SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

16 giugno 2005 *

Nei procedimenti riuniti C-462/03 e C-463/03,

aventi ad oggetto alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Bundesvergabeamt (Austria) con decisioni 27 ottobre 2003, pervenute in cancelleria il 4 novembre 2003, nei procedimenti

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

contro

Österreichische Bundesbahnen,

* Lingua processuale: il tedesco.

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans (relatore), presidente di sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. R. Schintgen, G. Arestis e J. Klučka, giudici,

avvocato generale: sig. P. Léger
cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

— per la Strabag AG, dal sig. W. Mecenovic, Rechtsanwalt;

— per la Kostmann GmbH, dal sig R. Kurbos, Rechtsanwalt;

— per le Österreichische Bundesbahnen, dal sig. J. Schramm, Rechtsanwalt;

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

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

— per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra S. Terstal e dal sig. N.A.J. Bel, in qualità di agenti;

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

vista la decisione adottata, sentito l'avvocato generale, di pronunciarsi sulla causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 2, n. 2, lett. c), 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).

2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie che oppongono rispettivamente la Strabag AG (in prosieguo: la «Strabag») e la Kostmann GmbH (in prosieguo: la «Kostmann») alle Österreichische Bundesbahnen (Società nazionale delle ferrovie austriache; in prosieguo: le «ÖBB») in merito all'assegnazione, a imprese concorrenti di queste ultime, di appalti relativi alla costruzione e al raddoppio di binari e aventi ad oggetto, in particolare, la realizzazione di lavori di sterramento, di livellamento e di betonaggio, nonché la costruzione di ponti e di opere ferroviarie.

Ambito normativo

La regolamentazione comunitaria

3 L'art. 1 della direttiva 93/38 definisce talune nozioni da essa utilizzate. Così, ai termini dei punti 1, 2, 4 e 7 del detto articolo, si intendono per:

«1) "Autorità pubbliche": lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico.

Si considera ente di diritto pubblico ogni ente:

— istituito allo scopo specifico di provvedere ad esigenze di pubblico interesse, che non abbiano carattere industriale o commerciale,

— dotato di personalità giuridica, e

— la cui attività è finanziata in via maggioritaria dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico o la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi o il cui consiglio d'amministrazione, consiglio direttivo o consiglio di vigilanza è composto da membri, più della metà dei quali sia nominata dallo Stato membro, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico.

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 dall'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.

(...)

4) "appalti (...) di lavori (...)": contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno degli enti aggiudicatori di cui all'articolo 2 e un (...) imprenditore (...) che hanno per oggetto (...) l'esecuzione, o l'esecuzione e la progettazione insieme, oppure la realizzazione, con qualsiasi mezzo, dei lavori di edilizia o di genio civile di cui all'allegato XI. Questi appalti possono comportare inoltre le forniture e i servizi necessari alla loro esecuzione (...).

7) "Procedure aperte, ristrette o negoziate": le procedure di aggiudicazione utilizzate dagli enti aggiudicatori, nell'ambito delle quali:

a) nel caso delle procedure aperte, ogni fornitore o imprenditore o prestatore di servizi interessato può presentare un'offerta;

b) nel caso delle procedure ristrette, soltanto i candidati invitati dall'ente aggiudicatore possono presentare un'offerta;

c) nel caso delle procedure negoziate, l'ente aggiudicatore consulta i fornitori, gli imprenditori o i prestatori di servizi di propria scelta e negozia le condizioni dell'appalto con uno o più di essi».

4 Ai termini dell'art. 2, n. 1, della direttiva 93/38, quest'ultima si applica agli «enti aggiudicatori che:

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

(...)».

