

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 29 ottobre 2009 ¹(1)

Cause riunite C-145/08 e C-149/08

**Club Hotel Loutraki AE
Athinaiki Techniki AE
Evangelos Marinakis
contro
Ethniko Simvoulio Radiotileorasis
Ipourgos Epikratias**

e

**Aktor ATE
contro
Ethniko Simvoulio Radiotileorasis**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Simvoulio tis Epikratias (Grecia)]

«Appalto pubblico – Contratto costituito da un trasferimento di azioni e da un elemento che assume il carattere di una prestazione di servizi – Classificazione – Procedure di controllo sull'aggiudicazione degli appalti – Disposizione nazionale che osta ai ricorsi individuali dei membri di un consorzio ad hoc privo di personalità giuridica – Mutamento della giurisprudenza»

Introduzione

1. Le due cause in esame, complesse sia sotto il profilo fattuale, sia sotto quello processuale, che sono state riunite dalla Corte, sollevano questioni concernenti la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, in particolare la direttiva sulle procedure di ricorso (2) e la direttiva servizi (3).
2. La questione fondamentale verte in entrambi i casi sulla ricevibilità di un ricorso diretto a ottenere l'annullamento di una decisione adottata nel corso di una procedura di appalto, proposto da un singolo membro di un consorzio ad hoc privo di personalità giuridica che ha partecipato senza successo a tale procedura.
3. La Corte ha già dichiarato che la direttiva sulle procedure di ricorso non osta a una disposizione nazionale secondo cui, qualora i membri di un consorzio intendano impugnare la decisione di aggiudicazione di un appalto, essi devono agire congiuntamente e l'azione dev'essere ricevibile in relazione a ciascuno di essi (4).
4. Tuttavia, nella situazione oggetto delle presenti cause si aggiunge la circostanza che la decisione impugnata non è la decisione finale di aggiudicazione, bensì una decisione preliminare

concernente l'idoneità a ottenere l'attribuzione dell'appalto, adottata non dall'amministrazione aggiudicatrice, ma da una diversa autorità, e che detta decisione riguarda specificamente solo uno dei membri del consorzio e/o il suo annullamento viene chiesto non per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, ma per poter chiedere un risarcimento in relazione ad asserite irregolarità della decisione. La questione è resa ancor più complessa dal fatto che la giurisprudenza nazionale è mutata nel corso del procedimento, di modo che un'azione che avrebbe inizialmente potuto essere ricevibile non risulta più tale.

5. Tali questioni sono state sollevate in relazione alla direttiva sulle procedure di ricorso. L'applicabilità di detta direttiva dipende dalla circostanza che il contratto rientri o meno nell'ambito di applicazione, inter alia, della direttiva servizi o della direttiva lavori (5). La sua applicabilità è indubbia nella seconda causa, in cui è pacifico che il contratto rientra nel campo di applicazione della direttiva lavori. Risulta invece meno indubbia nella prima, in cui la direttiva servizi può risultare o meno applicabile a seconda che l'appalto in questione venga qualificato come appalto di servizi o come concessione di servizi (nel qual caso non sarebbe soggetto a detta direttiva).

6. La prima causa solleva quindi una questione preliminare concernente la classificazione del contratto controverso, vale a dire un contratto misto in cui una pubblica autorità vende il 49% del capitale azionario di un casinò pubblico al prezzo proposto dal miglior offerente, cui essa trasferisce la gestione del casinò e il diritto di nominare la maggioranza dei suoi amministratori; tale gestione viene remunerata con una percentuale degli utili operativi; l'aggiudicatario si impegna ad attuare un piano di ristrutturazione ed ammodernamento e la pubblica autorità si impegna a versargli un risarcimento nel caso in cui essa gestisca in futuro un altro casinò nella medesima regione.

7. Un'ulteriore questione è se la possibilità di avvalersi del ricorso di cui trattasi possa discendere dalle norme e dai principi fondamentali del diritto comunitario, anche qualora non risulti applicabile la direttiva sulle procedure di ricorso.

Contesto normativo

Diritto comunitario

La direttiva servizi (92/50)

8. L'art. 1, lett. a), definisce gli appalti pubblici di servizi come

«contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice»,

ad esclusione, in particolare, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti di lavori pubblici, nonché degli appalti aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, che sono tutti disciplinati da altre direttive. Sono esclusi anche altri tipi di appalti, definiti in base al loro oggetto, che tuttavia non risultano pertinenti ai presenti fini. L'art. 1, lett. b), definisce amministrazioni aggiudicatrici

«lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico»

e, ai sensi dell'art. 1, lett. c), s'intendono per prestatori di servizi

«le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi».

9. L'art. 2 dispone che, se un appalto pubblico ha per oggetto sia prodotti che servizi, esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva se il valore dei servizi supera quello dei prodotti.

10. L'art. 3, n. 1, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare procedure adattate alle disposizioni della direttiva e l'art. 3, n. 2, impone loro di assicurare la parità di trattamento tra i prestatori di servizi.

