CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 13 marzo 2008 [1]

I — Introduzione

1. Nel caso in esame il Bundesvergabeamt sottopone alla Corte di giustizia una serie estremamente ampia di questioni di interpretazione di varie disposizioni di diritto comunitario rientranti nella normativa in materia di appalti pubblici. Al riguardo si tratta in sostanza dell'interpretazione della nozione di «aggiudicare» ai sensi della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. In particolare si deve chiarire a quali condizioni la modifica di un contratto esistente vada considerata come una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, con la conseguenza che deve eventualmente essere eseguita una previa procedura di aggiudicazione e che alle imprese non prese in considerazione spetta una tutela giuridica.

2. Lo sfondo di questa domanda di pronuncia pregiudiziale è costituito da un'aspra controversia relativa all'esecuzione di prestazioni di agenzia di stampa per le autorità federali austriache, in cui la pressetext Nachrichtenagentur — un relativamente nuovo offerente sul mercato austriaco — procede in via giudiziaria contro rapporti contrattuali tradizionalmente esistenti tra la Repubblica d'Austria e l'agenzia — da tempo operante sul mercato — Austria Presse Agentur e che avevano formato oggetto di modifiche di volta in volta negli anni 2000, 2001 e 2005.

II — Contesto normativo

A — *Normativa comunitaria*

3. Il contesto normativo di diritto comunitario del caso in esame è fissato da due direttive del settore della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, cioè

— la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici

1 — Lingua originale: il tedesco.

di servizi [2] (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), 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 [3] nella versione modificata dalla direttiva 92/50 (in prosieguo: la «direttiva 89/665») [4].

Disposizioni pertinenti della direttiva 92/50

4. Tra le disposizioni generali di cui al titolo I della direttiva 92/50, l'art. 1, lett. f), contiene la seguente nozione:

«[Ai sensi della presente direttiva sono] "procedure negoziate" le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi».

5. L'art. 3 della direttiva 92/50, che si trova anch'esso nel titolo I di quest'ultima, recita per estratto:

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

Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi.

(...)».

6. Nel titolo II della direttiva 92/50 si trovano, sotto la rubrica «Applicazione di due serie di disposizioni», gli artt. 8-10, così formulati:

2 — GU L 209, pag. 1. Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114). L'ultima modifica doveva tuttavia essere trasposta nell'ordinamento nazionale solo il 31 gennaio 2006. Non essendo stata neppure tempestivamente trasposta nell'ordinamento austriaco essa è irrilevante per la fattispecie oggetto della causa principale che riguarda gli anni 2000, 2001 e 2005.

3 — GU L 395, pag. 33.

4 — Ulteriori modifiche a questa direttiva si trovano nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 2007/66»). Le ultime modifiche sono tuttavia entrate in vigore solo il 9 gennaio 2008 e dovranno essere trasposte entro il 20 dicembre 2009; di conseguenza esse sono irrilevanti per la fattispecie oggetto della causa principale.

«*Articolo 8*

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

Articolo 9

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

Articolo 10

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

7. Il titolo III della direttiva 92/50 è rubricato: «Scelta delle procedure d'aggiudicazione e norme relative ai concorsi di progettazione». Ivi figura l'art. 11, n. 3, che contiene la seguente disciplina:

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

(…)

b) qualora, a causa di motivi di natura tecnica od artistica ovvero per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa venir affidata unicamente ad un particolare prestatore di servizi;

(…)».

8. L'art. 31, n. 3, della direttiva 92/50, che si trova nel titolo IV di quest'ultima, dispone:

«Qualora per giustificati motivi il prestatore di servizi non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato».

Disposizioni pertinenti della direttiva 89/665

9. All'art. 1 della direttiva 89/665 è stabilito 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 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, 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 (…) qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di 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 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 di forniture o di lavori 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».

10. All'art. 2 della direttiva 89/665 si prevede 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:

(…)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (…)

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

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

(…)

5. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.

(…)».

B — *Normativa nazionale*

11. Della normativa austriaca va messo in rilievo l'art. 331 del Bundesvergabegesetz (legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici), nella sua versione entrata in vigore il 1º febbraio 2006 [5] (in prosieguo: il «BVergG 2006»), che costituisce il fondamento giuridico per il procedimento di accertamento dinanzi al Bundesvergabeamt e che recita per estratto:

«1. Un imprenditore che avesse interesse alla stipulazione di un contratto soggetto all'ambito di applicazione della presente legge federale può, qualora dalla pretesa decisione illegale gli sia derivato un danno, chiedere che sia accertato che

1. la scelta dell'aggiudicazione diretta o di una procedura di aggiudicazione non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara era illegale per violazione della presente legge federale o dei regolamenti emanati in esecuzione di essa o per violazione di norme di diritto comunitario direttamente applicabili o

(…)

4. che un'aggiudicazione, effettuata direttamente nei confronti di un imprenditore, senza partecipazione alla procedura da parte di altri imprenditori era palesemente inammissibile in base alle disposizioni della presente legge federale».

12. Ai sensi dell'art. 332, nn. 2 e 3, del BVergG 2006, il diritto ad un accertamento, previsto dall'art. 331 del BVergG 2006, si estingue al più tardi sei mesi dopo l'avvenuta aggiudicazione.

5 — BGBl. I, n. 17/2006.

13. Dall'art. 132, n. 3, del BVergG 2006 consegue che una domanda ai sensi dell'art. 331, n. 1, punto 4, di tale legge, se accolta, al momento in cui l'accertamento è passato in giudicato porta alla nullità del rapporto contrattuale.

14. Dal procedimento di accertamento va tenuta distinta l'azione di risarcimento danni per la quale la competenza spetta non al Bundesvergabeamt, ma ai giudici civili austriaci. Ai sensi dell'art. 341, n. 2, del BVergG 2006, un'azione di risarcimento danni è ammissibile solo se in precedenza è stato avviato con esito positivo un procedimento di accertamento.

III — Fatti e causa principale

15. Lo sfondo del caso in esame è costituito dai fatti che, in base alle indicazioni fornite nella decisione di rinvio, possono essere così riassunti.

A — *Le agenzie di stampa parti in causa*

16. L'Austria Presse Agentur (in prosieguo: l'«APA») è stata fondata [6] in Austria dopo la seconda guerra mondiale in forma di cooperativa [7], di cui sono soci quasi tutti i quotidiani austriaci ed anche l'emittente austriaca ORF. Assieme alle sue consociate, l'APA è azienda leader sul mercato delle agenzie di stampa in Austria e fornisce tradizionalmente alla Repubblica d'Austria diverse prestazioni di servizi di agenzia di stampa.

17. La pressetext Nachrichtenagentur GmbH (in prosieguo: la «PN») opera dal 1999 sul mercato austriaco delle agenzie di stampa, ma finora ha effettuato solo in minima misura comunicati stampa per gli uffici amministrativi federali. La PN dispone anche di un numero inferiore di collaboratori che svolgono attività come giornalisti rispetto all'APA e non dispone di un archivio così esteso come quello dell'APA. Nell'anno 2004 la PN offriva alla Repubblica d'Austria prestazioni di servizi di agenzia di stampa, ma tale offerta non sfociava nella conclusione di un contratto.

6 — Dagli atti risulta che si tratta di una cooperativa registrata a responsabilità limitata.

7 — Un'organizzazione che ha preceduto l'APA, la «Österreichische Correspondenz», era stata fondata già nel 1849 a Vienna.

B — *I controversi rapporti contrattuali tra l'APA e la Repubblica d'Austria*

18. Nel 1994, quindi ancor prima della sua adesione all'Unione europea, la Repubblica d'Austria stipulava con l'APA un cosiddetto contratto base, che prevedeva la fornitura dietro corrispettivo di determinati servizi [8]. Tale contratto base permetteva sostanzialmente alle autorità federali austriache di prendere visione di informazioni attuali e di utilizzarle («servizio base»), di ricavare informazioni storiche e comunicati stampa storici da una banca dati dell'APA denominata «APA Dok» e di utilizzare il servizio di testi originali «OTS» dell'APA sia per propria informazione sia anche per diffondere i propri comunicati stampa. La banca dati APA Dok contiene i dati del servizio base dal 1° gennaio 1988 e dei comunicati OTS dal 1° giugno 1989.

19. Il contratto base veniva stipulato a tempo indeterminato, e in esso veniva convenuta una rinuncia alla disdetta in base alla quale sarebbe stata possibile una cessazione del contratto non prima del 31 dicembre 1999. Il contratto base conteneva anche disposizioni relative al momento dei primi aumenti di prezzo, all'ammontare massimo di ogni aumento e all'indicizzazione dei prezzi sulla base dell'indice dei prezzi al consumo del 1986, il cui valore di riferimento era il numero indice calcolato per l'anno 1994.

20. Nel settembre 2000 l'APA fondava la sua controllata — al 100% di sua proprietà — APA-OTS Originaltext-Service Gmbh (in prosieguo: l'«APA-OTS»). Tra le due società esiste un contratto di esclusione di utili e perdite da cui, secondo le indicazioni dell'APA e dell'APA-OTS, risulta che l'APA-OTS è incorporata sul piano finanziario, organizzativo ed economico nell'impresa dell'APA e nella sua gestione aziendale e degli affari deve procedere secondo le direttive dell'APA. L'APA-OTS è inoltre tenuta a trasferire all'APA le sue eccedenze di bilancio annuali, mentre, per contro, l'APA deve compensare eventuali disavanzi di bilancio annuali dell'APA-OTS.

21. L'APA cedeva all'APA-OTS l'attività del suo servizio di testi originali OTS. Tale modifica veniva comunicata alla Repubblica d'Austria nell'ottobre 2000, e al riguardo un collaboratore dell'APA con potere di rappresentanza assicurava, su richiesta della cancelleria federale, che l'APA dopo lo scorporo era responsabile «in solido» con l'APA-OTS, e non vi sarebbe stata alcuna modifica della «prestazione complessiva in essere». La cancelleria federale dava quindi, secondo le sue indicazioni, il proprio consenso a che in futuro i servizi OTS venissero prestati dall'APA-OTS, e i corrispettivi per tali prestazioni venivano in seguito versati direttamente all'APA-OTS.

22. Nel 2001 le disposizioni sul corrispettivo contenute nel contratto base del 1994 venivano modificate con una prima clausola addizionale. Oltre alla conversione del corrispettivo in euro a partire dagli scellini austriaci, tale clausola addizionale disponeva, per l'inserimento di comunicati delle

8 — Secondo indicazioni dell'Ufficio di presidenza della Cancelleria federale, che ha preso parte al procedimento, si trattava dell'adeguamento di un rapporto contrattuale già esistente dal 1946.

autorità federali nell'OTS per gli anni 2002, 2003 e 2004, corrispettivi massimi [9], che non potevano essere aumentati. Inoltre la clausola di indicizzazione veniva adeguata con riferimento ad un nuovo indice sostitutivo di quello contenuto nel contratto base.

23. Nell'ottobre 2005 una nuova clausola addizionale portava, a decorrere dal 1º gennaio 2006, a due ulteriori modifiche del contratto base nella versione della prima clausola addizionale: la riduzione del corrispettivo per consultazioni per via elettronica veniva aumentata dal 15% al 25% e le parti convenivano un rinnovo della loro rinuncia alla disdetta sino al 31 dicembre 2008.

C — *Il procedimento dinanzi al Bundesvergabeamt (procedimento di accertamento)*

24. Dinanzi al Bundesvergabeamt la PN persegue una tutela giurisdizionale contro le operazioni — a suo parere contrastanti con le norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici — relative all'interposizione dell'APA-OTS come prestatore di servizi per la Repubblica d'Austria e contro le due clausole addizionali al contratto base concordate tra l'APA e la Repubblica d'Austria.

25. Con le sue domande proposte il 4 e il 19 luglio 2006, la PN chiede dinanzi al Bundesvergabeamt, ai sensi dell'art. 331 del BVergG 2006, che sia accertato che il frazionamento dell'appalto attraverso la ristrutturazione dell'APA avvenuta nell'anno 2000 nonché le clausole addizionali del 2001 e del 2005 al contratto base, da essa qualificate come «aggiudicazioni de facto», sono stati illegali; in subordine, essa chiede che sia accertato che la scelta delle procedure di aggiudicazione in questione è stata illegale [10].

