CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE NIAL FENNELLY

presentate il 2 aprile 1998 *

I — Introduzione

1. La presente causa riguarda l'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di autobus da adibire al trasporto rapido di linea interurbano in Austria. Essa solleva, in particolare, questioni concernenti gli organi competenti a controllare tali appalti, l'accessibilità di ricorsi e l'applicazione di termini di decadenza nazionali per proporre ricorso qualora la direttiva comunitaria pertinente non sia stata attuata in tempo.

II — Ambito normativo e di fatto

A — *Diritto comunitario*

2. L'art. 1 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni [1] (in prosieguo: la «direttiva 92/13»), come modificata, recita quanto segue:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, e segnatamente nell'articolo 2, paragrafo 8, in quanto tali decisioni abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto per quanto riguarda:

a) le procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinati dalla direttiva 93/38/CEE [2];

* Lingua originale: l'inglese.

1 — GU L 76, pag. 14.

2 — Tale disposizione si riferiva originariamente alla direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1). L'art. 45, nn. 3 e 4, della citata direttiva 93/38/CEE del Consiglio dispone che la direttiva 90/531 cesserà di aver efficacia a decorrere dalla data d'applicazione della prima direttiva da parte degli Stati membri e che i riferimenti alla direttiva 90/531 devono intendersi fatti a tale direttiva.

e

b) l'osservanza dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a) di detta direttiva, nel caso degli enti aggiudicatori a cui si applica tale disposizione.

2. Gli Stati membri provvedono a che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese che possono far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

3. Gli Stati membri provvedono a che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto 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 desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'ente aggiudicatore della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

L'art. 2 della direttiva 92/13, nella parte che interessa, così dispone:

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

o

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

e

b) di annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nel bando di gara, nell'avviso periodico indicativo, nella comunicazione sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con

la procedura di aggiudicazione dell'appalto;

oppure

c) di prendere con la massima sollecitudine, se possibile con procedura d'urgenza e se necessario con procedura definitiva, altri provvedimenti, diversi da quelli indicati nelle lettere a) e b), intesi a riparare la violazione e impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco, in particolare la facoltà di imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata.

Gli Stati membri possono operare la scelta in ordine a tale alternativa per tutti gli enti aggiudicatori o per categorie di enti definite mediante criteri oggettivi, salvaguardando in ogni caso l'efficacia dei provvedimenti previsti allo scopo di impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco;

d) e, nei due casi summenzionati, di accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, se il loro ordinamento giuridico interno lo richiede e se dispone di organi che hanno competenze necessarie a tal fine, la decisione contestata deve per prima cosa essere annullata o dichiarata illegale.

2. I poteri di cui al paragrafo 1 possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

(...)

8. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

9. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso, inoltre, devono essere adottate disposizioni secondo le quali ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del Trattato e che sia indipendente dagli enti aggiudicatori e dall'organo di base.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Perlomeno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

3. L'art. 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 [3] (in prosieguo: la «direttiva 93/38») dispone, per quanto interessa, come segue:

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

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

b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro.

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

(...)

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 (...)».

3 — GU L 199, pag. 84.

B — *Attuazione nel diritto nazionale*

4. In forza dell'art. 65 e dell'allegato XVI dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, firmato ad Oporto in data 2 maggio 1992, la Repubblica d'Austria assumeva l'obbligo di trasporre nel diritto nazionale, al più tardi entro il 1 gennaio 1994 [4] una serie di atti comunitari nel settore delle aggiudicazioni di appalti pubblici, tra cui la direttiva 90/531 [5] del Consiglio e la 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 [6] (in prosieguo: la «direttiva sui ricorsi»). Tali direttive sono state attuate a livello federale mediante il Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [7] (legge federale in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: il «BVergG») entrato in vigore il 1° gennaio 1994. La parte IV del BVergG, relativa alla tutela giurisdizionale (Rechtsschutz), istituisce una procedura di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt (Ufficio federale per le aggiudicazioni). L'art. 92, n. 3, dispone che un ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto deve essere introdotto dall'offerente pretermesso dinanzi al Bundesvergabeamt entro due settimane da quando ha avuto notizia dell'aggiudicazione. Il secondo comma dell'art. 7, n. 2, del BVergG esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni della parte IV ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

