SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

19 giugno 2008 *

Nel procedimento C-454/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Bundesvergabeamt (Austria) con decisione 10 novembre 2006, pervenuta in cancelleria il 13 novembre 2006, nella causa

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

contro

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas, presidente di sezione, dai sigg. U. Lõhmus, J.N. Cunha Rodrigues (relatore), A. Ó Caoimh e A. Arabadjiev, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott
cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 24 gennaio 2008,

considerate le osservazioni presentate:

— per la pressetext Nachrichtenagentur GmbH, dall'avv. G. Estermann, Rechtsanwalt;

— per la Republik Österreich (Bund), dai sigg. A. Schittengruber e C. Mayr, in qualità di agenti;

— per l'APA-OTS Originaltext-Service GmbH e l'APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, dall'avv. J. Schramm, Rechtsanwalt;

— per il governo austriaco, dai sigg. M. Fruhmann e C. Mayr, in qualità di agenti;

— per il governo francese, dal sig. J.-C. Gracia, in qualità di agente;

— per il governo lituano, dal sig. D. Kriaučiūnas, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. D. Kukovec e R. Sauer, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 13 marzo 2008,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 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 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 92/50 (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale questione è sorta nell'ambito di una controversia nella quale si contrappongono, da un lato, la pressetext Nachrichtenagentur GmbH (in prosieguo: la «PN») e, dall'altro, la Republik Österreich (Bund) (Repubblica d'Austria, Federazione), l'APA-OTS Originaltext-Service GmbH (in prosieguo: l'«APA-OTS») e l'APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (in prosieguo: l'«APA»), in merito a un appalto relativo a servizi di agenzia di stampa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 3, n. 1, della direttiva 92/50 così recita:

«Per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva».

4 Ai sensi dell'art. 8 di tale direttiva:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

5 L'art. 9 della detta direttiva stabilisce quanto segue:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente agli articoli 14 e 16».

6 L'art. 10 della direttiva citata prevede:

«Gli appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato I A risulti superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato I B. In caso contrario l'appalto viene aggiudicato conformemente agli articoli 14 e 16».

7 L'art. 11, n. 3, della suddetta direttiva così dispone:

«Le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara nei casi seguenti:

(…)

e) per i servizi complementari non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nell'appalto inizialmente aggiudicato, ma che, a causa di circostanze impreviste, siano diventati necessari per la prestazione del servizio oggetto del progetto o dell'appalto, purché siano aggiudicati al prestatore di servizi che fornisce questo servizio, nei casi in cui:

— tali servizi complementari non possano venire separati sotto il profilo tecnico od economico dall'appalto principale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione,

ovvero

— tali servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari per il suo perfezionamento.

Il valore complessivo stimato degli appalti aggiudicati per servizi complementari non può tuttavia superare il 50 % dell'importo relativo all'appalto principale;

f) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi in forza di un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi ad un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure di cui al paragrafo 4. La possibilità del ricorso alla procedura negoziata deve essere indicata in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato per i servizi successivi è preso in considerazione dalle amministrazioni per l'applicazione dell'articolo 7. Questa procedura può essere applicata soltanto durante i tre anni susseguenti alla conclusione dell'appalto iniziale».

Causa principale e questioni pregiudiziali

8 L'APA è stata fondata in Austria dopo la Seconda Guerra mondiale in forma di cooperativa registrata a responsabilità limitata. Ne erano soci quasi tutti i quotidiani austriaci, nonché l'ORF, la radio-televisione austriaca. Assieme alle sue consociate, l'APA è il principale operatore sul mercato austriaco delle agenzie di stampa e fornisce tradizionalmente alla Republik Österreich (Bund) svariate prestazioni di agenzia di stampa.

9 La PN è presente sul mercato austriaco delle agenzie di stampa dal 1999, ma ha effettuato solo in misura molto limitata comunicati stampa per le autorità federali austriache. La PN impiega un numero inferiore di giornalisti collaboratori rispetto all'APA e non dispone di un archivio così esteso come quello di quest'ultima.

10 Nel corso del 1994, ossia prima della sua adesione all'Unione europea, la Republik Österreich (Bund) ha stipulato con l'APA un contratto (in prosieguo: il «contratto base») che prevede la fornitura di determinati servizi dietro corrispettivo. Tale contratto permette sostanzialmente alle autorità federali austriache di consultare ed utilizzare informazioni di attualità (funzione detta «servizio base»), di richiedere informazioni e comunicati stampa di carattere storico provenienti da una banca dati dell'APA, denominata «APADok», ed inoltre di utilizzare il servizio di testi originali dell'APA, denominato «OTS», sia per propria informazione, sia per diffondere i propri comunicati stampa. La banca dati APADok contiene i dati del servizio base dal 1° gennaio 1988 nonché i comunicati trattati dal servizio OTS dal 1° giugno 1989.

11 Il contratto base veniva stipulato a tempo indeterminato ed in esso veniva convenuta una clausola in base alla quale le parti rinunciavano alla risoluzione dello stesso fino al 31 dicembre 1999.