26. In riferimento ai termini della domanda il Bundesvergabeamt asserisce che gli atti contestati risalivano sì agli anni 2001, 2001 e 2005, ma il rimedio giuridico esperibile contro aggiudicazioni illegali di appalti è stato istituito solo successivamente, a partire dal 1º febbraio 2006. Il termine previsto per questo rimedio giuridico è di sei mesi dalla data dell'aggiudicazione illegale. Il Bundesvergabeamt ritiene tuttavia appropriata l'applicazione dell'art. 1496 dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile — ABGB), ai sensi del quale il termine di decadenza non può decorrere, qualora i rimedi giuridici previsti non siano esperibili, purché tale applicazione sia compatibile con il diritto comunitario.

9 — Tali corrispettivi massimi trovano applicazione nel caso in cui i comunicati siano trasmessi per via elettronica.

10 — Secondo la decisione di rinvio pregiudiziale, la domanda principale della PN è fondata sull'art. 331, n. 1, punto 4, del BVergG 2006 e la domanda subordinata sull'art. 331, n. 1, punto 1, della stessa legge.

IV — Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

27. Con decisione 7 novembre 2006, emanata il 10 novembre 2006 e pervenuta alla Corte di giustizia il 13 novembre 2006, il Bundesvergabeamt ha sospeso il suo procedimento e ha proposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

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

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

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

4) Nel caso di soluzione in senso affermativo di una delle prime tre questioni, relativamente all'esistenza di un'aggiudicazione: se l'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 (…) o altre disposizioni del diritto comunitario, come ad esempio il principio di trasparenza, debbano interpretarsi nel senso che consentono ad un'amministrazione

aggiudicatrice di aggiudicare prestazioni in un unico contratto di appalto con una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, qualora una parte delle prestazioni di servizi rientri in diritti di esclusiva, come menzionato all'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 (…). Se, in alternativa, il principio di trasparenza o altre disposizioni del diritto comunitario, nell'aggiudicazione di servizi prevalentemente non prioritari, impongano che in un caso del genere si proceda ciò nonostante alla pubblicazione di un bando di gara prima dell'aggiudicazione di un appalto, per rendere possibile agli operatori interessati di controllare se effettivamente vengono aggiudicate prestazioni soggette ad un diritto di esclusiva. Se, in alternativa, le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici impongano che in un caso del genere le prestazioni, a seconda dell'esistenza o della non esistenza di un diritto di esclusiva, possano essere aggiudicate solo con procedure di aggiudicazione separate per rendere possibile almeno in parte una gara di aggiudicazione.

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

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

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

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

28. Nel procedimento dinanzi alla Corte di giustizia la PN, l'APA e l'APA-OTS, la Repubblica d'Austria e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte e orali. Osservazioni scritte sono state presentate anche dall'Ufficio di presidenza della cancelleria federale austriaca nella sua qualità di committente pubblico nonché dal governo lituano; il governo francese ha presentato osservazioni orali.

V — Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

29. Prima che io tratti nel merito le questioni pregiudiziali, sono necessarie alcune brevi osservazioni preliminari sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale.

A — *Sulla legittimazione al rinvio pregiudiziale da parte del Bundesvergabeamt*

30. Il Bundesvergabeamt austriaco è un organo permanente, istituito dalla legge, la cui competenza in cause riguardanti la normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici con lo Stato federale come amministrazione aggiudicatrice è obbligatoria [11]. Esso decide in un procedimento contenzioso in base alle norme dell'ordinamento giuridico federale austriaco. Al riguardo esso è nel contempo competente in primo e in ultimo grado [12]. I suoi membri non sono vincolati da istruzioni di sorta nell'esercizio delle loro funzioni e vengono nominati per almeno cinque anni, in parte anche a tempo indeterminato [13].

11 — Art. 291 BVergG 2006.

12 — Art. 291, n. 2, secondo comma, del BVergG 2006.

13 — Artt. 292 e 295 del BVergG 2006.

31. Pertanto il Bundesvergabeamt è un giudice ai sensi dell'art. 234 CE [14] ed è legittimato a sottoporre alla Corte di giustizia domande di pronuncia pregiudiziale. La Corte di giustizia si è più volte pronunciata in conformità a tale indirizzo [15] su domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Bundesvergabeamt [16].

C — *Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale in generale*

32. La critica espressa dall'APA e dall'APA-OTS nei confronti della complessa e difficilmente intellegibile formulazione della domanda di pronuncia pregiudiziale non toglie nulla al fatto che le questioni pregiudiziali nel loro complesso sono ancora comprensibili. Dai chiarimenti forniti dal Bundesvergabeamt nella decisione di rinvio pregiudiziale risulta in maniera sufficientemente precisa in quale contesto di fatto e di diritto si inseriscono le questioni e perché il Bundesvergabeamt le ritenga decisive ai fini della decisione nel caso in esame.

33. In particolare dalla decisione di rinvio pregiudiziale si può desumere che con la domanda di pronuncia pregiudiziale dev'essere chiarito se nel procedimento nazionale sia necessaria l'esecuzione di un'ampia assunzione di prove o se invece la causa principale sia matura per la decisione anche senza tale assunzione di prove.

34. Al riguardo va osservato che spetta al giudice nazionale decidere in quale fase del procedimento esso debba sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale [17]. È decisivo che il giudice del rinvio esponga sufficientemente il contesto giuridico su cui si fonda la sua domanda di interpretazione del diritto comunitario e che esso fornisca alla Corte di giustizia, anche in altro modo, tutte le informazioni che sono ad essa necessarie per rispondere utilmente a tale domanda [18]. Contrariamente a quanto ritengono l'APA e l'APA-OTS, ciò si verifica nel caso di specie. Pertanto non sussistono obiezioni nei confronti della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale in generale.

14 — Per la costante giurisprudenza sulla nozione di giudice, v. sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961, punto 23); 31 maggio 2005, causa C-53/03, Syfait e a. (Racc. pag. I-4609, punto 29), e 18 ottobre 2007, causa C-195/06, Österreichischer Rundfunk (Racc. pag. I-8817, punto 19).

15 — V. sentenze 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda (Racc. pag. I-10567, in particolare punti 25-28); 18 marzo 2004, causa C-314/01, Siemens e ARGE Telekom (Racc. pag. I-2549), e 2 giugno 2005, causa C-15/04, Koppensteiner (Racc. pag. I-4855). L'attuale forma di organizzazione del Bundesvergabeamt sulla base del BVergG 2006 corrisponde sostanzialmente, secondo la decisione di rinvio pregiudiziale, a quella in essere nel quadro della causa Koppensteiner.

16 — Analogamente la Corte di giustizia ha riconosciuto una Commissione federale di sorveglianza delle aggiudicazioni di appalti pubblici, come a suo tempo esistente in Germania, quale giudice legittimato in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (Sentenza Dorsch Consult, cit. alla nota 14, punto 38).

17 — Sentenze 10 luglio 1984, causa C-72/83, Campus Oil e a. (Racc. pag. 2727, punto 10); 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger (Racc. pag. I-5659, punto 39), e 17 aprile 2007, causa C-470/03, AGM-COS.MET (Racc. pag. I-2749, punto 45).

18 — Sentenza Schmidberger (cit. alla nota 17, punti 40 e 41).

C — *Sulla ricevibilità della sesta questione in particolare*

35. Un particolare problema di ricevibilità si pone tuttavia alla luce della sesta questione pregiudiziale, che ha ad oggetto l'interpretazione delle nozioni di lesione e rispettivamente di persona lesa di cui all'art. 1, n. 3, e all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

36. Nella causa principale, una causa intentata sulla base dell'art. 331 del BVergG 2006, il Bundesvergabeamt è competente solo per l'*accertamento di un'eventuale violazione* delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ma non anche per il *riconoscimento di un risarcimento danni*, che è riservato ai giudici civili austriaci [19]. Pertanto esso non può sottoporre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali relative alla concessione di un risarcimento danni o alle condizioni per la concessione di quest'ultimo [20].

37. Su questo sfondo la sesta questione pregiudiziale è ricevibile solo in quanto essa riguarda le condizioni di ricevibilità di un ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665. Nella misura in cui la sesta questione si riferisce invece all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, essa è irricevibile, dato che quest'ultima disposizione riguarda direttamente il riconoscimento di un risarcimento danni.

D — *Conclusione provvisoria*

38. Nel complesso la domanda di pronuncia pregiudiziale in esame è quindi ricevibile, ad eccezione della parte della sesta questione che si riferisce all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

VI — Valutazione nel merito delle questioni pregiudiziali

39. Nel merito l'estesissima domanda di pronuncia pregiudiziale è sostanzialmente diretta a chiarire a quali condizioni la modifica di un contratto esistente debba essere considerata come un'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, con la conseguenza che in precedenza dev'essere eventualmente eseguita una procedura di aggiudicazione e che alle imprese non prese in considerazione spetta un diritto alla tutela giurisdizionale.

40. L'ulteriore, interessantissima questione se alla conclusione di rapporti obbligatori

19 — L'Austria ha fatto uso della possibilità, menzionata all'art. 2, n. 2, della direttiva 89/665, di conferire i poteri relativi alla procedura di ricorso a più organi.

20 — Sentenza 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT (Racc. pag. I-6351, punto 38).

di durata a tempo indeterminato siano stati posti limiti dalla normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici o da altre disposizioni di diritto comunitario non è oggetto del presente procedimento. Poiché il contratto base a tempo indeterminato del 1994 era stato stipulato ancor prima dell'adesione dell'Austria all'Unione europea [21], tale problema non richiede, neppure come questione preliminare, una trattazione più approfondita [22].

A — *Sulle questioni prima, seconda e terza*

41. Con le sue prime tre questioni, il Bundesvergabeamt intende sapere a quali condizioni modifiche dei rapporti contrattuali esistenti tra un'amministrazione aggiudicatrice e un prestatore di servizi debbano essere considerate come una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50.

42. Questo problema non è stato finora pienamente trattato nella giurisprudenza dei giudici comunitari [23].

1. Osservazione preliminare: il criterio della modifica contrattuale essenziale

43. Innanzi tutto nei rapporti obbligatori di durata e nei contratti a lungo termine può divenire necessario, nel corso della loro esecuzione, un adeguamento del contenuto del contratto qualora le disposizioni contrattuali — ad esempio per una imprevista modifica delle circostanze esterne — si rivelino non più adeguate. Un adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze può contribuire a realizzare meglio l'obiettivo del contratto.

44. Ove però il contratto originario avesse ad oggetto un appalto pubblico, modifiche successive quanto al suo contenuto solleverebbero sempre la questione se si debba eseguire (eventualmente di nuovo) una procedura di aggiudicazione. Al riguardo si formerà regolarmente un rapporto conflittuale tra la preoccupazione di proseguire in maniera il più possibile efficace l'esecuzione dell'appalto, da un lato, e l'imperativo

21 — V. al riguardo sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel (Racc. pag. I-5357, punti 53 e 54). Diversamente da quanto avviene per le operazioni degli anni 2000, 2001 e 2005, controverse nel presente procedimento, che sono intervenute nell'ambito di applicazione ratione temporis del diritto comunitario, le direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici non trovavano ancora applicazione al contratto base, in quanto nel 1994 l'Austria non era ancora uno Stato membro dell'Unione europea.

22 — Sul problema particolare dell'inserimento di una rinuncia alla disdetta in un contratto a tempo indeterminato, v. infra, paragrafo 74 delle presenti conclusioni.

23 — Una domanda di pronuncia pregiudiziale dell'Oberlandesgericht tedesco di Rostock non è sfociata in una pronuncia della Corte di giustizia (causa C-50/03, cancellata dal ruolo il 9 novembre 2004).

di garantire la pari opportunità per tutti gli aggiudicatari attuali e potenziali, dall'altro.

45. In linea di principio, non è a priori escluso che modifiche di contenuto successive a contratti esistenti configurino (eventualmente di nuovo) la fattispecie dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, con la conseguenza che dev'essere eseguita una procedura di aggiudicazione. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, le nozioni giuridiche che definiscono l'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici debbono essere interpretate in senso estensivo [24].

46. Infine l'interpretazione della nozione di aggiudicazione deve però conformarsi agli obiettivi della rispettiva direttiva. Il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in un altro Stato membro [25]. Occorre escludere che le amministrazioni aggiudicatrici preferiscano offerenti o candidati nazionali e si lascino guidare nell'aggiudicazione di appalti da considerazioni non economiche [26].