5. In forza dell'art. 168 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Norvegia, 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, del 24 giugno 1994 [8], la direttiva 93/38 e la direttiva 92/13 dovevano essere attuate nel diritto austriaco entro la data dell'adesione, ovvero il 1° gennaio 1995 [9]. L'attuazione a livello federale della direttiva 92/13 ha avuto luogo per mezzo di una modifica del BVergG con legge 30 dicembre 1996 [10], la quale ha esteso la competenza giurisdizionale del Bundesvergabeamt alle aggiudicazioni di appalti pubblici dei servizi di cui trattasi ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1997, senza alterare le regole applicabili ai ricorsi già avviati dinanzi al Bundesvergabeamt.

C — *Fatti e procedimento*

6. La Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (in prosieguo: la «Növog») è un ente disciplinato dal diritto privato. Essa

4 — Data di entrata in vigore dell'Accordo sullo Spazio economico europeo. Questa era di un anno successiva alla data inizialmente prevista dall'art. 129, n. 3, di tale Accordo.

5 — Citata alla nota 2.

6 — GU L 395, pag. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n. 462/1993.

8 — GU C 241, pag. 21.

9 — La Repubblica d'Austria era già tenuta a recepire nel proprio ordinamento interno la direttiva 93/38, che sostituisce la direttiva 90/531 a decorrere dal 1° luglio 1994, la direttiva 92/13 entro il 1° luglio 1994, in forza degli artt. 1 e 3 e dell'allegato 14, B, nn. 4) e 5a), della decisione del Comitato misto SEE 21 marzo 1994, n. 7/94, che modifica il protocollo 47 ed alcuni allegati dell'Accordo SEE (GU L 160, pag. 1). Tuttavia, la presente causa non riguarda il periodo tra il 1° luglio 1994 e il 1° gennaio 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, n. 776/1996.

esercita la rete di trasporti sulla base di una concessione rilasciata dall'Amt der Niederösterreichischen Landesregierung (Ufficio del governo del Land dell'Austria inferiore). Essa gode, secondo il Bundesvergabeamt, di diritti speciali, con la conseguenza che essa rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/38 [11]. Poiché la Növog gestisce una rete di autotrasporti posta al servizio del pubblico, il Bundesvergabeamt ritiene che essa sia un ente aggiudicatore [12].

7. Con comunicazione 26 aprile 1995 all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, la Növog indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per la fornitura di 36-46 autobus da adibire al trasporto rapido di linea interurbano nel Bundesland Niederösterreich (Stato federale dell'Austria inferiore). Lo spoglio delle offerte aveva luogo il 27 giugno 1995. Gli offerenti eliminati venivano informati di ciò con lettera raccomandata recante la data del 16 novembre 1995. La EvoBus Austria GmbH (in prosieguo: la «EvoBus») proponeva ricorso al Bundesvergabeamt in data 19 luglio 1996, al fine di impugnare la procedura di aggiudicazione dell'appalto. La EvoBus si doleva di una modifica ex post dell'offerta vincitrice, attraverso la modificazione del prezzo di riscatto degli autobus di cui trattasi dall'originario tasso del 34% al 55%.

8. Il Bundesvergabeamt, ai sensi dell'art. 177 del Trattato che istituisce la Comunità europea, ha sottoposto le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se da queste [artt. 1, nn. 1-3, e 2, nn. 1 e 7-9] oppure da altre disposizioni della direttiva 92/13/CEE discenda un diritto soggettivo all'espletamento di un procedimento di ricorso dinanzi ad autorità o giudici od organi rispondenti ai requisiti posti dall'art. 2, n. 9, della direttiva 92/13/CEE, così particolareggiato e concreto che un singolo, in caso di mancata attuazione delle disposizioni della direttiva da parte di uno Stato membro, possa invocare tali disposizioni.

