

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE NIAL FENNELLY

presentate il 2 aprile 1998 *

I — Introduzione

1. La presente causa riguarda l'aggiudicazione di un appalto pubblico per un servizio di trasporto di persone, con o senza assistenza medica, verso e da ospedali e centri di cura. Essa solleva, in particolare, questioni che riguardano gli enti competenti a decidere sui ricorsi relativi a tali contratti ed i rimedi esperibili nei casi in cui le pertinenti direttive comunitarie non siano state trasposte entro i termini, la classificazione dei servizi in questione e le procedure di aggiudicazione degli appalti che andrebbero conseguentemente osservate, l'efficacia diretta delle norme giuridiche concernenti tali procedure e l'effetto dell'applicazione della pertinente direttiva a contratti preesistenti.

II — Sfondo normativo e fatti

A — *Diritto comunitario*

2. L'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le

disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori ¹ (in prosieguo: la direttiva «ricorsi»), come emendato, dispone:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinate 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, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono ².

1 — GU L 395, pag. 33.

2 — Questa versione emendata è stata introdotta dall'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, citata in prosieguo. La versione originaria faceva riferimento soltanto alle procedure di aggiudicazione degli appalti rientranti nel campo di applicazione delle direttive del Consiglio 71/305/CEE e 77/62/CEE, citate in prosieguo.

* Lingua originale: l'inglese.

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».

finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

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

L'art. 2 della direttiva ricorsi, per quanto viene qui in rilievo, dispone:

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

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

(...)

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

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o

Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento

danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.

mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

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

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

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

3. La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi³ (in prosieguo: la direttiva «servizi») istituisce procedure di aggiudicazione per taluni tipi di appalti pubblici di servizi. Il settimo 'considerando' della direttiva servizi recita:

«considerando che per l'applicazione delle norme procedurali ed ai fini della sorveglianza, il metodo migliore per definire il settore dei servizi è quello di suddividere tali servizi in categorie corrispondenti a talune voci di una nomenclatura comune; che gli allegati I A e I B della presente direttiva si riferiscono alla nomenclatura CPC (classificazione comune dei prodotti) delle Nazioni Unite; che questa nomenclatura può essere sostituita in futuro da una nomenclatura comunitaria; che è necessario prevedere la possibilità di adattare in conseguenza la nomenclatura CPC negli allegati I A e I B».

3 — GU L 209, pag. 1.

4. Il ventunesimo 'considerando' della direttiva servizi, recita, nella parte che viene qui in rilievo:

«considerando che per un periodo transitorio la piena applicazione della presente direttiva deve limitarsi ai contratti riguardanti servizi per i quali le disposizioni della direttiva stessa consentiranno di realizzare appieno il potenziale d'accrescimento del commercio transfrontaliero; che i contratti relativi a servizi d'altro genere vanno sottoposti ad osservazione per un determinato periodo di tempo prima di decidere una piena applicazione della direttiva».

5. L'art. 1 della direttiva servizi definisce un certo numero di termini in essa impiegati. L'art. 2 disciplina l'ambito di applicazione della direttiva in relazione a quello della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture⁴. L'art. 3 della direttiva servizi prevede l'applicazione, senza discriminazioni, delle sue disposizioni alle aggiudicazioni di appalti di servizi pubblici, ai concorsi di progettazione ed agli appalti di servizi sovvenzionati con fondi pubblici in misura superiore al 50% aggiudicati in relazione a un appalto di lavori ai sensi dell'art. 1 bis, n. 2, della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di

aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici⁵. In particolare, l'art. 3, n. 1, dispone:

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

Gli artt. 4-6 della direttiva servizi prevedono che essa non si applica in varie situazioni eccezionali ivi specificate. L'art. 7 della stessa direttiva dispone che la direttiva si applica agli appalti pubblici di servizi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a 200 000 ECU e indica i metodi di valutazione dell'importo degli appalti.

6. L'art. 8 della direttiva servizi prescrive l'osservanza delle dettagliate procedure di aggiudicazione degli appalti di cui ai titoli da III a VI per gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A della medesima direttiva. L'art. 9 dispone che gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente agli artt. 14 e 16 della direttiva servizi riguardanti unicamente le specifiche tecniche e la comunicazione dei risultati delle procedure di aggiudicazione. La procedura applicabile agli appalti il cui oggetto rientra nel campo di applicazione di entrambi gli allegati è

4 — GU 1977, L 13, pag. 1.

5 — GU L 185, pag. 5.

disciplinata dall'art. 10 della direttiva servizi, che recita:

«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 servizi disciplina la scelta delle procedure d'aggiudicazione e le norme relative ai concorsi di progettazione. Il titolo IV riguarda le specifiche tecniche per gli appalti pubblici di servizi. Il titolo V stabilisce le norme comuni di pubblicità. Il titolo VI è diviso in tre capitoli, che contengono, rispettivamente, le norme comuni di partecipazione dei prestatori di servizi alle procedure di aggiudicazione degli appalti, i criteri di selezione qualitativa e i criteri di aggiudicazione per gli appalti.

8. L'allegato I A della direttiva servizi elenca i servizi a norma dell'art. 8. Esso comprende, nella categoria numero 2, i «Servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta», aventi i numeri di riferimento CPC 712 (salvo 71235), 7512, 87304. L'allegato I B elenca i servizi a norma dell'articolo 9 della direttiva servizi e

comprende la categoria numero 25: «Servizi sanitari e sociali». Il corrispondente numero di riferimento CPC 93 è indicato nella terza colonna dell'allegato.

9. Il numero di riferimento CPC 712 corrisponde a una suddivisione della divisione 71 («Servizi di trasporto terrestre») intitolata «Altri servizi di trasporto terrestre»⁶. La suddivisione 712 comprende i «Servizi di trasporto, non regolare, di passeggeri» (7122), ulteriormente suddivisi in «Servizi di taxi» (71221), «Servizi di noleggio di autovetture con autista» (71222), «Servizi di noleggio di autobus e autopullman con autista» (71223), «Trasporto passeggeri mediante veicoli a trazione animale» (71224) e «Altri servizi di trasporto, non regolare, di passeggeri n. c. a.» (71229)⁷. Nella divisione 93 della CPC («Servizi sanitari e sociali»), la suddivisione 931 relativa ai «Servizi sanitari» comprende «Altri servizi sanitari» (9319), uno dei cui elementi costitutivi è intitolato «Servizi delle ambulanze» (93192), seguito dalla più completa descrizione «Servizi medici generici e specialistici prestati sulle ambulanze».

10. Il quinto 'considerando' del regolamento (CEE) del Consiglio 29 ottobre 1993, n. 3696, relativo alla classificazione statistica dei prodotti associata alle attività nella

6 — I numeri di riferimento CPC 7512 e 87304 riguardano i servizi con furgoni blindati e i servizi di corriere.

7 — Dalle note esplicative della CPC pubblicate dall'Ufficio Statistico delle Nazioni Unite risulta che l'abbreviazione «n. c. a.» significa «non classificato altrove».

Comunità economica europea⁸ (in prosieguo: il regolamento «CPA»), recita:

«considerando che la compatibilità internazionale delle statistiche economiche richiede che gli Stati membri e le istituzioni comunitarie utilizzino classificazioni di prodotti associate alle attività direttamente collegate alla classificazione centrale dei prodotti (CPC) delle Nazioni Unite».

L'art. 1, n. 1, del regolamento CPA dispone che «[lo] scopo del presente regolamento è quello di istituire una classificazione dei prodotti associata alle attività nella Comunità per garantire la comparabilità tra le classificazioni nazionali e quelle comunitarie e, quindi, tra le statistiche nazionali e le statistiche comunitarie»⁹. L'art. 1, n. 3 dispone: «Il presente regolamento riguarda unicamente l'impiego della classificazione a scopi statistici». L'art. 3, n. 1, del regolamento CPA stabilisce, nella parte che viene qui in rilievo, che «la CPA è utilizzata dalla Commissione e dagli Stati membri come classificazione».

11. La CPA comprende una Divisione 60, «Servizi di trasporto terrestre(...)», e una divisione 85, «Servizi sanitari e sociali». Sebbene i gruppi, le classi e le categorie non

siano suddivise esattamente come avviene nella CPC¹⁰, il loro ordine ed il loro contenuto sono sostanzialmente analoghi. Le sottocategorie CPA 60.23.14, «Altri servizi di trasporto, non regolare, di passeggeri n. c. a.» e 85.14.14, «Servizi delle ambulanze», vengono indicati come corrispondenti, rispettivamente, ai numeri di riferimento CPC 71229 e 93192.

12. Nel 1996 la Commissione ha adottato un vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV)¹¹. Nell'introduzione si afferma che il CPV è «un adattamento particolareggiato della nomenclatura CPA (...). Il CPV diventerà infine una nomenclatura armonizzata destinata a sostituire le nomenclature cui fanno riferimento le direttive sugli appalti». Nella divisione 60 del CPV, il numero di riferimento 60231400-0 riguarda «Altri servizi non regolari di trasporto passeggeri n. c. a.», mentre nella divisione 85, il numero di riferimento 85141400-3 riguarda i «Servizi di ambulanze».