5 Descritte all'art. 2, n. 2, della detta direttiva, le attività che rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima — menzionate al n. 1 dello stesso articolo — sono le seguenti:

«a) messa a disposizione o gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di:

i) acqua potabile; oppure

ii) elettricità; oppure

iii) gas o energia termica;

oppure l'alimentazione con acqua potabile, elettricità, gas o energia termica di tali reti;

b) sfruttamento di un'area geografica ai fini della:

i) prospezione o estrazione di petrolio, gas naturale, carbone o altro combustibile solido, oppure

ii) messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, porti marittimi o interni, nonché altri impianti terminali di trasporto;

c) gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo.

Per quanto riguarda i servizi di trasporto, è considerata come rete quella in cui il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da una autorità competente

di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio;

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

6 L'art. 4, n. 1, della direttiva 93/38 enuncia:

«Nell'assegnare gli appalti di forniture, di lavori e di servizi e nell'organizzare concorsi di progettazione, gli enti aggiudicatori applicano procedure che vengono adeguate alle disposizioni della presente direttiva».

7 L'art. 6, n. 1, della stessa direttiva precisa che quest'ultima «non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori assegnano né ai concorsi di progettazione che essi indicono per scopi diversi dall'esercizio delle proprie attività, come descritte all'articolo 2, paragrafo 2, o per l'esercizio di dette attività in un paese non membro, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica nella Comunità».

8 Infine, ai termini dell'art. 20, n. 1, della direttiva 93/38, «gli enti aggiudicatori possono scegliere una delle procedure definite nell'articolo 1, paragrafo 7, purché,

fatto salvo il paragrafo 2, siano state rispettate le condizioni di concorrenza conformemente all'articolo 21». Tale paragrafo 2 elenca appunto i casi nei quali gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza rispettare le dette condizioni di concorrenza.

La regolamentazione nazionale

Legge federale del 1997 sull'assegnazione degli appalti pubblici

9 Nel diritto austriaco la direttiva 93/38 è stata attuata con la legge federale del 1997 sull'assegnazione degli appalti pubblici [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) del 1997, BGBl. I, 56/1997; in prosieguo: il «BVergG 1997»]. Ai termini dell'art. 84, nn. 1, 2 e 4, che figurano nel capitolo 5 di tale legge, intitolato «Disposizioni particolari relative agli enti aggiudicatori nel settore dell'acqua, dell'energia e dei trasporti, nonché nel settore delle telecomunicazioni»:

«1) Si applicano le disposizioni di detto capitolo a condizione che gli enti aggiudicatori di cui alla presente legge esercitino un'attività ai sensi del n. 2 (...).

2) Le attività di cui al n. 1 sono le seguenti:

1. la messa a disposizione o la gestione di reti fisse (...)

2. la gestione di una zona geografica delimitata ai fini di (...)

3. la gestione di reti fisse destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo;

4. la messa a disposizione o la gestione delle reti pubbliche di telecomunicazioni o la fornitura di uno o di più servizi di telecomunicazioni.

(...)

4) Per quanto concerne i servizi di trasporto di cui al n. 2, punto 3, si considera che una rete esiste quando il servizio è fornito alle condizioni determinate da un'autorità competente, quali le condizioni relative agli itinerari da seguire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio (...)».

10 L'art. 113 del BVergG 1997 determina le competenze del Bundesvergabeamt (Ufficio federale delle assegnazioni). Esso prevede:

«1) Il Bundesvergabeamt è competente ad istruire i procedimenti di ricorso di cui è investito, conformemente alle disposizioni del seguente capitolo.

2) Al fine di mettere fine alla violazione della presente legge federale e dei suoi regolamenti di applicazione, il Bundesvergabeamt è competente, fino all'assegnazione dell'appalto, a:

1) adottare provvedimenti provvisori, e

2) annullare decisioni illegittime dell'ente aggiudicatore dell'autorità pubblica.

3) Dopo l'assegnazione dell'appalto o dopo la chiusura del procedimento di aggiudicazione, il Bundesvergabeamt è competente a dichiarare che, a causa di una violazione della presente legge federale o dei suoi regolamenti di applicazione, l'appalto non è stato attribuito al miglior offerente (...)».

