CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE L.A. GEELHOED

presentate il 13 dicembre 2001 [1]

I — Introduzione

1. In questa causa il Verwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo) austriaco ha proposto alla Corte due questioni.

2. La prima questione verte sull'interpretazione dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/387/CEE, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision — ONP) [2], come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/51/CE [3]. In particolare il Verwaltungsgerichtshof chiede se detta disposizione, che riconosce a determinate parti il diritto di esperire ricorso dinanzi ad un organo indipendente, sia dotata di efficacia diretta.

3. Con la seconda questione — vertente sull'interpretazione degli artt. 82 CE e 86 CE e dell'art. 2 della direttiva della Commissione 16 gennaio 1996, 96/2/CE, che modifica la direttiva 90/388/CEE in relazione alle comunicazioni mobili e personali [4], nonché degli artt. 9 e 11 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione [5] — il giudice a quo si interroga sull'ammissibilità di determinate assegnazioni di ulteriori frequenze per il DCS 1800. Questo settore fa parte dei sistemi esistenti per la telefonia GSM. Secondo il giudice del rinvio questa seconda questione va risolta solo nel caso in cui si riconosca efficacia diretta all'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE.

II — Ambito normativo

Diritto comunitario

4. L'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE recita:

«3. Gli Stati membri provvedono affinché vi siano opportuni meccanismi a livello

1 — Lingua originale: l'olandese.

2 — GU L 192, pag. 1. I rinvii alla direttiva nelle presenti conclusioni si riferiscono al testo come modificato dalla direttiva 97/51.

3 — GU L 295, pag. 23.

4 — GU L 20, pag. 59.

5 — GU L 117, pag. 15.

nazionale mediante i quali gli interessati abbiano il diritto di ricorrere davanti ad un organo indipendente dalle parti in causa contro le decisioni dell'autorità nazionale di regolamentazione».

5. L'art. 2, nn. 3 e 4, della direttiva 96/2/CE, rilevante per la seconda questione del giudice a quo, così dispone [6]:

«3. Gli Stati membri non devono porre restrizioni sull'abbinamento di tecnologie o sistemi mobili, in particolare qualora siano disponibili apparecchiature multistandard. Nell'ampliare le licenze esistenti onde comprendere anche tali abbinamenti, gli Stati membri accertano che l'ampliamento sia giustificato in base al disposto del paragrafo 4.

4. Gli Stati membri adottano, ove necessario, misure intese ad assicurare l'attuazione del presente articolo, tenendo conto dell'esigenza di garantire una concorrenza effettiva tra gestori concorrenti sui mercati interessati».

6 — Sebbene in queste conclusioni, come si vedrà, non pervengo a risolvere la seconda questione, cito in questo ambito normativo alcune disposizioni che sono in discussione in relazione alla seconda questione. Esse infatti offrono un chiaro quadro del sistema legislativo e servono ad illustrare quanto da me affermato in relazione alla prima questione.

6. Rinvio anche ai 'considerando' contenuti nel preambolo della direttiva 96/2/CE. A tenore dell'ottavo 'considerando':

«In questo contesto è necessario tenere debitamente conto della necessità di promuovere gli investimenti ad opera dei nuovi concorrenti nei settori interessati. Gli Stati membri devono avere la possibilità di astenersi dall'assegnare una licenza ad operatori esistenti, ad esempio a gestori di sistemi GSM già presenti sul loro territorio, qualora possa essere dimostrato che ciò eliminerebbe un'effettiva concorrenza, in particolare estendendo una posizione dominante. In particolare, qualora uno Stato membro assegni o abbia già assegnato licenze DCS 1800, la concessione di licenze nuove o supplementari a gestori GSM o DCS 1800 esistenti può avvenire solo a condizioni che garantiscano un'effettiva concorrenza».

Il quindicesimo 'considerando' dispone tra l'altro:

«Nel contesto dei sistemi di comunicazioni mobili e personali le radiofrequenze rappresentano una risorsa cruciale limitata. L'assegnazione delle radiofrequenze per i sistemi di comunicazione mobili e personali ad opera degli Stati membri senza conformarsi a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione rappresenta una restrizione incompatibile con l'articolo 90 in combinato disposto con l'articolo 59 del Trattato, in quanto i gestori di altri Stati membri sono svantaggiati nell'ambito di dette procedure. Lo sviluppo di un'effettiva

concorrenza nel settore delle telecomunicazioni può configurarsi come una giustificazione obiettiva per rifiutare l'assegnazione di frequenze ad operatori già dominanti sul mercato geografico».

7. A tenore dell'art. 9, n. 2, della direttiva 97/13/CE:

«2. Lo Stato membro che intende concedere licenze individuali:

— lo fa mediante procedure aperte, non discriminatorie e trasparenti e, a tal fine, sottopone tutti i candidati alle stesse procedure, in assenza di una ragione obiettiva per un trattamento differenziato, e

— stabilisce limiti di tempo ragionevoli; in particolare, comunica al richiedente la decisione al più presto e comunque non oltre sei settimane dalla ricezione della domanda. Nelle disposizioni adottate per l'applicazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prorogare tale limite di tempo fino a quattro mesi in casi obiettivamente giustificati, definiti specificamente in tali disposizioni (...)».