11. L'art. 8 dispone che gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A (6) devono essere aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI (7), mentre, a termini dell'art. 9, gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I B devono essere aggiudicati conformemente agli artt. 14 e 16, contenuti rispettivamente nei titoli IV e V. Ai sensi dell'art. 10, gli

appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati in entrambi gli allegati devono essere 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 e, negli altri casi, conformemente agli artt. 14 e 16.

12. L'art. 14 riguarda, in sostanza, le specifiche tecniche che devono essere contenute nei documenti generali o nei documenti contrattuali relativi ad ogni contratto, e l'art. 16 concerne la pubblicazione degli avvisi di aggiudicazione degli appalti.

13. Nessuno dei servizi elencati nell'allegato I A risulta pertinente per la questione di classificazione sollevata nella prima delle presenti cause. Tuttavia, l'allegato I B (cui si applicano solo gli artt. 14 e 16), include (17) «Servizi alberghieri e di ristorazione», (26) «Servizi ricreativi, culturali e sportivi» e (27) «Altri servizi». È pacifico che i servizi in questione rientrano in una o più di tali categorie.

14. L'art. 26, n. 1, così recita: «Le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione dell'offerta; ciò può tuttavia venir richiesto al raggruppamento selezionato una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto» (8).

La direttiva sulle procedure di ricorso (89/665)

15. Benché il titolo della direttiva sulle procedure di ricorso si riferisca ancora soltanto agli appalti pubblici di forniture e di lavori, nondimeno detta direttiva è stata modificata dalla direttiva servizi per renderla applicabile agli appalti rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

16. A seguito di tale modifica (9), l'art. 1 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati [inter alia, dalle direttive lavori e servizi], 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. 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 desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

17. L'art. 2 dispone, in particolare, quanto segue:

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

- a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;
- b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'onori 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.

(...)

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.

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.

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.

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

(...)».

Diritto nazionale

Licenze per i casinò

18. Ai sensi dell'art. 1, n. 7, della legge 2206/1994, relativa ai casinò (10), le licenze per i casinò devono essere concesse da una commissione di sette membri a seguito di una gara d'appalto internazionale. L'art. 3 dispone che i casinò sono soggetti al controllo dello Stato.

Incompatibilità ostative all'aggiudicazione di appalti pubblici

19. La legge 3021/2002, che dà attuazione all'art. 14, n. 9, della Costituzione greca, stabilisce limitazioni quanto all'aggiudicazione di appalti pubblici a soggetti titolari di interessi attuali nel settore dei mezzi di informazione. Essa stabilisce una presunzione assoluta di incompatibilità tra lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa attiva in tale settore e quello di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa incaricata, dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato, di eseguire lavori o forniture o di prestare servizi (la presunzione si estende anche a determinati familiari) (11).

20. Prima dell'aggiudicazione o della firma dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice deve ottenere dall'Ethniko Simvoulío Radioteleorasis (Consiglio nazionale della radiotelevisione; in prosieguo: l'«ESR») un certificato da cui risulti che non ricorre alcuna situazione di incompatibilità. In caso di mancato rilascio del certificato, il contratto è nullo. La decisione dell'ESR è vincolante, ma può essere impugnata in sede giurisdizionale da chiunque vi abbia interesse.

21. Nella recente sentenza Michaniki (12) la Corte ha dichiarato che il diritto comunitario osta a una presunzione assoluta di questo tipo anche qualora essa persegua i legittimi obiettivi della parità di trattamento tra gli offerenti e della trasparenza delle procedure di aggiudicazione. La Corte, tuttavia, non ha dichiarato che il diritto comunitario osti a una presunzione relativa del tipo descritto.

I mezzi di tutela giurisdizionale nelle procedure di appalto

22. La direttiva sulle procedure di ricorso è stata recepita in Grecia con la legge 2522/1997, il cui art. 2, n. 1, dispone che qualsiasi interessato che abbia o abbia avuto interesse all'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di lavori, forniture o servizi e che abbia subito o possa subire un danno a causa della violazione di norme comunitarie o nazionali ha il diritto di chiedere, secondo determinate norme di dettaglio, una tutela giurisdizionale provvisoria, l'annullamento o la dichiarazione della nullità dell'atto illegittimo e il risarcimento del danno.

23. L'art. 4, n. 1, della stessa legge precisa che è possibile chiedere l'annullamento o la

dichiarazione di nullità quando l'asserita violazione di norme comunitarie o nazionali riguarda una qualsiasi fase della procedura che precede l'aggiudicazione dell'appalto. L'art. 4, n. 2, dispone che, qualora venga dichiarata la nullità di un atto o di un'omissione dell'amministrazione aggiudicatrice successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, e salvo che la procedura sia stata sospesa in via di tutela provvisoria, tale dichiarazione non invalida il contratto d'appalto; in tal caso, il ricorrente può chiedere il risarcimento dei danni conformemente all'art. 5.