12 L'art. 2, lett. c), del contratto base prevedeva quanto segue:

«Per le consultazioni in rete dei servizi d'informazione dell'APA di cui all'art. 1 l'APA fattura, a titolo di canone per l'utilizzo del sistema di trattamento elettronico dei dati, per minuto CPU (tempo netto), un prezzo equivalente allo scaglione più basso della tariffa ufficiale dei prezzi al consumo (attualmente pari ad ATS 67, al netto delle tasse per minuto CPU), diminuito del 15%».

13 Tale contratto conteneva inoltre disposizioni relative alla data del primo aumento dei prezzi, all'importo massimo di ciascun aumento e all'indicizzazione dei prezzi sulla base dell'indice dei prezzi al consumo del 1986, con riferimento all'indice calcolato per il 1994. Al riguardo, l'art. 5, n. 3, del detto contratto prevedeva, in particolare, che «(…) viene espressamente concordato che i valori dei compensi stabiliti dall'art. 2, lett. a) e b), non subiranno variazioni. Per il calcolo dell'indicizzazione, occorre fare riferimento all'indice dei prezzi al consumo 86 (Verbraucherpreisindex, VPI 86) pubblicato dall'Istituto nazionale austriaco delle statistiche (ÖSTAT) o all'indice seguente che lo sostituisce».

14 Nel settembre 2000, l'APA fondava la sua controllata APA-OTS, al 100% di sua proprietà, in forma di società a responsabilità limitata. Tra le due società esiste un accordo di trasferimento dei profitti e delle perdite da cui risulta, secondo quanto indicato dall'APA e dall'APA-OTS, che quest'ultima è incorporata sul piano finanziario, amministrativo ed economico nell'APA, e che nella sua gestione aziendale e degli affari deve procedere secondo le direttive dell'APA. L'APA-OTS è inoltre tenuta a trasferire i suoi utili annuali all'APA, la quale, dal suo canto, deve compensare eventuali disavanzi di bilancio annuali dell'APA-OTS.

15 Nel settembre 2000, l'APA trasferiva all'APA-OTS le sue attività relative al servizio OTS. Tale modifica veniva comunicata alla Republik Österreich (Bund) nell'ottobre 2000. Un collaboratore dell'APA con potere di rappresentanza assicurava alle autorità austriache che l'APA, dopo questo traferimento di attività, era responsabile in solido con l'APA-OTS, e che non vi sarebbe stata alcuna modifica della prestazione complessiva in essere. Le autorità austriache davano quindi il proprio consenso a che

il servizio OTS venisse prestato dall'APA-OTS, e i corrispettivi per tali prestazioni da quel momento sono stati versati direttamente all'APA-OTS.

16 Inoltre, le disposizioni del contratto base venivano modificate con una prima clausola addizionale concordata nel corso del 2001 ed avente effetto a partire dal 1° gennaio 2002. In occasione del passaggio all'euro, tale clausola addizionale adeguava l'appalto originario così come specificato ai punti 17-20 della presente sentenza.

17 In primo luogo, l'importo del canone annuale per l'utilizzo degli articoli di redazione e degli archivi mediatici, pari a ATS 10 080 000, veniva sostituito da un importo pari a EUR 800 000. In base alla clausola d'indicizzazione, il prezzo per l'anno 2002 avrebbe dovuto essere di ATS 11 043 172 (cifra arrotondata a EUR 802 538,61 per la conversione in euro). Veniva deciso di accordarsi non su tale importo ma sulla cifra tonda di EUR 800 000, corrispondente ad una riduzione dello 0,3%.

18 In secondo luogo, il prezzo stabilito per le consultazioni in rete dei servizi d'informazione dell'APA, che era di ATS 67 al minuto, veniva sostituito con un prezzo di EUR 4,87 al minuto. Fatto salvo l'arrotondamento effettuato al momento della conversione in euro, l'importo intrinseco di tale prezzo rimaneva invariato.

19 In terzo luogo, ai fini dell'indicizzazione, l'indice calcolato per l'anno 1994 in base all'indice dei prezzi al consumo del 1986 veniva sostituito, come punto di riferimento, dall'indice calcolato per il 2001 in base all'indice dei prezzi al consumo del 1996. Al riguardo, la prima clausola addizionale modificava in particolare l'art. 5, n. 3, del contratto base nei termini seguenti:

«Viene espressamente convenuto che i prezzi previsti all'art. 2, lett. a) e b), non subiranno variazioni. Per il calcolo dell'indicizzazione, occorre far riferimento all'indice dei prezzi al consumo 96 (VPI 96) pubblicato dall'Istituto nazionale delle statistiche austriaco (ÖSTAT) o all'indice seguente che lo sostituisce».

20 In quarto luogo, in deroga a tale meccanismo d'indicizzazione, venivano direttamente fissati determinati prezzi per gli anni 2002-2004. Infatti, il prezzo di ATS 8,50 a riga per l'inserimento dei comunicati stampa nel servizio OTS veniva sostituito da prezzi fissi di EUR 0,66 a riga per l'anno 2002, EUR 0,67 per l'anno 2003 e EUR 0,68 per l'anno 2004. Se fosse stata applicata la clausola d'indicizzazione, il prezzo avrebbe dovuto ammontare, per l'anno 2002, a ATS 9,31 a riga (arrotondato a EUR 0,68 a riga). Il prezzo veniva quindi diminuito del 2,94 % per l'anno 2002 e dell'1,47 % per l'anno 2003.

