SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

11 gennaio 2005 *

Nel procedimento C-26/03,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania) con decisione 8 gennaio 2003, pervenuta in cancelleria il 23 gennaio 2003, nella causa

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH,

contro

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, e dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (relatore), M. Ilešič e E. Levits, giudici,

avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl
cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

preso atto delle osservazioni presentate:

— per la Stadt Halle, dalla sig.ra U. Jasper, Rechtsanwältin;

— per l'Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, dal sig. K. Heuvels, Rechtsanwalt;

— per il governo francese, dai sigg. G. de Bergues e D. Petrausch, in qualità di agenti;

— per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo finlandese, dalla sig.ra T. Pynnä, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente,

sentite le conclusioni presentate dall'avvocato generale all'udienza del 23 settembre 2004,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La presente domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 1, n. 1, 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 del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»). La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda altresì l'interpretazione degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (GU L 101, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la Stadt Halle (Città di Halle) (Germania) e la società RPL Recyclingpark Lochau GmbH (in prosieguo: la «RPL Lochau») alla società Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (in prosieguo: la «TREA Leuna») in merito alla regolarità, rispetto alle norme comunitarie, dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi relativo al trattamento dei rifiuti, effettuato dalla Stadt Halle a favore della RPL Lochau, società questa il cui capitale è detenuto dalla Stadt Halle, socio di maggioranza, e da una società privata, titolare di una quota minoritaria.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3 Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), gli «appalti pubblici di servizi» sono «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». A norma dell'art. 1, lett. b), di tale direttiva, per «amministrazioni aggiudicatrici» si intendono «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico». Infine, l'art. 1, lett. c), della medesima direttiva definisce i «prestatori di servizi» come «le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici[,] che forniscono servizi».

4 A mente dell'art. 8 della direttiva 92/50, «[g]li appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI». Tali disposizioni contengono in sostanza regole in materia di messa in concorrenza e di pubblicità. L'art. 11, n. 1, della medesima direttiva dispone

che nell'attribuire gli appalti pubblici di servizi «le amministrazioni applicano le procedure definite nell'articolo 1, lettere d), e) e f), adattate ai fini della presente direttiva». Le procedure alle quali fa riferimento tale disposizione sono, rispettivamente, le «procedure aperte», le «procedure ristrette» e le «procedure negoziate».

5 La categoria n. 16 dell'allegato I A della detta direttiva menziona i servizi consistenti in «[e]liminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

6 L'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 prevede che questa si applichi agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto «sia pari o superiore a 200 000 ECU».

7 Dal secondo e dal terzo 'considerando' della direttiva 89/665 risulta che la finalità di quest'ultima è di garantire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici attraverso mezzi di ricorso efficaci e rapidi, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, tenuto conto del fatto che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione.

8 A tal fine, l'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo

le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico (...) e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

9 L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

(...)».

10 L'art. 1 della direttiva 93/38 è così formulato:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) "Imprese pubbliche": le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:

— detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, oppure

— controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure

— hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza.

3) "Impresa collegata": (...) qualsiasi impresa sulla quale l'ente aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo (...).

(...)».

11 L'art. 13 della direttiva 93/38 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

(...)

sempreché almeno l'80 % della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

(...)»

Normativa nazionale

12 Dalla decisione di rinvio risulta che nell'ordinamento tedesco i ricorsi in materia di appalti pubblici sono disciplinati dal Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni della concorrenza). In conformità dell'art. 102 di tale legge, «gli affidamenti di appalti pubblici» possono costituire l'oggetto di un ricorso. L'offerente o candidato ha un diritto soggettivo a che vengano rispettate «le disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento degli appalti», il quale gli consente di azionare nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice le pretese giuridicamente riconosciutegli dall'art. 97, n. 7, della legge suddetta «intese ad ottenere che venga compiuto od omesso un determinato atto nell'ambito di una procedura di affidamento di appalto (...)».

13 La decisione di rinvio precisa che, in base alle dette disposizioni, secondo un'opinione seguita da una parte della giurisprudenza e della dottrina in Germania, la proposizione di un ricorso in materia di affidamento di appalto è possibile soltanto se il ricorrente mira a costringere l'amministrazione aggiudicatrice a comportarsi in un certo modo nell'ambito di una formale procedura di affidamento in corso di svolgimento, ciò che significa che la proposizione di un ricorso è impossibile qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia deciso di non indire una pubblica gara d'appalto e di non avviare formalmente una procedura di affidamento. Tuttavia, tale opinione viene contrastata da un'altra parte della giurisprudenza e della dottrina.