La legge federale del 2002 sull'assegnazione degli appalti pubblici

11 Il BVergG 1997 è stato abrogato e sostituito, a decorrere dal 1° settembre 2002, con una nuova legge federale relativa all'assegnazione degli appalti pubblici [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) del 2002, BGBl. I, 99/2002; in prosieguo: il «BVergG 2002»]. L'art. 120 di quest'ultima legge riproduce, in misura molto ampia, i termini dell'art. 84 del BVergG del 1997. A differenza di quest'ultimo articolo, il detto art. 120, n. 2, punto 3, dispone tuttavia, quanto al settore dei trasporti, che tanto la gestione quanto la messa a disposizione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore del trasporto per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo figurano tra le attività di cui al n. 1, cui si applica, di conseguenza, lo specifico regime previsto dalla direttiva 93/38.

12 Per quanto concerne le competenze assegnate al Bundesvergabeamt, il BVergG 2002 s'ispira del pari, in ampia misura, alle disposizioni del BVergG 1997, in quanto l'art. 162 del BVergG 2002 riprende in particolare, con qualche modifica, i termini dell'art. 113 del BVergG 1997.

13 L'art. 188 del BVergG 2002, relativo all'entrata in vigore della detta legge e all'abrogazione del BVergG 1997, precisa, al n. 1, che il BVergG 2002 non si applica ai procedimenti di assegnazione di appalti avviati prima della data della sua entrata in vigore. Di conseguenza, il n. 3 dello stesso articolo stabilisce che, se alcuni ricorsi

sono stati proposti dinanzi al Bundesvergabeamt prima del 1° settembre 2002, tale organo giudiziario in via di principio è tenuto a proseguire l'esame dei detti ricorsi in base alle disposizioni del BVergG 1997, nella sua versione pubblicata nel BGBl. I, 136/2001.

14 In forza della seconda frase della stessa disposizione, tale norma non si applica tuttavia in caso di sospensione del procedimento o di domanda di pronuncia pregiudiziale (...). In questi due casi, il Bundesvergabeamt è infatti tenuto, dopo aver statuito sulla decisione che ha comportato la detta sospensione o previo recepimento della decisione pregiudiziale, a proseguire il procedimento in base al BVergG 2002.

Le cause principali e le questioni pregiudiziali

15 Le cause principali si basano su fatti simili. Esse trovano la loro origine nella decisione con la quale le ÖBB — società di cui l'intero capitale è detenuto dallo Stato austriaco e i cui compiti consistono, conformemente all'art. 1, n. 3, della legge federale del 1992 sulle ferrovie (Bundesbahngesetz del 1992, BGBl. 825/1992), nel garantire il trasporto delle persone e dei beni, nonché nel costruire e nel mantenere le infrastrutture necessarie al riguardo — hanno respinto le offerte presentate dalle società ricorrenti nella causa principale e hanno assegnato a società concorrenti di queste ultime gli appalti di lavori di cui trattasi in queste due cause. La Strabag e la Kostmann contestano, in sostanza, il ricorso, da parte delle ÖBB, alla procedura negoziata di assegnazione degli appalti.

Causa C-462/03

16 Con comunicazione 29 dicembre 2000, le ÖBB hanno pubblicato, nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, un bando di gara avente ad oggetto la realizzazione di vari lavori di cemento armato e la costruzione di opere ferroviarie, nonché di ponti ferroviari.