In caso di soluzione affermativa della prima questione:

2) Se un giudice nazionale con le caratteristiche del Bundesvergabeamt debba, nell'ambito di un procedimento di ricorso, considerare inoperanti norme nazionali come il combinato disposto dei §§ 7, n. 2, e 67, n. 1, del BVergG, che escludono la possibilità di un procedimento di ricorso, anche se tale procedimento, nell'intendimento del legislatore nazionale, era inteso esclusivamente a dare attuazione alla direttiva 89/665/CEE.

11 — V. art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 93/38.
12 — V. art. 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38.

In caso di soluzione affermativa della prima questione:

3) Se, in tali circostanze, il giudice adito debba non tener conto di questa o di analoghe norme procedurali nazionali, nel caso in cui esse precludano od ostacolino l'effettivo espletamento di un procedimento di ricorso».

9. La Repubblica d'Austria e la Commissione delle Comunità europee hanno presentato osservazioni orali e scritte. Osservazioni orali sono state altresì presentate dalla Növog.

III — Analisi

A — *Competenza giurisdizionale*

10. Per le ragioni esposte nelle mie conclusioni relative alla causa Walter Tögel [13], che si basano sulle conclusioni dell'avvocato generale Léger e sulla sentenza della Corte nella causa Mannesmann Anlagenbau Austria e a. [14], rilevo in primo luogo che il Bundesvergabeamt è, a mio parere, «una giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

B — *La prima e la seconda questione*

11. È pacifico che la direttiva 92/13 avrebbe dovuto essere, ma non è stata, attuata in Austria alla data di aggiudicazione dell'appalto e a quella in cui la EvoBus cercava di avviare la procedura di ricorso ai sensi di tale direttiva, ovvero il 19 luglio 1996. Nella prima e nella seconda questione, il giudice nazionale chiede se il singolo abbia un diritto avente effetto diretto di esperire procedimenti di ricorso del tipo previsto all'art. 2 della direttiva 92/13, analogo a quello introdotto nel diritto nazionale dalla parte IV del BVergG, dinanzi al Bundesvergabeamt, in materia di aggiudicazione di un appalto pubblico nel settore dei trasporti. Nella causa Tögel [15], alla Corte è stata deferita una questione dal tenore quasi identico proposta dal Bundesvergabeamt, concernente l'art. 1, n. 1, della direttiva sui ricorsi (l'equivalente dell'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13), in quanto esso era stato esteso agli appalti pubblici di servizi ad opera dell'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che

13 — Causa C-76/97, conclusioni presentate anch'esse in data odierna.

14 — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96 (Racc. pag. I-73, conclusioni del 16 settembre 1997, paragrafi 34-45).

15 — Sopra citata.

coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [16] (in prosieguo: la «direttiva sugli appalti pubblici di servizi»). Le due cause differiscono in quanto il BVergG nulla dice in ordine alla competenza giurisdizionale del Bundesvergabeamt in materia di servizi, laddove l'applicazione della parte IV del BVergG viene espressamente esclusa in materia di servizi pubblici. Per le ragioni che verranno in prosieguo illustrate, ciò rende necessario nella presente causa affrontare più approfonditamente la seconda questione concernente gli obblighi e i limiti imposti dal diritto comunitario nell'interpretare il diritto nazionale rientrante nell'ambito di applicazione di una direttiva rimasta inattuata.

12. In circostanze sostanzialmente analoghe a quelle della causa Tögel, nella sentenza Dorsch Consult [17], il Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (commissione federale di vigilanza sulle aggiudicazioni di appalti pubblici; in prosieguo: la «commissione federale di vigilanza») tedesco ha sottoposto la questione se le autorità istituite dagli Stati membri ai sensi della direttiva sui ricorsi per riesaminare le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e di forniture fossero anche competenti, in forza dell'art. 41 della direttiva sugli appalti pubblici di servizi, a conoscere delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. La Corte ha risposto che dall'art. 41 non discende una tale conseguenza [18]. Essa ha osservato che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dal diritto comunitario. Gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di tali diritti. Diversamente, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione di problemi di competenza giurisdizionale nazionale [19]. Sebbene l'art. 41 della direttiva sugli appalti pubblici di servizi imponga agli Stati membri di garantire ricorsi efficaci in materia di appalti pubblici di servizi, lo stesso articolo «non indica quali devono essere gli organi nazionali competenti, né esige che siano quegli stessi che gli Stati membri hanno designato in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture» [20]. Questa conclusione ha escluso la possibilità che l'art. 41 della direttiva sugli appalti pubblici di servizi desse luogo a un diritto avente effetto diretto a che le procedure di ricorso si svolgessero dinanzi alla commissione federale di vigilanza, essendo mancante un requisito essenziale, cioè un soggetto o un organo individuabile avente il dovere di condurre la procedura di ricorso di cui trattasi [21].