8. L'art. 11 della stessa direttiva così dispone:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali. I diritti per le licenze individuali sono proporzionati al lavoro che esse comportano e sono pubblicati in maniera appropriata e sufficientemente dettagliata perché possano essere facilmente accessibili.

2. In deroga al paragrafo 1, quando siano utilizzate risorse rare, gli Stati membri possono permettere all'autorità di regolamentazione nazionale di imporre diritti che riflettono la necessità di assicurare l'uso ottimale di tali risorse. I diritti devono essere non discriminatori e tener particolare conto della necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e la concorrenza».

Normativa nazionale

9. Il Telekommunikationsgesetz [7] dispone che la suddivisione delle frequenze per la telecomunicazione pubblica mobile avviene mediante assegnazione delle concessioni, in conformità alla procedura di cui gli artt. 22 e segg. della legge medesima. L'autorità nazionale di regolamentazione assegna la concessione alla parte che garantisce l'uso più efficiente delle frequenze, determinato in base all'entità dei diritti offerti dall'interessato per l'uso della medesima. L'assegnazione avviene secondo principi pubblici, giusti e non discriminatori, in base ad un bando pubblico di concorso. L'assegnazione di frequenze supplementari al titolare di una concessione per il medesimo servizio rappresenta un ampliamento della concessione esistente, che deve avvenire ai sensi delle disposizioni della medesima. Se tale concessione nulla dice in merito, si applicherà la procedura normale.

10. La Telekom-Control-Kommission è stata designata come autorità nazionale di regolamentazione [8]. Essa è competente tra le altre cose in merito al rilascio, al ritiro e alla revoca delle licenze, nonché all'approvazione in caso di trasferimento o di modificazione delle licenze medesime. La Telekom-Control-Kommission è stata istituita per legge come un organo collegiale indipendente, composto da tre membri nominati dal governo federale, dei quali uno deve appartenere alla magistratura. La Kommission decide in primo (ed unico) grado.

11. Avverso una decisione della Telekom-Control-Kommission si può esperire ricorso, ai sensi dell'art. 144, n. 1, del Bundes-Verfassungsgesetz (costituzione federale; in prosieguo: il «B-VG»), dinanzi al Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale). I poteri di sindacato di questo giudice sono limitati: esso può solo controllare se ci sia stata lesione di un diritto costituzionalmente tutelato o violazione di un diritto conseguente all'applicazione di un provvedimento, di una legge o di un accordo internazionale illegittimi.

12. Il diritto austriaco, applicabile al procedimento a quo, non prevede un ricorso per motivi diversi da quelli menzionati. Le vicende sulle quali la Telekom-Control-Kommission decide sono pertanto sottratte, secondo il diritto nazionale austriaco, alle competenze del Verwaltungsgerichtshof. Ai sensi dell'art. 133, punto 4, del B-VG, il Verwaltungsgerichtshof non ha giurisdizione in merito a circostanze su cui decide in prima e unica istanza un altro organo collegiale in cui sieda almeno un giudice, a meno che un ricorso dinanzi al Verwaltungsgerichtshof non sia espressamente dichiarato ammissibile. Ciò non è avvenuto per le decisioni prese dalla Telekom-Control-Kommission, che può essere considerata organo collegiale ai sensi dell'art. 133, punto 4.

7 — Legge sulle telecomunicazioni, BGBl. I, 1997, n. 100.

8 — Per alcune materie, non rilevanti in questa sede, la Telekom-Control-Kommission non è competente. Per tali materie è stata designata come autorità nazionale di regolamentazione la Telekom-Control GmbH.

13. La legislazione nazionale austriaca, peraltro, è stata nel frattempo modificata. A far data dal 1° luglio 2000, il Verwaltungsgerichtshof è competente a conoscere dei ricorsi contro decisioni della Telekom-Control-Kommission. È questa la ragione per cui la Commissione non ha promosso nessun ricorso per inadempimento contro la Repubblica d'Austria, come la Commissione stessa ha spiegato durante la trattazione orale della presente causa.

14. Per risolvere la seconda questione sottoposta dal giudice del rinvio è rilevante l'art. 125, n. 3, del Telekommunikationsgesetz, che dispone come segue:

«L'autorità può attribuire agli attuali titolari di una licenza per la prestazione di servizi riservati di telecomunicazioni nel settore della telefonia mobile cellulare digitale, in caso di necessità, frequenze supplementari nella misura di 5 MHz per ciascuno nella banda di frequenze riservata alla telefonia mobile DCS 1800, sempreché siano trascorsi almeno tre anni dall'inizio della vigenza dell'atto di concessione del titolare della licenza per quella da assegnare nel 1997 in merito al settore DCS 1800. Anteriormente a questo momento, ai titolari attuali di licenza possono essere assegnate frequenze supplementari nella banda riservata alla telefonia mobile DCS 1800 solo qualora sia dimostrato che la loro capacità di utenza sia esaurita, dopo aver fatto uso di tutte le possibilità tecniche economicamente sostenibili».