47. Conformemente a ciò anche la direttiva 92/50 persegue come suo obiettivo principale la realizzazione della libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata e il più possibile ampia [27]. Al riguardo è necessario un modo di procedere trasparente e non discriminatorio nell'aggiudicazione di appalti pubblici, così da garantire la pari opportunità di tutti i possibili prestatori di servizi.

48. Sullo sfondo di questo obiettivo non tutte le modifiche, per quanto insignificanti, a contratti relativi ad appalti pubblici di servizi richiedono previamente una procedura di aggiudicazione. Solo *modifiche contrattuali essenziali*, che sono concretamente idonee a falsare la concorrenza sul rispettivo mercato e a favorire la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti di altri possibili prestatori di servizi, giustificano la nuova esecuzione di una procedura di aggiudicazione [28].

24 — Per un'interpretazione estensiva di diverse nozioni che definiscono l'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, v. sentenze 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 43); 8 settembre 2005, causa C-129/04, Espace Trianon e Sofibail (Racc. pag. I-7805, punto 73), e 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia, punto 43.

25 — Sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 41); 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 16); 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-9777, punto 27), e 13 dicembre 2007, causa C-337/06, Bayerischer Rundfunk e a. (Racc. pag. I-11173, punto 38); v. anche il secondo e il sesto 'considerando' della direttiva 92/50.

26 — Sentenze University of Cambridge (cit. alla nota 25, punto 17), Felix Swoboda (cit. alla nota 15, punto 45) e Bayerischer Rundfunk e a. (cit. alla nota 25, punto 36).

27 — Sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punti 44 e 47), e Bayerischer Rundfunk e a. (cit. alla nota 25, punto 39).

28 — In questo senso anche le sentenze 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8377, punti 46, 50 e 51), e 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta (Racc. pag. I-3801, punto 117), in cui viene fatto riferimento a elementi del contratto *essenziali* o a condizioni *importanti* dell'aggiudicazione.

49. In particolare si deve poi sempre presumere l'esistenza di una modifica contrattuale essenziale se non si può escludere che altri prestatori di servizi siano stati dissuasi dal porre la loro candidatura all'appalto pubblico dalle meno favorevoli condizioni originarie o che essi alla luce delle nuove condizioni contrattuali sarebbero ora interessati ad una candidatura all'appalto pubblico o che la candidatura di un offerente a suo tempo escluso potrebbe aver successo alla luce delle nuove condizioni contrattuali [29].

50. Queste condizioni preliminari costituiscono la base per la seguente trattazione da parte mia delle prime tre questioni pregiudiziali.

2. Sulla prima questione

a) Prima parte della prima questione: interposizione dell'APA-OTS

51. Con la prima parte della sua prima questione, il Bundesvergabeamt vorrebbe sapere se debba essere considerata come una nuova aggiudicazione di un preesistente appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50 l'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice accetti che l'esecuzione di una parte di tale appalto venga trasferita ad una società controllata dall'aggiudicatario, nei confronti della quale quest'ultimo abbia un diritto di impartire istruzioni e di cui esso detenga il 100% delle quote, anche se la sua proprietà del 100% delle quote non sia garantita per l'intera durata del contratto.

52. Sfondo di detta questione è lo scorporo, eseguito nell'anno 2000 dall'APA, della OTS-servizi a favore della sua controllata APA-OTS. A prescindere dalla questione se in seguito a tale ristrutturazione all'interno del gruppo APA sia intervenuto una «frazionamento contrattuale», un trasferimento di contratto, una novazione o un accollo di debiti [30], sta di fatto, in ogni caso, che le dette prestazioni da quel momento in poi venivano eseguite direttamente dalla APA-OTS e anche il relativo compenso veniva direttamente versato all'APA-OTS.

53. Pertanto nell'anno 2000 è comunque intervenuto nella pratica esecuzione del contratto un parziale mutamento del prestatore di servizi.

29 — Si deve ammettere che nella pratica non sarà sempre molto facile distinguere tra modifiche contrattuali essenziali e non essenziali, dato che al riguardo è necessaria una valutazione delle circostanze di ciascun singolo caso. L'utilizzazione di nozioni giuridiche indeterminate e bisognose di interpretazione non può tuttavia essere effettivamente evitata in nessun settore del diritto. Anche nella normativa in materia di aggiudicazione di appalti essa non è del tutto assente.

30 — Le parti nella causa principale non sembra che siano concordi al riguardo. Anche la decisione di rinvio non utilizza una terminologia unitaria. È tuttavia compito del Bundesvergabeamt chiarire come l'operazione debba essere qualificata sul piano civilistico.

54. Se un mutamento del prestatore di servizi durante il periodo di validità di un appalto pubblico fa supporre *a priori* una modifica contrattuale essenziale, l'esecuzione dell'appalto pubblico viene però affidata in tutto o in parte ad un'impresa che non ha dovuto sottoporsi alla concorrenza con altri offerenti e la cui scelta non si fondava su un confronto con eventuali altri offerenti. Una siffatta operazione nasconde il pericolo dell'elusione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ed è idonea a falsare la concorrenza sul relativo mercato nonché a favorire il nuovo prestatore di servizi nei confronti di altri possibili prestatori di servizi.

55. Tuttavia le particolari circostanze del caso di specie possono provare che mutamenti nei confronti del prestatore di servizi eccezionalmente non hanno comportato alcuna modifica contrattuale essenziale. Al riguardo vengono in considerazione i due seguenti gruppi di casi.

56. Il primo gruppo di casi riguarda l'*interposizione di subappaltatori* ad opera della controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice. Per non restringere oltre misura la cerchia dei possibili prestatori di servizi, la direttiva 92/50 prevede espressamente per l'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di ammettere l'attribuzione di subappalti a terzi [31]. Caratteristica distintiva di questo gruppo di casi è il fatto che l'aggiudicatario principale mantiene integralmente su di sé la piena responsabilità contrattuale per l'esecuzione dell'appalto di servizi o in ogni caso che risponde in solido al riguardo.

57. Il secondo gruppo di casi riguarda *modifiche di natura puramente interna* ad opera della controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice. Di esse può far parte anche l'interposizione nell'esecuzione del contratto di una delle consociate della controparte stessa. La questione di stabilire quanto stretto debba essere al riguardo il legame tra l'aggiudicatario e la sua rispettiva consociata non richiede nella fattispecie alcun chiarimento conclusivo. Infatti, in ogni caso, sono comprese le consociate che l'aggiudicatario controlla in maniera analoga a proprie unità aziendali. L'interposizione della consociata nell'esecuzione contrattuale assomiglia poi ad un affidamento diretto [32] da parte del prestatore di servizi, con il quale non cambia nulla di essenziale — in ogni caso in base ad una valutazione economica — per quanto riguarda le condizioni per l'esecuzione dell'appalto pubblico.

58. In entrambi i gruppi di casi menzionati è certo che il mutamento da parte del prestatore di servizi non porta a falsare in alcun modo la concorrenza e di conseguenza a nessuna modifica contrattuale essenziale.

31 — V. art. 25 e art. 32, n. 2, lett. c) e h), della direttiva 92/50 nonché sentenza 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia (Racc. pag. I-8607, punti 26 e 27). Tuttavia, l'aggiudicazione di subappalti per l'esecuzione di *parti essenziali* dell'appalto può essere limitata ai sensi della legge nazionale (v. sentenza Siemens e ARGE Telekom, cit. alla nota 15, punto 45).

32 — Sulle condizioni per ritenere esistente un affidamento diretto, v., in particolare, le sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, pag. 50); Stadt Halle e RPL Lochau (cit. alla nota 27, punto 49); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 62), e 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo (Racc. pag. I-2999, punto 55); sulla nozione di affidamento diretto, v. le mie conclusioni 1° marzo 2005 nella causa Parking Brixen, paragrafi 1 e 2.

59. Un'operazione come il controverso trasferimento dei servizi OTS in capo all'APA-OTS nell'anno 2000 assomiglia, ad un esame superficiale, all'aggiudicazione di un subappalto da parte dell'APA (primo gruppi di casi). A favore di questa tesi depone il fatto che i servizi di cui trattasi vengono attualmente eseguiti da una persona giuridica diversa dall'APA anche se però l'APA stessa risponde in solido per l'esecuzione dell'intero appalto pubblico di servizi, nonché dei compiti assunti dall'APA-OTS.

60. Ad un esame più approfondito un soggetto come l'APA-OTS non appare così simile ad un'autonoma impresa subappaltatrice dell'APA, ma piuttosto ad un'unità aziendale propria dell'APA. Un'operazione come l'interposizione dell'APA-OTS, avvenuta nell'anno 2000, nell'esecuzione dell'appalto pubblico configura una riorganizzazione puramente interna da parte del prestatore di servizi APA (secondo gruppo di casi).

61. Vero è che una parte dei servizi dovuti dall'APA viene attualmente fornita da un'altra persona giuridica, l'APA-OTS. Sotto il profilo economico però l'APA-OTS non è un terzo, poiché essa è interamente controllata dalla sua società madre APA. Non solo la proprietà al 100% delle quote da parte dell'APA, ma anche il diritto di impartire istruzioni spettante a quest'ultima nonché un contratto di esclusione delle perdite garantiscono che l'APA-OTS venga controllata dalla società madre come un'unità aziendale propria di quest'ultima. Pertanto, in base ad una valutazione economica, non è cambiato nulla di essenziale per quanto riguarda le condizioni per l'esecuzione dell'appalto pubblico.

62. Un'operazione come quella effettuata nell'anno 2000 non portava quindi ad alcuna modifica contrattuale essenziale e non doveva pertanto essere trattata come una (nuova) aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

63. Ciò non è contraddetto dal fatto che la proprietà al 100% delle quote dell'APA-OTS da parte dell'APA non è garantita per l'intera durata dell'appalto pubblico [33]. Vero è che l'APA potrebbe sempre teoricamente vendere a terzi quote dell'APA-OTS. Tuttavia, ai fini della questione da trattare nel caso di specie, quella se nell'anno 2000 si sia verificata una modifica contrattuale essenziale e quindi una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, sono determinanti solo gli eventi all'epoca concretamente prevedibili.

64. Dal principio della certezza del diritto deriva l'obbligo di accertare sempre *ex ante*, ossia al momento della conclusione del negozio giuridico, se esista o meno l'obbligo di effettuare una procedura di aggiudicazione [34]. Difatti, già al momento della stipulazione del contratto, sia l'amministrazione aggiudicatrice sia l'impresa contraente sia, infine, le imprese le cui offerte non sono state prese in considerazione debbono essere messe in condizione di accertare se fosse o meno necessaria una procedura di aggiudicazione. Le circostanze successive debbono in ogni caso essere prese in considerazione

33 — Lo stesso vale per la possibilità di risolvere il contratto di esclusione degli utili e delle perdite.

34 — V., al riguardo, le mie conclusioni 1° marzo 2005 nella causa Parking Brixen (cit. alla nota 32, paragrafo 56). La questione della *concreta prevedibilità* di una vendita di quote a terzi ha un ruolo decisivo anche nelle sentenze 10 novembre 2005, causa C-29/104, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705, punti 38-41); 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punti 30-32), e Parking Brixen [cit. alla nota 32, punto 67, lett. c)].

qualora il loro verificarsi fosse con sicurezza prevedibile già al momento della conclusione del negozio.

65. Dagli atti risulta che al momento del coinvolgimento dell'APA-OTS nell'esecuzione dell'appalto pubblico non esistevano elementi concreti che facessero pensare, ad esempio, ad un'imminente vendita di quote da parte dell'APA. Di conseguenza mantengo la mia valutazione secondo cui un'operazione come quella effettuata nell'anno 2000 non ha condotto ad alcuna modifica contrattuale e, quindi, non richiedeva alcuna procedura di aggiudicazione.

b) Seconda parte della prima questione: composizione sociale dell'APA

66. Il Bundesvergabeamt intende inoltre stabilire se in relazione ad un'operazione come quella effettuata nell'anno 2000 abbia incidenza il fatto che la cerchia dei soci della cooperativa APA potesse modificarsi durante il periodo di validità del contratto.

67. Una siffatta variazione può essere rilevante sotto il profilo delle norme in materia di aggiudicazione solo se abbia come conseguenza un cambiamento almeno parziale del prestatore di servizi e debba pertanto essere considerata come una modifica contrattuale essenziale.