Causa principale e questioni pregiudiziali

14 Dalla decisione di rinvio risulta che la Stadt Halle, con delibera del consiglio comunale in data 12 dicembre 2001, ha affidato alla RPL Lochau l'elaborazione di un progetto per il trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti, senza avviare una formale procedura di affidamento di appalto. Allo stesso tempo, la Stadt Halle ha deciso, anche in tal caso senza fare appello alla concorrenza, di avviare negoziati con la RPL Lochau, al fine di concludere con quest'ultima un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti urbani residuali a partire dal 1° giugno 2005. La detta società si sarebbe assunta gli oneri di investimento relativi alla costruzione dell'impianto termico di smaltimento e recupero dei rifiuti.

15 La RPL Lochau è una società a responsabilità limitata creata nel 1996. Il suo capitale è detenuto, da un lato, per una quota del 75,1 % dalla Stadtwerke Halle GmbH, società il cui socio unico è la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, a sua volta appartenente al 100 % alla Stadt Halle, e, dall'altro, per una quota del 24,9 % da una società privata a responsabilità limitata. Il giudice del rinvio designa la RPL Lochau come «società mista a prevalente capitale pubblico» e rileva come la ripartizione del capitale di quest'ultima sia stata concordata nell'ambito di un contratto di società soltanto alla fine del 2001, quando è stato previsto l'affidamento della realizzazione del progetto in questione.

16 Il giudice del rinvio fa altresì osservare come l'attività della RPL Lochau abbia ad oggetto la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti. Secondo il detto giudice, le deliberazioni dell'assemblea generale dei soci vengono adottate a maggioranza semplice ovvero con una maggioranza del 75 % dei voti. Attualmente la direzione commerciale e tecnica di tale società sarebbe attribuita ad un'impresa terza, mentre alla Stadt Halle spetterebbe in particolare il potere di procedere alla verifica dei conti.

17 Avendo avuto notizia dell'affidamento dell'appalto al di fuori della procedura prevista dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, la TREA Leuna, anch'essa interessata a fornire i detti servizi, si è opposta alla decisione della Stadt Halle ed ha presentato dinanzi alla Sezione camerale per gli appalti pubblici del Regierungspräsidium Halle un ricorso volto ad obbligare la detta amministrazione ad indire una pubblica gara d'appalto.

18 La Stadt Halle si è difesa sostenendo che, ai sensi delle norme nazionali menzionate ai punti 12 e 13 della presente sentenza, il ricorso era inammissibile, a motivo del fatto che essa, quale amministrazione aggiudicatrice, non aveva formalmente avviato una procedura di affidamento di appalto. Inoltre, la RPL Lochau sarebbe piuttosto un'emanazione della Stadt Halle, essendo controllata da quest'ultima. Si tratterebbe dunque di un'«operazione di "in house providing"», alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

19 L'organo adito ha accolto la domanda della TREA Leuna, ritenendo che, anche in assenza di procedura di affidamento, le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice dovessero poter essere oggetto di un ricorso. Esso ha altresì giudicato che, nel caso di specie, non poteva parlarsi di «operazione di "in house providing"», per il fatto che la partecipazione minoritaria del socio privato superava la soglia del 10 % a partire dalla quale, ai sensi della normativa tedesca sulle società a responsabilità limitata, si è in presenza di una minoranza che gode di taluni diritti particolari. Il detto organo ha inoltre affermato che era lecito attendersi con ragionevole certezza che le attività svolte dalla RPL Lochau per la Stadt Halle avrebbero comportato uno sfruttamento pari soltanto al 61,25 % della capacità del previsto impianto di trattamento dei rifiuti, sicché, per l'utilizzazione della capacità residua, l'impresa sarebbe stata obbligata a reperire incarichi sul suo mercato di azione.