15. Per l'assegnazione della «rimanente banda di frequenze riservata alla telefonia mobile DCS 1800» nel 1998 è stato aggiunto un n. 3 bis all'art. 125 del Telekommunikationsgesetz [9], che stabilisce che in ogni caso verrà assegnata un'ulteriore licenza con obbligo di copertura a livello nazionale ed, inoltre, varie altre licenze a livello locale, ma che, anche questa volta, gli attuali titolari di licenza saranno esclusi dall'assegnazione di un'ulteriore licenza con obbligo di copertura nazionale. Gli attuali titolari di licenza potranno richiedere l'assegnazione di nuove frequenze, senza tuttavia poterle utilizzare prima della scadenza del termine di tre anni previsto all'art. 125, n. 3.

III — Fatti e procedimento

16. In forza dei provvedimenti di assegnazione del Ministro competente 6 novembre 1996 e 23 luglio 1997, la Mobilkom Austria AG (in prosieguo: la «Mobilkom») può rivendicare uno spettro di frequenze di 2 × 8 MHz (39 canali) nel settore 900 MHz. La Mobilkom è l'avente causa dell'ex monopolista nel settore delle poste e telecomunicazioni in Austria (la Post & Telekom Austria AG). Lo Stato è l'azionista di maggioranza.

9 — BGBl. I, 1998, n. 98.

17. In forza dei provvedimenti del Ministro 25 gennaio 1996 e 23 luglio 1997, adottati in seguito ad una gara pubblica d'appalto, la Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (attualmente max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH; in prosieguo: la «max.mobil») è subentrata negli stessi diritti. Questo operatore ha pagato quale corrispettivo per la licenza la somma di ATS 4 miliardi. Un versamento identico era stato imposto il 2 luglio 1996 alla dante causa della Mobilkom. L'obbligo di pagamento fa attualmente capo alla Mobilkom.

18. Il 19 agosto 1997, in seguito ad una gara pubblica d'appalto, è stata rilasciata alla Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, ricorrente nel procedimento principale (in prosieguo: la «Connect Austria»), la licenza nel settore DCS 1800. La Connect Austria doveva pagare un corrispettivo di ATS 2,3 miliardi per questa concessione, per cui le è stato attribuito uno spettro di frequenze di 2 x 16,8 MHz (84 canali). Inoltre alla Connect Austria è stato prospettato un aumento fino a 2 x 22,5 MHz (112 canali) al momento del raggiungimento di un numero di utenti pari a 300 000 e di una percentuale di copertura pari al 75%.

19. Con provvedimento 10 agosto 1998, la Telekom-Control-Kommission ha assegnato alla Mobilkom uno spettro di frequenze supplementare, a titolo di ampliamento della licenza precedentemente rilasciata. Questo spettro integrativo, concesso con decorrenza dal 1° gennaio 1999, aveva una misura di 2 x 5 MHz (24 canali DCS 1800) ed era destinato alla prestazione del servizio di telefonia GSM, utilizzando stazioni ubicate nel Land di Vienna. Una domanda di assegnazione di un ulteriore spettro di frequenze di 2 x 3,4 MHz nell'ambito di frequenze riservato al DCS 1800 è stata respinta con decisione 10 agosto 1998, basata sull'art. 125, n. 3, del Telekommunikationsgesetz. Questo è il provvedimento impugnato dinanzi al Verwaltungsgerichtshof.

20. Contro la decisione 10 agosto 1998 la Connect Austria ha proposto ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof, che con sentenza 24 febbraio 1999 ha dichiarato che la ricorrente non era stata lesa dal provvedimento impugnato né in un suo diritto costituzionalmente tutelato né per via dell'applicazione di una normativa illegittima. Il ricorso è stato respinto.

21. Nella motivazione della sua decisione il Verfassungsgerichtshof esamina quindi l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE e dichiara il contenuto di questa disposizione, «per quanto riguarda il diritto di esperire un ricorso avverso la decisione di un'autorità nazionale di regolamentazione, sufficientemente preciso per essere direttamente efficace, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (...)[10], nel senso che deve esistere un rimedio giuridico efficace dinanzi ad un organo indipendente». Dalla direttiva non risulta quale sia l'organo nazionale competente.

10 — Il Verfassungsgerichtshof rinvia alla sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357).

22. Il Verfassungsgerichtshof desume quindi dagli artt. 131, n. 1, punto 1, e 133, punto 4, del B-VG che «avverso le decisioni di organi collegiali di carattere giudiziario può configurarsi solo un ricorso dinanzi al Verwaltungsgerichtshof». Il Verfassungsgerichtshof spiega che l'art. 133, punto 4, del B-VG sembra precludere la possibilità di un ricorso dinanzi al Verwaltungsgerichtshof. Tuttavia, la supremazia del diritto comunitario — il Verfassungsgerichtshof si basa sull'efficacia diretta dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE — comporta che l'art. 133, punto 4, del B-VG debba essere disatteso nell'ambito di applicazione della direttiva. Avverso una decisione della Telekom-Control-Kommission nel suo ruolo di «autorità nazionale di regolamentazione» può quindi essere esperito ricorso dinanzi al Verwaltungsgerichtshof.