68. Se si tratta ad esempio, nel caso del prestatore di servizi, di una semplice associazione professionale senza una propria personalità giuridica, ciascun membro dell'associazione diviene di norma titolare di diritti e di obblighi in base al contratto stipulato con l'amministrazione aggiudicatrice. In tal caso una variazione nella composizione dell'associazione può far sì che l'esecuzione dell'appalto pubblico venga affidata in tutto o in parte ad un'impresa che non abbia dovuto sottoporsi alla gara con altri offerenti e la cui scelta non derivi da un confronto con altri eventuali offerenti. Ciò comporterebbe — salvo le eccezioni sopra illustrate [35] — una modifica contrattuale essenziale [36].

69. Se per contro il prestatore di servizi è una persona giuridica, solo essa diviene controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, ed eventuali variazioni successive nella cerchia dei proprietari delle sue quote non determinano alcuna modifica contrattuale essenziale [37].

35 — V. supra, paragrafi 55-58 delle presenti conclusioni.

36 — La sentenza 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki (Racc. pag. I-1091, punto 61), chiarisce soltanto che la normativa sulla composizione di raggruppamenti di offerenti rientra nella competenza degli Stati membri. Gli Stati membri sono quindi tenuti a disciplinare la questione se siano ammissibili variazioni nella composizione di raggruppamenti di offerenti. Da ciò va tuttavia distinta la questione in esame nel caso di specie, quella se tali variazioni intervenute *dopo* l'avvenuta aggiudicazione di un appalto debbano essere considerate modifiche contrattuali essenziali e come tali configurino di nuovo la fattispecie dell'aggiudicazione di un appalto pubblico. Quest'ultima è una questione di diritto comunitario.

37 — Se si volesse prendere a motivo per l'esecuzione di una procedura di aggiudicazione ogni variazione nei rapporti di proprietà di una persona giuridica, l'aggiudicazione di appalti pubblici a società per azioni quotate in borsa, i cui azionisti cambiano a volte quotidianamente, diventerebbe praticamente impossibile.

70. Nella fattispecie risulta dagli atti che l'APA è una «cooperativa registrata a responsabilità limitata». Pertanto si può ammettere che l'APA abbia una personalità giuridica. Fatti salvi gli accertamenti del Bundesvergabeamt al riguardo, si deve dunque ritenere che la controparte contrattuale della Repubblica d'Austria non fosse costituita nella fattispecie dai soci della cooperativa APA, ma fosse soltanto l'APA stessa. In un caso del genere eventuali variazioni nella cerchia dei soci della cooperativa non determinano una modifica contrattuale essenziale.

3. Sulla terza questione

71. Con la sua terza questione, il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente stabilire se debba considerarsi come nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50 il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice e il prestatore di servizi modifichino un contratto di prestazione di servizi fra loro in essere nel corso del periodo di validità di quest'ultimo stabilendo che

— Una — già scaduta — rinuncia alla disdetta, in precedenza concordata, viene rinnovata per tre anni e

— determinati corrispettivi divergono da quelli in precedenza concordati in quanto su di essi viene concesso per il futuro uno sconto maggiore di dieci punti percentuali.

72. Sfondo della questione è la seconda clausola addizionale al contratto base concordata nel 2005 tra l'APA e la Repubblica d'Austria.

a) Prima parte della terza questione: rinnovo della rinuncia alla disdetta

73. La prima parte della terza questione riguarda il rinnovo, concordato nel 2005, di una — già scaduta — rinuncia della controparte contrattuale alla disdetta.

74. Sarebbe problematico sotto il profilo delle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici il fatto di concordare, relativamente ad un contratto ad esecuzione continuata, ancora una rinuncia alla disdetta per un periodo più lungo oppure di escludere del tutto la disdetta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Un accordo del genere escluderebbe infatti in prospettiva qualsiasi gara tra i possibili prestatori di servizi e quindi contrasterebbe sostanzialmente con gli obiettivi delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

75. Diversa è però la situazione nel caso di una rinuncia alla disdetta come quella concordata nel caso di specie nel 2005, che è limitata ad una durata di tre anni. Una siffatta rinuncia alla disdetta non può essere considerata a priori inammissibile sotto il profilo delle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Si deve tuttavia verificare se essa avrebbe dovuto essere sottoposta ad una procedura di aggiudicazione. Ciò dipende dalla questione se la rinuncia alla disdetta debba essere considerata come una modifica contrattuale essenziale al contratto base esistente [38].

76. Per essere qualificata come una modifica contrattuale essenziale, una rinuncia alla disdetta limitata a pochi anni dev'essere idonea a falsare la concorrenza sul mercato interessato e a favorire la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti degli altri possibili prestatori di servizi [39].

77. Ciò può avvenire solo eccezionalmente, cioè qualora, al momento della stipulazione della rinuncia alla disdetta, esistano concreti elementi che facciano ritenere che altrimenti l'amministrazione aggiudicatrice, durante il previsto periodo di validità della rinuncia alla disdetta, avrebbe risolto il contratto esistente. Solo in tal caso infatti altri possibili prestatori di servizi avrebbero potuto sperare seriamente di sostituire in tutto o in parte durante questo periodo il prestatore di servizi del momento.

78. Al riguardo va, in primo luogo, osservato che l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcun obbligo giuridico di risolvere anticipatamente un rapporto contrattuale venuto in essere senza violazione delle norme in vigore; l'adesione dell'Austria all'Unione europea non ha fatto scattare alcun obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, di risolvere o di sottoporre a nuova aggiudicazione il contratto base già esistente [40]. Pertanto, è vero che una disdetta del contratto di prestazione di servizi con l'APA può essere divenuta giuridicamente possibile a partire dalla scadenza della rinuncia alla disdetta originariamente (1994) concordata, ma essa non era in nessun modo obbligatoria.

79. In secondo luogo, per la Repubblica d'Austria — salvo accertamenti del Bundesvergabeamt ancora da effettuare — non esisteva neppure, nell'anno 2005, alcuno stimolo economico a passare ad un altro offerente di servizi durante il periodo di validità della rinuncia alla disdetta preso in considerazione, periodo relativamente ristretto, cioè sino alla fine del 2008. Per quanto è dato vedere, l'amministrazione aggiudicatrice poteva ragionevolmente ritenere che nel periodo da allora al 2008 non sarebbero state disponibili offerte equivalenti a condizioni più convenienti, che avrebbero giustificato l'onere di un cambiamento.

80. Pertanto, in base alle informazioni a disposizione nel caso di specie, la rinuncia alla disdetta nuovamente convenuta nel 2005

38 — V. supra, paragrafo 48 delle presenti conclusioni.

39 — V. supra, paragrafi 48 e 49 delle presenti conclusioni.

40 — In questo senso, sentenza Tögel (cit. alla nota 21, punti 53 e 54).

per una durata di validità di tre anni non ha comportato alcun pericolo di distorsione della concorrenza e non va quindi qualificata come modifica contrattuale essenziale al contratto base.

b) Seconda parte della terza questione: pattuizione di sconti più elevati

81. La seconda parte della terza questione riguarda gli sconti più elevati pattuiti nel 2005 per consultazioni per via elettronica dei servizi di informazione dell'APA. Mentre il contratto base concedeva al riguardo alle autorità amministrative federali austriache ancora uno sconto del 15%, a partire dalla seconda clausola addizionale a tale contratto è in vigore uno sconto del 25%.

82. Come già accennato [41], si può parlare di una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi esistente solo qualora venga operata una modifica contrattuale essenziale. Ciò vale anche per modifiche al corrispettivo contrattualmente pattuito. Anche se infatti le modalità del pagamento in quanto tale rappresentano un contenuto essenziale del contratto [42], non ogni per quanto esiguo mutamento delle disposizioni in materia di corrispettivo in passato convenute dev'essere immediatamente considerato come una modifica contrattuale essenziale.

83. Va innanzitutto esaminata la questione se l'aumento di dieci punti percentuali dello sconto originariamente concesso costituisse poi una *modifica essenziale* delle disposizioni in materia di corrispettivo applicabili all'appalto pubblico di servizi.

84. L'APA e l'APA-OTS sostengono che lo sconto del 25% concesso per il futuro è soltanto il logico sviluppo di quello già comunque applicato nel contratto base. Già il contratto base infatti aveva fatto riferimento ad una tariffa a scaglioni dell'APA. Il nuovo, più elevato sconto andrebbe considerato come equivalente all'introduzione di un nuovo, più basso scaglione nella tariffa dell'APA.

85. Al riguardo si deve rilevare che la valutazione concreta degli elementi di fatto rilevanti nella controversia oggetto della causa principale spetta al Bundesvergabeamt. Nella decisione di rinvio pregiudiziale, che definisce il contesto fattuale che è il solo determinante ai fini del presente procedimento pregiudiziale [43], la modifica delle percentuali dal 15% al 25% è presentata come uno «sconto maggiore del precedente». Ciò fa pensare ad una modifica di contenuto delle disposizioni in materia di corrispettivo.

41 — V. supra, paragrafi 48 e 49 delle presenti conclusioni.

42 — In questo senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta (cit. alla nota 28, punto 117).

43 — Sentenze 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos e Oliveri (Racc. pag. I-5257, punto 42), e 12 gennaio 2006, causa C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (Racc. pag. I-589, punto 21).

86. A favore di questa valutazione depone anche il fatto che già lo sconto del 15% originariamente concesso si riferiva allo «scaglione più basso della tariffa». Già al momento della stipulazione del contratto base nell'anno 1994 veniva quindi concesso all'amministrazione aggiudicatrice lo scaglione della tariffa il più favorevole possibile. Di conseguenza, a quel momento le parti contrattuali erano lontane dal progettare o anche solo ritenere possibile un passaggio ad uno scaglione di prezzi ancora più favorevole. Se ora, nell'anno 2005, viene concesso uno sconto maggiorato di dieci punti percentuali, che inoltre si riferisce di nuovo al più basso scaglione della tariffa, ciò indica une vera e propria modifica di prezzo e non solo un logico sviluppo del calcolo del corrispettivo come già comunque applicato al contratto base.

87. Tuttavia una siffatta modifica contrattuale va considerata come *modifica contrattuale essenziale* solo se essa è concretamente idonea a falsare la concorrenza sul mercato interessato e a favorire la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti degli altri possibili prestatori di servizi.

88. Per valutare ciò, occorre, da un lato, valutare l'entità della modifica di prezzo per la rispettiva prestazione e, dall'altro, porre però anche in rapporto tale modifica di prezzo con l'importanza dell'appalto pubblico interessato nella sua totalità.

89. Per quanto, in primo luogo, riguarda la modifica di prezzo in quanto tale, il pericolo di una distorsione di concorrenza nel caso di riduzioni di prezzo è così minore rispetto al caso di aumenti di prezzo. Infatti la riduzione del corrispettivo opera a favore dell'amministrazione aggiudicatrice e migliora inoltre per essa, di norma, l'economicità dell'esecuzione dell'appalto.

90. Tuttavia non è a priori escluso che anche la pattuizione di un corrispettivo più basso possa eccezionalmente avere l'effetto di falsare la concorrenza. Giustamente ciò è stato fatto rilevare dal governo lituano.

91. È sempre decisivo stabilire quali condizioni l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto ottenere sul mercato *al momento della modifica contrattuale*. Se, ad esempio, i prezzi per la prestazione oggetto del contratto sono generalmente scesi sul mercato a partire dall'aggiudicazione originaria, la mera pattuizione di un corrispettivo più basso rispetto a prima non fornisce alcuna garanzia per l'osservanza del principio di libera concorrenza e di quello di economicità. Si deve anzi verificare se, al momento della modifica contrattuale, altri possibili prestatori di servizi avrebbero potuto offrire all'amministrazione aggiudicatrice la prestazione voluta ad un prezzo ancora più favorevole rispetto a quello della sua controparte contrattuale dell'epoca.

92. In base alle informazioni disponibili in questa sede, non esistono tuttavia elementi concreti che portino a ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice nel caso di specie avrebbe potuto conseguire, in caso

di esecuzione di una procedura di aggiudicazione, per una prestazione di servizi equivalente, un prezzo ancora più favorevole di quello da essa ottenuto nel contesto della seconda clausola addizionale al contratto base stipulato con l'APA quale prestatore di servizi dell'epoca.