21 Una seconda clausola addizionale, concordata nell'ottobre 2005 ed avente effetto a partire dal 1° gennaio 2006, apportava due ulteriori modifiche al contratto base. Con tale seconda clausola addizionale, il contratto base veniva modificato come specificato ai punti 22 e 23 della presente sentenza.

22 Da un lato, la rinuncia alla risoluzione, che nel contratto base era stata pattuita fino al 31 dicembre 1999, veniva rinnovata fino al 31 dicembre 2008.

23 Dall'altro, lo sconto concesso sul prezzo delle consultazioni in rete dei servizi d'informazione dell'APA, stabilito al 15% nel contratto base, veniva portato al 25%. Al riguardo, la seconda clausola addizionale modificava l'art. 2, lett. c), del contratto base nei seguenti termini:

«Le seguenti disposizioni del [contratto base così come modificato dalla prima clausola addizionale] sono modificate come segue a partire dal 1° gennaio 2006:

1. All'art. 2, lett. c), la percentuale del 15% è sostituita da quella del 25%.

(…)».

24 Nel 2004, la PN proponeva i suoi servizi d'agenzia di stampa alla Republik Österreich (Bund); tale offerta non sfociava però nella conclusione di un contratto.

25 Con ricorsi depositati il 4 ed il 19 luglio 2006, la PN chiedeva al Bundesvergabeamt, in via principale, che venisse accertato che il frazionamento dell'appalto base, conseguente alla ristrutturazione dell'APA avvenuta nel corso del 2000, nonché le clausole addizionali concluse nel 2001 e nel 2005, da essa qualificate come «aggiudicazioni de facto», erano illecite e, in subordine, che venisse accertato che la scelta delle diverse procedure di aggiudicazione in questione era illegale.

26 In riferimento ai termini di ricorso, il Bundesvergabeamt precisa che gli atti contestati risalivano sì agli anni 2000, 2001 e 2005, ma che il rimedio giuridico esperibile nel diritto nazionale contro le aggiudicazioni illegali di appalti (vale a dire una domanda di accertamento con effetto risolutivo del contratto) è stato istituito solo successivamente, con effetto a decorrere dal 1° febbraio 2006. Il termine previsto per tale ricorso è di sei mesi dalla data dell'aggiudicazione illegale. Il giudice del rinvio ritiene appropriata l'applicazione dell'art. 1496 del Codice civile austriaco, ai sensi del quale, qualora i rimedi giuridici previsti non siano esperibili, i termini di prescrizione non possono decorrere, purché tale applicazione sia compatibile con il diritto comunitario.

27 In tale contesto, il Bundesvergabeamt ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50 (…), debba essere interpretata nel senso che ricomprende anche fattispecie in cui un'amministrazione aggiudicatrice si propone di ricevere in futuro prestazioni da parte di un prestatore di servizi costituito in forma di società di capitali, qualora tali prestazioni siano state in precedenza fornite da un altro prestatore di servizi il quale, da un lato, è socio unico del futuro prestatore di servizi e, dall'altro, controlla nel contempo il futuro prestatore di servizi impartendo istruzioni. Se, in un caso del genere, sia rilevante sotto il profilo giuridico che al riguardo non sia garantito per l'amministrazione aggiudicatrice che le quote societarie nel

futuro prestatore di servizi non siano cedute a terzi durante il complessivo corso di validità del contratto originario e non sia neppure garantito che la composizione sociale dell'originario prestatore di servizi, organizzato come cooperativa, non cambi durante il complessivo corso di validità del contratto.

2) Se la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50 (…), debba essere interpretata nel senso che si riferisce anche a fattispecie in cui un'amministrazione aggiudicatrice, durante il periodo di validità di un contratto concluso a tempo indeterminato con i prestatori di servizi per una prestazione comune, concordi con tali prestatori modifiche del prezzo per determinate prestazioni contrattuali e riformuli una clausola di indicizzazione, qualora tali modifiche conducano a prezzi modificati e si verifichino in occasione della conversione in euro.

3) Se la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50 (…), debba essere interpretata nel senso che si riferisce anche a fattispecie in cui un'amministrazione aggiudicatrice, durante il periodo di validità di un contratto concluso a tempo indeterminato con i prestatori di servizi per una prestazione di servizi comune, concordi nuovamente per tre anni con tali prestatori attraverso una modifica contrattuale, da un lato, una clausola di rinuncia alla risoluzione, giunta a scadenza al momento del nuovo accordo, mentre, d'altro lato, in tale modifica contrattuale venga fissato in aggiunta uno sconto maggiore rispetto a prima per determinati prezzi dipendenti dalla quantità per un determinato ambito di prestazioni.