23. Nel ragionamento del Verfassungsgerichtshof è rilevante anche il fatto che la possibilità di adire lo stesso Verfassungsgerichtshof non può essere considerata come un diritto di esperire un ricorso ai sensi dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva in questione. Il Verfassungsgerichtshof ha infatti una competenza limitata. Il sindacato sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi affidato al Verwaltungserichtshof soddisfa invece le condizioni imposte dal diritto comunitario.

24. Sulla base delle considerazioni che precedono il Verfassungsgerichtshof, con ordinanza 3 marzo 1999, rinviava il ricorso al Verwaltungsgerichtshof ai fini della decisione, ai sensi dell'art. 144, n. 3, del B-VG.

Questioni pregiudiziali

25. Con ordinanza 24 novembre 1999, pervenuta presso la cancelleria della Corte il 2 dicembre 1999, il Verwaltungsgerichtshof (Austria) ha quindi chiesto una decisione pregiudiziale sulle seguenti questioni:

«1) Se l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva del Consiglio 90/387/CEE, nel testo risultante dalla direttiva dal Parlamento europeo e del Consiglio 97/51/CE, vada interpretato nel senso che questa disposizione è dotata di efficacia diretta cosicché, rendendo inoperante una norma sulla competenza nazionale con essa contrastante, determina la competenza di un dato "organo indipendente" esistente a livello nazionale per l'operatività di "opportuni meccanismi" in relazione a un ricorso proposto da un interessato avverso una decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se gli artt. 82 CE, 86, n. 1, CE, 2, nn. 3 e 4, della direttiva della Commissione 96/2/CE, 9, n. 2, e 11, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/13/CE, o le altre norme del diritto comunitario, vadano interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale la quale prevede che gli attuali titolari di una licenza per la prestazione di servizi riservati di telecomunicazione mobile nell'ambito della telefonia mobile cellulare con tecnologia digitale possano

ottenere, entro tre anni dall'inizio della vigenza dell'atto di concessione relativo alla licenza per la telefonia mobile DCS 1800 rilasciata ad un titolare nel 1997, ulteriori frequenze nella banda di frequenze riservata alla telefonia mobile DCS 1800, qualora sia dimostrato l'esaurimento, previa utilizzazione di tutte le possibilità tecniche economicamente sostenibili, della relativa capacità di utenza, nel qual caso l'assegnazione delle frequenze può avvenire senza la prescrizione di uno specifico canone per l'utilizzo delle frequenze ed altresì a favore di un'impresa pubblica che detenga una posizione dominante nel settore 900 MHz».

26. Presso questa Corte sono state depositate osservazioni scritte dalla ricorrente nel giudizio principale, la Connect Austria, dalla resistente nel giudizio principale, la Telekom-Control-Kommission, e dalla Mobilkom Austria, dal governo austriaco, dal governo svedese e dalla Commissione. All'udienza dibattimentale, tenutasi l'11 ottobre 2001, tutti questi interessati, ad eccezione del governo svedese, hanno illustrato oralmente le loro tesi.

IV — La prima questione

Osservazioni presentate

27. La Connect Austria fa derivare la competenza del Verwaltungsgerichtshof dalla supremazia del diritto comunitario. Se si considera la disposizione dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, l'art. 133, punto 4, del B-VG nella fattispecie deve essere disapplicato. All'udienza dibattimentale la Connect Austria ha fatto presente che il Verwaltungsgerichtshof è il giudice supremo con competenza generale in materia di controllo sull'operato della pubblica amministrazione austriaca. È pacifico che nessun altro tribunale è competente a conoscere delle cause in questione; per questo motivo non è configurabile un conflitto di competenza.

28. La Mobilkom fa valere una tesi del tutto diversa, ossia che l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, non riguarderebbe la causa in questione. Questa disposizione riconosce infatti un diritto di ricorso agli operatori di servizi di telecomunicazioni contro decisioni dell'autorità nazionale di regolamentazione ad essi rivolte relative all'accesso a reti e interconnessioni, ma non offre alcuna tutela giuridica atta a salvaguardare la concorrenza. Terzi interessati non possono far derivare alcun diritto di ricorso da questo articolo. Per questo motivo la Mobilkom suggerisce alla Corte di riformulare la questione ad essa rivolta.

29. Sia il governo austriaco che quello svedese osservano che l'art. 5 bis, n. 3, non ha efficacia diretta, in quanto il suo contenuto non è incondizionato né sufficientemente preciso, requisiti richiesti dalla costante giurisprudenza della Corte a tal fine. Gli Stati membri devono infatti adottare adeguati provvedimenti di attuazione:

essi designano l'autorità competente e ne stabiliscono le modalità di organizzazione. Il governo svedese, richiamandosi alla sentenza Dorsch Consult [11], sostiene che l'indicazione del giudice competente è questione spettante alla giurisdizione nazionale, che esula pertanto dalla competenza della Corte.