13. Il quinto e il sesto 'considerando' della raccomandazione della Commissione 30 luglio 1996, 96/527/CE, relativa all'utilizzazione del vocabolario comune per gli appalti

10 — Ad esempio, le classi CPA 85.12 «Servizi degli studi medici» e 85.13 «Servizi degli studi odontoiatrici» corrispondono chiaramente al numero di riferimento unico 9312 «Servizi medici e odontoiatrici», che è suddiviso in «Visite e cure mediche generiche» (93121), «Visite e cure mediche e chirurgiche specialistiche» (93122) e «Servizi di odontoiatria» (93123).

11 — GU S 169, pag. 2.

8 — GU L 342, pag. 1.

9 — Art. 1, n. 1, del regolamento CPA.

(CPV) per la descrizione dell'oggetto dell'appalto¹² (in prosieguo: la raccomandazione «CPV»), affermano che il CPV è un adattamento della CPA e che quest'ultima, a sua volta, «garantisce una corrispondenza fissa con la nomenclatura CPC (...) delle Nazioni Unite». Si raccomanda che il CPV sia utilizzato dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti appaltanti contemplati dalle varie direttive sugli appalti pubblici¹³ nei bandi di appalti pubblici trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee e dagli offerenti di forniture, lavori e servizi e dai loro rappresentanti per designare gli appalti che possano interessarli.

livello federale con la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen o Bundesvergabegesetz (legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, in prosieguo: il «BVergG»)¹⁵, entrata in vigore il 1 gennaio 1994. Il BVergG ha istituito una procedura di conciliazione dinanzi alla Bundesvergabekontrollkommission (Commissione federale di controllo delle aggiudicazioni di appalti pubblici) ed una procedura di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt (Ufficio federale delle aggiudicazioni di appalti pubblici). Il BVergG ha attribuito competenza al Bundesvergabeamt soltanto per i ricorsi relativi alle aggiudicazioni di appalti pubblici di forniture e di lavori.

B — Trasposizione nel diritto nazionale

14. In forza dell'art. 65 e dell'allegato XVI dell'accordo sullo Spazio economico europeo firmato ad Oporto il 2 maggio 1992, la Repubblica d'Austria avrebbe dovuto trasporre nel diritto interno, al più tardi entro il 1 gennaio 1994¹⁴, un certo numero di atti comunitari nel settore degli appalti pubblici, compresa la versione originaria della direttiva ricorsi. La direttiva ricorsi è stata trasposta a

15. Ai sensi dell'art. 168 dell'atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Norvegia, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea, del 24 giugno 1994¹⁶, la direttiva servizi, compreso l'art. 41 che modifica la direttiva ricorsi, avrebbe dovuto essere trasposta nel diritto austriaco alla data di adesione, vale a dire il 1 gennaio 1995¹⁷. La trasposizione a livello federale è avvenuta per mezzo di un emendamento del BVergG¹⁸, che ha esteso la competenza sui ricorsi del

12 — GU L 222, pag. 10. La raccomandazione CPV e il CPV stesso sono stati entrambi pubblicati il 3 settembre 1996.

13 — Direttiva servizi; direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1); direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54); direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

14 — Data di entrata in vigore dell'accordo sullo Spazio economico europeo, vale a dire un anno dopo la data inizialmente prevista dall'art. 129, n. 3, dell'accordo stesso.

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

16 — GU C 241, pag. 21.

17 — L'Austria avrebbe dovuto trasporre la direttiva servizi nel proprio diritto interno entro il 1 luglio 1994, in forza degli artt. 1 e 3 e dell'allegato 14, sub b), punto 5 ter, della decisione del comitato misto SEE n. 7/94, del 21 marzo 1994, che modifica il protocollo 47 ed alcuni allegati dell'accordo SEE (GU L 160, pag. 1). Non è stato sostenuto che la presente causa si riferisca al periodo compreso tra il 1 luglio 1994 e 1 gennaio 1995.

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

Bundesvergabeamt alle aggiudicazioni di appalti pubblici di servizi e che è entrato in vigore il 1 gennaio 1997.

16. Gli enti previdenziali austriaci sono tenuti per legge, qualora i loro assicurati oppure le persone a loro carico debbano ricorrere a cure mediche, a rimborsare le spese di trasporto. Questo rimborso riguarda le spese di trasporto per gli spostamenti all'interno territorio nazionale, da un lato, verso il centro di cura ubicato nell'ospedale idoneo più vicino oppure da detto ospedale all'abitazione del paziente, e, dall'altro, ai fini della prestazione di cure ambulatoriali, verso il medico convenzionato idoneo più vicino oppure verso il più vicino istituto idoneo convenzionato, in base a tariffe fissate convenzionalmente. In pratica, si distingue in via generale tra trasporto d'emergenza di pazienti (con l'assistenza del medico di servizio e di un infermiere), trasporto di feriti e di malati (con l'assistenza di un infermiere) e semplici trasporti in ambulanza (senza assistenza medica). I rapporti tra enti previdenziali e imprese di trasporto sono disciplinati da contratti di diritto privato. Risulta che i medici vengono messi a disposizione e pagati separatamente in caso di trasporto d'emergenza con assistenza medica, così che la loro presenza e le loro attività sull'ambulanza non formano oggetto di tali contratti.

C — *Fatti e procedimento*

17. Nel 1984, la Gebietskrankenkasse Niederösterreich (ente di previdenza sociale

previsto dalla legge per il Land della Bassa Austria, in prosieguo: la «resistente») ha stipulato contratti quadro a tempo indeterminato con la Croce Rossa austriaca, sezione del Land della Bassa Austria, e con la federazione austriaca del soccorso operaio per l'effettuazione di trasporti di pazienti in tutti e tre i menzionati settori di trasporto. Il contratto quadro prevede tariffe da fissare per mezzo di un accordo e negoziazioni annuali della tariffa da concludere entro due mesi. Il contratto quadro può essere risolto da entrambe le parti, con preavviso scritto di tre mesi, alla fine di ciascun anno civile.

18. Con provvedimento della Bezirkshauptmannschaft Wien Umgebung (autorità amministrativa di prima istanza per il distretto di Vienna) del 1 dicembre 1992, il signor Walter Tögel (in prosieguo: il «ricorrente») otteneva la licenza ad esercitare l'attività di locazione di autovetture limitatamente ai trasporti di feriti e di malati. Tuttavia, la resistente declinava ripetutamente gli inviti dell'interessato a stipulare un contratto di fatturazione diretta per trasporti di feriti e di malati, adducendo come motivazione il fatto che i due contratti già in vigore consentivano un'assistenza sufficiente. Il ricorrente proponeva ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt a norma del paragrafo 91, n. 2, del BVergG il 22 agosto 1996, vale a dire prima della modifica di tale legge che ha trasposto la direttiva servizi. Egli chiedeva la tutela prevista dall'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva ricorsi, sostenendo che la controversia verteva su una prestazione di servizi ai sensi dell'allegato I A della direttiva servizi e

che quindi doveva essere applicata una procedura di aggiudicazione di appalto aperta.

19. Il Bundesvergabeamt ha sospeso il procedimento e ha deferito le seguenti questioni pregiudiziali in forza dell'art. 177 del Trattato che istituisce la Comunità europea:

«1. Se dall'art. 1, nn. 1 e 2, nonché dall'art. 2, n. 1, o da altre disposizioni della direttiva del Consiglio 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, debba desumersi l'esistenza di un diritto soggettivo allo svolgimento di una procedura di ricorso dinanzi ad autorità o giudici corrispondenti alle disposizioni dell'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665/CEE, così ampiamente definito e concreto da consentire che un singolo, qualora la direttiva in questione non sia stata attuata da uno Stato membro, possa utilmente far valere il diritto stesso in un procedimento nei confronti del predetto Stato.

2. Se una giurisdizione nazionale con le caratteristiche del Bundesvergabeamt (Ufficio federale delle aggiudicazioni), nell'esple-

tamento di un procedimento di ricorso sul presupposto dell'esistenza di un diritto soggettivo dei singoli, basato sull'art. 41 della direttiva 92/50/CEE in combinato disposto con la direttiva 89/665/CEE, a promuovere una procedura di ricorso, debba disapplicare norme del diritto nazionale, come il paragrafo 91, nn. 2 e 3, del Bundesvergabegesetz, che gli conferiscono competenza di riesame soltanto per violazioni del Bundesvergabegesetz e dei regolamenti emanati in materia, atteso che dette norme impediscono per le aggiudicazioni di appalti di servizi l'avvio di una procedura di ricorso ai sensi del Bundesvergabegesetz, e debba instaurare una procedura di ricorso in base alla quarta parte del Bundesvergabegesetz.

3. a) Se le prestazioni descritte nell'esposizione dei fatti (tenuto conto dell'art. 10 della direttiva 92/50/CEE) debbano considerarsi prestazioni di servizi di categoria 2 di cui all'allegato I A della direttiva 92/50/CEE (servizi di trasporto terrestre) con la conseguenza che i relativi appalti vanno aggiudicati in base alle norme dei titoli III e IV della direttiva, ovvero se debbano considerarsi prestazioni di servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50/CEE (servizi sanitari) con la conseguenza che i relativi appalti vanno aggiudicati in base agli artt. 13 e 14, o ancora se dette prestazioni non rientrino affatto nella sfera d'applicazione della direttiva 92/50/CEE.