24. L'art. 5, n. 1, precisa che il diritto di chiedere il risarcimento dei danni è disciplinato dagli artt. 197 e 198 del Codice civile (che sanciscono la responsabilità per i danni causati nel corso delle trattative) e che ogni disposizione che escluda o limiti tale diritto dev'essere disapplicata. L'art. 5, n. 2, prevede (conformemente all'art. 2, n. 5, della direttiva sulle procedure di ricorso) che il risarcimento dei danni può essere concesso solo previo annullamento o previa dichiarazione della nullità dell'atto o dell'omissione illegittimi da parte del giudice competente, ma consente di abbinare secondo le regole generali l'azione diretta a ottenere la declaratoria di nullità con l'azione risarcitoria.

25. L'art. 47, n. 1, del decreto presidenziale 18/1989, che codifica le leggi relative al *Simvoulitis Epikratias* (Consiglio di Stato), dispone che qualsiasi persona fisica o giuridica può chiedere l'annullamento di un atto amministrativo lesivo dei suoi interessi legittimi.

26. In una giurisprudenza sviluppata a partire dal 1992, detto giudice (che risulta dotato di competenza esclusiva a pronunciarsi sulla validità delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici) ha costantemente interpretato la menzionata disposizione in modo da consentire ai singoli membri di un consorzio partecipante a una gara d'appalto di chiedere l'annullamento dell'atto di aggiudicazione. Nelle cause principali, tuttavia, lo stesso giudice in seduta plenaria ha stabilito che tale azione è irricevibile se non viene esercitata congiuntamente da tutti i membri del consorzio (sostanzialmente in ragione del fatto che, in caso di annullamento della prima aggiudicazione, l'appalto potrebbe essere attribuito solo al consorzio costituito ai fini della gara). Tale interpretazione, unitamente al disposto dell'art. 5, n. 2, della legge 2522/1997, influisce sulla possibilità di un singolo membro del consorzio di esercitare un'azione risarcitoria in relazione a un'irregolarità della procedura.

Fatti, procedimento e questioni sottoposte alla Corte

Causa C-145/08

27. Nell'ottobre 2001 il comitato interministeriale competente decideva di privatizzare l'Elliniko Kazino Parnithas AE (in prosieguo: l'«EKP», una controllata dell'Ellinika Touristika Akinita AE; in prosieguo: l'«ETA»), una società di gestione di sale da gioco interamente posseduta dallo Stato greco. Il bando di gara prevedeva una prima fase preliminare di selezione diretta ad individuare i candidati rispondenti ai requisiti prescritti. L'aggiudicatario doveva essere selezionato in una fase successiva. Nella fase preliminare venivano selezionati due consorzi.

28. Le condizioni contrattuali venivano dettagliatamente indicate in un progetto di contratto allegato a un bando integrativo dell'aprile 2002 (13).

29. L'art. 3 di tale progetto di contratto enunciava che quest'ultimo doveva essere un contratto «misto» costituito, in sostanza, da quattro accordi secondo cui, rispettivamente:

- l'ETA avrebbe ceduto una quota (pari al 49%) del capitale della EKP all'«AEAS» (una «società a responsabilità limitata con finalità esclusiva» che doveva essere costituita dall'aggiudicatario) (14);
- l'AEAS avrebbe acquisito il diritto di nominare la maggioranza del consiglio di amministrazione dell'EKP e quindi di amministrare la società conformemente al contratto;
- l'AEAS avrebbe assunto la gestione delle attività del casinò, in cambio di un corrispettivo;
- l'AEAS, in qualità di amministratore dell'EKP e di gestore delle attività del casinò, si sarebbe impegnata nei confronti dell'ETA ad attuare un piano di sviluppo che doveva essere approvato dal consiglio di amministrazione dell'EKP.

30. Il piano di sviluppo doveva includere la ristrutturazione del casinò e il miglioramento delle sue attrezzature, la ristrutturazione e il miglioramento di due unità alberghiere annesse e lo sviluppo dei terreni circostanti, il tutto da eseguire entro 750 giorni dall'autorizzazione del piano.

31. L'art. 14 del progetto di contratto riguardava la gestione del casinò da parte dell'AEAS e la relativa remunerazione. In sostanza, la gestione doveva essere prudente, pienamente conforme alla legge ed economicamente redditizia per l'EKP (l'art. 13, n. 7, precisava inoltre che l'EKP doveva essere amministrata in modo da conseguire un utile annuale lordo pari ad almeno EUR 105 000 000 per i primi cinque anni). In contropartita, l'AEAS avrebbe percepito un importo non superiore a una percentuale a scalare degli utili operativi annuali (dal 20% degli utili fino a EUR 30 000 000 al 5% degli utili oltre EUR 90 000 000) e al 2% del fatturato.

32. Ai sensi dell'art. 21, n. 1, del progetto di contratto, qualora entro dieci anni dalla data di produzione degli effetti del contratto l'ETA avesse iniziato a gestire legalmente un altro casinò nella stessa regione (Attica), l'ETA stessa sarebbe stata tenuta a pagare all'AEAS un indennizzo pari al 70% del prezzo delle azioni dell'EKP acquistate dalla medesima AEAS, ridotto di un decimo per ciascun anno.

33. A norma dell'art. 23, n. 1, il contratto sarebbe scaduto alla fine del decimo anno dall'inizio della produzione dei suoi effetti (15).