30. Il governo austriaco avanza anche un altro argomento. La competenza del Verfassungsgerichtshof soddisfa sia i principi generali di una tutela giuridica effettiva, sia le condizioni poste dall'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE. Nell'udienza dibattimentale il governo austriaco spiega la sua tesi come segue. La Telekom-Control-Kommission a suo avviso va considerata come giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE ed è inoltre tenuta — quando giudica in ultima istanza — a presentare questioni pregiudiziali. Se non adempie a questo obbligo e non propone questioni pregiudiziali, questo inadempimento viene considerato dal diritto austriaco come una violazione di un diritto costituzionale, contro cui è esperibile ricorso dinanzi al Verfassungsgerichtshof.

31. La Commissione osserva che l'art. 5 bis, n. 3, ha lo stesso carattere dell'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [12], sulla cui interpretazione verteva la sentenza Dorsch Consult. Per quanto riguarda l'efficacia diretta dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, la Commissione afferma che il contenuto di questa disposizione ha efficacia diretta, in quanto ne deriva per gli interessati un diritto ad esperire ricorso; per quanto riguarda il procedimento, peraltro, la disposizione non ha efficacia diretta, e sarà il diritto nazionale a dover stabilire dinanzi a quale organo il diritto di ricorso possa essere esercitato. Tuttavia, le condizioni poste dalla necessità di un'interpretazione conforme alla direttiva e di una tutela effettiva dei diritti degli interessati comportano che le autorità nazionali — come nella fattispecie il Verwaltungsgerichtshof — debbano controllare se esista un diritto di ricorso avverso atti dell'autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni. Qualora un diritto del genere, che soddisfi le condizioni poste dalla direttiva 90/387/CEE, non esista, gli interessati possono chiedere un risarcimento dei danni allo Stato membro per non aver recepito tempestivamente la direttiva stessa [13].

32. Concretamente, la Commissione sostiene che l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE non è stato correttamente recepito nella normativa austriaca in quanto non c'è un organo indipendente che controlli la legittimità delle decisioni dell'autorità nazionale di regolamentazione.

11 — Sentenza della Corte 17 settembre 1997, causa C-54/96 (Racc. pag. I-4961).

12 — GU L 209, pag. 1.

13 — V. sentenza 24 settembre 1998, causa C-111/97, EvoBus Austria (Racc. pag. I-5411).

La sentenza Dorsch Consult

33. Giustamente in molte delle osservazioni scritte presentate si fa un paragone tra il caso in questione e la sentenza Dorsch Consult. In questa sentenza era in discussione l'eventualità di un'efficacia diretta della disposizione di una direttiva in una situazione in cui una direttiva — la menzionata direttiva 92/50 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [14] — non era stata trasposta tempestivamente. Concretamente si poneva la questione se gli organi di ricorso che gli Stati membri avevano designato in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture fossero anche competenti a conoscere dei ricorsi relativi agli appalti pubblici di servizi senza che il legislatore nazionale avesse loro espressamente riconosciuto tale competenza. La Corte ha svolto il seguente ragionamento [15].

34. Innanzitutto la Corte approfondisce l'esigenza di un'effettiva tutela giurisdizionale per le liti vertenti su diritti soggettivi scaturenti dall'ordinamento comunitario, affermando che non spetta ad essa risolvere problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti su diritti soggettivi scaturenti dall'ordinamento comunitario. La competenza relativa degli organi giurisdizionali nazionali è una materia appartenente agli Stati membri, che tuttavia sono tenuti in merito a garantire in ogni caso una tutela effettiva dei diritti dei singoli.

35. La Corte esamina quindi la direttiva 92/50 che, pur obbligando gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari a garantire ricorsi efficaci in materia di appalti pubblici di servizi, non indica a quali organi nazionali debba essere conferita tale competenza. Non è peraltro necessario che questi siano quegli stessi che gli Stati membri hanno designato per procedimenti paragonabili in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture.

36. La Corte approfondisce poi il significato della tardiva trasposizione della direttiva 92/50, ricordando che gli obblighi derivanti da una direttiva valgono per tutti gli organi degli Stati membri e quindi, nell'ambito delle loro competenze, anche per quelli giurisdizionali. Ciò vale anche per l'obbligo di un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva.

37. La Corte riconosce ai singoli, a determinate condizioni, il diritto di far valere in giudizio una direttiva contro lo Stato membro inadempiente, senza tuttavia che

14 — V. paragrafo 31 delle mie conclusioni.

15 — Punti 40 e segg. della sentenza. La Corte segue lo stesso ragionamento nella sentenza 24 settembre 1998, EvoBus Austria (citata alla nota 14).

questa garanzia minima formi una giustificazione per la mancata adozione in tempo utile da parte dello Stato membro delle misure di attuazione necessarie. Se un'interpretazione conforme alla direttiva non è possibile, gli interessati possono chiedere, secondo le procedure del diritto nazionale, il risarcimento del danno subito per la mancata trasposizione della direttiva nel termine prescritto.