17 Quattordici imprese edili, fra le quali figuravano la Strabag e la Kostmann, hanno presentato un'offerta relativa al detto appalto. Tuttavia, le offerte di queste ultime sono state respinte. Avvisata, con telecopia 5 luglio 2002, del nome dell'aggiudicatario designato dalle ÖBB, la Strabag ha deciso di proporre un ricorso contro la decisione di assegnazione del detto appalto dinanzi al Bundesvergabeamt, cui ha chiesto, in applicazione dell'art. 113, n. 2, del BVergG 1997, da un lato, di annullare tale decisione e, dall'altro, di adottare provvedimenti provvisori consistenti, nella fattispecie, nell'inviare un'intimazione all'ente aggiudicatore, al fine di impedire la stipulazione dell'appalto di cui trattasi prima che esso si pronunciasse sul merito del ricorso.

18 Con una prima decisione adottata il 22 luglio 2002 — vale a dire lo stesso giorno della stipulazione del contratto fra le ÖBB e l'impresa aggiudicataria —, il Bundesvergabeamt ha accolto la domanda di provvedimenti provvisori e ha pronunciato l'intimazione richiesta dalla Strabag.

19 Con la sua seconda decisione, datata 30 agosto 2002, tale organo giurisdizionale, pronunciandosi nel merito, ha tuttavia affermato che l'aggiudicazione effettuata era

conforme alle norme nazionali e comunitarie relative agli appalti pubblici, di modo che non era più possibile accogliere la domanda di annullamento del detto contratto. Nella stessa decisione il Bundesvergabeamt ha tuttavia constatato l'illegittimità del ricorso alla procedura negoziata di assegnazione degli appalti. Al riguardo, si è basato sul fatto che il progetto di infrastrutture di cui trattasi nella causa principale riguardava una «messa a disposizione» di una rete di trasporto pubblico e non poteva quindi essere considerato come un'attività rientrante nel settore di cui all'art. 84, n. 2, punto 3, del BVergG 1997. Secondo il Bundesvergabeamt, tale dichiarazione di illegittimità non richiederebbe però che la Corte sia investita di una questione volta all'interpretazione della regolamentazione comunitaria in quanto le disposizioni considerate del diritto nazionale sarebbero chiare e rispecchierebbero fedelmente, su tale punto, i termini della direttiva 93/38 e, in particolare, quelli dell'art. 2, n. 2, lett. c), della stessa.

20 A seguito dell'adozione di quest'ultima decisione, la Strabag, da un lato, ha proposto ricorso contro questa dinanzi al Verfassungsgerichtshof facendo valere, in particolare, che a torto la domanda di rinvio pregiudiziale da essa presentata era stata respinta dal Bundesvergabeamt. D'altro lato, la Strabag ha chiesto a quest'ultimo di dichiarare, in forza dell'art. 113, n. 3, del BVergG 1997, che, a seguito della violazione di questa legge, l'appalto non era ancora attribuito al miglior offerente. Tale società si è basata, al riguardo, sulla constatazione effettuata da questo stesso organo giurisdizionale, secondo il quale era errata la scelta della procedura negoziata di assegnazione degli appalti da parte delle ÖBB. Formulata il 30 agosto 2002, quest'ultima domanda è pervenuta al Bundesvergabeamt il 2 settembre seguente, vale a dire il giorno seguente all'entrata in vigore del BVergG 2002.

21 Ritenendo, in siffatte circostanze, che si trovasse di fronte ad una questione che richiedeva un'interpretazione del diritto comunitario tenuto conto, in particolare, della nuova redazione della disposizione della BVergG 2002 relativa al settore dei trasporti — vale a dire l'art. 120, n. 2, punto 3, della detta legge — e delle differenze esistenti, sul piano tanto terminologico quanto linguistico, fra le fattispecie di cui, da

un lato, all'art. 2, n. 2, lett. a) e d), della direttiva 93/38 e quelle menzionate, dall'altro, nello stesso numero, alle lett. b) e c), il Bundesvergabeamt ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38/CEE vada interpretato nel senso che, contrariamente alle altre fattispecie di cui all'art. 2, n. 2, della detta disposizione, per quanto riguarda i servizi di trasporto, "solamente" la gestione di reti dev'essere considerata come attività del settore.