34. L'appalto veniva aggiudicato ad un gruppo facente capo alla Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Thessaloniki) AE (successivamente ridenominata Regency Entertainment Psychagogiki Touristiki AE) (in prosieguo: la «Regency»). L'ETA pertanto chiedeva e otteneva dall'ESR un certificato secondo cui nessuno dei soci, azionisti principali o dirigenti delle imprese del consorzio presentava un'incompatibilità ai sensi della legge 3021/2002.

35. È attualmente pendente dinanzi al Simvoulio tis Epikratias il ricorso di annullamento proposto contro la decisione dell'ESR, nel quale si afferma che un dirigente di un membro del consorzio presentava un collegamento incompatibile con il settore dei mass-media (essendo figlio di uno dei maggiori azionisti di un'impresa greca di mezzi di informazione).

36. Il ricorso è stato proposto per conto del consorzio offerente escluso e di tutti i suoi sette membri. Una sezione del Simvoulio tis Epikratias ha respinto il ricorso proposto dall'intero consorzio e da quattro dei suoi membri, in quanto essi non erano comparsi e il legale non era stato debitamente autorizzato ad agire in loro nome. Il ricorso proposto dagli altri tre membri, compresa la Club Hotel Loutraki (in prosieguo: la «Loutraki»), vista la sua importanza, è stato rimesso da tale sezione all'adunanza plenaria. Detta sezione ha quindi applicato la giurisprudenza a quell'epoca costante, secondo cui il ricorso proposto da alcuni membri di un consorzio poteva essere ricevibile. La sua declaratoria di irricevibilità relativa agli altri ricorrenti è passata in giudicato e non può essere sindacata nel procedimento dinanzi all'adunanza plenaria, la quale, nel frattempo, ha modificato la precedente giurisprudenza consolidata (16).

37. Per quanto riguarda il merito del ricorso, il Simvoulio tis Epikratias osserva che il contratto è di tipo misto, dato che esso include i) una vendita di azioni all'aggiudicatario che, di per sé, non è soggetta alle norme comunitarie sugli appalti, ii) un contratto di servizi da concludersi con l'aggiudicatario, il quale si impegna a gestire i locali del casinò, e iii) un impegno ad eseguire determinati lavori. Di queste tre parti, secondo il giudice del rinvio, i) è l'oggetto principale del contratto, ii) è accessoria e iii) è la meno rilevante.

38. Il giudice a quo si chiede se la parte ii) del contratto possa essere considerata una *concessione* di servizio pubblico, non soggetta alle direttive comunitarie. Ciò potrebbe dipendere dalla misura in cui l'aggiudicatario sopporta il rischio inerente alla gestione dei servizi di cui trattasi, tenendo presente che questi ultimi fanno parte di attività che, secondo il diritto nazionale, possono essere oggetto di diritti esclusivi o speciali. Potrebbe inoltre rilevare il fatto che la gestione di un casinò non ha mai costituito un servizio *pubblico* ai sensi del diritto greco, anche se l'espressione «servizio pubblico» potrebbe dover essere definita come una nozione di diritto comunitario.

39. Qualora la Corte dovesse ritenere che la parte ii) del contratto costituisce un appalto pubblico di servizi, il giudice nazionale chiede se il ricorso di annullamento proposto contro la decisione dell'ESR rientri nell'ambito di applicazione della direttiva sulle procedure di ricorso. I servizi in questione rientrano nell'allegato I B della direttiva servizi e i contratti ad essi relativi sono soggetti soltanto agli artt. 14 e 16 della direttiva, che prescrivono obblighi procedurali. Nondimeno, il giudice del rinvio si domanda se il principio della parità di trattamento degli offerenti, che la

direttiva sulle procedure di ricorso è diretta a tutelare, sia applicabile anche in questi casi.

40. Se la direttiva sulle procedure di ricorso è effettivamente applicabile, il giudice nazionale rileva che, conformemente alla giurisprudenza Espace Trianon e Sofibail (17), non è contraria a tale direttiva una disposizione nazionale secondo cui l'atto di aggiudicazione di un appalto pubblico può essere impugnato solo dall'insieme dei membri di un consorzio partecipante alla gara. Tuttavia, detto giudice si domanda se ciò valga per tutti i tipi di tutela giurisdizionale garantiti dalla direttiva, e in particolare per le azioni risarcitorie. Il combinato disposto delle varie disposizioni nazionali fa sì che ai singoli membri di un consorzio che ha partecipato senza successo a una gara d'appalto venga impedito non solo di chiedere l'annullamento dell'atto lesivo che li colpisce congiuntamente, ma anche di ottenere il risarcimento dei danni subiti individualmente. La possibilità di ciascuno di essi di ottenere il risarcimento dipende quindi dalla volontà degli altri membri del consorzio, che possono non avere tutti lo stesso interesse a ottenerlo.