39. In poche parole, in una situazione in cui una direttiva non è stata recepita, il singolo non può far derivare direttamente dall'ordinamento comunitario un diritto di ricorso. Questo diritto potrebbe essere desunto — ma ciò spetta al giudice nazionale — da un'interpretazione dell'ordinamento nazionale conforme alla direttiva. A tal fine la Corte suggerisce quindi di utilizzare un rimedio giuridico appropriato tra quelli previsti dal diritto nazionale.

Analisi

38. Seguendo questo ragionamento la Corte risolve la questione sottopostale come segue. Dalla direttiva 92/50 non deriva «che, in caso di mancata attuazione della direttiva alla scadenza del termine all'uopo prescritto, gli organi di ricorso degli Stati membri competenti in materia di procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e di forniture siano abilitati a conoscere altresì dei ricorsi riguardanti procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. Tuttavia, le esigenze di una interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva 92/50 e di una effettiva tutela dei diritti dei singoli impongono al giudice nazionale di verificare se le norme pertinenti del diritto nazionale non consentano di riconoscere ai singoli un diritto di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. In una situazione come quella del caso di specie, il giudice nazionale è tenuto in particolare a verificare se tale diritto di ricorso possa venire esercitato dinanzi agli stessi organi istituiti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori».

40. A mio avviso la Corte nel caso di specie può basarsi sul ragionamento e sul giudizio espressi nella causa Dorsch Consult. Ai fini dell'applicazione di quel ragionamento e di quel giudizio alla presente causa isolo alcuni elementi di riflessione.

41. Il primo elemento mi sembra la constatazione che l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE non è stato correttamente recepito. A questo riguardo richiamo innanzitutto alla memoria la costante giurisprudenza della Corte in merito all'art. 249 CE, secondo cui ogni Stato membro è tenuto ad adottare nel contesto del proprio ordinamento giuridico nazionale tutti i provvedimenti necessari a garantire la completa attuazione di una direttiva conformemente allo scopo da essa perseguito.

42. La direttiva 90/387/CEE fa parte di una serie di provvedimenti comunitari adottati negli anni novanta con lo scopo di realizzare la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. In molti casi era necessaria una regolamentazione particolareggiata, per garantire ai nuovi arrivati l'accesso effettivo ad un mercato fino a quel momento dominato da un monopolista. La caratteristica di gran parte di questa normativa è quella di imporre obblighi all'ex monopolista, di cui devono poter profittare i nuovi arrivati sul mercato. Ad illustrazione rinvio al preambolo della direttiva 96/2/CE, citato al paragrafo 6 di queste conclusioni. Dalla necessità di stimolare investimenti di nuovi operatori sul mercato poteva addirittura derivare che attuali operatori di sistemi GSM non potessero ottenere una licenza per il settore DCS 1800. Allo stesso modo, nella fattispecie, in forza dell'art. 125 del Telekommunikationsgesetz austriaco gli operatori esistenti Mobilkom e max.mobil potevano essere presi in considerazione per la concessione di una frequenza per il settore DCS 1800 solo a condizioni molto severe. Si doveva garantire in tal modo che i nuovi arrivati sul mercato, come la Connect Austria, potessero effettivamente accedere al mercato austriaco del GSM.

43. In un sistema del genere, con l'obiettivo di abolire l'esistente disparità tra gli operatori — potenziali — del mercato, bisognava garantire non solo una normativa materiale equilibrata, ma un'attuazione della medesima del pari equilibrata ed efficace.

44. In questo contesto ricoprono un ruolo importante le autorità nazionali di regolamentazione, per il cui intervento è determinante che siano garantite tanto l'indipendenza quanto l'imparzialità, come si desume anche dal nono 'considerando' della direttiva. Esse devono essere indipendenti dagli operatori, ma anche dai servizi dell'autorità centrale in quanto in ciò sia necessario in relazione al coinvolgimento finanziario dell'autorità pubblica nell'ex monopolista, spesso ancora sussistente. E proprio un'autorità con queste caratteristiche di indipendenza — composta principalmente da esperti del settore e sottoposta tuttalpiù indirettamente al controllo parlamentare — può esistere in uno Stato di diritto solo quando è possibile un controllo giurisdizionale sulle sue decisioni. In questo contesto pongo l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, «secondo cui gli interessati [hanno] il diritto di ricorrere davanti ad un organo indipendente dalle parti in causa contro le decisioni dell'autorità nazionale di regolamentazione».

45. Le autorità nazionali di regolamentazione, come la Telekom-Control-Kommission, hanno in primo luogo una funzione amministrativa, in cui sono subentrati ai pubblici poteri. Uno dei loro compiti primari è la concessione delle licenze. Queste autorità possono pertanto essere considerate organi amministrativi, privi di funzioni giurisdizionali, diversamente da quanto sostenuto dal governo austriaco. È indubbio che nella funzione di concessione delle licenze esse non soddisfano alle condizioni

poste dalla Corte per esercitare la facoltà di proporre questioni pregiudiziali, ai sensi dell'art. 234 CE. Rinvio in merito alla recente sentenza Salzmann[16], da cui emerge che un potere di rinvio alla Corte esiste soltanto se sia pendente una lite dinanzi al giudice nazionale e se questo sia stato chiamato a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

46. La tesi del governo austriaco secondo cui le autorità nazionali di regolamentazione possono esse stesse presentare questioni pregiudiziali è evidentemente inesatta. Ad abundiantiam osservo che, anche se la Corte facesse propria la tesi del governo austriaco, ciò non implicherebbe che sia stato rispettato l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE. Infatti, ai sensi di questa disposizione, contro una decisione dell'autorità di regolamentazione deve essere ammesso il ricorso; il testo della direttiva implica che l'autorità di regolamentazione non può fungere anche da organo di ricorso.