3. b) Se le disposizioni di cui agli artt. da 1 a 7 della direttiva 92/50/CEE rispondano ai presupposti definiti al punto 12 nella sentenza nella causa 41/74, van Duyn, in materia di applicazione diretta di una direttiva comunitaria, sicché gli appalti per le prestazioni di servizi di cui all'allegato I B della direttiva vadano aggiudicati con la procedura ivi prevista, oppure se le norme della direttiva rilevanti per le prestazioni di servizi di cui all'allegato I A siano tali da soddisfare i presupposti definiti nella causa di cui sopra.

III — Trattazione

A — *Giurisdizione*

21. Vorrei anzitutto rilevare che il Bundesvergabeamt costituisce, a mio parere, «una giurisdizione di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Al riguardo, condivido pienamente la tesi espressa dall'avvocato generale Léger nella causa Manne-smann Anlagenbau Austria AG e a.¹⁹ Inoltre, tale tesi sembra essere stata implicitamente accolta dalla Corte, che nella sua sentenza ha esaminato le questioni deferite dal Bundesvergabeamt in tale causa senza una previa valutazione della loro ricevibilità²⁰.

B — *Sulla prima e sulla seconda questione*

22. La direttiva servizi contiene le disposizioni sostanziali relative all'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi e prevede l'estensione al settore dei servizi delle procedure di ricorso istituite dalla direttiva ricorsi. È pacifico che la direttiva servizi avrebbe dovuto essere attuata in Austria — il che non

4. Se dall'art. 5 o da altre norme del Trattato CE, oppure dalla direttiva 92/50/CEE scaturisca un obbligo dello Stato di intervenire in rapporti giuridici in essere, instaurati a tempo indeterminato o con durata plurennale con modalità non conformi a detta direttiva».

20. La resistente, la Repubblica d'Austria e la Commissione hanno presentato osservazioni scritte e orali. La Repubblica francese e il ricorrente hanno anche presentato osservazioni orali.

¹⁹ — Sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96 (Racc. pag. I-73), conclusioni del 16 settembre 1997, paragrafi da 34 a 45.

²⁰ — Sentenza 15 gennaio 1998.

è avvenuto — alla data in cui il ricorrente ha tentato di avviare la procedura di ricorso in forza dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva ricorsi, vale a dire il 22 agosto 1996. Con la prima e con la seconda questione, il giudice nazionale chiede se sussista un diritto avente effetto diretto a promuovere una procedura di ricorso dinanzi ad autorità o giudici come quelli di cui all'art. 2, n. 8, della direttiva ricorsi, che un singolo possa far valere per instaurare tale procedura dinanzi al Bundesvergabeamt in relazione all'aggiudicazione di un appalto di servizi, malgrado il fatto che il BVergG attribuisca a detto organo competenza a conoscere soltanto dei ricorsi relativi ad appalti di forniture e di lavori.

dall'ordinamento comunitario. Gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti. Con questa riserva, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza²³. L'art. 41 della direttiva servizi, pur obbligando gli Stati membri ad adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire ricorsi efficaci in materia di appalti pubblici di servizi, «non indica quali devono essere gli organi nazionali competenti, né esige che siano gli stessi che gli Stati membri hanno designato in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture»²⁴.

23. In circostanze sostanzialmente analoghe, il Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes tedesco (Commissione federale per la sorveglianza sulle aggiudicazioni) ha sollevato una questione pregiudiziale nella causa Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbh²¹, per sapere se le autorità istituite dagli Stati membri in forza della direttiva ricorsi e competenti in materia di procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e di forniture fossero abilitate, in forza dell'art. 41 della direttiva servizi, a conoscere altresì dei ricorsi relativi a procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. La Corte ha risolto la questione nel senso che dall'art. 41 non discendeva tale conseguenza²². Essa ha rilevato che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi scaturenti

24. Questa conclusione ha escluso la possibilità che l'art. 41 della direttiva servizi facesse sorgere direttamente un diritto soggettivo a promuovere un procedimento di ricorso dinanzi al Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, in quanto mancava uno degli elementi essenziali, vale a dire l'identità del soggetto, o dell'organo, tenuto a mettere in atto il procedimento di ricorso in questione²⁵. Essa rigetta implicitamente l'argomento originariamente addotto dalla Repubblica d'Austria (ma, alla luce della sentenza Dorsch Consult, non ribadito all'udienza), secondo cui in caso di trasposizione parziale della direttiva ricorsi mediante l'istituzione di un organo competente per i ricorsi relativi agli appalti di lavori e forniture, quale il

21 — Sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, (Racc. pag. I-4961, in prosieguo: la sentenza «Dorsch Consult»).

22 — Punto 46 della sentenza. L'art. 41, come risulta dalla nota 2, estende al settore dei servizi l'obbligo degli Stati membri di stabilire meccanismi di controllo.

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

24 — Punto 41 della sentenza.

25 — V. sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357, punti 12 e 23-27).

Bundesvergabeamt, tale organo è abbastanza strettamente collegato all'omesso settore dei servizi perché la sua competenza in materia di diritto comunitario possa essere estesa a tale settore. In risposta all'asserzione della Repubblica d'Austria secondo cui il Bundesvergabeamt avrebbe una competenza «vicina» a quella prevista nella direttiva, la resistente ha contestato l'esistenza di una siffatta nozione nel diritto austriaco e, a mio parere giustamente, ha osservato che il grado di chiarezza di una direttiva non può essere valutato — al fine di stabilire se essa abbia efficacia diretta in mancanza di trasposizione adeguata — con riferimento al contenuto attuale di norme nazionali, che varierà nei vari Stati membri.

25. Il caso in esame è assai diverso, a mio parere, dalla fattispecie considerata in una sentenza quale la *Factortame e a.*²⁶, richiamata dal Bundesvergabeamt nella sua ordinanza di rinvio. In tale causa la Corte ha imposto al giudice nazionale di disapplicare una norma di diritto nazionale che ostava, in determinate circostanze, alla concessione di provvedimenti provvisori, il che era ritenuto essenziale per garantire la piena efficacia di diritti derivanti dal diritto comunitario. Tuttavia, era chiaro che il giudice nazionale, la House of Lords, era competente a conoscere dell'oggetto della controversia ed era stato correttamente investito della stessa²⁷. Non condivido l'argomento del ricorrente secondo cui, secondo il diritto comunitario, in mancanza di una disposizione di diritto nazionale che ne escluda espressamente la

competenza, i giudici nazionali sono competenti ad applicare tutte le disposizioni di diritto comunitario aventi efficacia diretta²⁸. Come ha affermato l'avvocato generale Tesaro nelle sue conclusioni nella causa *Dorsch Consult*, ciò invaderebbe «la sfera di competenza del legislatore nazionale»²⁹.

26. Nella sentenza *Dorsch Consult* la Corte si è tuttavia richiamata all'obbligo di «tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali», di adottare tutti i provvedimenti atti a garantire il conseguimento del risultato contemplato da una direttiva, dal che deriva l'obbligo di interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva³⁰. Ciò impone al giudice nazionale di «verificare se le norme pertinenti del diritto nazionale non consentano di riconoscere ai singoli un diritto di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi (...) [e] in particolare a verificare se tale diritto di ricorso possa venire esercitato dinanzi agli stessi

28 — Il § 7, n. 2, del BVerfG, esclude esplicitamente la competenza del Bundesvergabeamt per le controversie vertenti sui settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, che sono disciplinate dalle disposizioni relative ai ricorsi della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14), mentre semplicemente tace riguardo alle controversie relative alla direttiva servizi. V. inoltre le mie conclusioni presentate in questa stessa data nella causa C-111/97, *EvoBus Austria GmbH*.

29 — Conclusioni del 15 maggio 1997, paragrafo 48.

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

26 — Sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89 (Racc. pag. I-2433).

27 — V. punto 21 della sentenza.

organi istituiti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori»³¹.

27. Nell'ordinanza di rinvio il Bundesvergabeamt fa riferimento alla pronuncia del Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale austriaca) dell'11 dicembre 1995³². Il Verfassungsgerichtshof ha posto in dubbio, per motivi analoghi a quelli indicati sopra, che l'art. 1, n. 1, della direttiva ricorsi, come modificato dall'art. 41 della direttiva servizi, attribuisce direttamente ai singoli un diritto soggettivo ad instaurare un procedimento di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt in relazione ad appalti pubblici di servizi. Ciò, ha affermato, anticiperebbe una decisione riservata al legislatore nazionale, vale a dire quella di conformare la procedura di ricorso nel settore degli appalti pubblici di servizi allo stesso modo della procedura esistente nel settore degli appalti pubblici di lavori o forniture oppure di impostare la tutela giuridica in questo settore in modo diverso, conformemente agli obblighi del diritto comunitario. Questa, ovviamente, è una questione da risolvere in via esclusiva nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale.

28. Qualora risulti che, in ultima analisi, il Bundesvergabeamt non ha l'asserita competenza, ai singoli rimangono due vie principali per ottenere rimedio ad una presunta violazione delle disposizioni della direttiva servizi.

29. Nella sentenza Dorsch Consult la Corte ha rilevato che qualora uno Stato membro

abbia ommesso di adottare i prescritti provvedimenti di esecuzione, i singoli possono far valere nei suoi confronti le disposizioni sostanziali della direttiva servizi³³. Il possibile effetto diretto di alcune di tali disposizioni verrà preso in considerazione più avanti, nella soluzione della terza questione. Se una delle suddette disposizioni sostanziali avesse efficacia diretta, il fatto che un singolo non avesse la concreta possibilità di farla valere per mancanza di un giudice — ordinario o specializzato — competente a conoscere della controversia costituirebbe un'evidente violazione del diritto comunitario³⁴. All'udienza la Repubblica d'Austria ha affermato che le controversie vertenti sulle aggiudicazioni di appalti pubblici che non rientrano nella competenza del Bundesvergabeamt vanno considerate controversie di natura contrattuale, che rientrano nella competenza dei giudici civili ordinari³⁵. Soltanto i giudici nazionali possono risolvere tale problema.

