetto di "appalti pubblici di servizi" di cui all'art. 1, lett. a), della medesima direttiva, sia possibile dedurre che determinate categorie di contratti, conclusi dagli enti aggiudicatori soggetti alla detta direttiva con fornitori di prestazioni di servizi, restino esclusi a priori dalla sfera di applicazione della direttiva, sulla sola base di determinate caratteristiche comuni quali indicate nella proposta di direttiva della Commissione COM(90) 372, e senza che siano applicabili gli artt. 1, lett. a), sub i)-sub viii), ovvero gli artt. 4-6 della direttiva 92/50/CEE.

In caso di soluzione affermativa della questione principale:

Se siffatte categorie di contratti rientrino, in considerazione, in particolare, del ventiquattresimo 'considerando' della direttiva 93/38/CEE, anche nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

In caso di soluzione affermativa della seconda questione:

Se tali categorie di contratti, escluse dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38/CEE, siano, per analogia alla proposta COM(90) 372, sufficientemente caratterizzabili in quanto il loro modo di essere è dato dal fatto che un ente aggiudicatore, rientrante nella sfera di applicazione ratione personae della direttiva 93/38/CEE, affida ad un fornitore di sua scelta una prestazione di servizi di sua competenza, e conferisce a quest'ultimo, in contropartita, il diritto di sfruttare economicamente le corrispondenti prestazioni di servizio.

Ad integrazione delle prime tre questioni:

Se un ente aggiudicatore, soggetto alla sfera di applicazione ratione personae della direttiva 93/38/CEE, nel caso che un contratto da esso concluso contenga elementi di un appalto di servizio secondo l'accezione dell'art. 1, punto 4, sub a), della direttiva 93/38/CEE insieme ad elementi di diversa natura contrattuale non rientranti nella sfera di applicazione di tale direttiva, sia obbligato a enucleare dal contesto contrattuale la parte soggetta alla direttiva 93/38/CEE, purché ciò sia tecnicamente possibile ed economicamente auspicabile, e a procedere ad una procedura di aggiudicazione secondo l'accezione dell'art. 1, n. 7, di tale direttiva, come dichiarato dalla Corte di giustizia nella causa C-3/88, prima dell'entrata in

vigore della direttiva 92/50/CEE, in una fattispecie di un appalto non integralmente rientrante nella direttiva 77/62/CEE.

In caso di soluzione affermativa di tale questione:

Se l'attribuzione a mezzo contratto del diritto di esclusivo sfruttamento economico del prodotto di una prestazione di servizi, che apporta al prestatore del servizio un ricavo invero non determinabile, ma non irrilevante, secondo la generale esperienza quotidiana e eccedente i probabili costi della prestazione di servizi, debba considerarsi corrispettivo per la prestazione dei servizi, come dichiarato dalla Corte nella causa C-272/91, nel contesto di un appalto di fornitura e di un diritto sovrano attribuito in luogo di un corrispettivo.

Ad integrazione delle questioni finora sottoposte,

Se le disposizioni di cui all'art. 1, punto 4, lett. a) e c), della direttiva 93/38/CEE debbano essere interpretate nel senso che un appalto, che prevede la prestazione di servizi secondo l'accezione dell'allegato XVI, parte A, categoria 15, perde la sua caratteristica di appalto di servizi e viene a configurarsi come un appalto di fornitura, qualora la prestazione di servizi si risolva nella produzione di un grande numero di beni materiali identici, che hanno un valore economico e costituiscono così merci secondo l'accezione degli artt. 9 e 30 del Trattato CE.

In caso di soluzione affermativa di tale questione,

Se la sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa C-3/88 debba essere interpretata nel senso che siffatto appalto di fornitura debba essere enucleato dalle restanti parti del contratto di fornitura e debba essere assoggettato ad una procedura di aggiudicazione secondo l'accezione dell'art. 1, punto 7, della direttiva 93/38/CEE, purché ciò sia tecnicamente possibile ed economicamente auspicabile».

Sulla prima e sulla seconda questione

28 Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice nazionale solleva in sostanza due problemi.

29 Il primo consiste nello stabilire se un contratto a titolo oneroso rientri nella sfera di applicazione, in ragione dei soggetti contraenti e del suo oggetto specifico, delle direttive 92/50 o 93/38, laddove con tale contratto, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa, cui la legislazione di uno Stato membro assegna specificamente il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro, e, dall'altro, un'impresa privata, la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici).