47. Il diritto di ricorso a mio avviso è indispensabile nel sistema della direttiva e, in generale, in quello della liberalizzazione della normativa sulle telecomunicazioni. Anche a prescindere dal fatto che tutte le disposizioni delle direttive CE devono essere recepite esattamente e completamente, ciò significa che il diritto ad esperire ricorso non può venire interpretato restrittivamente. Una limitazione della portata di questo diritto, o del tipo di decisioni contro cui è ammesso il ricorso, mi sembra inammissibile.

48. Né nel testo della direttiva né nel suo preambolo trovo alcun argomento a favore della tesi della Mobilkom, secondo cui l'art. 5 bis, n. 3, non riguarderebbe controversie vertenti sull'assegnazione di frequenze da parte della Telekom-Control-Kommission. L'art. 5 bis ha carattere generale e mira a garantire che le decisioni delle autorità nazionali di regolamentazione vengano prese nel rispetto delle necessarie garanzie. Non potrebbe certamente essere tollerato che a terzi interessati, che vengano colpiti direttamente dalla decisione, non spetti il diritto di ricorso. Anzi, l'art. 5 bis, n. 3, persegue proprio anche la tutela degli interessi dei nuovi arrivati sul mercato, come la Connect Austria.

49. Inoltre, a mio giudizio, il rimedio giuridico previsto dal diritto di ricorso non può essere rinvenuto nel sindacato

16 — Sentenza 14 giugno 2001, causa C-178/99 (Racc. pag. I-4421, punti 13 e 14).

limitato da parte del Verfassungsgerichtshof, ai sensi della legislazione nazionale austriaca. È per me evidente che l'art. 5 bis, n. 3, prevede un diritto di ricorso di piena portata. L'illegittimità della decisione deve poter essere messa in discussione sotto ogni aspetto.

50. Stando così le cose, è per me certo che l'Austria è rimasta inadempiente nel recepimento dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, dato che non è previsto un ricorso contro (talune) decisioni della Telekom-Control-Kommission che soddisfi le condizioni poste dalla direttiva.

51. Il secondo elemento riguarda la possibile efficacia diretta dell'art. 5 bis, n. 3. Dalla sentenza Dorsch Consult desumo che tale articolo non può avere efficacia diretta. L'attribuzione di competenze agli organi giurisdizionali è questione che riguarda gli Stati membri. Sono questi — e non il legislatore comunitario — che devono designare un organo giurisdizionale competente, secondo quanto prevede la suddivisione dei compiti tra la Comunità e gli Stati membri in materia di tutela giuridica. Il diritto comunitario può porre delle condizioni sostanziali in materia, e si avvale spesso di tale potere. Spetta tuttavia agli Stati membri dare attuazione concreta a tale tutela giuridica, nell'ambito della loro organizzazione giurisdizionale. In questa luce colloco l'osservazione della Commissione secondo cui l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE, ha efficacia diretta per quanto riguarda il contenuto, ma non per quanto riguarda la procedura.

52. Anche considerando la giurisprudenza della Corte in merito all'efficacia diretta delle direttive pervengo al medesimo giudizio. Solo disposizioni di direttive non recepite che siano incondizionate e sufficientemente precise possono essere invocate da privati avverso gli Stati membri. A questo proposito ritengo, seguendo la tesi della Commissione, che, pur essendo il contenuto dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE sufficientemente preciso ed incondizionato, ciò non significa che i privati possano invocare tale disposizione dinanzi al giudice nazionale [17]. In tutti i casi è necessario l'intervento del legislatore nazionale, che deve indicare l'istanza giurisdizionale competente a giudicare sui ricorsi.

53. Questo giudizio è anche conforme alla recente sentenza Gharehveran [18], in cui la Corte riconosce il diritto di un lavoratore di presentare ricorso contro lo Stato membro, in un caso in cui la legislazione nazionale, in contrasto con la direttiva, lo esclude dal novero delle persone che possono rivendi-

17 — Riprendo questa formulazione dalla sentenza 19 novembre 1991, Francovich e a., citata alla nota 10.

18 — Sentenza 18 ottobre 2001, causa C-441/99 (Racc. pag. I-7687).

care un determinato pagamento. La Corte basa questo riconoscimento sulla circostanza che lo Stato membro nel caso di specie non poteva invocare l'esistenza di un margine di discrezionalità. Nella presente causa tuttavia le cose stanno diversamente: la designazione di un'istanza giurisdizionale nazionale spetta proprio esplicitamente al potere discrezionale dello Stato membro.