93. In conclusione, per quanto riguarda l'importanza della modifica di prezzo conseguita in rapporto all'appalto pubblico nel suo complesso, si deve così considerare che l'aumentato sconto era stato concordato solo per una prestazione parziale — le consultazioni per via elettronica dei servizi di informazione dell'APA — e non, ad esempio, per il complesso di tutti i servizi che l'APA doveva fornire. Anche se uno sconto maggiorato di dieci punti percentuali per la prestazione interessata può essere non irrilevante, in rapporto all'intero contratto esso perde chiaramente peso.

94. Infine il Bundesvergabeamt deve però operare i necessari accertamenti sull'importanza della modifica dei prezzi, sia in relazione alla prestazione parziale interessata sia anche in rapporto all'appalto pubblico nel suo complesso.

95. Sulla base delle informazioni di cui la Corte di giustizia dispone non ritengo in ogni caso che una modifica di prezzo come quella risultante dall'aumento di sconto concesso nella seconda clausola addizionale nell'anno 2005 dovesse essere considerata come una modifica contrattuale essenziale.

4. Sulla seconda questione

96. Con la sua seconda questione, il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente stabilire se debba essere considerato come una nuova aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50 il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice e il prestatore di servizi modifichino, durante il suo periodo di durata, un contratto di prestazione di servizi tra loro in essere nel senso che

— i corrispettivi contrattualmente pattuiti vengono espressi, in occasione della controversia valutaria, non più nella valuta nazionale, ma in euro,

— la clausola di indicizzazione viene riformulata con riferimento ad un indice sostitutivo dell'indice fino ad allora utilizzato e

— determinati corrispettivi differiscono per il futuro da quelli fino ad allora pattuiti.

97. Lo sfondo della questione in esame è costituito dalla prima clausola addizionale al contratto base, concordata nell'anno 2001, in cui si è giunti a tali modifiche delle disposizioni in materia di corrispettivo.

98. Adeguamenti contrattuali puramente tecnici, non aventi alcun influsso decisivo sul rapporto di prestazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e la sua controparte contrattuale, non configurano già alcuna modifica di contenuto. A maggior ragione non può vedersi in essi una modifica contrattuale essenziale che rendesse necessaria l'esecuzione di una procedura di aggiudicazione.

99. Qualora un contratto esistente in occasione della conversione valutaria all'euro venga modificato nel senso che i corrispettivi sino ad allora pattuiti vengono espressi nella nuova valuta, senza che siano sostanzialmente aumentati o ridotti, non si tratterebbe di una modifica contrattuale essenziale, ma soltanto di un adeguamento tecnico di un contratto esistente alle modificate circostanze esterne [44]. Parte di questo adeguamento puramente tecnico è anche, ad esempio, l'arrotondamento, per eccesso o per difetto, dei nuovi importi calcolati in euro in conformità alle norme in vigore.

100. Parimenti il riferimento ad un indice di garanzia di valore diverso da quello inizialmente concordato può configurare un adeguamento contrattuale puramente tecnico, qualora i due indici siano equivalenti. A un'equivalenza del genere fa pensare l'accenno, contenuto nella decisione di rinvio, al fatto che il nuovo indice rappresenta l'indice succeduto al precedente. Il Bundesvergabeamt dovrà tuttavia inoltre accertarsi del fatto che anche il modo di funzionamento del nuovo indice sia equivalente a quello dell'indice precedente. In tale accertamento rientra in particolare il fatto che il paniere di prodotti o altre grandezze di riferimento, a cui si riferiscono i rispettivi indici, debbono essere sostanzialmente equivalenti.

101. Se invece una conversione valutaria o un cambiamento di indice viene preso a motivo dalle parti del contratto per modificare anche sostanzialmente i corrispettivi pattuiti, tale misura nelle sue dimensioni eccede i limiti di un mero adeguamento contrattuale di ordine tecnico. Non è inoltre più a priori escluso che si configuri una modifica contrattuale essenziale con effetti sulla concorrenza tra prestatori di servizi.

102. Nel caso in esame gli adeguamenti del contratto base ad opera della prima clausola addizionale hanno comportato che, per l'ammissione di determinati comunicati delle autorità federali nel servizio OTS per gli anni 2002, 2003 e 2004, vigevano ormai corrispettivi massimi che non potevano essere aumentati.

103. Il Bundesvergabeamt dovrà verificare se con ciò si sia proceduto ad una modifica sostanziale nei confronti dei corrispettivi

44 — Vero è che un adeguamento contrattuale in occasione della conversione valutaria non sarebbe stato obbligatoriamente necessario, in quanto già le condizioni quadro legalmente esistenti garantivano che tutte le somme in precedenza espresse nella valuta nazionale avrebbero dovuto essere intese in futuro come formulate in euro senza che ciò configurasse una modifica delle obbligazioni contrattuali esistenti [v. anche artt. 3 e 5 del regolamento (CE) del Consiglio 17 giugno 1997, n. 1103, relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro, GU L 162, pag. 1]. Come però hanno giustamente affermato l'APA e l'APA-OTS, un espresso adeguamento contrattuale può essere tuttavia opportuno, in particolare in un rapporto obbligatorio di durata come quello in esame, al fine di evitare gli aumentati costi amministrativi di una conversione valutaria costantemente ripetuta.

pattuiti nel contratto base. È al riguardo decisivo stabilire quale andamento dei corrispettivi indicizzati pattuiti nel contratto base ci si sarebbe dovuto attendere ad un esame obiettivo alla luce dei punti di riferimento disponibili nell'anno 2001.

104. Qualora i corrispettivi massimi ormai stabiliti per gli anni 2002, 2003 e 2004 corrispondessero sostanzialmente ai prezzi che sarebbero risultati secondo ogni previsione anche in applicazione della clausola di indicizzazione fissata nel contratto base, non si configurerebbe alcuna modifica contrattuale essenziale [45]. Qualora invece essi si scostassero chiaramente dall'andamento dei prezzi prevedibile alla luce del contratto base, andrebbero esaminati gli effetti di questa modifica sulla concorrenza, e per questo esame valgono i criteri illustrati in precedenza, in ordine alla seconda parte della terza questione [46].

105. Sulla base delle informazioni a disposizione della Corte di giustizia, ritengo comunque che modifiche di prezzo come quelle pattuite nella prima clausola addizionale si muovessero nell'ambito degli aumenti di prezzo annuali come prevedibili nel 2001 e che già per questo motivo non configurassero una modifica contrattuale essenziale.

45 — I corrispettivi massimi per riga concordati per gli anni 2002, 2003 e 2004 nella prima clausola addizionale differiscono tra loro solo in misura minima. Salvo un più preciso esame da parte del Bundesvergabeamt tali minime differenze di prezzo di anno in anno sembrano muoversi nell'ambito dell'andamento generale dei prezzi prevedibili nel 2001.

46 — V. supra, paragrafi 81-94 delle presenti conclusioni.

B — *Sulle questioni quarta e quinta*

106. Le questioni quarta e quinta, con le quali il Bundesvergabeamt pone il problema della procedura di aggiudicazione applicabile e quello della capacità di un prestatore di servizi, presuppongono che operazioni come quelle avvenute negli anni 2000, 2001 e 2005 debbano essere in generale considerate come un'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

107. Sulla base delle informazioni a disposizione della Corte di giustizia, ritengo che nessuna di queste operazioni configurasse un'aggiudicazione del genere [47]. Pertanto esamino le questioni quarta e quinta soltanto in via subordinata.

1. Sulla quarta questione

108. Con la sua quarta questione, il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente sapere se un appalto pubblico di servizi possa essere aggiudicato come un tutt'unico in una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, qualora l'appalto

47 — V., al riguardo, quanto da me esposto sulle questioni prima, seconda e terza (supra, paragrafi 41-105 delle presenti conclusioni).

abbia come oggetto servizi prevalentemente non prioritari ed esista un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 non per tutti, ma solo per alcuni dei servizi da fornire.

a) Servizi prioritari e non prioritari

109. La direttiva 92/50 distingue, in base ai suoi artt. 8-10, tra servizi prioritari e non prioritari. I primi sono definiti nell'allegato I A della direttiva, i secondi nell'allegato I B di quest'ultima. Sfondo di questa disciplina è il fatto che ad appalti relativi a servizi non prioritari per il loro carattere specifico non può essere attribuito *a priori* un interesse transfrontaliero che potrebbe giustificare una loro aggiudicazione in una procedura di gara d'appalto [48].

110. Il Bundesvergabeamt, sulla scorta degli argomenti dell'APA e dell'APA-OTS, ritiene che le prestazioni di agenzia di stampa come quelle convenute nel caso di specie configurino un misto di servizi prioritari e non prioritari [49], in cui i servizi non prioritari sono nettamente prevalenti in base al loro valore.

111. Se si ammette che tale valutazione sia corretta [50], all'appalto pubblico di servizi aggiudicato all'APA trova applicazione, nel complesso, il regime dei servizi non prioritari (art. 10 della direttiva 92/50). Esso costituisce un appalto pubblico che non è sottoposto ad alcuna specifica procedura di aggiudicazione ai sensi del titolo III della direttiva 92/50 [51].

b) Applicabilità dell'obbligo di trasparenza

112. Anche nel caso di operazioni di aggiudicazione per le quali le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non prevedono alcuna specifica procedura di aggiudicazione debbono tuttavia essere rispettati, in base ad una giurisprudenza costante, i principi fondamentali del Trattato CE in generale e il principio di non discriminazione in base

48 — Sentenza Commissione/Irlanda (citata alla nota 25, punto 25).

49 — L'APA e l'APA-OTS ritengono che i loro servizi di documentazione debbano essere classificati nel settore di attività dei «servizi di biblioteche» («Library services», riferimento CPC n. 96311) e che i loro servizi OTS debbano essere classificati nel settore di attività dei «servizi di informazione elettronica» («Electronic message and information services», riferimento CPC n. 75232).

50 — La decisione di rinvio pregiudiziale definisce il contesto di fatto in cui vanno risolte le questioni pregiudiziali; v., al riguardo, la giurisprudenza menzionata nella nota 43.

51 — Ai sensi del combinato disposto degli artt. 9 e 10 della direttiva 92/50, a tali appalti vanno applicati (solo) gli artt. 14 e 16 di tale direttiva, che sono irrilevanti ai fini delle questioni in esame nel caso di specie. Le altre disposizioni procedurali previste nella direttiva 92/50, in particolare quelle relative all'aggiudicazione con previa pubblicazione di un bando di gara, non valgono per questi appalti (sentenza Commissione/Irlanda, cit. alla nota 25, punti 23 e 24). Vale tuttavia il divieto di discriminazioni di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 (sentenza 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 47).

alla nazionalità in particolare [52]. La Corte di giustizia ha solo da poco chiarito che ciò vale anche per l'aggiudicazione di appalti relativi a servizi non prioritari [53].

113. Dunque, se un appalto relativo a servizi non prioritari presenta un chiaro interesse transfrontaliero, ad esso trova applicazione l'*obbligo di trasparenza* derivato dalle libertà fondamentali e l'appalto non può essere aggiudicato senza alcuna forma di trasparenza [54].

114. Il Bundesvergabeamt dovrà verificare se la prestazione di servizi di agenzia di stampa come quelli oggetto del contratto nel caso in esame presenti un chiaro interesse transfrontaliero [55]. Al riguardo vanno presi in considerazione, tra l'altro, i seguenti aspetti:

— A favore della configurabilità di un interesse transfrontaliero depone la circostanza che numerose agenzie di stampa svolgono la loro attività a livello internazionale. Anche l'ingresso sul mercato della PN nell'anno 1999 dimostra che il mercato austriaco non era del tutto privo di interesse per nuovi offerenti.

— L'esistenza all'epoca di accordi di cooperazione tra diverse agenzie di stampa operanti sui loro rispettivi mercati nazionali — accordi menzionati nel corso della trattazione orale — non esclude a priori che alcune di tali agenzie volessero rafforzare in futuro il loro impegno su un mercato come quello tedesco attraverso una propria presenza in loco.

— Contro la configurabilità di un interesse transfrontaliero potrebbe deporre la circostanza che una gran parte dei servizi necessari alle autorità federali austriache presenti riferimenti specifici all'Austria, anche ad eventi regionali verificatisi nei Länder di tale Paese.

c) Contenuto dell'obbligo di trasparenza

115. Sul piano del contenuto consegue dall'obbligo di trasparenza che va garantito

52 — Sentenza Parking Brixen (cit. alla nota 32, punto 46); v. anche sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punto 60); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punto 16); 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 33); ANAV (cit. alla nota 34, punto 18), e 14 giugno 2007, causa C-6/05, Medipac-Kazantzidis (Racc. pag. I-4557, punto 33); v. anche ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punto 20).