4) Nel caso di soluzione in senso affermativo di una delle prime tre questioni, relativamente all'esistenza di un'aggiudicazione: se l'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 (…) o altre disposizioni del diritto comunitario, come ad esempio il principio di trasparenza, debbano interpretarsi nel senso che consentono ad un'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare prestazioni in un unico contratto di appalto con una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, qualora una parte delle prestazioni di servizi rientri in diritti di esclusiva, come menzionato all'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 (…). Se, in alternativa, il principio di trasparenza o altre disposizioni del diritto comunitario, nell'aggiudicazione di servizi prevalentemente non prioritari, impongano che in un caso del genere si proceda ciò nonostante alla pubblicazione di un bando di gara prima dell'aggiudicazione di un appalto, per rendere possibile agli operatori interessati di controllare se effettivamente vengono

aggiudicate prestazioni soggette ad un diritto di esclusiva. Se, in alternativa, le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici impongano che in un caso del genere le prestazioni, a seconda dell'esistenza o della non esistenza di un diritto di esclusiva, possano essere aggiudicate solo con procedure di aggiudicazione separate per rendere possibile almeno in parte una gara di aggiudicazione.

5) Per il caso di soluzione della quarta questione nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può aggiudicare le prestazioni non rientranti in diritti di esclusiva unitamente alle prestazioni rientranti in diritti di esclusiva con un'unica procedura di aggiudicazione: se un'impresa, in caso di mancanza di un proprio potere di disporre di dati soggetti al diritto di esclusiva di un operatore in posizione dominante sul mercato, possa giustificare la propria capacità al riguardo, in base alle norme sulle aggiudicazioni di appalti pubblici, di fornire l'intera prestazione all'amministrazione aggiudicatrice invocando l'obbligo, derivante dall'art. 82 CE, da parte dell'operatore — che si trova in una situazione di posizione dominante sul mercato in uno Stato membro — di trasmetterle i suddetti dati a condizioni eque.

6) Nel caso di soluzione delle questioni sub 1), 2) e 3) nel senso che, attraverso la parziale ripresa del contratto avvenuta nell'anno 2000 e/o attraverso una delle due modifiche contrattuali illustrate, o entrambe, si sono verificate nuove aggiudicazioni, ed inoltre nel caso in cui la quarta questione debba essere risolta nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, nell'aggiudicazione di prestazioni non rientranti in diritti di esclusiva, avrebbe dovuto procedere a un'aggiudicazione separata o, invece, nell'aggiudicazione del contratto per le prestazioni complessive (nella fattispecie comunicati stampa, servizio base e diritti di utilizzazione della banca dati APADok) avrebbe dovuto prima procedere alla pubblicazione di un bando di gara ai fini della trasparenza e della possibilità di controllo della progettata aggiudicazione di un appalto:

se la nozione di «lesione», di cui agli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 (…), debba essere interpretata nel senso che un imprenditore, come nel caso di specie, ha subìto una lesione ai sensi di tali disposizioni se gli sia stata tolta la possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione in quanto l'amministrazione aggiudicatrice non ha proceduto, prima dell'aggiudicazione, alla pubblicazione di alcun bando di gara sulla base del quale l'imprenditore avrebbe potuto candidarsi all'appalto o presentare un'offerta ovvero, attraverso i competenti organi pubblici di controllo, sottoporre ad accertamento l'affermazione dell'esistenza di pretesi diritti di esclusiva.

7) Se il principio di diritto comunitario dell'equivalenza ed il precetto di diritto comunitario della necessità di una tutela giuridica effettiva, alla luce delle altre disposizioni del diritto comunitario, debbano essere interpretati nel senso che con essi viene attribuito ad un imprenditore un diritto soggettivo e incondizionato contro uno Stato membro a che esso possa far valere presso le autorità nazionali competenti i suoi rimedi giuridici per ottenere un risarcimento danni dopo un'aggiudicazione a seguito di una violazione delle disposizioni di diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e per almeno sei mesi dal momento della possibile presa di conoscenza dell'aggiudicazione di appalto contraria alle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, e a tal fine debba poter far valere, in aggiunta, i periodi di tempo in cui non era possibile esercitare una corrispondente azione per mancanza di fondamenti giuridici nazionali, qualora, per domande di risarcimento danni fondate su violazioni della legge nazionale, nell'ordinamento interno siano di norma previsti termini di prescrizione di tre anni dall'identificazione dell'autore della lesione e del pregiudizio, e in mancanza di rimedi giuridici in un determinato settore non decorrano neppure i termini di prescrizione».

Sulle questioni pregiudiziali

28 Occorre innanzi tutto rilevare che, sebbene l'appalto in questione nella causa principale sia stato aggiudicato prima dell'adesione della Repubblica d'Austria all'Unione europea, le disposizioni comunitarie pertinenti si applicano a tale appalto a partire dalla data dell'adesione del suddetto Stato (v., in tal senso, sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel, Racc. pag. I-5357, punto 14).

29 Con le sue prime tre questioni, il Bundesvergabeamt intende sapere, in sostanza, a quali condizioni modifiche apportate ad un contratto esistente tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un prestatore di servizi possano essere considerate come una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50.