41. La questione è resa più difficile dal fatto che, ai sensi dell'art. 2, n. 5, della direttiva sulle procedure di ricorso, la Grecia ha subordinato la possibilità di proporre un ricorso per il risarcimento dei danni nel settore degli appalti pubblici al previo annullamento dell'atto illegittimo, e le due questioni sono di competenza di giudici diversi – il Simvoulio tis Epikratias è competente in ordine alla validità, mentre i giudici ordinari sono competenti per i danni. Ciò contrasta con lo schema generale adottato in materia di risarcimento dei danni causati da atti illegittimi dello Stato o degli enti pubblici, secondo cui il giudice adito con l'azione risarcitoria esamina anche la legittimità dell'atto amministrativo.

42. Si potrebbe quindi ritenere che una procedura intesa a tutelare diritti sanciti dal diritto comunitario fosse meno favorevole di una procedura diretta a tutelare analoghi diritti conferiti dal diritto nazionale.

43. Infine, il Simvoulio tis Epikratias chiede se la situazione processuale, nel cui ambito l'attuale prassi giurisprudenziale richiede che un'azione come quella in esame venga esercitata congiuntamente da tutti i membri di un consorzio, mentre la precedente giurisprudenza aveva dichiarato ricevibile l'azione proposta da soli tre membri, sia compatibile con il diritto ad un giusto processo, quale principio fondamentale di diritto comunitario sancito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché con il principio di tutela del legittimo affidamento.

44. Il Simvoulio tis Epikratias ha quindi sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se costituisca una concessione, come tale non disciplinata dalla [direttiva servizi], un contratto con cui l'amministrazione aggiudicatrice affida all'appaltatore la gestione di un casinò, la realizzazione di un piano di sviluppo consistente nella ristrutturazione dei locali del casinò e nella valorizzazione imprenditoriale delle possibilità offerte dalla licenza relativa a tale casinò e nel quale è inclusa una clausola in base alla quale, se nella zona – intesa in senso ampio – in cui si trova il casinò di cui trattasi dovesse legalmente entrare in funzione un altro casinò, l'autorità aggiudicatrice assume l'obbligo di pagare all'appaltatore un indennizzo.
- 2) In caso di soluzione negativa della prima questione pregiudiziale: se un mezzo di ricorso esperito dai partecipanti ad una procedura di gara d'appalto pubblico di natura mista, che prevede anche la prestazione di servizi compresi nell'allegato I B della [direttiva servizi], con il quale si lamenta la violazione del principio della parità di trattamento dei partecipanti alla gara (principio enunciato all'art. 3, n. 2, della direttiva in parola), rientri nell'ambito di applicazione della [direttiva sulle procedure di ricorso], oppure se tale applicazione sia esclusa, nella misura in cui alla procedura di aggiudicazione del summenzionato appalto per la prestazione di servizi, in conformità a quanto previsto all'art. 9 della [direttiva servizi], si applicano solo gli artt. 14 e 16 della medesima.
- 3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione pregiudiziale [(18)]: qualora si ammetta che, in linea di principio, non è contraria al diritto comunitario, in particolare alle disposizioni della [direttiva sulle procedure di ricorso], una norma nazionale secondo la quale solo l'insieme dei membri di un consorzio senza personalità giuridica, consorzio che abbia partecipato senza successo ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, e non singoli membri del medesimo, può proporre ricorso contro l'atto di aggiudicazione, ciò valendo anche quando il ricorso sia stato inizialmente esperito da tutti i membri del consorzio in comune, ma sia infine risultato irricevibile rispetto a taluni di essi, se, in sede di applicazione della summenzionata direttiva, prima di dichiarare la detta irricevibilità, sia

necessario accertare se questi singoli membri conservino dopo di ciò il diritto di adire un altro giudice nazionale per ottenere il risarcimento eventualmente previsto da una norma di diritto nazionale.

- 4) In una situazione in cui esisteva una giurisprudenza costante di un giudice nazionale che ammetteva che anche un singolo membro di un consorzio potesse validamente esperire un mezzo di ricorso contro un atto adottato nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, se sia compatibile con le disposizioni della [direttiva sulle procedure di ricorso], interpretata alla luce dell'art. 6 della CEDU in quanto principio generale del diritto comunitario, il rigetto del mezzo di ricorso come irricevibile, a causa del mutamento di tale costante giurisprudenza, senza dare preliminarmente al ricorrente la possibilità di sanare tale irricevibilità né, comunque, quella di presentare, in conformità al principio del contraddittorio, le proprie osservazioni sulla questione».

Causa C-149/08

45. Nel 2004, nel contesto di una gara d'appalto pubblica di lavori per la costruzione di un palazzo municipale e di un parcheggio sotterraneo (19), la città di Salonicco aggiudicava l'appalto a un consorzio costituito dalle società Aktor ATE (in prosieguo: la «Aktor»), Themeliodomi AE e Domotechniki AE. L'ESR, consultato in ordine all'esistenza di un'eventuale incompatibilità ai sensi della legge 3021/2002, dichiarava che ricorreva una causa di incompatibilità rispetto a uno dei maggiori azionisti di una delle società, la quale era a sua volta una dei maggiori azionisti della Aktor, a causa di collegamenti con il settore dei mass-media (trattandosi del figlio di uno dei maggiori azionisti di un'impresa greca di mezzi di informazione)(20), e rifiutava di rilasciare il certificato. La Aktor, unica tra i membri del consorzio, chiedeva all'ESR di tornare sulla propria decisione e successivamente impugnava dinanzi al Simvoulio tis Epikratias il rigetto di tale richiesta da parte dell'ESR. La Aktor agiva in tal senso sul fondamento della giurisprudenza che consentiva ai singoli membri di un consorzio di esperire tali mezzi di ricorso. Tuttavia, l'adunanza plenaria del giudice adito, nell'ambito del proprio esame di detta causa e della causa Loutraki, ha modificato tale giurisprudenza e, di conseguenza, la Aktor non può più tentare di risolvere il problema.