20 L'Oberlandesgericht Naumburg, a seguito dell'appello dinanzi ad esso proposto dalla Stadt Halle, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico mediante un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici.

b) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga altresì agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici preliminarmente alla formale indizione di una gara d'appalto, in particolare avverso la decisione sulle questioni, di carattere preliminare, se un determinato procedimento di acquisizione di beni o servizi rientri o meno nell'ambito d'applicazione ratione personae o ratione materiae delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, ovvero se eccezionalmente resti esclusa l'applicazione della normativa sugli appalti.

c) In caso di risposta affermativa alla questione [1), sub a),] e di risposta negativa alla questione [1), sub b)]:

se uno Stato membro adempia all'obbligo di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico nell'ambito di un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, nel caso in cui l'accesso alla procedura di ricorso sia subordinato al raggiungimento di una determinata fase formale del procedimento di acquisizione di beni o servizi, quale ad esempio l'avvio di trattative contrattuali verbali o scritte con un terzo.

2) a) Presupponendo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda stipulare con un organismo formalmente distinto da essa (in prosieguo: l'"organismo controparte") un contratto scritto a titolo oneroso relativo alla fornitura di servizi, il quale rientrerebbe nell'ambito d'applicazione della direttiva [92/50], e ipotizzando inoltre che tale contratto eccezionalmente non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della detta direttiva qualora l'organismo controparte debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come un organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: l'"affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti"), se debba sempre escludersi la possibilità di qualificare un tale contratto come affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti, nel caso in cui un'impresa privata detenga una semplice partecipazione societaria nel detto organismo controparte.

b) In caso di risposta negativa alla questione [2), sub a)]:

in presenza di quali condizioni un organismo controparte in cui vi sia la partecipazione societaria di privati (in prosieguo: la "società mista a prevalente capitale pubblico") debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Più precisamente:

— se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento alle modalità e all'intensità del controllo, sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla detta società un'"influenza dominante", ad esempio ai sensi degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva 93/38 (...), modificata dall'Atto [relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di

Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 21, e GU 1995, L 1, pag. 1)], nonché dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio [16 febbraio 1998,] 98/4/CE [, che modifica la direttiva 93/38 (GU L 101, pag. 1)];

— se la possibilità, giuridicamente riconosciuta al socio privato della società mista a prevalente capitale pubblico, di influire in qualche modo sull'individuazione degli obiettivi strategici dell'organismo controparte e/o sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa, impedisca di considerare tale entità come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice;

— se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, sotto il profilo delle modalità e dell'intensità del controllo, sia sufficiente un ampio potere direttivo unicamente in ordine alle decisioni relative alla conclusione del contratto e alla fornitura dei servizi, con riferimento ad una specifica procedura di acquisizione;

— se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore di tale amministrazione, sia sufficiente che almeno l'80 % del fatturato medio realizzato nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni nel settore dei servizi derivi dalla fornitura di tali servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese a questa collegate o a questa riconducibili, ovvero, qualora la società mista pubblico-privata non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata "regola dell'80 %"».

Sulle questioni pregiudiziali

21 Al fine di poter fornire una risposta utile e coerente al giudice del rinvio, occorre suddividere ed esaminare le questioni sollevate in due gruppi, secondo il loro contenuto e la loro finalità.

Quanto alla prima questione, sub a), b) e c)

22 Con questa prima serie di questioni il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di ricorsi efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae o ratione materiae della direttiva 92/50, nonché a partire da quale momento nell'ambito di un'operazione di acquisizione di beni o servizi gli Stati membri siano tenuti a consentire ad un offerente, ad un candidato o ad un interessato l'accesso ad una procedura di ricorso.

23 Al riguardo occorre anzitutto rilevare che la direttiva 92/50 è stata adottata, a mente del suo primo e secondo 'considerando', nell'ambito delle misure necessarie per la realizzazione del mercato interno, ossia di uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Risulta dal quarto e dal quinto 'considerando' della medesima direttiva che, essendo l'obiettivo di quest'ultima la realizzazione dell'apertura dei mercati degli appalti pubblici nel settore dei servizi, a condizioni di parità di trattamento e di trasparenza, essa deve essere applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

24 Occorre poi sottolineare che le disposizioni della direttiva 92/50 indicano chiaramente i presupposti che rendono obbligatoria l'applicazione delle norme dei titoli III-VI della medesima da parte di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, laddove le eccezioni all'applicazione di tali norme vengono tassativamente elencate nella direttiva stessa.

25 Di conseguenza, qualora risultino soddisfatti tali presupposti, ossia, in altri termini, qualora un'operazione ricada nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50, gli appalti pubblici in questione debbono essere attribuiti — a norma dell'art. 8 di tale direttiva, letto in combinato disposto con il successivo art. 11, n. 1 — nel rispetto delle disposizioni di cui ai titoli III-VI della direttiva stessa, e precisamente debbono essere affidati previo esperimento di una pubblica gara e costituire l'oggetto di una pubblicità adeguata.