30 La direttiva 92/50 non contiene una risposta esplicita a tali questioni, ma in essa si trovano svariate indicazioni pertinenti che è opportuno collocare nel quadro generale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

31 Dalla giurisprudenza si desume che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è quello di assicurare la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v. sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 44). Tale duplice obiettivo viene chiaramente espresso ai 'considerando' secondo, sesto e ventesimo della direttiva 92/50.

32 Per perseguire tale duplice obiettivo, il diritto comunitario applica in particolare il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, il principio di parità di trattamento degli offerenti e l'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenze 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S, Racc. pag. I-8291, punto 31; 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punti 60 e 61, nonché 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta, Racc. pag. I-3801, punti 108 e 109).

33 Per quanto riguarda gli appalti di cui alla direttiva 92/50 aventi ad oggetto, esclusivamente o principalmente, servizi elencati all'allegato I A della stessa, tale direttiva applica i suddetti principi ed il suddetto obbligo di trasparenza rendendo obbligatorie, in particolare, talune procedure di aggiudicazione. Per gli appalti previsti da tale direttiva aventi ad oggetto, esclusivamente o principalmente, servizi elencati all'allegato I B della stessa, la detta direttiva non sottopone le procedure di aggiudicazione alle stesse regole, ma tale categoria di appalti pubblici di servizi resta comunque assoggettata alle norme fondamentali del diritto comunitario e all'obbligo di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-9777, punti 26, 30 e 31).

34 Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50,

quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46).

35 La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.

36 Del pari, una modifica dell'appalto originario può considerarsi come sostanziale allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti. Tale ultima interpretazione è corroborata dall'art. 11, n. 3, lett. e) ed f), della direttiva 92/50, il quale stabilisce, per gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto, esclusivamente o principalmente, servizi elencati all'allegato I A di tale direttiva, talune restrizioni rispetto alla misura in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alla procedura negoziata per attribuire servizi complementari a quelli oggetto di un appalto inizialmente aggiudicato.

37 Una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario.

38 Le questioni sottoposte alla Corte vanno risolte alla luce delle considerazioni che precedono.

Sulla prima questione

39 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio fa riferimento al trasferimento all'APA-OTS, nel 2000, dei servizi OTS sino ad allora prestati dall'APA. Tale giudice chiede in sostanza se configuri una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi degli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50 una modifica della controparte contrattuale, in circostanze come quelle della causa principale.

40 In generale, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto con una nuova deve essere considerata quale modifica di uno dei termini essenziali dell'appalto pubblico in questione, a meno che tale sostituzione fosse contemplata nei termini dell'appalto originario, ad esempio a titolo di subappalto.

41 Secondo l'ordinanza di rinvio, l'APA-OTS, in quanto costituita in forma di società a responsabilità limitata, è dotata di una personalità giuridica distinta dall'APA, soggetto aggiudicatario dell'appalto iniziale.

42 È del pari pacifico che, dal momento del trasferimento dei servizi OTS dall'APA all'APA-OTS, 2000, l'amministrazione aggiudicatrice versa i compensi relativi a tale servizio direttamente all'APA-OTS, e non più all'APA.

43 Tuttavia, il trasferimento dell'attività di cui trattasi presenta talune caratteristiche specifiche che consentono di ritenere che siffatte modifiche, in un'ipotesi come quella in esame, non configurino un mutamento di un termine essenziale dell'appalto.

44 Infatti, dagli atti risulta che l'APA-OTS è una società controllata al 100% dall'APA, che quest'ultima dispone di un potere direttivo nei confronti dell'APA-OTS e che tra tali due soggetti esiste un contratto di trasferimento dei profitti e delle perdite, assunti dall'APA. Inoltre, risulta dagli atti che una persona con potere di rappresentanza dell'APA ha assicurato all'amministrazione aggiudicatrice che, dopo il trasferimento dei servizi OTS, l'APA sarebbe rimasta responsabile in solido con l'APA-OTS e che la prestazione complessiva esistente sarebbe rimasta invariata.

45 Siffatta operazione rappresenta, in sostanza, una riorganizzazione interna della controparte contrattuale, che non modifica in modo essenziale i termini dell'appalto originario.

46 In tale contesto, il giudice del rinvio si pone la questione se sia rilevante sotto il profilo giuridico il fatto che non sia garantito all'amministrazione aggiudicatrice che le quote sociali dell'APA-OTS non siano cedute a terzi durante il complessivo corso di validità dell'appalto.

47 Se le quote sociali dell'APA-OTS venissero cedute ad un terzo durante il periodo di durata dell'appalto oggetto della causa principale, non si tratterebbe più di una riorganizzazione interna della controparte contrattuale originaria, bensì di un effettivo cambiamento della controparte contrattuale, tale da costituire, in via di principio, una modifica di un termine essenziale dell'appalto. Siffatta circostanza sarebbe idonea a configurare una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

48 Analogo ragionamento varrebbe per l'ipotesi in cui la cessione delle quote sociali della controllata ad un soggetto terzo fosse stata già prevista al momento del trasferimento delle attività in questione a quest'ultima (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punti 38-42).

49 Tuttavia, non essendosi verificata un'evoluzione del genere, rimane valida l'analisi svolta al punto 45 della presente sentenza, secondo la quale la situazione in esame costituisce una riorganizzazione interna della controparte contrattuale. Il fatto

che non sia garantito che le quote sociali della controllata non siano cedute a terzi durante il periodo di validità dell'appalto non pregiudica tale conclusione.