30. In subordine, gli interessati possono chiedere, secondo le procedure previste dal diritto nazionale, il risarcimento del danno subito per la mancata attuazione della diret-

33 — Punto 44 della sentenza. Il riferimento da parte della Corte alla sentenza 2 maggio 1996, causa C-253/95, Commissione/Germania (Racc. pag. I-2423, punto 13) indica che essa aveva presente il principio dell'effetto diretto, anziché quello del risarcimento dei danni, richiamato nel punto successivo della stessa sentenza Dorsch Consult.

34 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Tesauero nella causa Dorsch Consult, paragrafo 48.

35 — A me sembra che i rimedi previsti dall'art. 2, n. 1, della direttiva ricorsi — provvedimenti provvisori, annullamento delle decisioni illegittime, risarcimento danni — dovrebbero, in base al diritto comunitario, essere concessi dinanzi ai giudici ordinari qualora le disposizioni sostanziali della direttiva servizi avessero efficacia diretta; v. J. M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A critical Analysis* (Clarendon, Oxford, 1996), pagg. 200-202, 227.

31 — Punto 46, il corsivo è mio.

32 — Decisione B 3067/95-9.

tiva servizi nel termine prescritto ³⁶. Tuttavia, l'esistenza di questi possibili rimedi non influisce sulla mia conclusione in ordine al problema posto dalla prima e dalla seconda questione, che risolverei negli stessi termini di cui al dispositivo della sentenza Dorsch Consult.

C — *Sulla terza questione, sub a)*

31. Con questa questione il Bundesvergabeamt chiede un indirizzo in ordine alla classificazione, rispettivamente negli allegati I A o I B, ai fini dell'applicazione dell'art. 10 della direttiva servizi alle «prestazioni descritte nell'esposizione dei fatti». Come ho già rilevato, viene operata, in pratica, una distinzione tra trasporto d'emergenza di pazienti (con l'assistenza del medico di servizio, la cui presenza non rientra nella responsabilità del prestatore del servizio), trasporto di feriti e di malati (con l'assistenza di un infermiere) e semplici trasporti in ambulanza (senza assistenza medica). Risulta che il ricorrente, che è autorizzato a fornire soltanto servizi del secondo tipo, avesse invitato la convenuta a stipulare un contratto per tali trasporti di feriti e di malati. La resistente fa riferimento a contratti quadro preesistenti, che prevedono il trasporto di pazienti di tutti e tre i tipi. Alla luce della vigente prassi della resistente, esaminerò la questione come se fosse riferita al contenuto di detti contratti

quadro, anche se la soluzione da me proposta dovrebbe anche contribuire ad individuare la procedura appropriata per l'aggiudicazione di un contratto di portata più limitata.

32. Nel risolvere la questione, posso subito affermare che condivido la tesi della Francia, secondo cui la CPC fornisce l'unica guida vincolante all'interpretazione delle categorie di servizi indicate negli allegati I A e I B della direttiva servizi. Il settimo 'considerando' della direttiva servizi, citato sopra, al paragrafo 3, dimostra chiaramente che i riferimenti alla CPC contenuti negli allegati non sono meramente indicativi, ma anzi che le categorie utilizzate sono «corrispondenti a talune voci di una nomenclatura comune», la CPC. Tale intenzione risulta in maniera inequivocabile non soltanto dai termini utilizzati nel 'considerando', ma anche dal contenuto sostanziale degli allegati. Le autorità pubbliche, le imprese ed i singoli interessati hanno diritto alla massima chiarezza possibile di fronte alle norme tecniche che regolano i passi che essi devono intraprendere.

33. Sebbene sia stata stabilita da un atto vincolante, ossia dal regolamento CPA, la nomenclatura CPA è chiaramente rivolta a scopi diversi dall'interpretazione della direttiva servizi, vale a dire, come dispone il suo art. 1, n. 3, «a scopi statistici». L'affermazione più generale contenuta nell'art. 3, n. 1,

36 — Punto 45 della sentenza. La Corte si è richiamata alla sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer e a. (Racc. pag. I-4845).

del regolamento CPA, secondo cui «la CPA è utilizzata dalla Commissione e dagli Stati membri come classificazione» non può, a mio parere, in assenza di un ulteriore atto normativo, far venir meno la descrizione dei suoi obiettivi contenuta in precedenza all'art. 1, n. 3. Il fatto che la CPA sia utilizzata a fini di classificazione ai sensi della direttiva 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture³⁷, non significa che il suo normale ambito di applicazione debba essere esteso a settori diversi da quelli disciplinati dalla detta direttiva.

34. D'altro canto, il CPV, sebbene esplicitamente inteso ad essere utilizzato nel settore degli appalti, forma oggetto soltanto di una raccomandazione della Commissione che, ai sensi dell'art. 189 del Trattato, non ha efficacia vincolante. Pertanto, non si può ritenere che esso sia diretto all'eventuale sostituzione della CPC ai fini degli allegati I A e I B, come prospettato nel settimo 'considerando' della direttiva servizi. Sebbene il preambolo del CPV faccia pensare che esso servirà alla fine a tale scopo, la stessa raccomandazione CPV si limita a caldeggiare l'impiego di tale nomenclatura per la preparazione delle notifiche e delle altre comunicazioni nel settore degli appalti pubblici. Dato che né il CPV né la stessa raccomandazione CPV fanno riferimento all'utilizzo degli allegati della direttiva servizi per determinare la procedura di aggiudicazione degli appalti appropriata, non si può ritenere, agli attuali fini, che esso

abbia il valore interpretativo di una raccomandazione che mira a «a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»³⁸.

35. Non condivido la tesi della Commissione secondo cui gli elenchi basati sulla CPC contenuti negli allegati I A e I B andrebbero interpretati con l'aiuto della CPA o del CPV. Ai sensi del quinto 'considerando' del regolamento CPA, la CPA è «direttamente collegat[a]» alla CPC ai fini della «compatibilità internazionale delle statistiche economiche», mentre il sesto 'considerando' della raccomandazione CPV precisa che la CPA «garantisce una corrispondenza fissa con la nomenclatura CPC». Il quinto 'considerando', dal canto suo, definisce il CPV come un «adattamento della nomenclatura CPA». Di conseguenza, mi pare più logico interpretare la CPA e il CPV con riferimento alla CPC, che è cronologicamente anteriore, anziché il contrario³⁹. Dovrei aggiungere, per completezza, che nelle nomenclature CPA e CPV non rilevo alcun elemento che possa in qualche modo inficiare la mia interpretazione degli elenchi basati sulla CPC contenuti negli allegati della direttiva servizi, considerati isolatamente.

38 — V. sentenza 13 dicembre 1989, causa C-322/88, Grimaldi, (Racc. pag. 4407, punto 18).

39 — Inoltre, pare probabile che il CPV sia stato adottato dopo il contestato rifiuto di aggiudicare un appalto al ricorrente. Egli ha proposto ricorso al Bundesvergabeamt il 22 agosto 1996, mentre la raccomandazione CPV era stata adottata solo il 30 luglio 1996. Il CPV in quanto tale non reca alcuna data, ma il fatto che nella raccomandazione CPV vi si faccia riferimento fa pensare ad un'adozione simultanea. Per giunta, il CPV e la raccomandazione CPV sono stati pubblicati alla stessa data, il 3 settembre 1996. Il fatto che tale pubblicazione sia avvenuta dopo l'avvio del procedimento di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt indebolisce ulteriormente la tesi della sua applicabilità al caso in esame.

37 — Citata.

36. Sebbene si possa essere inizialmente tentati, dato il semplice titolo «Servizi delle ambulanze» del riferimento CPC numero 93192, di collocare tutti i servizi in discussione nel caso in esame, o quanto meno quelli tra essi che comprendono una qualche forma di assistenza medica, nella categoria numero 25, «Servizi sanitari e sociali» (numero di riferimento della CPC 93) dell'allegato I B, un esame più attento dimostra che ciò non sarebbe giustificato. Innanzi tutto, la nota esplicativa relativa a questa categoria recita: «Servizi medici generici e specialistici prestati sulle ambulanze». In secondo luogo, tale numero di riferimento va letto nel relativo contesto. I «Servizi sanitari» (931) comprendono «Servizi ospedalieri» (9311), «Servizi medici e odontoiatrici» (9312) e «Altri servizi sanitari» (9319), che sono ulteriormente suddivisi in «Servizi forniti da ostetriche, servizi forniti da infermiere, servizi forniti da fisioterapisti e da altro personale paramedico» (93191), «Servizi delle ambulanze» (93192), «Servizi sanitari diversi dai servizi di tipo ospedaliero» (93193) e «Altri servizi sanitari n. c. a.» (93199). Questi semplici titoli di servizi, ampliati dalle descrizioni più dettagliate che li accompagnano, dimostrano che questa divisione della CPC si concentra soltanto sugli aspetti medici dei servizi sanitari, ad esclusione di quelli non medici ⁴⁰.