30 Con la seconda questione proposta il giudice di rinvio chiede in sostanza se siffatto contratto, avente quale specifico oggetto le prestazioni menzionate al punto precedente, sebbene sia considerato da una delle suddette direttive, sia escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della direttiva cui è soggetto, a causa del fatto in particolare che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da

parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

31 Per risolvere il primo quesito occorre rilevare in via preliminare che, come risulta dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva 92/50, le disposizioni di quest'ultima devono lasciare impregiudicate quelle contenute nella direttiva 90/531, che, avendo preceduto la direttiva 93/38, si applicava del pari, come quest'ultima, alle procedure di appalto degli enti erogatori d'acqua e d'energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

32 Essendo stata sostituita la direttiva 90/531 dalla direttiva 93/38, come risulta dall'art. 45, n. 3, di quest'ultima, e dovendo intendersi, ai sensi del n. 4 della medesima disposizione, i riferimenti alla direttiva 90/531 come riferimenti alla direttiva 93/38, occorre concludere, come per il regime applicabile quando era in vigore la direttiva settoriale 90/531, che le disposizioni della direttiva 92/50 devono lasciare impregiudicate le disposizioni della direttiva 93/38.

33 Di conseguenza, quando un appalto è considerato dalla direttiva 93/38 che disciplina uno specifico settore di servizi, le disposizioni della direttiva 92/50, destinate ad applicarsi ai servizi in generale, non si applicano.

34 In tali circostanze, va quindi esaminato soltanto se il contratto di cui alla causa principale possa rientrare, a causa dei soggetti contraenti e del suo oggetto specifico, nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38.

35 A tale riguardo si deve stabilire, da un lato, se un'impresa, quale la Telekom Austria, rientri nella sfera di applicazione ratione personae della direttiva 93/38 e, dall'altro, se un contratto, avente ad oggetto le prestazioni menzionate nel punto 26 della presente sentenza, rientri nella sfera di applicazione ratione materiae della medesima direttiva.

36 Per quanto riguarda la sfera di applicazione rationae personae della direttiva 93/38, è pacifico, come risulta dall'ordinanza di rinvio, che la Telekom Austria, il cui capitale è interamente di proprietà delle autorità pubbliche austriache, costituisce un'impresa pubblica sulla quale queste ultime, in forza della detenzione della totalità del suo capitale da parte della Repubblica d'Austria, possono esercitare un'influenza dominante. Ne consegue che la Telekom Austria deve essere considerata un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 1, punto 2, della detta direttiva.

37 Peraltro, è pacifico come tale impresa pubblica eserciti, in base al Telekommunikationsgesetz che l'ha creata, l'attività consistente nella fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni. Ne consegue che la Telekom Austria costituisce un ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38, in combinato disposto con il n. 2, lett. d), di tale disposizione.

38 Inoltre, poiché è altrettanto pacifico che il detto contratto prevede l'esecuzione di prestazioni che incombono, in forza del Telekommunikationsgesetz, alla Telekom Austria e consistono nella fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni, è sufficiente, per stabilire se il contratto di cui alla causa principale rientri nella sfera di applicazione ratione materiae della direttiva 93/38, verificare se l'oggetto specifico di detto contratto sia considerato dalle disposizioni della direttiva 93/38.

39 Al riguardo, va constatato, come nell'ordinanza di rinvio, che le prestazioni che incombono alla Herold comprendono:

— la raccolta, l'elaborazione e l'organizzazione dei dati relativi agli abbonati, allo scopo di renderli tecnicamente sfruttabili, operazioni che richiedono inserimento di dati, trattamento su computer, servizi delle banche dati, i quali sono collegati alla categoria 7, intitolata «Servizi informatici ed affini», di cui all'allegato XVI A della direttiva 93/38;

— la stampa stessa degli elenchi telefonici, che rientra nella categoria 15 dell'allegato XVI A di detta direttiva, categoria relativa ai «Servizi di editoria e di stampa in base a tariffa od a contratto»;

— i servizi di pubblicità che rientrano nella categoria 13 dell'allegato XVI A della direttiva 93/38.

40 Essendo tali prestazioni direttamente collegate ad un'attività relativa alla fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni, si deve concludere che il contratto di cui alla causa principale, avente come oggetto specifico le prestazioni menzionate nel punto precedente, è considerato dalla direttiva 93/38.

41 Per risolvere il secondo problema posto dal giudice nazionale, occorre preliminarmente constatare che quest'ultimo, da un lato, ricollega le proprie questioni alla proposta di direttiva del Consiglio 13 dicembre 1990, 91/C 23/01, che

coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1991, C 23, pag. 1; in prosieguo: la «proposta 13 dicembre 1990»), e, dall'altro, fa propria la definizione di concessione di pubblico servizio proposta in tale documento dalla Commissione.