2) Quali attività rientrino nella nozione di "gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia" ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38/CEE; in che misura vadano inclusi in tale nozione, in particolare, i progetti nell'ambito delle infrastrutture; e se tali progetti di carattere infrastrutturale possano essere inclusi nella nozione di "messa a disposizione di reti".

3) Se — qualora nell'ambito dei servizi di trasporto (ferroviario) sia soggetta alla direttiva 93/98/CEE solamente la gestione di reti (soluzione affermativa della questione sub 1) — l'autorità competente a conoscere dei ricorsi debba disapplicare una disposizione nazionale secondo la quale, contrariamente al disposto della direttiva 93/98/CEE, anche la "messa a disposizione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia" costituisce attività del settore».

22 Come si è già rilevato al punto 15 della presente sentenza, i fatti all'origine di questa seconda causa sono analoghi a quelli che hanno dato luogo alla causa C-462/03. A seguito della pubblicazione, da parte delle ÖBB, di vari bandi di gara aventi ad oggetto la realizzazione di lavori di scavo, di sterramento, di livellatura e di betonaggio, nonché la costruzione di ponti, di pozzi, di tunnel e di sotterranei collegati alla costruzione o al raddoppio di taluni binari, la Kostmann ha depositato offerte al fine di ottenere l'assegnazione dei detti appalti.

23 Avvisata dalle ÖBB che l'offerta che aveva presentato nell'ambito del primo appalto non era stata accolta e che questo era stato attribuito ad un'impresa concorrente, la Kostmann, con lettera 13 dicembre 2000, ha chiesto al Bundesvergabeamt di dichiarare, in applicazione dell'art. 113, n. 3, del BVergG 1997, che l'appalto non era stato assegnato al miglior offerente a causa, a suo avviso, dell'ingiustificato ricorso, in violazione della detta legge, alla procedura negoziata.

24 La legittimità del ricorso a quest'ultima procedura è del pari controversa nella lite che oppone la Kostmann alle ÖBB per quanto riguarda gli altri bandi di gara pubblicati su richiesta di queste ultime, nell'ambito dei ricorsi di annullamento proposti dalla Kostmann davanti a questo stesso organo giurisdizionale, con lettere 13 dicembre 2000 e 13 gennaio 2001, vale a dire soltanto qualche giorno dopo la pubblicazione dei detti bandi nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. Anche in queste cause gli appalti sono stati attribuiti ad imprese concorrenti della ricorrente nella causa principale dopo che, in alcuni casi, era stata respinta la domanda di provvedimenti provvisori da essa presentata.

25 L'argomentazione invocata dinanzi al Bundesvergabeamt nell'ambito di queste varie procedure è, in sostanza, la stessa che ha dato luogo alla causa C-462/03. Le ÖBB

difendono il ricorso alla procedura negoziata di assegnazione degli appalti, sostenendo che i progetti di infrastrutture che avevano dato luogo ai vari bandi di gara rientrano nell'ambito del settore di cui all'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38 nonché di cui alla corrispondente disposizione del BVergG 1997 di modo che, conformemente all'art. 20, n. 1, di questa direttiva, l'ente aggiudicatore poteva liberamente ricorrere ad una procedura aperta, ristretta o negoziata. Per contro, la Kostmann sostiene che le ÖBB dovevano ricorrere alle norme comuni di assegnazione degli appalti e, in particolare, a quelle stabilite dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), che prevede soltanto un ricorso eccezionale alla procedura negoziata, in quanto i lavori di infrastruttura di cui trattasi nella causa principale non figurano tra le attività rientranti nel settore di cui all'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38.

26 Ritenendo, stando così le cose, che i termini di quest'ultima direttiva richiedessero un'interpretazione, il Bundesvergabeamt ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte tre questioni pregiudiziali, il cui testo è identico a quello delle questioni enunciate al punto 21 della presente sentenza.