37. I «Servizi medici generici e specialistici prestati sulle ambulanze» (93192) dovrebbero includere l'assistenza di un'infermiera o

di un infermiere. Tuttavia, questa categoria non dovrebbe comprendere le semplici spese di trasporto relative al carburante, all'autista e all'acquisto di un veicolo avente le dimensioni e la potenza richiesta, così come, a mio parere, nel numero di riferimento della CPC 93110 «Servizi ospedalieri», non dovrebbero essere inclusi, ad esempio, i servizi generali di ristorazione negli ospedali. Gli elementi del trasporto esclusi dovrebbero invece essere classificati nella categoria numero 2 dell'allegato I A della direttiva servizi, «Servizi di trasporto terrestre (...)\», corrispondenti al numero di riferimento della CPC 71229, «Altri servizi di trasporto, non regolare, di passeggeri n. c. a.».

38. Non condivido l'argomento del ricorrente secondo cui il fatto che la direttiva servizi suddivida i servizi rientranti nel suo ambito di applicazione in due categorie, soggette a procedure di aggiudicazione diverse, infirma questa conclusione. Il ventunesimo 'considerando' della direttiva servizi precisa che la piena applicazione della procedura prevista nei titoli da III a VI è limitata, per un periodo transitorio, «ai contratti riguardanti servizi per i quali le disposizioni della direttiva stessa consentirebbero di realizzare appieno il potenziale d'accrescimento del commercio transfrontaliero». La resistente ha sostenuto che i servizi controversi dovrebbero, pertanto, essere classificati nell'allegato I B, in quanto nessun prestatore di servizi non austriaco aveva chiesto la stipulazione di un contratto e sarebbe impossibile fornire i servizi di cui trattasi dall'estero in Austria. La nazionalità o il luogo di stabilimento degli offerenti attuali o potenziali in un singolo caso non mi sembra rilevante. Inoltre, il termine «servizi» impiegato nella direttiva

40 — L'unica possibile eccezione è costituita dai «Servizi sanitari residenziali diversi dai servizi di tipo ospedaliero» (93193), che viene descritta come riguardante la «combinazione di servizi di ricovero e servizi sanitari». Probabilmente si è ritenuto necessario fare esplicitamente riferimento alla combinazione di ricovero e di servizi sanitari per impedire l'esclusione del primo tipo di servizi.

servizi non dovrebbe essere inteso come riferito soltanto alle attività economiche di cui al capo III, «Servizi», del titolo III del Trattato. La direttiva servizi era stata adottata sulla base non soltanto dell'art. 66, ma anche dell'art. 57, n. 2, del Trattato, relativo al diritto di stabilimento. Pertanto, i prestatori di servizi stabiliti in Austria e provenienti da altri Stati membri soddisferebbero anche il criterio di cui al ventunesimo 'considerando'.

39. Di conseguenza l'appalto pubblico di servizi controverso riguarda tre tipi di appalti di servizi, il cui elemento comune — il trasporto non regolare di passeggeri — rientrerebbe, di per sé, nell'allegato I A della direttiva servizi, e il cui elemento variabile — servizi medici generici e specialistici prestati in ambulanza — rientrerebbe, nelle stesse circostanze, nell'allegato I B. Il Bundesvergabeamt e alcune delle parti che hanno presentato osservazioni scritte hanno sostenuto che la procedura di aggiudicazione degli appalti appropriata deve, quindi, essere determinata in conformità dell'art. 10 della direttiva servizi. Gli artt. 8, 9 e 10 prescrivono l'applicazione delle disposizioni dei titoli da III a VI e, rispettivamente, degli artt. 14 e 16 in base al contenuto degli appalti da aggiudicare. Nel caso in cui un appalto abbia ad oggetto esclusivamente «servizi elencati» nell'allegato I A o nell'allegato I B, si applicano, rispettivamente, l'art. 8 o l'art. 9. Laddove riguardi «contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B» la procedura di aggiudicazione applicabile dipende, ai sensi dell'art. 10, dal valore dei servizi oggetto dell'appalto.

40. Vorrei anzitutto osservare che, a mio parere, la specifica formulazione dell'art. 10 della direttiva servizi prevale, in caso di conflitto, sulle norme interpretative della stessa CPC, dato che la CPC viene utilizzata semplicemente come punto di riferimento anziché per stabilire le regole in base alle quali scegliere la procedura di aggiudicazione appropriata. Mi riferisco, in particolare, alla regola interpretativa B della CPC, che dispone, per quanto viene in rilievo:

«1. Quando i servizi risultano apparentemente classificabili in due o più categorie, la classificazione va effettuata come segue, sul presupposto che soltanto categorie di pari livello (sezioni, divisioni, gruppi, classi o sottoclassi) sono comparabili:

- a) La categoria che presenta la descrizione più dettagliata va preferita a quelle che presentano una descrizione più generica.
- b) I servizi composti che consistono in una combinazione di servizi diversi che non possono essere classificati mediante la regola n. 1, lett. a), vanno classificati in base al servizio che conferisce loro il carattere essenziale, sempreché tale criterio risulti applicabile».

Alla luce dell'analisi che precede, l'espressione «servizi delle ambulanze» non descrive i servizi controversi in modo più dettagliato rispetto alla categoria «trasporto non regolare di passeggeri». Inoltre, l'art. 10 enuncia chiaramente una regola riguardante gli appalti per servizi multipli o composti che differisce da quella contenuta nella regola B, n. 1, lett. b), della CPC. Tuttavia, sono stati proposti diversi modi di applicazione dell'art. 10.

41. La Repubblica francese ha sostenuto che un servizio non potrebbe rientrare contemporaneamente negli allegati I A e I B della direttiva servizi, e che occorrerebbe valutare i tre diversi tipi di servizi alla luce del carattere generale di ciascuno di essi, a seconda della presenza o dell'assenza di personale sanitario, anziché tentare di valutare il relativo costo del trasporto e degli elementi medici dei tre servizi considerati nel loro complesso. Essa ha concluso nel senso che i trasporti in ambulanza senza assistenza medica su veicoli ordinari rientravano nell'allegato I A della direttiva servizi, mentre si dovrebbe ritenere che il trasporto di malati con assistenza del medico o di un infermiere su veicoli dotati di attrezzature specifiche rientri nell'allegato I B. Sarebbe quindi necessario valutare se i servizi di trasporto comprensivi di assistenza medica o il semplice trasporto in ambulanza avessero un valore superiore, al fine di stabilire, in conformità dell'art. 10, quale delle procedure di aggiudicazione menzionate negli artt. 8 e 9 della direttiva servizi fosse applicabile all'appalto nel suo insieme. Questa impostazione privilegia a priori l'aspetto medico, in contrapposizione a quello di trasporto, propri dei servizi in questione, nella determinazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto applicabile.

42. D'altro canto, la Commissione, sostenuta dal ricorrente, ha esaminato il trasporto di malati nel senso più ampio, vale a dire senza distinguere tra i tre diversi tipi di servizio. Essa ha sostenuto che il trasporto di malati comprendeva taluni servizi disciplinati dall'art. 8 della direttiva servizi ed altri disciplinati dall'art. 9. L'art. 10, quindi, potrebbe essere applicato facendo riferimento al valore relativo di questi due elementi dell'appalto nel suo complesso. Il ricorrente ha osservato che l'aspetto relativo al trasporto dei servizi prestati era quello prevalente.

43. Malgrado il fatto che l'art. 10 della direttiva servizi contenga un riferimento ambiguo ai «servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B», che potrebbe essere interpretato nel senso che talune attività di prestazione di servizi possono essere collocate simultaneamente in categorie appartenenti ad entrambi gli elenchi, la Repubblica francese, a mio parere, sostiene giustamente che ciò è impossibile. Alla luce del duplice regime di procedure di aggiudicazione previsto dagli artt. 8 e 9, che viene applicato mediante riferimento all'inclusione di un determinato servizio nell'uno o nell'altro degli elenchi allegati, deve ritenersi che gli allegati si escludano reciprocamente.

44. Tuttavia, ritengo anche che l'impostazione della Commissione rappresenti la migliore interpretazione dell'art. 10 della direttiva servizi. L'argomento della Repubblica francese, favorevole ad un approccio globale che collochi ciascun servizio, nel suo complesso, nell'allegato I A o nell'allegato I B, a seconda della presenza o dell'assenza di

assistenza medica, non riflette la netta distinzione esistente negli allegati tra trasporto e «servizi sanitari prestati in ambulanza». La nozione, contenuta all'art. 10, di «servizi elencati» nell'allegato I A o nell'allegato I B è una nozione di diritto comunitario. Pertanto, dovrebbero essere utilizzati criteri di diritto comunitario—quelli utilizzati per suddividere gli elenchi allegati in alcune categorie mediante riferimento, in particolare, alla CPC — per identificare e distinguere i vari servizi che formano oggetto di un singolo appalto pubblico di servizi. Questo procedimento risulterebbe falsato qualora venisse forzatamente adattato ad una precedente suddivisione convenzionale dei servizi pertinenti in classi diverse dalle categorie indicate negli allegati della direttiva servizi. I tre tipi di servizi contemplati nell'appalto controverso contrastano con le categorie di servizi utilizzate negli allegati, cosicché sarebbe impossibile riflettere con precisione il valore relativo dei servizi elencati negli allegati I A e I B che formano oggetto dell'appalto qualora come quadro di riferimento venisse utilizzato quest'ultimo anziché gli allegati medesimi.