53 — Sentenza Commissione/Irlanda (cit. alla nota 25, punto 29).

54 — Sentenza Commissione/Irlanda (cit. alla nota 25, punto 30); v., sull'obbligo di trasparenza, anche le sentenze Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 52, punto 62); Coname (cit. alla nota 52, punti 16 e 17), Parking Brixen (cit. alla nota 32, punti 46-49) e ANAV (cit. alla nota 34, punti 18-21).

55 — Sentenza Commissione/Irlanda (cit. alla nota 25, punti 29-30); nello stesso senso, sentenza 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7 (Racc. pag. I-349, punto 67).

un adeguato livello di pubblicità [56]. Sinora è rimasta ampiamente irrisolta la questione di stabilire quali requisiti ne risultino appunto per operazioni di aggiudicazione per le quali le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non prevedono alcuna procedura di aggiudicazione specifica. È certo solo che dall'obbligo di trasparenza non discende necessariamente un obbligo di gara [57].

116. Infine spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare in ogni singolo caso cosa sia l'adeguato livello di pubblicità, al fine di aprire alla concorrenza la rispettiva operazione di aggiudicazione e di rendere possibile un controllo sull'imparziale esecuzione della procedura di aggiudicazione [58].

117. In maniera del tutto generale l'obbligo di trasparenza non dovrebbe essere interpretato nel senso che debba sempre essere applicata una procedura di aggiudicazione corrispondente in tutti i particolari a quella delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici [59]. Infatti altrimenti diventerebbe inutile la distinzione tra le operazioni di aggiudicazione che rientrano nell'ambito di applicazione di tali direttive e quelle che non vi rientrano; anche i limiti di valore massimi stabiliti dal legislatore comunitario sarebbero ampiamente svuotati del loro significato.

118. A maggior ragione, però, dall'obbligo di trasparenza non risultano, per le operazioni di aggiudicazione per le quali le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici prescindono da specifiche procedure di aggiudicazione, requisiti eccedenti quelli vigenti per operazioni di aggiudicazione per le quali tali procedure sono previste nelle direttive [60]. Infatti le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non sono che una concretizzazione dell'obbligo di trasparenza per determinate operazioni di aggiudicazione particolarmente importanti [61].

119. In relazione agli appalti pubblici aventi interamente o prevalentemente ad oggetto servizi non prioritari, l'obbligo di trasparenza non può dunque richiedere una misura di pubblicità maggiore rispetto agli appalti aventi interamente o prevalentemente ad oggetto servizi prioritari.

56 — Sentenze Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 52, punto 62); Coname (cit. alla nota 52, punti 16 e 17); Parking Brixen (cit. alla nota 32, punto 49) e ANAV (cit. alla nota 34, punto 21).

57 — Sentenze Coname (cit. alla nota 52, punto 21); al riguardo contiene un fraintendimento la sentenza Parking Brixen (cit. alla nota 32, punto 50), che nella sua vincolante versione tedesca parla di «Ausschreibung» [gara], il che però potrebbe appunto basarsi su un'infelice traduzione dell'espressione francese «mise en concurrence».

58 — Sentenze Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 52, punto 62), Parking Brixen (cit. alla nota 32, punti 49 e 50) e ANAV (cit. alla nota 34, punto 21). In questo contesto fornisce utili indicazioni anche la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (GU 2006, C 179, pag. 2).

59 — V., al riguardo, già le mie conclusioni per la sentenza nella causa Parking Brixen (cit. alla nota 32, paragrafo 37).

60 — In questo senso, le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, presentate il 2 giugno 2005 per la sentenza 27 ottobre 2005 nella causa C-525/03, Commissione/Italia (Racc. pag. I-9405, paragrafo 47); dell'avvocato generale Stix-Hackl, presentate il 14 settembre 2006 per la sentenza 18 dicembre 2007 nella causa C-532/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-11353, paragrafo 111), e dell'avvocato generale Sharpston, presentate il 18 gennaio 2007 per la sentenza 26 aprile 2007 nella causa C-195/04, Commissione/Finlandia (Racc. pag. I-3351, paragrafi 76 e 77); v. anche le mie conclusioni nella causa Parking Brixen (cit. alla nota 32, paragrafo 46).

61 — In questo senso, sentenza Commissione/Irlanda (cit. alla nota 25, punti 27-29); v. anche le mie conclusioni nella causa Parking Brixen (cit. alla nota 32, paragrafo 47).

120. Per contratti relativi a servizi che, per motivi di tutela di diritti di esclusiva [62], possono essere eseguiti solo da un determinato prestatore di servizi ciò significa che essi possono sempre essere aggiudicati senza previa pubblicazione di un bando di gara, a prescindere dal fatto che si tratti di servizi prioritari o non prioritari. Se infatti l'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 permette già una siffatta procedura per servizi prioritari, tanto più dovrebbe essere ammesso aggiudicare con tale procedura servizi non prioritari. Al riguardo i valori espressi nell'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50 possono essere trasposti anche al settore dei servizi non prioritari. Se l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50 non chiede alcuna previa pubblicazione di un bando di gara, anche dall'obbligo di trasparenza non può derivare una conseguenza diversa [63].

121. Un'adeguata trasparenza, che garantisca che l'operazione di aggiudicazione sia aperta alla concorrenza e renda possibile un controllo sull'imparzialità dell'esecuzione della procedura di aggiudicazione, può risultare, nel caso di servizi ai sensi dell'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, anche attraverso una pubblicazione ex post.

62 — Spetta al Bundesvergabeamt verificare se nella fattispecie esista un siffatto diritto di esclusiva.

63 — In questo senso anche la comunicazione della Commissione (cit. alla nota 58, punto 2.1.4).

d) Aggiudicazione come un tutt'unico di un appalto di servizi misto

122. Rimane da esaminare la questione se un appalto pubblico di servizi possa essere aggiudicato *come un tutt'unico* con procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara ove un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 esista non per tutti, ma solo per alcuni dei servizi da prestare.

123. In linea di principio, si deve ritenere che l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, in quanto eccezione rispetto alle disposizioni che debbono garantire l'efficacia dei diritti concessi dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, vada interpretato in senso restrittivo [64]. In relazione a operazioni di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto un insieme di servizi, ciò depone a favore del fatto di ammettere il ricorso alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara solo per i servizi concretamente considerati dall'art. 11, n. 3.

124. Tuttavia una siffatta aggiudicazione separata di servizi ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 viene in considerazione solo se l'appalto pubblico è in genere

64 — Sentenze 18 novembre 2004, causa C-126/03, Commissione/Germania (Racc. pag. I-11197, punto 23), e 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3609, punto 58). V. anche l'art. 11, n. 4, della direttiva 92/50, ai sensi del quale «in tutti gli altri casi» dev'essere applicata una procedura aperta o una procedura ristretta.

divisibile. Al riguardo non solo è importante la teorica divisibilità dell'appalto, ma si deve anche prendere in considerazione lo scopo di utilizzazione e l'utilità pratica delle prestazioni a seconda che esse siano ricevute separatamente o in maniera unitaria.

125. Nel caso in esame l'APA e l'APA-OTS, la Repubblica d'Austria e il governo federale hanno dimostrato in maniera convincente quanto strettamente siano tra loro connesse le diverse prestazioni di agenzia di stampa pattuite nel contratto base. Così non sarebbe opportuno ricevere contributi redazionali da un prestatore di servizi e diffondere le relative reazioni attraverso un altro prestatore di servizi, in quanto non sarebbe garantito che entrambi i prestatori di servizi servano gli stessi acquirenti ultimi. Ad un comunicato apparso sul giornale A non si potrebbe rispondere con una dichiarazione sul giornale B. Inoltre, avrebbe anche un'importanza decisiva per l'utilità a favore dell'utilizzatore dei servizi il fatto di poter ricorrere a banche dati fra loro collegate attraverso una rete unitaria di utilizzatori.

126. A favore della separabilità delle componenti del contratto non depone ad esempio il fatto che nel frattempo i servizi OTS siano prestati dall'APA-OTS e non più dall'APA. Infatti, come si è già detto, si tratta al riguardo di una riorganizzazione puramente interna da parte del prestatore di servizi; sotto il profilo economico non si è verificato alcun cambiamento del prestatore di servizi, anzi l'APA controlla l'APA-OTS come una propria unità aziendale [65]. Inoltre le diverse prestazioni sono poi collegate e si possono ottenere unitariamente.

127. Tutto ciò depone — salvo le concrete valutazioni di fatto che saranno operate dal Bundesvergabeamt — contro la separabilità del contratto di prestazione di servizi in essere tra la Repubblica d'Austria e l'APA e, pertanto, contro un obbligo di aggiudicazione separata delle varie componenti del contratto.

128. Tale conclusione non è modificata neppure dalla circostanza che il contratto di prestazione di servizi verte nella fattispecie su servizi sia prioritari sia non prioritari. Come dimostra anche una lettura dell'art. 10 della direttiva 92/50, non è assolutamente necessario aggiudicare di volta in volta in maniera separata prestazioni prioritarie e non prioritarie [66].

129. Diversa sarebbe la situazione solo se l'amministrazione aggiudicatrice avesse raggruppato i singoli servizi in un unico appalto di prestazione di servizi arbitrariamente o allo scopo di eludere disposizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici [67]. Nella fattispecie non esiste però alcun elemento per concludere in tal senso. Al contrario, secondo le informazioni a disposizione della Corte di giustizia, esistevano motivi obiettivi che deponevano a favore di un'aggiudicazione di tutti i servizi controversi come un tutt'unico [68].

65 — V. al riguardo supra, paragrafi 20, 61 e 62 delle presenti conclusioni.

66 — V. anche sentenza Felix Swoboda (cit. alla nota 15, punti 56 e 60).

67 — Sentenza Felix Swoboda (cit. alla nota 15, punti 57 e 60).

68 — V. supra, paragrafo 125 delle presenti conclusioni.

e) Conclusione provvisoria

130. Riassumendo, sulla quarta questione può dirsi quanto segue:

Un appalto pubblico di servizi può essere aggiudicato come un tutt'unico attraverso una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara se l'appalto ha prevalentemente come oggetto servizi non prioritari ed esiste un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50 non per tutti, ma solo per alcuni dei servizi da prestare, a meno che i singoli servizi non siano stati raggruppati in un unico appalto di servizi arbitrariamente o al solo scopo di eludere disposizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

2. Sulla quinta questione

131. Con la sua quinta questione, il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente sapere se un imprenditore possa provare la propria capacità di eseguire un appalto pubblico di servizi con la semplice affermazione che, ai sensi dell'art. 82 CE, un'altra impresa sarebbe tenuta a mettergli a disposizione, a condizioni adeguate, determinati dati.

132. Sfondo della questione è la circostanza che la prestazione di servizi di agenzia di stampa, come richiesti nella fattispecie dalle autorità federali austriache, presuppone l'accesso ad un esteso archivio, dal quale, tra l'altro, possano essere ottenuti informazioni e testi storici. Secondo le indicazioni fornite nella decisione di rinvio pregiudiziale, la PN non dispone di un archivio di dati storico che sia paragonabile, neppure approssimativamente, a quello dell'APA. Inoltre l'APA non concede ai suoi concorrenti alcun accesso ai suoi archivi, in ogni caso non allo scopo dell'ulteriore cessione dei dati ivi ottenibili. Deve ora essere chiarito se la PN possa far valere, come prova della sua ugualmente esistente capacità ai sensi dell'art. 31 della direttiva 92/50, di avere diritto ad accedere agli archivi dell'APA, in particolare alla banca dati APADok di quest'ultima.

133. Con ciò si allude alla «dottrina delle essential facilities» discussa nel diritto della concorrenza. Secondo la giurisprudenza in materia, nell'ambito dell'art. 82 CE — però solo in circostanze eccezionali — può essere considerato abusivo il fatto che un'impresa in posizione dominante sul mercato si rifiuti di concedere ad un'altra impresa l'accesso a beni, servizi o dati indispensabili («essential facilities») [69]. In tali casi dall'art. 82 CE può conseguire un obbligo di contrarre per l'impresa in posizione dominante sul mercato.

69 — Sentenze 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, «Magill» (Racc. pag. I-743, punti 49-57); 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner (Racc. pag. I-7791, punti 38-47), e 29 aprile 2004, causa C-418/01, IMS Health (Racc. pag. I-5039).