13. Nella sentenza Dorsch Consult, la Corte ha fatto richiamo al dovere per «tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza*, quelli giurisdizionali, di adottare tutti i provvedimenti atti a conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, che dà luogo all'obbligo per il giudice di interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e

16 — GU L 209, pag. 1).

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

18 — Punto 46.

19 — Punto 40. La Corte ha richiamato la sentenza 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM (Racc. pag. I-73, punto 32). V. anche sentenze 19 dicembre 1968, causa 13/68, Salgoil (Racc. pag. 601, in particolare pag. 611), e 9 luglio 1985, causa 179/84, Bozzetti (Racc. pag. 2301, punto 17).

20 — Punto 41.

21 — V. sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357, punti 12 e 23-27); v. altresì paragrafo 48 delle conclusioni presentate il 15 maggio 1997 dall'avvocato generale Tesauro nella causa Dorsch Consult.

dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima» [22]. Ciò impone 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 (...) [e] in particolare se tale diritto di ricorso possa essere esercitato dinanzi agli stessi organi istituiti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori» [23].

14. Faccio rinvio alle mie conclusioni, pronunciate anch'esse in data odierna, nella causa Tögel [24], in cui ho preso in esame taluni argomenti ulteriori, relativi al possibile effetto diretto dell'art. 41 della direttiva sugli appalti pubblici di servizi e all'effettività della tutela giurisdizionale, e in cui suggerisco alla Corte di risolvere le prime due questioni del Bundesvergabeamt deferite in quella causa negli stessi termini del dispositivo della sentenza Dorsch Consult.

15. Il medesimo ragionamento varrebbe, in via di principio, per l'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13, sebbene la sua applicazione da parte del giudice nazionale possa essere complicata dalla circostanza che l'art. 2, n. 1, contiene ipotesi alternative concernenti i rimedi giurisdizionali che devono essere resi accessibili, non risultanti nell'art. 2, n. 1, della direttiva sui ricorsi. Tuttavia, la conclusione suggerita nella causa Tögel andrebbe modificata alla luce del problema espressamente sollevato dal Bundesvergabeamt nella seconda questione, ovvero, la possibilità *nel diritto comunitario* di disapplicare norme nazionali, quali l'art. 7, n. 2, del BVergG che espressamente gli vietano di conoscere di procedimenti di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti nei settori disciplinati dalla direttiva 92/13 [25].

16. L'obbligo di interpretazione del giudice nazionale, al quale la Corte ha già fatto riferimento nella sentenza Dorsch Consult, è stato per la prima volta individuato dalla Corte nella sentenza Von Colson e Kamann [26], nella quale la Corte ha altresì evidenziato che spetta unicamente al giudice nazionale statuire su un punto concernente l'interpretazione del suo diritto nazionale [27] e che deve conformarsi all'obbligo di interpretare il diritto nazionale secondo le esigenze del diritto comunitario, «in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale» [28].

22 — Punto 43, il corsivo è mio. La Corte ha richiamato le sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8); 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret (Racc. pag. I-6911, punto 20), e 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori (Racc. pag. I-3325, punto 26).

23 — Punto 46, il corsivo è mio.

24 — Sopra citata.

25 — Si potrebbe altresì confrontare tale situazione con quella oggetto della causa Dorsch Consult, sopra citata, punti 18 e 42, in cui il pertinente regolamento tedesco faceva riferimento soltanto alla competenza della commissione federale di vigilanza relativamente ad appalti di fornitura e di lavoro ed in cui la Corte ha rilevato che era pacifico che il governo federale tedesco intendesse estendere la sua competenza agli appalti pubblici di servizi.