45. L'art. 10 prescrive, invece, che il valore di ciascuno dei servizi oggetto dell'appalto, classificati in conformità dello schema stabilito nella direttiva servizi, venga definito separatamente e quindi raffrontato. Nel caso di specie, ciò implicherebbe la stima del valore complessivo dell'aspetto relativo al trasporto passeggeri dei tre tipi di servizi, e il suo raffronto con quello relativo ai servizi medici che, ovviamente, varia notevolmente nei detti tre tipi di servizi.

46. Riconosco, tuttavia, la validità delle tesi di Francia e Austria riguardo alla difficoltà di

effettuare una valutazione sulla base di categorie di servizi diverse da quelle utilizzate dall'amministrazione aggiudicatrice o dalle parti stesse. Il calcolo del valore relativo di più categorie di servizi che formano oggetto di un singolo appalto di servizi dà origine anche a difficoltà di carattere più generale. La gara d'appalto è basata sul presupposto che i diversi prestatori di servizi avranno strutture dei costi diverse, alcune più concorrenziali di altre. Ciò potrebbe condurre a valori relativi diversi, come tra i prestatori di servizi, per le categorie di servizi che vengono prese in considerazione per calcolare i prezzi totali da essi indicati per i servizi oggetto di un'offerta o di un appalto. Inoltre, non ci si può attendere che un'amministrazione aggiudicatrice conosca in anticipo l'esatto costo relativo per ciascun potenziale prestatore di servizi per le varie categorie di servizi che formano l'oggetto in un appalto da aggiudicare.

47. Non intendo esagerare l'importanza di questi problemi. In molti casi, forse nella maggior parte di essi, l'evidente prevalenza in termini di valore relativo di una delle categorie di servizi elencate eliminerà qualunque controversia in materia. Inoltre, sebbene i nn. da 2 a 7 dell'art. 7 della direttiva servizi riguardino chiaramente soprattutto il calcolo del valore complessivo stimato dell'appalto, ai fini del raggiungimento della soglia per l'applicazione della direttiva indicata dall'art. 7, n. 1, essi forniscono una serie di indicazioni su come le amministrazioni aggiudicatrici debbano calcolare il valore delle

single categorie di servizi che formano oggetto di un appalto.

48. Nei casi in cui sia controversa la valutazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, del valore relativo delle categorie di servizi che formano oggetto di un appalto pubblico di servizi, il riconoscimento dei problemi connessi all'effettuazione di una tale stima anticipata impone che l'onere della prova contraria sia a carico della parte ricorrente e che all'autorità venga consentito un certo margine di discrezionalità. Il ricorrente dovrebbe essere tenuto a dimostrare, sulla base delle informazioni che sono state o avrebbero dovuto essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice, in base ad appalti precedenti, alla prassi commerciale e contabile, ai precedenti livelli della domanda e così via, e tenendo conto del suo margine di discrezionalità, che i valori attribuiti ai servizi erano manifestamente errati. Nella fattispecie spetta al giudice nazionale competente accertare i fatti necessari per una siffatta determinazione.

D — *Sulla terza questione, sub b)*

49. Con la terza questione, sub b), il Bundesvergabeamt chiede se gli artt. da 1 a 7 della direttiva servizi, nel caso in cui sia applicabile la procedura ristretta di aggiudicazione per i servizi di cui all'allegato I B, e le disposizioni dei suoi titoli da III a VI, nel caso in cui sia

pienamente applicabile la procedura di aggiudicazione prescritta per i servizi di cui all'allegato I A, abbiano efficacia diretta qualora la direttiva non sia stata tempestivamente traspunta nel diritto nazionale. I titoli IV e V comprendono, rispettivamente, gli artt. 14 e 16 della direttiva servizi, che sono applicabili anche alle aggiudicazioni di appalti per i servizi di cui all'allegato I B.

50. Al punto 12 della sua sentenza van Duyn⁴¹, la Corte ha stabilito il principio della possibile efficacia diretta delle direttive non trasposte. La Corte ha costantemente affermato che «in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto siano atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato»⁴².

51. Nella sentenza Francovich e altri, la Corte ha affermato che «occorre quindi chiedersi se le disposizioni della [direttiva di cui trattasi] che definiscono i diritti dei lavoratori siano incondizionate e sufficientemente precise. Tale esame deve riguardare tre aspetti, e cioè la determinazione dei beneficiari della garanzia stabilita da detta disposizione, il contenuto di tale garanzia e, infine, l'identità del soggetto tenuto alla garan-

41 — Sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74 (Racc. pag. 1337).

42 — Sentenze 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker (Racc. pag. 53, punto 25), e Francovich e a., citata supra, punto 11.

zia»⁴³. Analogamente, nella presente causa occorre stabilire quali delle disposizioni pertinenti della direttiva servizi siano eventualmente e sufficientemente precise per conferire diritti ai singoli, l'identità dei beneficiari di tali diritti e l'identità degli organi pubblici che sono tenuti a rispettare questi ultimi.

52. Ai fini di una siffatta indagine, vorrei anzitutto osservare che l'applicazione della direttiva ricorsi ai servizi indica decisamente che la direttiva servizi era intesa ad attribuire ai singoli specifici diritti tali da poter essere fatti valere dinanzi ai giudici. Aggiungerei, in secondo luogo, che, sebbene le disposizioni di una direttiva che ne definiscono l'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* non possano di per sé creare diritti a favore dei singoli, esse sono essenziali per l'identificazione dei titolari — e rispettivamente dei destinatari — di diritti e obblighi e per l'identificazione della portata di questi ultimi ai sensi della direttiva e se lette congiuntamente alle disposizioni sostanziali che creano diritti, sono atte a produrre effetti diretti. In terzo luogo, le disposizioni di una direttiva la cui applicazione implica, da parte delle autorità di uno Stato membro, l'esercizio, in conformità di criteri prescritti, di una discrezionalità amministrativa, a differenza di una discrezionalità sostanziale circa i mezzi per la loro trasposizione nel diritto nazionale, possono avere efficacia diretta in caso di mancata trasposizione. Ciò è confermato dalla sentenza van Duyn in ordine ai criteri in base ai quali gli Stati membri dovevano adottare misure per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, criteri indicati

all'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, 64/221/CEE, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica⁴⁴.

53. D'altro canto, alla luce del contenuto, ampiamente analogo, delle altre direttive sugli appalti pubblici⁴⁵, si dovrebbe tenere conto della seguente affermazione, formulata dalla Corte nella sentenza CEI e a.⁴⁶ in relazione alla direttiva 71/305:

«La direttiva non introduce (...) una normativa comunitaria uniforme ed esaustiva. Nell'ambito delle norme comuni che essa detta, gli Stati membri restano liberi di mantenere o di emanare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti pubblici, purché vengano rispettate tutte le disposizioni di diritto comunitario in materia (...)».

44 — GU 1964, 56, pag. 850.

45 — Nel ventiduesimo 'considerando' della direttiva servizi si afferma che «le regole sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi devono essere quanto più simili possibile a quelle relative agli appalti pubblici di forniture e agli appalti di lavori pubblici»; nel ventitreesimo 'considerando' si afferma che «possono essere appropriate le norme sugli appalti contenute nelle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, con gli adeguamenti necessari (...)».

46 — Sentenza 9 luglio 1987, cause riunite da 27/86 a 29/86 (Racc. pag. 3347, punto 15); v. altresì sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Bcentjcs (Racc. pag. 4635, punto 20).

43 — Citata alla nota precedente, punto 12.

54. I settori non disciplinati in maniera esauritiva dalle direttive sugli appalti pubblici comprendono la definizione della capacità finanziaria dell'aggiudicatario, la fissazione di un valore massimo dei lavori⁴⁷ e l'imposizione di condizioni relative all'impiego di disoccupati⁴⁸. Per contro, nella sentenza *Transporoute*⁴⁹, la Corte ha dichiarato che gli artt. 23-26 della direttiva 71/305, equivalenti agli artt. 29, 30, nn. 2 e 3, 31 e 32, nn. 2 e 3, della direttiva servizi, indicano in maniera tassativa i possibili mezzi per provare la buona reputazione e la qualificazione professionale di un offerente (a differenza della sua capacità economica e finanziaria).

55. Il carattere non esaustivo delle norme comuni stabilite dalle direttive sugli appalti pubblici in ordine a taluni aspetti della procedura di aggiudicazione degli appalti non osta all'efficacia diretta delle norme stesse, purché esse rispondano al criterio sopra indicato. Sebbene il carattere non esaustivo delle direttive sugli appalti pubblici implichi che la perfetta conformità ad esse non garantirà un rimedio ad un prestatore di servizi leso qualora quest'ultimo non si sia conformato a tutte le condizioni applicabili e compatibili stabilite a livello nazionale, le dette direttive garantiscono comunque, come rileva la Repubblica d'Austria, alcune garanzie minime. Nella sentenza *Beentjes*⁵⁰, la Corte ha affermato che non era necessario alcun particolare provvedimento di attuazione per il rispetto dei requisiti posti dagli artt. 20, 26 e 29 della direttiva 71/305, sostanzialmente

equivalenti agli artt. 23, 32 e 37 della direttiva servizi, e che tali disposizioni potevano pertanto essere fatte valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali⁵¹.