46. Sotto questo profilo, quindi, la controversia solleva questioni analoghe a quelle della causa C-145/08. Il Simvoulio tis Epikratias chiede pertanto una pronuncia pregiudiziale su due questioni, identiche alla terza (ad eccezione della frase introduttiva) e alla quarta questione della causa C-145/08.

Procedimento dinanzi alla Corte

47. Le due cause sono state riunite con ordinanza 22 maggio 2008 ai fini delle fasi orale e scritta e della sentenza.

48. Hanno presentato osservazioni scritte alla Corte la Loutraki, tre membri del consorzio che si è aggiudicato l'appalto nella causa C-145/08 – vale a dire la Athens Resort Casino AE (in prosieguo: la «Athens Resort») congiuntamente alla Regency, e la Ellaktor AE (in prosieguo: la «Ellaktor») – la Aktor (ricorrente nel procedimento principale nella causa C-149/08), il governo ellenico e la Commissione.

49. All'udienza tenutasi l'11 giugno 2009 hanno presentato osservazioni orali la Loutraki, la Athens Resort, la Aktor, il governo ellenico e la Commissione.

Analisi

50. Le due questioni sollevate nella causa C-149/08 sono identiche alle ultime due questioni della causa C-145/08. Per semplicità, farò riferimento a tutte le questioni secondo l'ordine seguito nella seconda causa, vale a dire nell'ordine in cui le ho esposte in precedenza.

Sulla prima questione

51. La questione principale che il giudice del rinvio deve risolvere è se al contratto controverso sia specificamente applicabile la direttiva sulle procedure di ricorso, o se esso sia semplicemente soggetto, più in generale, alle norme fondamentali del diritto comunitario e ai principi del Trattato, che si applicano, in ogni caso, alle gare d'appalto pubbliche degli Stati membri laddove esse presentino un certo interesse transfrontaliero (21).

52. Tale compito, tuttavia, è reso più difficile dal fatto che l'appalto include elementi diversi, che non possiedono pari importanza rispetto al complesso della questione. Si tratta, in sostanza, di un trasferimento di azioni, di un impegno a fornire un servizio a titolo oneroso e di un impegno a realizzare un programma di lavori. Inoltre, l'elemento «servizi» potrebbe essere considerato come un appalto di servizi (nel qual caso esso potrebbe essere soggetto, se preso isolatamente, quanto meno a due delle disposizioni della direttiva servizi) oppure come una concessione di servizi (nel qual caso esulerebbe dall'ambito di applicazione della direttiva ma resterebbe soggetto alle norme e ai principi fondamentali del Trattato CE) (22). Esaminerò queste due questioni in ordine successivo.

Contratti misti

53. Può essere utile iniziare rammentando brevemente (23) l'approccio del diritto comunitario ai contratti misti, tenendo sempre presente che la classificazione di un contratto è una questione che dev'essere risolta esclusivamente dal giudice nazionale, in base agli elementi di fatto di cui dispone.

54. Quando si è confrontati con una gara d'appalto pubblica costituita da elementi diversi che, se presi singolarmente, sarebbero soggetti a diverse normative, il primo passo consiste nell'accertare se tale trattamento differenziato sarebbe stato effettivamente possibile. In caso affermativo, qualsiasi elemento che, preso isolatamente, rientri nell'ambito di applicazione di una specifica direttiva in materia di appalti deve essere aggiudicato conformemente alle disposizioni di tale direttiva (24). In caso contrario, si deve stabilire quali norme si applichino all'intera operazione.

55. Nella sentenza *Gestión Hotelera Internacional* (25), la Corte ha dichiarato che, quando un contratto misto abbia ad oggetto tanto un'operazione rientrante nell'ambito di applicazione di una direttiva in materia di appalti (in detta causa, un appalto pubblico di lavori), quanto un'operazione che altrimenti non sarebbe soggetta alla normativa comunitaria sugli appalti (in detta causa, una concessione di beni sotto forma di locazione), il contratto nel suo complesso non rientra nel campo di applicazione della direttiva se la prima operazione è meramente accessoria alla seconda.

56. Analogamente, qualora un contratto contenga elementi relativi a tipi diversi di appalti pubblici, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva debba essere applicata (26).

57. Tale giurisprudenza è conforme all'approccio indicato dal legislatore nel sedicesimo 'considerando' della direttiva servizi: «(...) gli appalti pubblici di servizi, segnatamente nel settore dei servizi di gestione di proprietà, possono in certi casi includere lavori; (...) un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; (...) tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto».