42 A tale proposito, è importante precisare che la Corte è in grado di risolvere il secondo problema sollevato, senza che essa debba approvare la definizione di concessione di pubblico servizio di cui all'art. 1, lett. h), della proposta 13 dicembre 1990.

43 Si deve infatti rilevare, innanzi tutto, che l'art. 1, punto 4, della direttiva 93/38 fa riferimento ai contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta e fornisce soltanto indicazioni sui soggetti contraenti e sull'oggetto del contratto, senza che siano espressamente considerate le concessioni di pubblico servizio, definite in particolare in relazione al modo di remunerazione del prestatore di servizi, e senza che sia effettuata una qualsiasi distinzione tra i contratti nei quali il corrispettivo è fisso e quelli nei quali il corrispettivo consiste in un diritto di sfruttamento.

44 La Telaustria propone di interpretare la direttiva 93/38 nel senso che un contratto il cui corrispettivo consiste in un diritto di sfruttamento rientra parimenti nella sfera di applicazione della medesima. A suo avviso, perché la direttiva 93/38 si applichi a siffatto contratto, è sufficiente che quest'ultimo, conformemente all'art. 1, punto 4, di tale direttiva, sia a titolo oneroso e stipulato in forma scritta. Sarebbe dunque ingiustificato affermare che siffatti contratti sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38 a causa del silenzio di quest'ultima sul modo di remunerazione del prestatore di servizi. La Telaustria aggiunge che il fatto che la Commissione non abbia proposto di includere disposizioni relative a tale tipo di contratto nella sfera di applicazione della direttiva significa che essa ha ritenuto che questa riguarda qualsiasi contratto di prestazione di servizi, indipendentemente dalle modalità di remunerazione del prestatore.

45 Dal momento che la Telekom Austria, gli Stati membri e la Commissione hanno presentato osservazioni contro tale interpretazione, occorre esaminarne la fondatezza alla luce della genesi delle pertinenti direttive, in particolare in materia di appalti pubblici di servizi.

46 Al riguardo, va ricordato che, sia nella sua proposta 13 dicembre 1990 sia nella sua proposta modificata di direttiva del Consiglio 28 agosto 1991, 91/C 250/05, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU C 250, pag. 4; in prosieguo: «la proposta 28 agosto 1991»), che hanno portato all'adozione della direttiva 92/50 relativa agli appalti pubblici di servizi in generale, la Commissione aveva esplicitamente proposto di includere la «concessione di pubblico servizio» nella sfera di applicazione di tale direttiva.

47 Essendo tale inclusione giustificata dall'intento di «garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione», la Commissione ha precisato, nel decimo 'considerando' della proposta 13 dicembre 1990, che «le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della presente direttiva così come la direttiva 71/305/CEE si applica alle concessioni di lavori pubblici». Sebbene il richiamo alla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), sia stato espunto dal decimo 'considerando' della proposta 28 agosto 1991, quest'ultima ha tuttavia esplicitamente conservato il riferimento all'obiettivo di «coerenza delle procedure di aggiudicazione» nel suddetto 'considerando'.

48 Tuttavia, nel corso della procedura legislativa, il Consiglio ha eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi, in particolare a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri per quanto riguarda la delega della gestione dei servizi pubblici nonché le modalità di tale delega, che potrebbero

creare una situazione di fortissimo squilibrio nell'accesso a detti appalti di concessione (v. documento n. 4444/92 ADD 1, del 25 febbraio 1992, punto 6, intitolato «Motivazione del Consiglio», allegato alla posizione comune adottata nella stessa data).

49 Una sorte analoga era stata del pari riservata alla posizione della Commissione espressa nella sua proposta modificata di direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/C 264/02, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e fornitrici di servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU C 264, pag. 22), sfociata nell'adozione della direttiva 90/531, che è stata la prima direttiva in tali settori in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ed ha preceduto la direttiva 93/38, nella quale la Commissione aveva parimenti proposto per i suddetti settori talune disposizioni destinate a disciplinare le concessioni di pubblici servizi.

50 Tuttavia, come risulta dal punto 10 del documento 5250/90 ADD 1, del 22 marzo 1990, intitolato «Motivazione del Consiglio» e allegato alla posizione comune adottata nella stessa data di quest'ultimo sulla proposta modificata di direttiva del Consiglio relativa alle 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, il Consiglio non ha accolto detta proposta della Commissione di includere nella direttiva 90/531 norme relative alle concessioni di servizi pubblici, in quanto siffatte concessioni esistevano in un solo Stato membro e, in mancanza di uno studio approfondito sulle diverse forme di concessione di servizi pubblici accordate negli Stati membri nei detti settori, non si doveva procedere alla regolamentazione di questi ultimi.