27 Con ordinanza del presidente della Corte 16 gennaio 2004, le cause C-462/03 e C-463/03 sono state riunite ai fini della fase scritta ed orale, nonché della sentenza.

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

28 Nelle osservazioni presentate alla Corte la Commissione delle Comunità europee formula, in via preliminare, dubbi quanto alla ricevibilità delle questioni sollevate. Fa valere, al riguardo, che queste ultime rivestono natura meramente teorica poiché le

ÖBB hanno la qualità di ente aggiudicatore che svolge un'attività specificamente menzionata all'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38 e in quanto i progetti di infrastrutture di cui trattasi nella causa principale presentano un nesso diretto con tale attività. La questione se la messa a disposizione di reti ferroviarie rientri, in generale, nell'ambito di applicazione del n. 2, lett. c), del detto articolo sarebbe quindi irrilevante quanto alle cause principali.

29 A questo riguardo occorre ricordare che, per giurisprudenza costante, spetta in via di principio unicamente al giudice nazionale, che è investito della lite e deve assumere la responsabilità della futura decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per essere posto in grado di statuire nel merito sia la pertinenza delle questioni sottoposte alla Corte. Il rifiuto, da parte di quest'ultima, di pronunciarsi su una questione sollevata da un giudice nazionale è quindi possibile soltanto qualora risulti manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica o anche qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottopostele (v., in particolare, sentenze 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punti 18 e 19; 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, Racc. pag. I-1931, punti 21 e 22, nonché 5 febbraio 2004, causa C-380/01, Schneider, Racc. pag. I-1389, punti 21 e 22).

30 Nella specie, non risulta manifesto che le questioni sollevate dal giudice a quo rientrino nell'ambito di uno dei detti casi.

31 Da un lato, infatti, non si può sostenere che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto delle cause

principali o che il problema sollevato sia di natura ipotetica poiché la valutazione, da parte del detto organo giurisdizionale, della legittimità del ricorso alla procedura negoziata di assegnazione degli appalti dipende, in particolare, dalla questione se i progetti di infrastrutture di cui trattasi nella causa principale rientrino o meno nella sfera d'applicazione ratione materiae della direttiva 93/38.

32 D'altro lato, il Bundesvergabeamt ha sicuramente fornito alla Corte tutti gli elementi necessari perché essa sia in grado di fornire una soluzione utile alle questioni formulate.

33 Pertanto, queste devono essere dichiarate ricevibili.

Sulla prima e sulla seconda questione

34 Con le prime due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice a quo si interroga, in sostanza, sulla sfera d'applicazione ratione materiae della direttiva 93/38. Risulta infatti tanto dalle spiegazioni fornite nelle decisioni di rinvio quanto dalle osservazioni presentate alla Corte che, con le sue questioni relative alla portata dei termini «gestione» e «messa a disposizione» di reti di trasporto, il Bundesvergabeamt mira ad appurare se i progetti di infrastrutture di cui trattasi nella causa principale figurino tra le attività rientranti nell'ambito del settore di cui all'art. 2, n. 2, lett. c), della detta direttiva e se l'ente aggiudicatore potesse, di conseguenza, derogare alle norme comuni di aggiudicazione degli appalti previste dalla direttiva 93/37 a favore di quelle contenute nella direttiva 93/38, che autorizza un ricorso più ampio alla procedura negoziata.

35 A questo proposito va ricordato, da un lato, che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 93/38, questa si applica agli enti aggiudicatori che sono autorità pubbliche o imprese pubbliche e che svolgono una delle attività di cui al n. 2 dello stesso articolo.

36 Risulta d'altro lato dall'art. 4, n. 1, della detta direttiva che, quando essi assegnano i loro appalti di forniture, di lavori o di servizi o organizzano i loro concorsi, gli enti aggiudicatori applicano le procedure che vengono adeguate alle disposizioni della stessa direttiva.