58. Ai sensi dell'art. 2 di detta direttiva, un appalto misto di forniture e servizi deve essere classificato in funzione della parte che riveste maggior valore e, secondo l'art. 10, lo stesso principio si applica quando gli appalti abbiano per oggetto servizi elencati sia nell'allegato I A che nell'allegato I B.

59. Il valore relativo è indubbiamente un criterio semplice ed oggettivo per stabilire se un determinato elemento sia l'oggetto principale di un contratto, o sia meramente accessorio. Tuttavia, poiché l'applicazione delle direttive comunitarie si innesca a soglie di valore diverse per i diversi tipi di contratto, il valore relativo non può essere l'unico criterio, dato che ciò potrebbe comportare il rischio di manipolazioni dirette a sottrarre determinati contratti dall'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti (27).

60. Dall'ordinanza di rinvio e dalla formulazione della prima questione sembra che il giudice nazionale abbia proceduto all'analisi da me descritta e abbia concluso che: i) il trasferimento di azioni costituisce lo scopo principale della procedura ed esula dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici; ii) le parti relative ai servizi e ai lavori possono essere considerate congiuntamente, ma separatamente dalla vendita di azioni e sono soggette alle

disposizioni delle menzionate direttive ad esse applicabili; iii) la parte relativa ai lavori è meramente accessoria rispetto a quella relativa ai servizi, per cui il fattore decisivo è se quest'ultima sia un appalto di servizi o una concessione di servizi.

61. Tale analisi, naturalmente, rientra completamente nella competenza del giudice nazionale e non in quella della Corte, per cui procederò in base a quanto da esso indicato, anche se talune parti hanno sostenuto in udienza che l'intero contratto era indivisibile e che l'elemento prevalente era la vendita delle azioni dell'EKP (una privatizzazione parziale).

62. Rilevo solo, in relazione a tale vendita, che condivido la posizione espressa nel Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (28), secondo cui

«le disposizioni relative alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 43 del Trattato devono essere applicate quando un'autorità pubblica decide, tramite un'operazione in capitale, di cedere ad un terzo una partecipazione che gli permette di esercitare un'influenza certa su un'impresa pubblica che svolge operazioni economiche normalmente rientranti nella responsabilità dello Stato.

In particolare, quando i pubblici poteri accordano a un operatore economico un'influenza certa in seno a un'impresa, nel quadro di un'operazione di cessione di capitale, e tale operazione ha per effetto il conferimento a tale operatore di determinati incarichi rientranti nel campo materiale del diritto degli appalti pubblici, incarichi che precedentemente venivano esercitati, direttamente o indirettamente, dai poteri pubblici, le disposizioni relative alla libertà di stabilimento impongono il rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento, allo scopo di garantire che ogni potenziale operatore abbia il medesimo accesso alla prestazione di tali attività fino a quel momento riservate ai pubblici poteri».

63. Di conseguenza, le disposizioni e i principi fondamentali del Trattato si applicheranno in ogni caso all'intero contratto, anche qualora emerga che le norme più specifiche della direttiva sulle procedure di ricorso si applicano soltanto alla parte relativa ai servizi e all'appalto di lavori accessorio a quest'ultima.

64. A tal riguardo, occorre chiarire se l'elemento «servizi» sulla cui base dev'essere classificato il contratto vada qualificato come appalto di servizi o come concessione di servizi.

65. Prima di esaminare tale questione, tuttavia, respingerei la tesi secondo cui, a prescindere da qualsiasi altro motivo, il contratto potrebbe essere escluso dall'ambito di applicazione della direttiva servizi in quanto il servizio di cui trattasi – la gestione di una casa da gioco – non è un servizio *pubblico* secondo il diritto nazionale. La definizione di un servizio ai sensi della direttiva è una questione di diritto comunitario (29). Le definizioni di cui all'art. 1 sono ampie (30) e chiaramente intese ad includere tutti gli appalti aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni. E, per quanto possa essere vero che non è responsabilità dello Stato mettere a disposizione del pubblico strutture per il gioco d'azzardo, resta il fatto che, in molti paesi, lo Stato è coinvolto in misura considerevole in tale settore (spesso al fine, inter alia, di proteggere il pubblico dagli operatori meno scrupolosi).

Concessioni di servizi

66. Anzitutto, è evidente che, se pure le concessioni di servizi sono effettivamente escluse dall'ambito di applicazione della direttiva servizi (31), quest'ultima non contiene alcuna definizione della concessione di servizi.