56. Passando ora alle disposizioni generali della direttiva servizi, ritengo che i titolari di diritti e gli organi pubblici vincolati da obblighi a norma della direttiva siano identificati con sufficiente chiarezza dall'art. 1, così come lo sono i tipi di appalti pubblici di servizi cui si applicano gli artt. 2-7 della direttiva⁵². Particolare importanza riveste l'art. 3, n. 1, della direttiva servizi, che stabilisce un diritto preciso e incondizionato all'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi secondo procedure adattate alle disposizioni della direttiva. Aggiungerei che lo stesso vale per gli artt. da 8 a 10 della direttiva servizi, in cui viene individuata la procedura di aggiudicazione degli appalti applicabile. A mio parere, il complesso di queste disposizioni attribuisce ai prestatori di servizi il diritto, direttamente azionabile, di partecipare all'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi in conformità delle disposizioni della direttiva servizi, nei limiti in cui queste stesse disposizioni particolareggiate creano diritti in capo ai singoli e sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise per essere fatte valere in assenza di provvedimenti nazionali di attuazione.

47 — *Ibidem*, punti 10 e 18.

48 — Sentenza *Beentjes*, citata, punti 30 e 31.

49 — Sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81 (Racc. pag. 417), punto 15.

50 — *Ibidem*, punti 42-44.

51 — Riguardo all'effetto diretto dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, corrispondente, approssimativamente, all'art. 37 della direttiva servizi, v. altresì sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo* (Racc. pag. 1839, punto 32).

52 — L'art. 7, nn. 2 e 8, della direttiva servizi non è pertinente all'efficacia diretta della direttiva, in quanto esso non riguarda i diritti dei singoli né gli obblighi degli Stati membri.

57. Ritengo altresì che le disposizioni particolareggiate contenute nei titoli da III a VI e relative alla scelta delle procedure di aggiudicazione, alle norme comuni in campo tecnico, di pubblicità e di partecipazione ed ai criteri di selezione e aggiudicazione siano, salvo eccezioni e limitazioni risultanti dai termini ivi impiegati, incondizionate, sufficientemente precise e dirette a creare diritti in capo ai singoli. Tali disposizioni precisano gli obblighi imposti alle amministrazioni aggiudicatrici onde garantire l'accesso dei prestatori di servizi alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e sono, per lo più, analoghe agli artt. 20, 26 e 29 della direttiva 71/305, di modo che per il loro rispetto non sono necessari specifici provvedimenti di attuazione⁵³. Tuttavia, i fatti della presente causa, al suo stato attuale, non giustificano un'analisi complessiva delle disposizioni dei titoli da III a VI della direttiva servizi che sono atte o meno a produrre effetti diretti. La presa in considerazione della qualità di una disposizione specifica dovrebbe avvenire, a mio parere, alla luce di una concreta situazione di fatto. È quindi opportuno limitare la soluzione della terza questione, sub b), ai titoli I e II della direttiva servizi.

prima della data di trasposizione e non in conformità delle disposizioni della direttiva servizi⁵⁴ o debba comunque intervenire nell'esecuzione stessa. Data la mancata trasposizione della direttiva servizi alla data che viene in rilievo, la questione è meramente ipotetica. Nella sentenza Faccini Dori⁵⁵ la Corte ha affermato che, in mancanza di trasposizione della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1995, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali⁵⁶, i consumatori non potevano fondare sulla direttiva stessa un diritto di recesso opponibile ai commercianti con i quali avevano stipulato un contratto. Nonostante il carattere pubblico o di diritto pubblico delle amministrazioni aggiudicatrici, lo stesso principio osta, a mio parere, all'esistenza di un diritto di natura comunitaria a favore di un prestatore di servizi, fondato sulla direttiva servizi, che gli consenta di esigere l'annullamento di un contratto in essere tra un'amministrazione aggiudicatrice ed una parte privata. Il correlato principio secondo cui lo Stato non può far valere una direttiva non trasposta per pregiudicare i diritti dei singoli precluderebbe anche ad un'amministrazione aggiudicatrice di giustificare la risoluzione, altrimenti illecita, da un siffatto contratto sulla base della direttiva servizi⁵⁷.

E — Sulla quarta questione

58. Con la sua quarta questione, il Bundesvergabeamt intende stabilire se un'amministrazione aggiudicatrice debba far cessare l'esecuzione di un contratto in essere stipulato a tempo indeterminato ma concluso

54 — Si potrebbe sostenere, sulla base della sentenza della Corte nella causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (Racc. 1997, pag. I-7411), che gli Stati membri erano tenuti a non opporsi all'applicazione futura della direttiva servizi nel periodo compreso tra la sua adozione e la data della sua trasposizione. Tuttavia, questo argomento non è pertinente nella presente causa, in quanto i contratti quadro in esame sono stati stipulati prima dell'adozione della direttiva servizi. È quindi più utile, ai fini della presente trattazione, fare riferimento alla data di trasposizione della direttiva servizi, momento in cui si sarebbe dovuto dare piena attuazione alle sue disposizioni.

55 — Citata supra, punto 25 della sentenza.

56 — GU L 372, pag. 31.

57 — V. sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (Racc. pag. 3969, punto 9). L'avvocato generale Van Gerven, al punto 8 delle sue conclusioni per la sentenza Marleasing, citata, si è richiamato alla sentenza Kolpinghuis Nijmegen e ha aggiunto che il principio della certezza del diritto ostava a che una direttiva non trasposta introducesse una sanzione di diritto civile come la nullità.

53 — V. l'accertamento dell'effetto diretto, operato nella sentenza Beentjes, citata, menzionato al paragrafo precedente.

59. La questione deferita dal Bundesvergabeamt solleva, tuttavia, la concreta possibilità che, qualora si ritenesse la direttiva servizi atta, una volta trasposta, ad incidere su contratti in vigore, il prestatore di servizi leso possa agire in giudizio contro l'inosservanza, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, o la mancata attuazione, da parte dello Stato, delle disposizioni contenute nei titoli da III a VI di tale direttiva, in particolare per quanto riguarda i servizi elencati nell'allegato I A. In tali circostanze, la concessione di una tutela giurisdizionale dipende dalla definizione degli obblighi imposti dalla direttiva servizi in seguito alla sua piena attuazione.

60. Nel contesto della presente causa, Tale questione solleva tre questioni correlate, che analizzerò nel seguente ordine: primo, se la direttiva servizi si applichi retroattivamente a contratti in vigore; secondo, se la detta direttiva incida in qualche modo sulle norme nazionali concernenti la permanenza in vigore di un contratto e, terzo, se le autorità pubbliche debbano utilizzare eventuali poteri di recesso loro attribuiti da un contratto in vigore ⁵⁸.

61. Normalmente il principio della certezza del diritto osta a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, benché una deroga sia possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interes-

sati sia debitamente rispettato ⁵⁹. Inoltre, il diritto comunitario presume che, in mancanza di una disposizione chiara, la legge non può essere intesa nel senso che abbia effetto retroattivo ⁶⁰. La direttiva servizi non contiene alcuna affermazione circa una sua efficacia retroattiva. L'art. 44 si limita ad imporre agli Stati membri di porre in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro una determinata data dalla sua adozione. Inoltre, non vi è alcun elemento, nella formulazione o nell'economia generale e negli obiettivi della direttiva servizi, da cui risulti che essa debba avere effetto retroattivo. Il suo titolo, il terzo 'considerando', gli artt. 3, n. 1, 8-10 e 23, e il capitolo 3 del titolo VI menzionano tutti procedure o criteri per l'*aggiudicazione* di appalti pubblici di servizi, il che implica che i contratti in vigore, già aggiudicati e stipulati, restano, in linea di principio, salvi.

62. La Corte ha già osservato che le direttive sugli appalti pubblici non stabiliscono complessi esaurienti di norme comuni sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Le direttive stabiliscono norme intese a garantire il carattere aperto e non discriminatorio delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ma non incidono sulle norme nazionali sostanziali relative ai mezzi di stipulazione, alla validità, alle clausole e alla durata dei

59 — Sentenze 25 gennaio 1979, causa 98/78, Racke (Racc. pag. 69, punto 20), e 11 luglio 1991, causa C-368/89, Crispoltoni (Racc. pag. I-3695, punto 17).

60 — Sentenze 15 luglio 1964, van de Veer (Racc. pag. 1093); 31 marzo 1977, causa 88/76, Société pour l'exportation des sucres/Commissione delle Comunità europee (Racc. pag. 709); v. altresì la sentenza Crispoltoni, citata alla nota precedente, punto 20.