50 Il giudice del rinvio pone altresì la questione se sia rilevante, sotto il profilo giuridico, che non sia garantito all'amministrazione aggiudicatrice che la composizione sociale del prestatore di servizi originario non venga modificata durante il complessivo corso di validità del contratto.

51 Gli appalti pubblici sono di regola attribuiti a persone giuridiche. Se una persona giuridica è costituita in forma di società per azioni quotata in Borsa, per sua stessa natura il suo azionariato è suscettibile di mutare in ogni momento. In via di principio, tale situazione non mette in discussione la validità dell'attribuzione di un appalto pubblico ad una società di questo genere. La situazione potrebbe essere diversa in casi eccezionali, come ad esempio in ipotesi di manovre finalizzate ad eludere le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

52 Analoghe considerazioni possono svolgersi nell'ambito di appalti pubblici attribuiti a persone giuridiche costituite, come nella causa principale, in forma non di società per azioni, bensì di cooperativa registrata a responsabilità limitata. Eventuali variazioni nella composizione della cerchia dei soci di siffatta cooperativa non comportano in via di principio una modifica sostanziale dell'appalto ad essa attribuito.

53 Pertanto, neppure tali considerazioni conducono ad una conclusione dissimile da quella indicata al punto 45 della presente sentenza.

54 Ne consegue che occorre risolvere la prima questione dichiarando che la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende fattispecie, come quella in esame nella causa

principale, in cui taluni servizi forniti all'amministrazione aggiudicatrice da parte del prestatore di servizi originario siano trasferiti ad un altro prestatore costituito in forma di società di capitali, di cui il prestatore originario è azionista unico, che controlla il nuovo prestatore di servizi impartendogli istruzioni, purché il prestatore di servizi originario continui ad essere responsabile dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Sulla seconda questione

55 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio fa riferimento alle modifiche apportate al contratto base attraverso la prima clausola addizionale, concordata nell'anno 2001 ed avente effetto a partire dal 1° gennaio 2002. Esso chiede in sostanza se determinate modifiche dei prezzi costituiscano una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

56 Tale questione pregiudiziale riguarda, in primo luogo, la conversione dei prezzi in euro senza modifica del loro importo intrinseco, in secondo luogo la conversione dei prezzi in euro accompagnata da una riduzione del loro importo intrinseco e, in terzo luogo, la riformulazione di una clausola d'indicizzazione dei prezzi.

57 La questione va risolta dichiarando che l'ipotesi in cui, in seguito al passaggio all'euro, un appalto esistente venga modificato, cosicché i prezzi originariamente espressi nella moneta nazionale siano convertiti in euro, non costituisce una modifica sostanziale dell'appalto, ma unicamente un adeguamento di quest'ultimo a mutate circostanze esterne, purché gli importi in euro siano arrotondati in conformità delle disposizioni in vigore, segnatamente di quelle del regolamento (CE) del Consiglio 17 giugno 1997, n. 1103, che stabilisce talune disposizioni relative all'introduzione dell'euro (GU L 162, pag. 1).

58 Se invece l'arrotondamento dei prezzi convertiti in euro supera l'importo consentito dalle disposizioni pertinenti, ciò costituisce una modifica dell'importo intrinseco dei prezzi previsti dall'appalto originario. Si pone quindi la questione di chiarire se siffatta modifica dei prezzi costituisca una nuova aggiudicazione di appalto.

59 È evidente che il prezzo costituisce un elemento rilevante di un appalto pubblico (v., in tal senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, cit., punto 117).

60 La modifica di tale elemento durante il periodo di validità dell'appalto, ove manchi un'autorizzazione espressa in tal senso nei termini dell'appalto originario, potrebbe costituire una violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti (v., in tal senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, cit., punto 121).

61 Tuttavia, la conversione in euro dei prezzi di un appalto in corso di validità può accompagnarsi ad un adeguamento del loro importo intrinseco, senza che ne derivi una nuova aggiudicazione di appalto, a condizione che siffatto adeguamento sia minimo e obiettivamente giustificato, come nel caso in cui esso abbia lo scopo di agevolare l'esecuzione dell'appalto, ad esempio semplificando le operazioni di fatturazione.

62 Nella causa principale, da un lato, il canone annuale per l'utilizzazione degli articoli di redazione e degli archivi mediatici è stato diminuito solamente dello 0,3%, in modo da corrispondere ad una cifra tonda atta ad agevolare le operazioni di calcolo. Dall'altro, i prezzi a riga per l'inserimento dei comunicati stampa nel servizio OTS sono stati ridotti rispettivamente del 2,94% e dell'1,47% per gli anni 2002 e 2003, in modo tale da essere espressi in cifre tonde idonee, parimenti, ad agevolare le operazioni di calcolo. A parte il fatto che essi riguardano un importo trascurabile, tali adeguamenti del prezzo intervengono non a vantaggio, bensì in danno dell'aggiudicatario dell'appalto, dato che quest'ultimo acconsente ad una riduzione dei prezzi che gli sarebbero spettati in base alle regole di conversione e d'indicizzazione normalmente applicabili.