26 — Sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83 (Racc. pag. 1891, punto 26; in prosieguo: la sentenza «Von Colson»).

27 — Ibidem, punto 25.

28 — Ibidem, punto 28.

17. Nella causa Kolpinghuis Nijmegen [29], la Corte ha enunciato un'importante definizione dell'obbligo di interpretazione del giudice nazionale per la prima volta sottolineato nella sentenza Von Colson, aggiungendo:

«Tuttavia, questo obbligo del giudice nazionale, di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale, incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività» [30].

La Corte ha affermato che la sua decisione riguardava «i limiti che il diritto comunitario potrebbe porre all'obbligo *o alla facoltà* del giudice nazionale d'interpretare le norme del proprio ordinamento giuridico alla luce della direttiva» [31]. Sebbene tale causa riguardasse la responsabilità penale di persone che agiscono in violazione delle disposizioni di una direttiva, tali principi sono altresì applicabili in situazioni in cui il diritto comunitario determina conseguenze puramente civili.

18. I limiti imposti all'obbligo di interpretazione del giudice nazionale, secondo il grado di discrezionalità concesso dal diritto nazionale e secondo i principi generali di diritto comunitario, sono, a mio parere, riassunti dalla fondamentale nozione di tale obbligo figurante nella causa Marleasing e nelle sentenze successive come un obbligo di interpretazione del diritto nazionale «*quanto più possibile* alla luce della lettera e dello scopo della direttiva» [32]. La Corte ha riconosciuto, tanto nella sentenza Wagner Miret [33], quanto nella sentenza Faccini Dori [34], che il giudice nazionale può talvolta non essere in grado di interpretare le norme nazionali in modo conforme alla direttiva e che, in tali circostanze, secondo la sentenza Francovich e a. [35], lo Stato membro interessato può essere tenuto a risarcire i danni sofferti in conseguenza dell'omessa attuazione della direttiva.

19. I limiti imposti dalla Corte all'obbligo di interpretazione del giudice nazionale nelle sentenze Von Colson e Kolpinghuis Nijmegen non sono della stessa natura. La sentenza relativa alla causa Von Colson riguarda la portata della discrezionalità interpretativa del giudice da un punto di vista del diritto nazionale. Nella causa Kolpinghuis Nijmegen, d'altro canto, la Corte ha individuato un limite negativo all'obbligo del giudice nazionale e alla facoltà derivanti dallo stesso diritto comunitario, un limite che, pertanto, è applicabile indipendentemente dalla discrezionalità concessa dai criteri di interpretazione nazionali. L'avvocato generale Van

29 — Sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86 (Racc. pag. 3969, punto 12).

30 — Ibidem, punto 13.

31 — Ibidem, punto 15, il corsivo è mio.

32 — Sentenza Marleasing, già citata, punto 8, il corsivo è mio; v., altresì, le sentenze Wagner Miret, sopra citata, punto 20, e Faccini Dori, sopra citata, punto 26.

33 — Sopra citata, punto 22.

34 — Sopra citata, punto 27.

35 — Già citata.

Gerven, nelle sue conclusioni relative alla causa Marleasing, ha preso in esame il modo in cui l'obbligo di interpretazione incontrava «un limite nel diritto comunitario stesso» [36]. Ciò può spiegarsi con il fatto che le autorità nazionali, ivi comprese quelle giurisdizionali, sono soggette ai principi generali di diritto comunitario quando attuano il diritto comunitario o interpretano le disposizioni nazionali di attuazione di tale diritto [37].