51 Alla luce di tali elementi, va constatato che la Commissione non ha proposto di includere le concessioni di servizi pubblici nella sua proposta di direttiva del

Consiglio 27 settembre 1991, 91/C 337/01, che modifica la direttiva 90/531 (GU C 337, pag. 1), che è sfociata, in seguito, nell'adozione della direttiva 93/38.

52 Tale constatazione è altresì corroborata dai cambiamenti della sfera di applicazione delle direttive in materia di appalti di lavori pubblici.

53 Infatti, l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305, che è stata la prima direttiva in materia, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione.

54 Ciononostante, la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305 (GU L 210, pag. 1), ha inserito nella direttiva 71/305 l'art. 1 ter, che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità stabilite nei suoi artt. 12, nn. 3, 6, 7 e 9-13, nonché 15 bis.

55 Successivamente, la 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), la quale ha sostituito la direttiva 71/305 così come modificata, menziona espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella sua sfera di applicazione.

56 Per contro, la direttiva 93/38, adottata lo stesso giorno della direttiva 93/37, non ha previsto alcuna disposizione relativa alle concessioni di servizi pubblici. Ne

consegue che il legislatore comunitario ha deciso di escludere queste ultime dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38. Se così non fosse, l'avrebbe indicato espressamente, come ha fatto quando ha adottato la direttiva 93/37.

57 Dal momento che i contratti di concessione di servizi pubblici non rientrano quindi nella sfera di applicazione della direttiva 93/38, si deve concludere che, contrariamente all'interpretazione proposta dalla Telaustria, siffatti contratti non sono inclusi nella nozione di «contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto» di cui all'art. 1, punto 4, della suddetta direttiva.

58 La prima e la seconda questione vanno pertanto risolte nel senso che:

— è preso in considerazione dalla direttiva 93/38 un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa cui la legislazione di uno Stato membro specificamente assegna il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro e, dall'altro, un'impresa privata, laddove con tale contratto la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici);

— sebbene sia considerato dalla direttiva 93/38, siffatto contratto è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della stessa direttiva, a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

59 Tuttavia, il fatto che siffatto contratto non rientri nella sfera di applicazione della direttiva 93/38 non osta a che la Corte fornisca al giudice nazionale che le ha sottoposto varie questioni pregiudiziali una soluzione utile. A tal fine, la Corte può prendere in considerazione altri elementi interpretativi che possono rivelarsi utili per la soluzione della causa principale.

60 A tale proposito occorre rilevare come, nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano siano cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare.

61 Infatti, come ha statuito la Corte nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31), tale principio implica, segnatamente, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato.

62 Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

63 Spetta al giudice nazionale statuire sul punto se tale obbligo sia stato osservato nella causa principale e valutare inoltre la pertinenza degli elementi probatori addotti a tal fine.

Sulla terza e sulla quinta questione

64 Alla luce della soluzione fornita alla prima e alla seconda questione, non occorre risolvere la terza, dato che quest'ultima è stata posta alla Corte nell'ipotesi di una soluzione affermativa della seconda questione.

65 Inoltre, non va risolta nemmeno la quinta questione, essendo stata questa sottoposta alla Corte per un chiarimento in merito alla terza questione.

Sulla quarta, sulla sesta e sulla settima questione

66 Alla luce della soluzione fornita alla prima e alla seconda questione, non si devono risolvere neanche la quarta, la sesta e la settima questione, in quanto esse sono state poste nell'eventualità che la Corte accertasse l'applicabilità della direttiva 93/38 al contratto di cui alla causa principale.

Sulle spese

67 Le spese sostenute dai governi austriaco, danese, francese e olandese nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Bundesvergabeamt con ordinanza 23 aprile 1998, dichiara:

1) — È preso in considerazione dalla 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, un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra, da un lato, un'impresa cui la legislazione di uno Stato membro specificamente assegna il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni e il cui capitale è interamente detenuto dalle autorità pubbliche di tale Stato membro e, dall'altro, un'impresa privata, laddove con tale contratto la prima impresa affida alla seconda la produzione e la pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati e utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici);

— sebbene sia considerato dalla direttiva 93/38, siffatto contratto è escluso, allo stadio attuale del diritto comunitario, dalla sfera di applicazione della stessa direttiva, a causa in particolare del fatto che la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione.

2) Nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli

enti aggiudicatori che li stipulano sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, segnatamente, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato.

3) Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

4) Spetta al giudice nazionale statuire sul punto se tale obbligo sia stato osservato nella causa principale e valutare inoltre la pertinenza degli elementi probatori addotti a tal fine.

Skouris Puissochet Macken

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 7 dicembre 2000.

Il cancelliere

R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione

C. Gulmann