58 — Tale obbligo, essendo basato sui termini del contratto stesso, vincolerebbe, qualora risultasse esistere, l'amministrazione aggiudicatrice anche in mancanza di trasposizione della direttiva servizi.

contratti che risultano da tali procedure⁶¹. Infatti, il corretto funzionamento della direttiva servizi presuppone che le norme nazionali continuino ad applicarsi alla stipulazione di contratti di appalto aggiudicati in conformità delle sue disposizioni. Ciò è confermato dall'enfasi posta nella direttiva servizi sulle procedure che vincolano le amministrazioni aggiudicatrici in ordine all'*aggiudicazione* di appalti, anziché vincolare entrambe le parti in ordine alla *stipula* del contratto. L'art. 2, n. 6, della direttiva ricorsi illustra gli effetti di questa distinzione, che salvaguarda il ruolo delle norme nazionali sui contratti nel settore degli appalti pubblici. Ai sensi di tale disposizione gli effetti dei rimedi previsti nella direttiva, tutti diretti contro le amministrazioni aggiudicatrici, su un contratto stipulato in seguito all'*aggiudicazione* dell'appalto da parte di tali autorità, sono determinati dal diritto nazionale. L'idea che tale contratto stipulato continui ad essere vincolante secondo il diritto nazionale è chiaramente alla base dell'autorizzazione, concessa agli Stati membri dal legislatore comunitario, di limitare i rimedi disponibili all'assegnazione di un risarcimento danni a tutti i soggetti danneggiati dall'amministrazione aggiudicatrice. Spetta infine al diritto nazionale determinare se in tali circostanze gli effetti di un contratto vadano integralmente conservati.

traenti è stabile e vincolante secondo il diritto nazionale, di modo che anche le variazioni di prezzo e delle altre clausole avvengono nel contesto di un singolo contratto che continua ad essere in vigore, allora la direttiva servizi non incide su tale rapporto. Se, invece, secondo il diritto nazionale, esso corrisponde semplicemente ad un rapporto a lungo termine che fornisce una base per una rinegoziazione periodica delle clausole, allora, a mio parere, le procedure previste dalla direttiva servizi devono essere seguite alla prima occasione. Stabilire a quale categoria appartenga un rapporto costituisce, in ogni caso, una questione che spetta ai giudici nazionali risolvere in conformità del loro diritto. Così, laddove un contratto quadro concluso prima della data prevista per la trasposizione della direttiva servizi preveda una rinegoziazione periodica di talune delle sue clausole, saranno il diritto nazionale ed i giudici nazionali a stabilire se il rapporto tra le parti debba continuare ad essere soggetto, sempre e in ogni circostanza (anche, ad esempio, in caso di fallimento della rinegoziazione), ad un contratto vincolante in vigore. Se, in forza di una norma nazionale sui contratti, si ritiene che la rinegoziazione dia origine ad un nuovo contratto, o che il fallimento della rinegoziazione determini la risoluzione del contratto, il nuovo appalto pubblico di servizi deve essere aggiudicato conformemente alle disposizioni della direttiva servizi.

63. In linea di principio, quindi, le norme nazionali relative alla durata dei contratti si applicano ai contratti stipulati prima della data prevista per la trasposizione della direttiva servizi. Se il rapporto tra le parti con-

64. Si potrebbe sostenere che, indipendentemente dal risultato dell'applicazione delle norme nazionali, gli obiettivi della direttiva servizi impongano taluni criteri minimi, applicabili in tutta la Comunità, per determinare il mantenimento in vigore di un

61 — Inoltre, l'art. 7, nn. 2 e 5, prevede chiaramente la possibilità di appalti pubblici di servizi aggiudicati, in conformità delle sue disposizioni, per una durata indeterminata.

contratto. Tale argomento potrebbe essere basato sulla prevista incidenza negativa sul conseguimento degli obiettivi della direttiva servizi che si avrebbe qualora una parte rilevante del mercato pubblico dei servizi e, in particolare, quella dei servizi di cui all' allegato I A, fosse esclusa dal suo effettivo ambito di applicazione attraverso l'aggiudicazione, prima della data di trasposizione, di contratti considerati in vigore senza interruzione dal diritto nazionale nonostante la rinegoziazione di talune clausole chiave, come quelle relative al prezzo ⁶², nel quadro del contratto stesso.

65. Questo argomento, sebbene identifichi correttamente gli obiettivi generali dell'azione comunitaria nel settore degli appalti pubblici di servizi, non è conforme, a mio parere, alla lettera ed allo spirito della direttiva servizi. Quest'ultima non definisce le condizioni di validità dei contratti stipulati in seguito ad un'aggiudicazione, né, a fortiori, contiene elementi che facciano ritenere che, per determinare l'esigenza di una procedura di aggiudicazione, debbano disapplicarsi le norme nazionali relative alla validità o al mantenimento in vigore di contratti stipulati prima della data prevista per la sua trasposizione. Inoltre, il principio della certezza del diritto impone che i diritti derivanti ai prestatori di servizi da un contratto in essere altrimenti valido vengano presi in considerazione ai fini dell'interpretazione della direttiva servizi. L'art. 2, n. 6, della direttiva ricorsi autorizza la conservazione, in forza del diritto nazionale, degli effetti di appalti aggiudicati illegittimamente, con la condanna dell'amministrazione aggiudicatrice ai danni

causati alle persone lese dall'infrazione. Qu allora si accogliesse l'argomento sopra indicato, ciò implicherebbe la concessione dei rimedi previsti nella direttiva ricorsi ai prestatori di servizi interessati in caso di non conformità alle disposizioni dei titoli da III a VI della direttiva servizi. Ciò potrebbe lasciare un'amministrazione aggiudicatrice nell'ingrata posizione di essere vincolata, secondo diritto nazionale, a continuare ad osservare le clausole, comprese quelle riguardanti la revisione dei prezzi, di quello che viene considerato come un contratto validamente in essere, e nel contempo di essere tenuta, in base al diritto comunitario, senza aver in nessun modo agito illegittimamente nell'aggiudicazione e nella stipulazione del contratto, a risarcire i soggetti lesi dal mancato avvio da parte sua, in occasione di tale revisione del prezzo, di una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tale arbitraria conclusione non è legittimata né dalla lettera né dallo spirito della direttiva servizi.

66. Infine, risulta che almeno uno dei contratti quadro controversi nella presente causa può essere risolto alla fine di ciascun anno civile da ciascuna delle parti con un preavviso di tre mesi. Se questo, in diritto nazionale, equivale ad una mera facoltà di recesso, senza il quale un rapporto contrattuale vincolante continua, allora, alla luce della mia conclusione secondo cui la direttiva servizi non ha effetto retroattivo rispetto a tali rapporti, il diritto comunitario non impone che una facoltà preesistente venga trasformata in un obbligo. Quindi, di per sé, tale diritto di recesso non implica, secondo il diritto comunitario, l'applicazione delle procedure di aggiudicazione stabilite nella direttiva.

62 — V. i criteri di aggiudicazione degli appalti indicati all'art. 36, sub a) e sub b) della direttiva servizi.

IV — Conclusione

67. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di risolvere le questioni poste dal Bundesvergabeamt nel modo seguente:

- 1) Dall'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non deriva che, nel caso in cui tale direttiva non sia stata trasposta entro il termine all'uopo stabilito, gli organi degli Stati membri responsabili delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e di forniture possano conoscere anche dei ricorsi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Tuttavia, per soddisfare l'esigenza che il diritto interno sia interpretato in conformità della direttiva 92/50 e l'esigenza di tutela effettiva dei diritti dei singoli, il giudice nazionale deve stabilire se le pertinenti disposizioni del suo diritto nazionale consentano di riconoscere ai singoli il diritto di proporre un ricorso relativo alle aggiudicazioni di appalti pubblici di servizi. In circostanze come quelle del caso di specie, il giudice nazionale deve stabilire in particolare se tale diritto di ricorso possa essere esercitato dinanzi agli stessi organi istituiti per conoscere dei ricorsi relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori.

- 2) I servizi contrattuali controversi comprendono servizi alcuni dei quali vanno classificati come servizi rientranti nell'allegato I B, categoria n. 25, della direttiva 92/50 («Servizi sanitari e sociali») e gli altri vanno classificati nell'allegato I A, categoria n. 2 («Servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta»). La procedura di aggiudicazione va quindi determinata, in conformità dell'art. 10 della direttiva 92/50, in base al valore relativo di queste due categorie di servizi nell'ambito del contratto nel suo complesso. Laddove sia asserito, in un caso disciplinato dall'art. 10 della direttiva 92/50, che un appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato in conformità delle disposizioni dei titoli da III a VI di tale direttiva, si deve provare al giudice nazionale, sulla base delle informazioni che sono state o avrebbero dovuto essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice, e tenendo conto del margine di discrezionalità di quest'ultima, che il valore del servizio elencato nell'allegato I A di detta direttiva e che forma parte dei servizi oggetto del contratto controverso avrebbe dovuto essere ritenuto, dall'amministrazione aggiudicatrice, superiore a quello del servizio elencato nell'allegato I B.

- 3) Salva la valutazione, in un singolo caso di specie, della questione se le pertinenti disposizioni dei titoli da III a VI della direttiva 92/50 attribuiscono ai singoli diritti incondizionati e sufficientemente precisi per essere fatti valere in mancanza di provvedimenti nazionali di attuazione, il diritto dei prestatori di servizi, a norma del combinato disposto degli artt. da 1 a 10 della direttiva 92/50, di partecipare all'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi in conformità delle disposizioni di tale direttiva può essere fatto valere direttamente.

- 4) La direttiva 92/50 non si applica retroattivamente agli appalti pubblici di servizi in vigore prima della data di trasposizione di detta direttiva. Spetta al diritto nazionale stabilire se la rinegoziazione di clausole stipulate in forza di un contratto di appalto pubblico di servizi in vigore interrompa la continuità di tale contratto, così da determinare l'applicazione delle pertinenti disposizioni della direttiva 92/50 all'aggiudicazione dell'appalto successivo. Il diritto comunitario non obbliga un'amministrazione aggiudicatrice a fare uso del diritto di recesso previsto da un preesistente contratto di appalto pubblico di servizi dopo la data di trasposizione della direttiva 92/50.