26 Tale obbligo vincola le amministrazioni aggiudicatrici senza che vi siano distinzioni tra gli appalti pubblici da queste attribuiti per adempiere il loro compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito (v., in tal senso, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punto 32).

27 Al fine di rispondere al giudice di rinvio, occorre esaminare la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665. Posto che la detta nozione non viene espressamente definita in tale direttiva, occorre delimitarne la portata sulla base del tenore letterale delle pertinenti disposizioni della direttiva stessa e in rapporto alla finalità di una tutela giurisdizionale efficace e rapida da questa perseguita.

28 Il tenore letterale dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione «per quanto riguarda le procedure», che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme comunitarie in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale

previsto dall'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68). La detta disposizione si riferisce dunque in maniera generale alle decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del loro contenuto o del momento della loro adozione.

29 L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 prevede inoltre la possibilità di annullare le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto alle specifiche tecniche e ad altre figuranti non soltanto nei documenti di gara, ma anche in qualsiasi altro documento connesso con la procedura di affidamento dell'appalto in questione. Pertanto, la detta disposizione può ricomprendere anche documenti recanti decisioni adottate in una fase situata a monte dell'appello alla concorrenza.

30 Tale estesa accezione della nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice è confermata dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima ha già statuito che la disposizione di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione quanto alla natura e al contenuto delle decisioni da essa contemplate (sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punto 35). Una limitazione siffatta non può desumersi neppure dal tenore letterale dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 32). Peraltro, un'interpretazione restrittiva della nozione di decisione impugnabile con un ricorso sarebbe incompatibile con il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a), della medesima direttiva, che impone agli Stati membri di prevedere procedure d'urgenza per l'adozione di provvedimenti provvisori in relazione a qualsiasi decisione adottata dalle autorità aggiudicatrici (sentenza HI, cit., punto 49).

31 In tale ottica di interpretazione in senso ampio della nozione di decisione impugnabile con un ricorso, la Corte ha statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, precedente la conclusione del contratto, con la quale la detta autorità sceglie l'offerente al quale sarà attribuito l'appalto deve in ogni caso poter essere impugnata con un ricorso, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni qualora il contratto sia stato concluso (sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 43).

32 Riferendosi all'obiettivo della soppressione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi perseguito dalla direttiva 92/50, nonché alle finalità, alla formulazione letterale ed alla ratio sistematica della direttiva 89/665, la Corte ha del pari statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara relativo ad un appalto pubblico di servizi deve poter costituire oggetto di ricorso, in conformità dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (v., in tal senso, sentenza HI, cit., punto 55).

33 A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 23 delle sue conclusioni, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una procedura di aggiudicazione può considerarsi il simmetrico corrispondente della decisione della detta autorità di porre fine ad una tale procedura. Qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non avviare una procedura di aggiudicazione per il fatto che, a suo avviso, l'appalto in questione non ricade nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie pertinenti, una decisione siffatta costituisce in assoluto la prima decisione suscettibile di controllo giurisdizionale.

34 Alla luce di tale giurisprudenza, nonché degli obiettivi, della ratio sistematica e della formulazione letterale della direttiva 89/665, ed al fine di preservare l'effetto utile di quest'ultima, occorre concludere che costituisce una decisione impugnabile con un ricorso, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della detta direttiva, qualsiasi atto di un'amministrazione aggiudicatrice, adottato in relazione ad un appalto pubblico di servizi rientrante nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 ed idoneo a produrre effetti giuridici, indipendentemente dal fatto che esso sia stato adottato al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto oppure nell'ambito di una procedura siffatta.

35 Non sono impugnabili con un ricorso i comportamenti che costituiscano un semplice studio preliminare di mercato o che abbiano carattere meramente preparatorio e si inseriscano nella fase di riflessione interna dell'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'affidamento di un appalto pubblico.

36 Sulla scorta di tali considerazioni, occorre disattendere la tesi sostenuta dalla Stadt Halle, secondo cui la direttiva 89/665 non imporrebbe alcuna tutela giurisdizionale al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una tale procedura non potrebbe essere impugnata con un ricorso, come del resto neppure la decisione sulla questione se un appalto pubblico rientri nell'ambito di applicazione delle pertinenti norme comunitarie.