63 In tale contesto, è possibile ritenere che un adeguamento dei prezzi di un appalto pubblico in corso di validità non configuri una modifica delle condizioni essenziali di tale appalto, atta a costituire una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

64 Per quanto riguarda la riformulazione della clausola d'indicizzazione, va rilevato che il contratto base prevedeva in particolare, all'art. 5, n. 3, che, «[p]er il calcolo dell'indicizzazione, [occorre] fare riferimento all'indice dei prezzi al consumo 86 (VPI 86) pubblicato dall'Istituto nazionale austriaco delle statistiche (ÖSTAT) o all'indice seguente che lo sostituisce».

65 Il contratto base aveva pertanto contemplato la sostituzione dell'indice dei prezzi ivi menzionato con un indice successivo.

66 La prima clausola addizionale ha sostituito l'indice dei prezzi previsto dal contratto base, vale a dire l'indice dei prezzi al consumo del 1986 (VPI 86) pubblicato dall'ÖSTAT, con un indice più recente, ossia l'indice dei prezzi al consumo del 1996 (VPI 96), pubblicato dallo stesso organismo.

67 Come sottolineato al punto 19 della presente sentenza, la suddetta clausola addizionale ha assunto come riferimento l'indice calcolato per il 2001, anno in cui la stessa è stata pattuita, anziché quello del 1994, anno della conclusione del contratto base. Tale aggiornamento del punto di riferimento è coerente con l'aggiornamento dell'indice dei prezzi.

68 Pertanto, la prima clausola addizionale si è limitata ad applicare quanto concordato nel contratto base riguardo all'aggiornamento della clausola d'indicizzazione.

69 In tale contesto, si deve ritenere che il riferimento ad un nuovo indice di prezzo non configuri una modifica delle condizioni essenziali dell'appalto originario, atta a costituire una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

70 Ne consegue che la seconda questione va risolta dichiarando che la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende un adeguamento del contratto originario a mutate circostanze esterne, come la conversione in euro dei prezzi originariamente espressi nella moneta nazionale, un'esigua riduzione di tali prezzi al fine di arrotondarne l'importo e il riferimento ad un nuovo indice dei prezzi, la cui sostituzione all'indice precedentemente stabilito era contemplata nel contratto originario.

Sulla terza questione

71 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio fa riferimento alle modifiche apportate al contratto base mediante la seconda clausola addizionale, concordata nell'ottobre 2005 ed avente effetto a partire dal 1° gennaio 2006.

72 Il giudice del rinvio chiede in sostanza se la conclusione di una nuova clausola di rinuncia alla risoluzione dell'appalto, da un lato, e un aumento degli sconti concessi sui prezzi di determinate prestazioni oggetto dell'appalto, dall'altro, diano luogo a una nuova aggiudicazione di appalto.

73 Innanzi tutto, riguardo alla conclusione di una nuova clausola di rinuncia alla risoluzione durante il periodo di validità di un appalto stipulato a tempo indeterminato, va rilevato che la pratica di concludere un appalto pubblico di servizi a tempo

indeterminato è di per se stessa estranea al sistema ed alla finalità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici. In prospettiva, tale pratica può impedire la concorrenza tra i prestatori di servizi potenziali ed ostacolare l'applicazione delle disposizioni delle direttive comunitarie in materia di pubblicità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

74 Tuttavia, allo stato attuale, il diritto comunitario non vieta la conclusione di appalti pubblici di servizi a tempo indeterminato.

75 Parimenti, una clausola in virtù della quale le parti si obblighino a non risolvere per un determinato periodo di tempo un appalto concluso a tempo indeterminato non può essere a priori considerata illecita sotto il profilo delle norme di diritto comunitario in materia di pubblici appalti.

76 Come risulta dal punto 34 della presente sentenza, per determinare se la conclusione di siffatta clausola costituisca una nuova aggiudicazione di appalto, il criterio rilevante consiste nel verificare se la detta clausola debba essere considerata come una modifica sostanziale del contratto originario (v., in tal senso, sentenza Commissione/Francia, cit., punti 44 e 46).

77 La clausola in esame formalizza la rinuncia a qualsivoglia risoluzione nel periodo corrispondente agli anni 2005-2008.

78 Tuttavia, occorre rilevare che, dopo la scadenza, il 31 dicembre 1999, della clausola di rinuncia alla risoluzione contenuta nel contratto base, l'appalto in questione nella causa principale avrebbe potuto essere risolto, previo preavviso, in qualsiasi momento. Esso è invece rimasto in vigore nel corso degli anni dal 2000 al 2005 incluso, poiché né l'amministrazione aggiudicatrice né il prestatore di servizi hanno esercitato il loro diritto a risolvere il contratto.