20. Il rappresentante dell'Austria ha suggerito in udienza che il principio delle competenze di attribuzione in diritto austriaco rende impossibile interpretare il BVergG al fine di estendere la competenza del Bundevergabeamt a tipi di appalti che non sono espressamente menzionati nelle disposizioni pertinenti, e che tale argomentazione si applica a fortiori in presenza di settori espressamente esclusi [38]. È, pertanto, semplicemente al fine di fornire una risposta alla seconda questione il più possibile completa da un punto di vista del diritto comunitario che esprimo il parere secondo cui, del tutto indipendentemente dal grado di discrezionalità nell'interpretazione accordata dal diritto nazionale, sarebbe contrario al principio comunitario della certezza del diritto se si considerasse attuata una direttiva nel diritto nazionale mediante una normativa che, nella sua formulazione, come nell'art. 7, n. 2, del BVergG, esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni normative rilevanti nei settori disciplinati dalla direttiva. Una tale interpretazione lascerebbe i singoli in uno stato di incertezza in relazione ai loro diritti. Oltre ad essere contraria ai principi generali del diritto comunitario, tale incertezza pregiudicherebbe il conseguimento del risultato perseguito dalla direttiva. Una tale interpretazione non potrebbe, pertanto, privare i singoli del diritto al risarcimento del danno sofferto a causa della mancata attuazione della direttiva di cui trattasi, conformemente alla sentenza della Corte nella causa Francovich e a. [39].

21. Per concludere la mia analisi contenuta in questa sezione, propongo alla Corte di rispondere alla prima e alla seconda questione sottopostele dal Bundesvergabeamt ripetendo i primi due periodi del dispositivo della sentenza relativa alla causa Dorsch Consult, opportunamente modificato per far riferimento all'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13 ed integrato dalla seguente affermazione:

Sarebbe, tuttavia, contrario al principio della certezza del diritto se si ritenesse che l'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13 sia stato attuato dalla normativa nazionale che istituisce organi competenti a conoscere di ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di appalti pubblici di lavori, la

36 — Paragrafo 8 delle conclusioni. L'avvocato generale ha ripreso la formula impiegata nel punto 13 della sentenza della Corte relativa alla causa Kolpinghuis Nijmegen, ma ha aggiunto che il principio della certezza giuridica impedisce a una direttiva non recepita di introdurre una sanzione civile, quale la nullità.

37 — Sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf (Racc. pag. 2609, punti 17, 19 e 22).

38 — V., altresì, decisione 11 dicembre 1995, B 3067/95-9 del Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale austriaca), di cui ho parlato al paragrafo 27 delle mie conclusioni nella causa Tögel.

39 — Sopra citata.

quale normativa (che), nella sua formulazione, esclude espressamente l'applicazione delle rilevanti disposizioni normative nei settori disciplinati da tale direttiva.

C — *La terza questione*

22. La terza questione riguarda sostanzialmente l'applicabilità del termine di decadenza previsto dall'art. 92, n. 3, del BVergG per l'avvio della procedura di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt. Il Bundesvergabeamt ha condizionato tale questione alla soluzione affermativa della prima questione. Alla luce del mio suggerimento alla Corte, secondo cui il diritto comunitario esclude la competenza del Bundesvergabeamt nella presente causa, il termine di decadenza per la proposizione di un ricorso dinanzi a tale organo è irrilevante. Non è pertanto necessario prospettare una soluzione formale alla terza questione. Per desiderio di completezza, tuttavia, affronterò brevemente la possibilità emersa nella giurisprudenza della Corte di non applicare eccezionalmente i termini di decadenza nazionali per proporre ricorsi relativamente a diritti contenuti in una direttiva non attuata.

23. Tale possibilità è stata per la prima volta prospettata nella sentenza Emmott [40]. In tale sentenza, la Corte ha osservato [41] che la fissazione di termini ragionevoli di decadenza, che se non osservati precludono il ricorso, soddisfa, in via di principio, le condizioni previste per l'applicazione di regole processuali nazionali nelle sentenze Rewe [42] e San Giorgio [43], ossia che tali regole non siano meno favorevoli di quelle che riguardano analoghe impugnazioni di diritto nazionale e che non rendano praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario. La Corte ha altresì statuito nella sentenza Emmott, tuttavia, che «fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva e che un termine di ricorso di diritto nazionale può iniziare a decorrere solo da tale momento» [44].

24. Tuttavia, la Corte, in una serie di sentenze successive, la più recente delle quali è la sentenza Fantask e a. [45], ha statuito che «la soluzione sviluppata nella sentenza Emmott era giustificata dalle circostanze tipiche di detta causa, nelle quali la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria».

40 — Sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90 (Racc. pag. I-4269).