37 Come giustamente ha rilevato la Commissione nelle sue osservazioni scritte, dal combinato disposto di queste due norme risulta che l'applicabilità della direttiva 93/38 dipende dall'attività svolta dall'ente aggiudicatore considerato, nonché dai nessi esistenti fra questa stessa attività e l'appalto progettato dal detto ente. Se quest'ultimo esercita una delle attività di cui all'art. 2, n. 2, della direttiva 93/38 e nell'esercizio della detta attività prevede — il che spetta al giudice nazionale verificare — l'aggiudicazione di un appalto di servizi, di lavori o di forniture o l'organizzazione di un concorso, le disposizioni di questa direttiva si applicano a tale appalto o concorso. Altrimenti, l'appalto o il concorso sarà disciplinato dalle norme stabilite dalle direttive concernenti, a seconda dei casi, l'assegnazione degli appalti di servizi, di lavori o di forniture.

38 Tale interpretazione è, del resto, corroborata espressamente tanto dal testo stesso dell'art. 6, n. 1, della direttiva 93/38, a tenore del quale la direttiva non si applica, in particolare, agli appalti o ai concorsi che gli enti aggiudicatori assegnano o organizzano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui all'art. 2, n. 2, della stessa direttiva, quanto dalla lettura del tredicesimo 'considerando' di quest'ultima, il quale precisa che la direttiva in esame non deve applicarsi alle attività degli enti in questione che si svolgono al di fuori dei settori dell'acqua,

dell'energia, dei trasporti o delle telecomunicazioni o che, pur rientrando in questi settori, sono direttamente esposte alla concorrenza nei mercati il cui accesso non è limitato.

39 Alla luce delle precedenti considerazioni, occorre risolvere le prime due questioni sollevate in ciascuna delle cause principali nel senso che, quando un ente aggiudicatore che svolge una delle attività specificamente considerate all'art. 2, n. 2, della direttiva 93/38 prevede, nell'esercizio di tale attività, di assegnare un appalto di servizi, di lavori o di forniture o di organizzare un concorso, tale appalto o tale concorso è disciplinato dalle disposizioni della detta direttiva.

Sulla terza questione

40 Con la terza questione, formulata in termini identici in ciascuna delle cause principali, il giudice a quo mira ad accertare, in sostanza, se esso sia tenuto a disapplicare una disposizione del diritto nazionale che, contrariamente al testo dell'art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38, stabilisce che la messa a disposizione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore del trasporto per ferrovia costituisce del pari un'attività rientrante in uno dei settori di cui alla stessa direttiva.

41 Tale questione si basa sulla premessa secondo la quale lavori di infrastruttura come quelli di cui trattasi nella causa principale non rientrerebbero nella sfera d'applicazione ratione materiae della direttiva 93/38 poiché, secondo il giudice del rinvio, siffatti lavori dovrebbero essere equiparati ad una «messa a disposizione» di

reti di trasporto e in quanto tale attività non figurerebbe fra quelle che sono espressamente menzionate all'art. 2, n. 2, lett. c), della detta direttiva.

42 Orbene, siffatta premessa è sbagliata. Come si è rilevato al punto 37 della presente sentenza, l'applicabilità della direttiva 93/38 dipende infatti dall'attività svolta dall'ente aggiudicatore considerato e dai nessi esistenti fra tale attività e l'appalto previsto da detto ente.

43 Di conseguenza, non si deve risolvere la terza questione.

Sulle spese

44 Nei confronti delle parti della 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 (Seconda Sezione) dichiara:

Quando un ente aggiudicatore che esercita una delle attività specificamente menzionate all'art. 2, n. 2, 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, prevede, nell'esercizio di tale attività, l'aggiudicazione di un appalto di servizi, di lavori o di forniture o l'organizzazione di un concorso, tale appalto o concorso è disciplinato dalle disposizioni della detta direttiva.

Firme