79 Dagli atti non risulta che l'amministrazione aggiudicatrice, nel periodo intercorrente tra il 2005 ed il 2008 cui si riferisce la clausola di rinuncia alla risoluzione, avrebbe avuto, in assenza della suddetta clausola, una prospettiva concreta di porre fine al contratto in corso e di procedere ad una nuova gara di appalto. Anche supponendo che ne avesse avuto l'intenzione, la durata cui si riferiva tale clausola, vale a dire tre anni, non era tale da impedire all'amministrazione aggiudicatrice di procedere per un lasso di tempo eccessivo rispetto al tempo necessario per l'organizzazione di un'operazione del genere. Ciò premesso, non è provato che siffatta clausola di rinuncia alla risoluzione, purché non venga reinserita sistematicamente nel contratto, comporti il pericolo di falsare la concorrenza in danno di nuovi offerenti potenziali. Di conseguenza, essa non può essere qualificata come modifica sostanziale del contratto originario.

80 Pertanto, in circostanze come quelle della causa principale, la previsione di una clausola di rinuncia alla risoluzione per un periodo di tre anni nel vigore di un appalto di servizi concluso a tempo indeterminato non costituisce una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

81 In secondo luogo, per quanto riguarda l'aumento dello sconto previsto dalla seconda clausola addizionale, va rilevato che il contratto base prevedeva, per i servizi interessati, «un prezzo corrispondente allo scaglione più basso della tariffa ufficiale dei prezzi al consumo (…), diminuito del 15%».

82 In base alle indicazioni fornite alla Corte, tale riferimento riguarda la tariffa scalare praticata dall'APA, in applicazione della quale i prezzi dei servizi in parola vengono diminuiti in corrispondenza dell'aumento nell'utilizzo di tali servizi da parte della controparte contrattuale dell'APA.

83 Sempre in base a talune delle suddette indicazioni, l'aumento del tasso di sconto dal 15% al 25%, contemplato dalla seconda clausola addizionale, equivale ad un prezzo più basso. Benché si presentino formalmente diversi, la riduzione di un prezzo e l'aumento di un tasso di sconto produrrebbero un effetto economico analogo.

84 In tale contesto, l'aumento dello sconto può essere considerato come riconducibile alle clausole convenute nel contratto base.

85 Peraltro, da un lato, l'aumento dello sconto, avendo l'effetto di ridurre il compenso percepito dall'aggiudicatario rispetto a quello originariamente pattuito, non altera l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario.

86 Dall'altro, il semplice fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ottenga un maggiore sconto su una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto non è tale da determinare una distorsione della concorrenza in pregiudizio dei potenziali offerenti.

87 Da quanto precede risulta che, in una situazione come quella di cui alla causa principale, il fatto che mediante una clausola addizionale vengano fissati sconti maggiori rispetto a quelli originariamente previsti su taluni prezzi determinati in funzione delle quantità in un particolare ambito non deve essere considerato come una modifica sostanziale del contratto e, pertanto, non è idoneo a comportare una nuova aggiudicazione di appalto ai sensi della direttiva 92/50.

88 Di conseguenza, occorre risolvere la terza questione dichiarando che la nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50,deve essere interpretata nel senso che non ricomprende una fattispecie, come quella di cui alla causa principale, nella quale un'amministrazione aggiudicatrice, mediante una clausola addizionale, pattuisca con l'aggiudicatario, nel vigore di un appalto di servizi concluso con lo stesso a tempo indeterminato, di rinnovare per tre anni una clausola di rinuncia alla risoluzione, giunta a scadenza alla data in cui viene convenuta la nuova clausola, e concordi con lo stesso sconti maggiori rispetto a quelli originariamente previsti su taluni prezzi determinati in funzione delle quantità in un particolare ambito.

89 Tenuto conto delle soluzioni fornite alla prima, alla seconda e alla terza questione, non occorre risolvere le questioni dalla quarta alla settima.

Sulle spese

90 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) **La nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende una fattispecie, come quella in esame nella causa principale, in cui taluni servizi forniti all'amministrazione aggiudicatrice da parte del prestatore di servizi originario siano trasferiti ad un altro prestatore costituito in forma di società di capitali, di cui il prestatore di servizi originario è azionista unico, che controlla il nuovo prestatore impartendogli istruzioni, purché il prestatore di servizi originario continui ad essere responsabile dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.**

2) **La nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende un adeguamento del contratto originario a mutate circostanze esterne, come la conversione in euro dei prezzi originariamente espressi nella moneta nazionale, un'esigua riduzione di tali prezzi al fine di arrotondarne l'importo e il riferimento ad un nuovo indice dei prezzi, la cui sostituzione all'indice precedentemente stabilito era contemplata nel contratto originario.**

3) **La nozione di «aggiudicare», di cui agli artt. 3, n. 1, 8 e 9 della direttiva 92/50, deve essere interpretata nel senso che non ricomprende una fattispecie, come quella di cui alla causa principale, nella quale un'amministrazione aggiudicatrice, mediante una clausola addizionale, pattuisca con l'aggiudicatario, nel vigore di un appalto di servizi concluso con lo stesso a tempo indeterminato, di rinnovare per tre anni una clausola di rinuncia alla risoluzione, giunta a scadenza alla data in cui viene convenuta la nuova clausola, e concordi con lo stesso di fissare sconti maggiori rispetto a quelli originariamente previsti su taluni prezzi determinati in funzione delle quantità in un particolare ambito.**

Firme