134. Nel caso di specie può tuttavia rimanere in sospeso la questione se una banca dati come l'archivio APA Dok gestito dall'APA contenga dati indispensabili per i concorrenti di quest'ultima, configurando quindi una «essential facility», e se nel caso di specie sussistano circostanze eccezionali che obblighino l'APA a concedere ai loro concorrenti, a condizioni adeguate, l'accesso al suo archivio.

135. Infatti, un prestatore di servizi che in vista della sua ammissione ad una procedura di aggiudicazione intenda rinviare ai mezzi di altre istituzioni o imprese, deve provare di disporre *effettivamente* di tali mezzi [70]. In caso diverso non è possibile per l'amministrazione aggiudicatrice un significativo confronto tra la capacità di quest'ultimo e quelle degli altri possibili prestatori di servizi. Ove l'amministrazione aggiudicatrice facesse affidamento sulla disponibilità soltanto *potenziale* dei mezzi in questione da parte del prestatore di servizi, essa correrebbe il rischio di aggiudicare il proprio appalto ad un imprenditore la cui capacità in seguito — ossia in caso di difficoltà di accesso ai mezzi necessari — risultasse carente. Nel contempo essa negherebbe eventualmente l'appalto ad un altro imprenditore, effettivamente capace. Un siffatto modo di procedere non corrisponderebbe né alla preoccupazione della pari opportunità di tutti i possibili prestatori di servizi né al principio di economicità nelle procedure di aggiudicazione.

70 — Sentenze 2 dicembre 1999, Holst Italia (cit. alla nota 31, punto 29), Siemens e ARGE Telekom (cit. alla nota 15, punto 44) e 18 novembre 2004, Commissione/Germania (cit. alla nota 64, punto 22). V., per casi futuri, anche l'art. 48, n. 3, della direttiva 2004/18, in cui tale giurisprudenza è attualmente codificata.

136. Un'agenzia di stampa come la PN non può, dunque, semplicemente asserire di aver diritto all'accesso agli archivi dell'APA, ma deve concretamente provare che tale accesso le sia anche effettivamente concesso, ad esempio in forma di un impegno espresso o di un contratto di licenza già concluso. In caso diverso essa non può provare con successo in una procedura di aggiudicazione la sua capacità attraverso un riferimento agli archivi dell'APA.

137. I termini di norma brevi entro i quali deve essere presa una decisione in una procedura di aggiudicazione non consentono il sovente assai lungo e complesso chiarimento delle difficili questioni di diritto connesse con l'art. 82 CE e con la «dottrina delle essential facilities». Al riguardo l'imprenditore interessato deve far fronte a un'eventuale controversia prima di presentare la sua candidatura per un appalto pubblico.

138. Rimane quindi da tener fermo, per quanto riguarda la quinta questione, che un imprenditore non può provare la sua capacità ad eseguire un appalto pubblico di servizi con la semplice affermazione secondo cui un'altra impresa sarebbe obbligata, ai sensi dell'art. 82 CE, a mettergli a disposizione, a condizioni adeguate, determinati dati.

C — *Sulle questioni sesta e settima*

139. Con le sue questioni sesta e settima, il Bundesvergabeamt intende ottenere informazioni sulla portata della tutela giurisdizionale che deve essere concessa ad un'impresa non presa in considerazione da un'amministrazione aggiudicatrice. Anche le dette questioni presuppongono, di conseguenza, che operazioni come quelle degli anni 2000, 2001 e 2005 debbano essere considerate, in linea di principio, come un'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. Ciò è ammesso anche dal Bundesvergabeamt nella decisione di rinvio pregiudiziale.

140. Sulla base delle informazioni a disposizione della Corte ritengo, come già detto, che nessuna di tali operazioni configurasse un'aggiudicazione del genere [71]. Di conseguenza procedo ad esaminare le questioni sesta e settima solo in via subordinata.

1. Sulla sesta questione

141. La sesta questione del Bundesvergabeamt verte sull'interpretazione delle nozioni di lesione e rispettivamente di persona lesa contenute negli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665. Come si è già detto [72], tale questione è ammissibile solo sotto il profilo dell'art. 1, n. 3, della direttiva.

142. Con la sua questione il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente sapere se una procedura di ricorso debba essere eseguita già qualora il ricorrente sostenga di aver perso la possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione a seguito dell'ingiusta omissione della pubblicazione di un bando di gara, ovvero se il ricorrente debba provare in aggiunta la propria capacità all'esecuzione del rispettivo appalto pubblico. È dunque necessario illustrare meglio la *legittimazione ad agire* ai fini della procedura di ricorso.

143. L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 autorizza gli Stati membri a limitare sotto un duplice profilo la legittimazione ad agire in relazione ad una procedura di ricorso per l'aggiudicazione di appalti pubblici [73]: da un lato attraverso il requisito di un interesse del ricorrente al relativo appalto pubblico, dall'altro attraverso il requisito di una lesione verificatasi o che rischi di verificarsi per il ricorrente. In questo modo possono essere escluse azioni popolari nonché rimedi giuridici proposti da candidati manifestamente privi di prospettive.

71 — V., al riguardo, le mie considerazioni sulla prima, sulla seconda e sulla terza questione (supra, paragrafi 41-105 delle presenti conclusioni).

72 — V., al riguardo, i paragrafi 35-37 delle presenti conclusioni.

73 — Il riferimento agli appalti pubblici di forniture e di lavori dev'essere inteso, dopo l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva 89/665 da parte della direttiva 92/50, nel senso che esso comprende tutti gli appalti pubblici, quindi anche gli appalti di servizi. Il fatto che solo l'art. 1, n. 1, ma non il n. 3, della direttiva 89/665 sia stato in corrispondenza adeguato, sembra da ricondurre ad un errore redazionale del legislatore comuniario che è stato rettificato per i casi futuri dalla direttiva 2007/66.

144. Al riguardo non può tuttavia essere ostacolata la pratica efficacia della direttiva [74]. Le restrizioni della legittimazione ad agire debbono pertanto essere interpretate alla luce del duplice obiettivo della direttiva: da un lato, quello di concedere ai singoli una *tutela giurisdizionale effettiva* in relazione all'aggiudicazione di appalti pubblici e, dall'altro, quello di rendere possibile un adeguato *controllo di legittimità* delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.

145. Infatti, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando' di tale atto, la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici; a tal fine, l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile [75].

146. Su questo sfondo, la legittimazione ad agire in procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non può essere eccessivamente limitata. In particolare per l'*ammissibilità* di un ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non possono essere poste le stesse condizioni richieste per la sua *fondatezza* [76].

147. Non può quindi trattarsi di esigere dall'interessato, già nella fase della proposizione del ricorso, la prova concreta che egli ha effettivamente subìto o rischia di subire un danno. Anzi, per la legittimazione ad agire in una procedura di ricorso deve bastare che l'interessato — oltre alla violazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice — *faccia valere in maniera concludente* il proprio interesse all'appalto controverso nonché la *possibilità* che si verifichi un danno.

148. La possibilità di un danno è da presumere se non è chiaramente escluso che il ricorrente senza l'asserita violazione dell'amministrazione aggiudicatrice avrebbe ottenuto l'aggiudicazione. Ove l'appalto pubblico — come nel caso in esame — venga aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando, per aggiudicazione diretta [77], già da questa frustrazione — come illegittimamente lamentata — della sua possibilità di partecipare alla procedura di aggiudicazione conseguirebbe che il ricorrente ha probabilmente perso un appalto e quindi è venuto in essere un danno [78].

74 — Sentenze 19 giugno 2003, causa C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner e a. (Racc. pag. I-6413, punti 31-34); 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 72), e 12 febbraio 2004, causa C-230/02, Grossmann Air Service (Racc. pag. I-1829, punto 42).

75 — Sentenze 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-7671, punti 33 e 34); Fritsch, Chiari & Partner e a. (cit. alla nota 74, punti 30); Universale-Bau e a. (cit. alla nota 74, punto 74), e Grossmann Air Service (cit. alla nota 74, punto 36).

76 — La sola circostanza che *al termine della procedura di ricorso* non possa eventualmente essere provato alcun danno, effettivo o potenziale, non depone ancora in quanto tale contro l'ammissibilità del ricorso; in questo senso, sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, Hackermüller (Racc. pag. I-6319, punto 27).

77 — Detta anche «libera aggiudicazione».

78 — Così anche il Bundesverfassungsgericht tedesco, ordinanza 29 luglio 2004 (2 BvR 2248/03, punto n. 36, in fine).

149. All'interessato, nella fase della sua domanda nella procedura di ricorso, non può neppure chiedersi né una prova concreta della sua capacità né la prova che senza la pretesa violazione egli avrebbe ottenuto l'aggiudicazione [79]. Altrimenti gli sarebbe reso praticamente impossibile o comunque eccessivamente difficoltoso l'accesso alla procedura di ricorso [80]. In particolare, in casi di aggiudicazione diretta come quello in esame sarebbe pressoché impossibile per l'interessato fornire una prova concreta della sua capacità, in quanto in mancanza di una previa pubblicazione di un bando di gara potrebbero mancargli precise informazioni circa le condizioni poste dall'amministrazione aggiudicatrice.

150. Solo eccezionalmente la domanda in una procedura di ricorso può essere respinta in quanto irricevibile già in limine con riferimento alla mancanza di capacità dell'interessato, cioè nel caso in cui la mancanza di capacità di quest'ultimo sia già così evidente al momento della domanda che non occorra alcun esame approfondito. Ogni altro aspetto è però una questione di merito della domanda.

151. Rimane quindi da tener fermo, in ordine alla sesta questione, che una domanda in una procedura di ricorso ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 è già ammissibile se il ricorrente fa valere, in maniera concludente, il suo interesse all'appalto pubblico, la violazione e gli eventuali danni verificatisi o che rischiano di verificarsi. Se l'appalto è stato aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara, già dalla frustrazione della sua possibilità di partecipazione alla procedura di aggiudicazione conseguirebbe che il ricorrente ha probabilmente subìto un danno, a meno che non sia evidente la sua mancanza di capacità.

2. Sulla settima questione

152. Con la sua settima questione, il Bundesvergabeamt intende sostanzialmente sapere se sia compatibile con i principi di equivalenza e di effettività il fatto che la legge nazionale preveda, per una domanda di accertamento in materia di norme sull'aggiudicazione di appalti pubblici che sia presupposto obbligatorio di una successiva domanda di risarcimento danni, un termine di decadenza di sei mesi al massimo a partire dalla data dell'asserita aggiudicazione in contrasto con le norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Il Bundesvergabeamt si chiede inoltre se il principio di effettività imponga di calcolare, in aggiunta al detto termine di sei mesi, eventuali periodi in cui, in base alla legge nazionale, non sussisteva alcun rimedio giuridico efficace.

153. Lo sfondo della questione è la circostanza che la PN ha proposto il suo ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt solo nel luglio 2006, dunque entro sei mesi dall'entrata in vigore, avvenuta il 1° febbraio 2006, delle nuove disposizioni procedurali contenute nell'art. 331 del BVergG 2006, ma oltre sei mesi dopo le operazioni, controverse nel caso di specie, degli anni 2000, 2001 e 2005. A parere del Bundesvergabeamt, le aggiudicazioni dirette («aggiudicazioni de facto») «verrebbero combattute effettivamente» in Austria solo a partire dall'entrata in vigore dell'art. 331 del BVergG 2006.

79 — Nello stesso senso il Bundesvergfassungsgericht (cit. alla nota 78, punti 26 e 29).

80 — Nello stesso senso — anche se in riferimento alla concessione di un risarcimento danni — le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed 10 ottobre 2002 per la sentenza nella causa GAT (cit. alla nota 20, paragrafo 66).

154. La direttiva 89/665 non stabilisce alcuna disciplina espressa sui termini applicabili alla procedura di ricorso ai sensi del suo art. 1.

155. Punto di partenza per la soluzione della questione posta alla Corte di giustizia è quindi il principio dell'*autonomia procedurale* degli Stati membri [81]: secondo una giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (*principio di equivalenza)*, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (*principio di effettività*) [82]. Entrambi i principi vengono sanciti anche all'art. 1 della direttiva 89/665: il principio di equivalenza al n. 2 e il principio di effettività al n. 1.

156. Il *principio di equivalenza* è un'espressione del generale principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazioni [83], che richiedono che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato [84].