41 — Ibidem, punto 17.

42 — Sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76 (Racc. pag. 1989, punto 5).

43 — Sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82 (Racc. pag. 3595, punto 12).

44 — Sopra citata, punto 23.

45 — Sentenza 2 dicembre 1997, causa C-188/95 (Racc. pag. I-6783, punto 51). V., inoltre, sentenze 27 ottobre 1993, causa C-338/91, Steenhorst-Neerings (Racc. pag. I-5475, punto 20); 6 dicembre 1994, causa C-410/92, Johnson (Racc. pag. I-5483, punto 26); 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haahr Petroleum (Racc. pag. I-4085, punto 52), e 17 luglio 1997, cause riunite C-114/95 e C-115/95, Texaco e Olieselskabet Danmark (Racc. pag. I-4263, punto 48).

25. Ai fini della presente causa, è necessario osservare che le regole in materia di aggiudicazione di appalti da parte di enti erogatori di acqua, energia, ed operanti nei settori dei trasporti e delle telecomunicazioni, stabilite nella direttiva 93/38, sembrano essere state recepite nel diritto austriaco al tempo dei fatti con il BVergG. Il rappresentante dell'Austria ha osservato in udienza che, in assenza di una espressa attribuzione di competenza al Bundesvergabeamt, il giudice civile ordinario potrebbe conoscere di controversie concernenti asserite violazioni del BVergG. Se così fosse, e se tali giudici disponessero di una gamma soddisfacente di potenziali rimedi giurisdizionali, non si potrebbe dire che, nonostante l'affermazione contenuta nel secondo 'considerando' della direttiva 92/13 secondo cui «i meccanismi (...) attualmente esistenti (...) sul piano nazionale (...) per garantire l'applicazione [della direttiva servizi pubblici] non sono sempre adeguati», la EvoBus sia stata privata di qualsivoglia possibilità di far valere i propri diritti derivanti dalla direttiva sugli appalti di servizi pubblici. La situazione sarebbe ovviamente diversa se, nel periodo per il recepimento della direttiva 92/13, nessun giudice nazionale fosse competente a dare attuazione alle disposizioni della direttiva 93/38, non importa se attuata dal BVergG o in forza del principio dell'effetto diretto delle direttive, oppure se un giudice nazionale competente non concedesse adeguati rimedi giurisdizionali per garantire la tutela di diritti derivanti dalla direttiva 93/38, nonostante il suo obbligo di diritto comunitario di garantirli. In tal caso, tuttavia, la risposta più adeguata potrebbe essere l'introduzione di ricorsi per responsabilità dello Stato conformemente alla sentenza della Corte nella causa Francovich e a. [46].

26. Nella fattispecie, non ritengo necessario che io affronti il diverso problema se il termine di decadenza imposto dall'art. 92, n. 3, del BVergG sia un termine ragionevole.

IV — Conclusione

27. Alla luce di quanto precede, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni sottoposte dal Bundesvergabeamt nella maniera seguente:

«Dall'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti

46 — Sopra citata. V. il paragrafo 48 delle conclusioni dell'avvocato generale Tesauro del 15 maggio 1997, nella causa Dorsch Consult.

erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, non discende che, in caso di mancata attuazione di tale direttiva alla scadenza del termine previsto, gli organi giurisdizionali degli Stati membri competenti in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e di forniture possano altresì conoscere di ricorsi concernenti i procedimenti di aggiudicazione di appalti in tali settori. Tuttavia, al fine di osservare l'esigenza di interpretazione conforme del diritto nazionale alla direttiva 92/13/CEE e l'esigenza di effettiva tutela dei diritti dei singoli, il giudice nazionale deve verificare se le disposizioni rilevanti del diritto nazionale permettano di riconoscere ai singoli un diritto di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti nei settori in questione. Sarebbe tuttavia contrario al principio della certezza del diritto se si ritenesse che l'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13/CEE sia stato attuato da una normativa nazionale che istituisce organi giurisdizionali che possono conoscere dei ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori che, nella sua formulazione, esclude espressamente l'applicazione delle rilevanti disposizioni normative nei settori disciplinati da tale direttiva».