54. Il terzo elemento riguarda il problema, se un'interpretazione conforme alla direttiva possa offrire una soluzione. Ai sensi del principio ripetutamente applicato dalla Corte [19], il giudice nazionale deve interpretare il più possibile il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di raggiungere l'obiettivo da essa perseguito e di soddisfare in tal modo all'art. 249, terzo comma, CE.

55. Nella causa in questione tuttavia un'interpretazione conforme alla direttiva non mi sembra offrire alcun appiglio. Il sistema costituzionale austriaco è infatti assolutamente chiaro e non consente interpretazioni diverse. Ai sensi del diritto nazionale il Verwaltungsgerichtshof non è competente, a meno che il legislatore non dichiari esplicitamente ricevibile un ricorso. Un'interpretazione conforme alla direttiva non può modificare questa situazione. Si aggiunga poi che, per il diritto nazionale, una decisione della Telekom-Control-Kommission ad un certo momento diventa definitiva e la creazione di una figura di ricorso — contra legem! — in virtù di un'interpretazione conforme alla direttiva rappresenterebbe una grave violazione della certezza del diritto di altri interessati.

56. Nemmeno l'approccio della Corte nella sentenza Dorsch Consult mi suggerisce un giudizio diverso. Nella causa Dorsch Consult la Corte suggerisce al giudice nazionale di controllare se si possa far derivare una competenza dal diritto nazionale, in particolare per gli organi che risolvono conflitti molto simili.

57. Anche su questo punto il caso di specie presenta una forte somiglianza con la situazione della sentenza Dorsch Consult. In entrambe le cause esiste un organo giurisdizionale nazionale a cui sembrerebbe ovvio attribuire la competenza, senza che tale attribuzione comporti una violazione dell'ordinamento giudiziario nazionale e senza che si creino questioni di competenza. Nella causa Dorsch Consult era stato indicato un organo per risolvere controversie molto simili a quella in questione: nella presente causa si tratta di un tipo di controversia che rientra nella sfera di competenza del Verwaltungsgerichtshof austriaco ma che, per motivi estranei alla

19 — V., ad esempio, sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8).

direttiva, era stato sottratto alla giurisdizione di questo tribunale.

58. Di fatto la soluzione data dalla Corte nella sentenza Dorsch Consult consiste in una richiesta al giudice del rinvio di esaminare la possibilità di creare una competenza a proprio favore mediante un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva. Non approfondisco in questa sede quale sia stato o quale potesse essere il risultato di questo esame da parte del giudice nazionale nella causa Dorsch Consult. Nel caso di specie, tuttavia, un esame del genere non mi sembra utile. In conformità alla normativa nazionale austriaca non esiste alcun dubbio in merito alla mancanza di competenza in capo al Verwaltungsgerichtshof. Questo è assolutamente certo.

59. Naturalmente, e arrivo così al quarto elemento, il singolo danneggiato da un'inadempienza nella trasposizione dell'art. 5 bis della direttiva 90/387/CEE ha il diritto di far valere in giudizio la direttiva contro lo Stato membro Austria. A mio avviso questo ricorso potrebbe portare ad un risarcimento del danno per l'interessato[20], ma non ad una modifica di una decisione già presa dalla Telekom-Control-Kommission.

60. Riassumendo: sebbene l'art. 5 bis, n. 3, della direttiva 90/387/CEE non sia stato recepito nella legislazione austriaca, un singolo non può fondare il suo diritto di ricorso sull'efficacia diretta di questa disposizione, e neppure su un'interpretazione della normativa nazionale conforme alla direttiva. Ciò che resta possibile è una domanda di risarcimento del danno nei confronti dello Stato austriaco.

V — La seconda questione

61. Considerata la mia risposta — negativa — alla prima questione, non passo a risolvere la seconda questione. Il giudice a quo chiede una risposta alla seconda questione solo in caso di risposta positiva alla prima. Inoltre, a mio avviso, essendo sufficientemente certo che il Verwaltungsgerichtshof non è competente a conoscere la questione posta nel giudizio principale, ne consegue che la seconda questione non riguarda più una controversia reale. Secondo la giurisprudenza costante, in simili casi la Corte non risolve le questioni sottopostele.

20 — Mi riferisco alla costante giurisprudenza della Corte in seguito alla sentenza 19 novembre 1991, Francovich e a., citata alla nota 10.

VI — Conclusione

62. In base alle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni del Verwaltungsgerichtshof nei seguenti termini:

«1) In assenza di una trasposizione o di una trasposizione adeguata nella legislazione nazionale dell'art. 5 bis, n. 3, della direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/387/CEE, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/51/CE, i singoli non possono far derivare direttamente dalla direttiva un diritto di ricorso dinanzi ad un organo indipendente. Qualora la legislazione nazionale escluda esplicitamente un diritto di ricorso, questo non può nemmeno essere fondato sul principio di un'interpretazione conforme alla direttiva.

2) Non c'è bisogno di risolvere la seconda questione».