37 Tale tesi avrebbe infatti come risultato di rendere facoltativa, a discrezione di ciascuna amministrazione aggiudicatrice, l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie, quando invece tale applicazione è vincolata ove sussistano i presupposti da esse previsti. Una facoltà di questo tipo potrebbe portare alla più grave violazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice. Essa diminuirebbe sensibilmente la tutela giurisdizionale efficace e rapida voluta dalla direttiva 89/665 e pregiudicherebbe gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 92/50, vale a dire quelli della libera circolazione dei servizi e di una concorrenza aperta e non falsata in tale settore in tutti gli Stati membri.

38 Quanto al momento a partire dal quale è possibile proporre un ricorso, occorre rilevare come esso non sia formalmente previsto dalla direttiva 89/665. Tuttavia, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da tale direttiva di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, bisogna concludere che l'art. 1, n. 1, della direttiva stessa non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

39 Sulla scorta della considerazione secondo cui, in conformità del secondo 'considerando' della detta direttiva, il rispetto delle norme comunitarie deve essere garantito in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere

corrette, occorre concludere che può essere impugnata con un ricorso la manifestazione della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine ad un determinato appalto, la quale giunga in qualsiasi modo a conoscenza dei soggetti interessati, qualora essa abbia superato la fase indicata al punto 35 della presente sentenza e sia idonea a produrre effetti giuridici. L'avvio di concrete trattative contrattuali con un interessato costituisce una manifestazione di volontà di questo tipo. Al riguardo va evidenziato l'obbligo di trasparenza che incombe all'amministrazione aggiudicatrice al fine di consentire di accertare il rispetto delle norme comunitarie (sentenza HI, cit., punto 45).

40 Quanto ai soggetti ai quali è consentito proporre ricorso, è sufficiente constatare come, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri debbano garantire l'accesso alle procedure di ricorso per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'affidamento di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata (v., in tal senso, sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, Commissione/Austria, non pubblicata nella Raccolta, punto 24). Pertanto, la formale qualità di offerente o candidato non è necessaria.

41 Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione, sub a), b) e c), dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

Quanto alla seconda questione, sub a) e b)

42 Con questa seconda serie di questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con una società di diritto privato da essa giuridicamente distinta, nella quale detiene una partecipazione maggioritaria e sulla quale esercita un certo controllo, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, la detta amministrazione sia sempre tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica previste da tale direttiva per il semplice fatto che un'impresa privata detiene una partecipazione, anche minoritaria, nel capitale della detta società controparte. In caso di soluzione negativa di tale questione, il giudice del rinvio chiede sulla base di quali criteri debba ritenersi che l'amministrazione aggiudicatrice non sia assoggettata ad un obbligo siffatto.

43 Tale questione fa riferimento alla situazione particolare di una società cosiddetta «mista pubblico-privata», costituita e funzionante in base alle norme privatistiche, alla luce dell'obbligo incombente all'amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici qualora sussistano i presupposti da esse contemplati.

44 Al riguardo va ricordato in primo luogo l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, quale evidenziato nell'ambito della risposta alla prima questione, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati.

45 L'obbligo di applicare in tal caso le norme comunitarie risulta confermato dal fatto che, all'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, la nozione di prestatore di servizi, ossia di

offerente ai fini dell'applicazione di tale direttiva, include anche «gli enti pubblici che forniscono servizi» (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. pag. I-11037, punto 28).

46 Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente. Pronunciandosi sulla scelta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di appalto, la Corte ha così statuito che l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che contempla questo tipo di procedura, deve — in quanto disposizione derogatoria alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi — essere interpretato restrittivamente, e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 58).

47 Nell'ottica di un'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, quale voluta dalle norme comunitarie, la Corte ha statuito, in riferimento alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), che tale direttiva è applicabile qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punti 50 e 51). È opportuno constatare che la controparte contrattuale in quel caso era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici, al quale partecipava anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione.

48 Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di

contratto a titolo oneroso concluso con un entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

49 In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

50 Al riguardo occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

51 In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

52 Pertanto, occorre risolvere la seconda questione, sub a) e b), dichiarando che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

53 In considerazione di tale risposta, non occorre risolvere le altre questioni sollevate dal giudice nazionale.

Sulle spese

54 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 per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

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

1) **L'art. 1, n. 1, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

2) **Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.**

Firme