157. Giustamente la Commissione, nonché l'APA e l'APA-OTS, hanno accennato in questo contesto ad una particolarità che caratterizza la procedura di ricorso in materia di normativa sulle aggiudicazioni di appalti pubblici. Così l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 richiede agli Stati membri che rendano possibile un *ricorso quanto più rapido possibile* contro violazioni della normativa sulle aggiudicazioni. In questo modo, da un lato, dev'essere fornita una tutela giurisdizionale effettiva, dall'altro, si deve giungere il più possibile rapidamente alla certezza del diritto. Tale obiettivo giustifica, per i ricorsi ai sensi della direttiva 89/665, il fatto di prevedere eventualmente termini più brevi rispetto ai termini di prescrizione a cui sono assoggettate le domande di risarcimento danni ai sensi delle disposizioni di legge nazionali di portata generale.

158. Il principio di equivalenza non osta quindi ad un termine di decadenza di sei mesi per ricorsi come quelli previsti all'art. 332, nn. 2 e 3, del BVergG 2006, anche se in base al diritto nazionale il termine di prescrizione

81 — Sentenza Universale-Bau (cit. alla nota 74, punto 71); sulla nozione di *autonomia procedurale,* v. le sentenze 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells (Racc. pag. I-723, punto 67); 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a. (Racc. pag. I-6057, punto 95), e 28 giugno 2007, causa C-1/06, Bonn Fleisch (Racc. pag. I-5609, punto 41).

82 — Sentenze 19 dicembre 1968, causa 13/68, Salgoil (Racc. pag. 601, in particolare pag. 615); 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe-Zentralfinanz (Racc. pag. 1989, punto 5); 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck (Racc. pag. I-4599, punto 12); 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet (Racc. pag. I-2271, punti 39 e 43), e 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, Van der Weerd e a. (Racc. pag. I-4233, punto 28).

83 — V. le mie conclusioni 9 gennaio 2008 per la sentenza 15 aprile 2008 nella causa C-268/06, Impact (Racc. pag. I-2483, paragrafo 67); sul principio della parità di trattamento, v. la costante giurisprudenza, non da ultimo le sentenze 12 settembre 2006, causa C-300/04, Eman e Sevinger (Racc. pag. I-8055, punto 57); 3 maggio 2007, causa C-303/05, Advocaten voor de Wereld (Racc. pag. I-3633, punto 56), e 11 settembre 2007, causa C-227/04 P, Lindorfer/Rat (Racc. pag. I-6767, punto 63).

84 — In questo senso, anche, benché in riferimento alla restituzione di imposte, sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I-4951, punto 37).

generale per le domande di risarcimento danni è più ampio.

159. Resta tuttavia da esaminare, alla luce del *principio di effettività*, la questione se un termine di decadenza come quello previsto nella legge austriaca per domande di accertamento non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile far valere successivamente il diritto delle persone lese ad un risarcimento danni ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

160. In linea di principio, la fissazione di adeguati termini di decadenza per l'esperimento di rimedi giuridici non contrasta con il principio di effettività, in quanto essa è un caso di applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto [85].

161. Il carattere adeguato di un termine di decadenza va valutato al riguardo tenendo conto della natura e delle conseguenze giuridiche del rispettivo rimedio giuridico nonché dei diritti controversi e degli interessi di tutti i soggetti coinvolti.

162. Così, per ricorsi diretti a far dichiarare invalidi — sia retroattivamente sia per il futuro — contratti già conclusi, un termine di decadenza assoluta di sei mesi è in linea di massima senz'altro adeguato [86]. Infatti la conseguenza giuridica particolarmente grave dell'invalidità di un contratto già concluso giustifica la previsione di un termine che decorra anche indipendentemente dal fatto che il ricorrente conoscesse l'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in base alla normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero che egli dovesse almeno esserne a conoscenza. Sia per l'amministrazione aggiudicatrice sia anche per la sua controparte contrattuale sussiste un'esigenza — chiara e meritevole di tutela — di certezza del diritto sotto il profilo della validità del contratto stipulato.

163. In relazione ad un caso come quello in esame si deve però considerare che un termine di decadenza assoluta di sei mesi, quale previsto dall'art. 332, nn. 2 e 3, del BVergG 2006 per domande di accertamento ai sensi dell'art. 331, n. 1, di tale legge, colpisce non solo colui che persegue effettivamente lo scopo di far dichiarare l'invalidità di un contratto già concluso, ma anche colui che intende solo intraprendere un passo procedurale indispensabile per preparare una successiva azione di risarcimento danni dinanzi ai giudici civili austriaci.

164. Qualora quindi l'interessato prendesse conoscenza solo dopo più di sei mesi del danno derivatogli in base all'aggiudicazione di un appalto avvenuta, in contrasto con la normativa sulle aggiudicazioni di appalti

85 — Giurisprudenza costante: v., ad esempio, sentenze Rewe-Zentralfinanz (cit. alla nota 82, punto 5); Edis (cit. alla nota 84, punti 20 e 35), e 17 giugno 2004, causa C-30/02, Recheio-Cash &Carry (Racc. pag. I-6051, punto 18); specialmente sulla direttiva 89/665, v. inoltre sentenze Universale-Bau (cit. alla nota 74, punto 76); 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex (Racc. pag. I-1877, punto 50), e 11 ottobre 2007, causa C-241/06, Lämmerzahl (Racc. pag. I-8415, punto 50).

86 — V., al riguardo, anche il combinato disposto dell'art. 2 septies, n. 1, lett. b), e dell'art. 2 quinquies, n. 1, della direttiva 89/665, nella versione della direttiva 2007/66.

pubblici, senza previa pubblicazione di un bando di gara (aggiudicazione diretta o aggiudicazione de facto), egli non potrebbe più neppure far valere diritti ad un risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali, poiché a tal fine, ai sensi dell'art. 341, n. 2, del BVergG 2006, avrebbe obbligatoriamente dovuto essere prima proposta una domanda di accertamento i cui termini però in quel momento sarebbero già scaduti.

165. Pertanto il termine di decadenza di cui all'art. 332, nn. 2 e 3, del BVergG ha ripercussioni, al di là dell'ambito di applicazione che gli è proprio, anche su un procedimento successivo per il quale esso, per il suo carattere rigoroso, non è adeguato. Infatti, con riguardo a semplici diritti ad un risarcimento danni non sussiste da parte dell'amministrazione aggiudicatrice la stessa esigenza di certezza del diritto esistente con riguardo alla validità di un contratto stipulato.

166. Qualora uno Stato membro si avvalga della facoltà prevista all'art. 2, nn. 2 e 5, della direttiva 89/665 e subordini la possibilità di far valere diritti ad un risarcimento danni al previo esperimento, con esito favorevole, di un procedimento di accertamento, i relativi termini debbono essere così strutturati e applicati che non sia praticamente resa impossibile o eccessivamente difficile l'effettiva realizzazione del diritto ad un risarcimento danni [87].

167. In complesso il principio di effettività impone che il termine per una domanda di accertamento, con cui il ricorrente prepari semplicemente la realizzazione di diritti ad un risarcimento danni, non inizi a decorrere prima che il ricorrente fosse o dovesse essere a conoscenza del verificarsi del danno. Qualora il ricorrente invece con una siffatta domanda di accertamento persegua anche la declaratoria di nullità del contratto concluso dall'amministrazione aggiudicatrice, possono essere previsti termini più rigorosi che decorrano indipendentemente dalla conoscenza o dalla possibilità di prendere conoscenza di un eventuale danno.

168. Il giudice nazionale deve per quanto possibile interpretare il diritto processuale nazionale nel senso che il rispetto dell'obbligo di effettività risultante dalla direttiva 89/665 sia assicurato e deve se necessario disapplicare qualsiasi disposizione la cui applicazione conducesse nel caso concreto ad un risultato contrastante col diritto comunitario [88].

169. Per un caso come quello in esame, che verte su un'aggiudicazione diretta senza previa pubblicazione di un bando di gara, ciò significa che il termine per la domanda di accertamento non può decorrere prima che l'interessato conoscesse o dovesse conoscere la pretesa violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, purché tale domanda venga proposta come necessario presupposto per una successiva azione di risarcimento danni.

87 — L'importanza della concreta struttura e della pratica applicazione di una disciplina dei termini viene sottolineata anche, ad esempio, dalla sentenza Lämmerzahl (cit. alla nota 85, punti 52, 56 e 61).

88 — Sentenze Santex (cit. alla nota 85, punti 62-64) e Lämmerzahl (cit. alla nota 85, punti 62 e 63).

170. Nella sua decisione di rinvio il Bundesvergbeamt accenna al fatto che, a suo parere, un risultato conforme al diritto comunitario può essere effettivamente raggiunto nel caso di specie, da un lato, applicando il rimedio giuridico dell'art. 331, n. 1, punto 4, del BVergG 2006, recentemente istituito, ad operazioni anteriori alla sua entrata in vigore e, dall'altro, calcolando i relativi termini attraverso un ricorso a determinate disposizioni del comune diritto civile, di modo che essi non decorrano prima che il ricorrente venga a conoscenza del danno e si prolunghino per i periodi in cui non esisteva alcun efficace rimedio giuridico.

171. In sintesi, sulla settima questione vale quanto segue:

Il principio di effettività impone che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 venga interpretato nel senso che per una domanda di accertamento, che in base alla legge nazionale costituisce il presupposto obbligatorio per una successiva azione di risarcimento danni, vige un termine adeguato che non può decorrere prima che l'interessato conoscesse o dovesse conoscere la pretesa violazione della normativa sulle aggiudicazioni di appalti pubblici e che si prolunga per i periodi nei quali non esisteva alcun efficace rimedio giuridico. Il giudice nazionale deve per quanto possibile interpretare il diritto processuale nazionale nel senso che venga raggiunto tale risultato e, se necessario, deve disapplicare ogni disposizione la cui applicazione nel caso concreto condurrebbe ad un risultato contrastante con il diritto comunitario.

VII — Conclusione

172. Alla luce di quanto in precedenza esposto propongo alla Corte di risolvere solo le prime tre questioni ad essa proposte dal Bundesvergabeamt austriaco, e ciò nei seguenti termini:

1) In generale sulla prima, sulla seconda e sulla terza questione: se un contratto che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 viene modificato quanto al suo contenuto durante il suo periodo di validità, non è necessaria l'esecuzione

di una procedura di aggiudicazione, a meno che non si tratti di una modifica contrattuale essenziale;

2) specificamente sulla prima questione:

a) non si deve ritenere esistente una modifica contrattuale essenziale nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice accetti che l'esecuzione di una parte dell'appalto pubblico venga trasferita ad una consociata della società appaltatrice le cui quote sociali sono detenute al 100% dalla società appaltatrice stessa, che controlla la consociata in modo analogo ad una propria unità aziendale. A ciò non osta il fatto che la società appaltatrice potrebbe teoricamente cedere a terzi in un momento successivo quote della consociata;

b) se la società appaltatrice è una persona giuridica, eventuali modifiche verificatesi nella cerchia dei proprietari delle sue quote durante il periodo di durata del contratto non costituiscono una modifica contrattuale essenziale;

3) specificamente sulla seconda e sulla terza questione:

a) non si deve ritenere esistente una modifica contrattuale essenziale nel caso in cui vengano eseguiti adeguamenti puramente tecnici del contratto a condizioni esterne modificate; fra questi ultimi rientrano la conversione in euro di corrispettivi originariamente espressi nella valuta nazionale e il riferimento ad un nuovo indice di garanzia di valore che come indice equivalente sia succeduto ad un indice fino ad allora utilizzato;

b) parimenti non si deve ritenere esistente una modifica contrattuale nel caso in cui relativamente ad un appalto pubblico di servizi venga concordata una rinuncia alla disdetta limitata a tre anni, a meno che elementi concreti non depongano a favore del fatto che altrimenti l'amministrazione aggiudicatrice, ancora nel previsto arco di durata della rinuncia alla disdetta, avrebbe risolto, in base a motivi di diritto od economici, il contratto esistente;

c) il fatto che la modifica — quanto al contenuto — dei corrispettivi per una parte dei servizi da prestare costituisca una modifica contrattuale essenziale dipende di volta in volta dall'importanza della modifica del corrispettivo, sia in relazione alla prestazione parziale interessata, sia anche in rapporto all'appalto pubblico nella sua totalità.