67. Nondimeno, all'epoca dei fatti della causa C-145/08 esisteva una definizione normativa comunitaria, nella direttiva lavori (32), della concessione di lavori pubblici, e tale definizione è stata costantemente presa a fondamento delle definizioni parallele delle concessioni di servizi di cui alle direttive 2004/17 (33) e 2004/18 (34). Sempre all'epoca dei fatti, la Commissione aveva tentato di definire le concessioni di servizi in una comunicazione non vincolante (35), redatta sulla base della giurisprudenza esistente della Corte (36). Nella sentenza *Parking Brixen* (37) la Corte ha richiamato la definizione contenuta nella direttiva 2004/18 in quanto pertinente alla sua conclusione sulla definizione del contratto controverso, anche se – come nel caso che qui ci interessa – tale direttiva non era formalmente applicabile all'epoca dei fatti. E, molto più recentemente, nella sentenza *Eurawasser* (38) la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza anteriore al 2004 per precisare e completare la definizione della concessione di servizi di cui alla direttiva 2004/17. La definizione della concessione di servizi nel diritto comunitario discende, quindi, da un'interrelazione fra

normativa, giurisprudenza e orientamenti che risulta stabile nel tempo.

68. L'essenza della definizione contenuta nelle direttive del 2004 è che una concessione di servizi è un contratto corrispondente alla definizione dell'appalto di servizi «ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (39), il che corrisponde al criterio della Corte secondo cui «la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi» (40).

69. Tale criterio risulta soddisfatto nel caso dell'appalto controverso. Secondo le clausole contrattuali richiamate nell'ordinanza di rinvio, in sostanza l'aggiudicatario (o l'AEAS) viene remunerato con una percentuale degli utili e/o del fatturato provenienti dalla sua stessa gestione del casinò. Tale remunerazione proviene quindi da «importi pagati da terzi», anche se non rappresenta la totalità di detti importi.

70. Tuttavia, la Corte ha anche sottolineato che un elemento essenziale di una concessione di servizi è che il titolare della stessa assuma il rischio legato alla gestione del servizio in questione (41).

71. Tale aspetto è stato dibattuto nel contesto in esame, soprattutto in relazione alla portata della concorrenza locale e all'indennizzo cui l'AEAS avrebbe diritto qualora venisse aperta un'altra casa da gioco nella stessa regione. La Athens Resort, la Ellaktor e il governo ellenico affermano che il rischio assunto dall'aggiudicatario è reale e giustifica la classificazione come concessione di servizi, mentre la Loutraki sostiene il contrario. Anche la Commissione è propensa a ritenere che non si tratti di una concessione, ma rileva, giustamente, che il grado di rischio effettivo trasferito dall'amministrazione aggiudicatrice e assunto dall'aggiudicatario può essere valutato soltanto dal giudice nazionale.

72. Successivamente all'udienza nella presente causa, la Corte ha fornito ulteriori chiarimenti in ordine al tipo e al grado di trasferimento del rischio che deve sussistere affinché l'appalto possa essere qualificato come concessione di servizi. Nella sentenza Eurawasser (42) essa ha dichiarato che «nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come "concessione di servizi" (...), dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo».

73. La Corte ha quindi ritenuto che ciò che importa non è che il rischio di gestione sia in sé significativo, ma il fatto che qualunque rischio che in precedenza gravava sull'amministrazione aggiudicatrice deve essere trasferito, a carico completo o pressoché completo, all'aggiudicatario.

74. È vero che in tale causa la Corte aveva fatto espressamente riferimento alla circostanza che la riduzione del rischio in questione derivava dalle normative applicabili (comuni nel settore delle imprese di servizi pubblici), le quali, da un lato, erano sottratte al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, limitavano il rischio di ripercussioni negative sulla trasparenza e sulla concorrenza (43).

75. Tuttavia, ritengo che tale criterio non sia decisivo. La Corte ha anche dichiarato che «le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto» (44). Ritengo che la nozione di concessione di servizi non possa dipendere dall'esistenza di un rischio reale di fallimento, ma debba includere tutti i casi in cui la gestione del servizio è soggetta alle normali fluttuazioni delle attività economiche, che l'operatore deve sopportare.

76. Tale valutazione, naturalmente, deve essere effettuata dal giudice nazionale caso per caso. Tuttavia, dagli elementi forniti nell'ordinanza di rinvio risulta plausibile che tale condizione sussista nel caso del contratto controverso nella presente causa.

77. Al pari di molte altre attività, un casinò (anche un casinò a gestione pubblica) comporta un certo grado di rischio (45). Le case da gioco e le strutture annesse possono essere gestite solo con

determinati costi, in seguito a un determinato investimento, e non esistono garanzie riguardo ai profitti o alla clientela. La domanda di servizi per il gioco d'azzardo può variare, anche in misura notevole, in funzione di molti fattori, compresa la concorrenza, ma non solo. E il mero fatto che si possa prevedere con una certa sicurezza che un determinato servizio sarà redditizio non può incidere sulla possibilità di fornirlo sotto forma di concessione.

78. Nella specie il rischio già gravante sullo Stato nella gestione del casinò risulta essere stato trasferito all'AEAS, conformemente al contratto, in misura sufficiente. Quest'ultima ha dovuto investire somme considerevoli nell'acquisto delle azioni, ha dovuto assumere vari obblighi di ristrutturazione dei locali (apparentemente da realizzare a proprie spese), e percepisce un corrispettivo il cui esatto ammontare dipende dal modo in cui viene gestito il casinò (per il quale è responsabile non solo verso se stessa ma anche nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice). È vero che parte del rischio (il ritorno sull'investimento) continua a gravare sull'ente pubblico ETA, che conserva il 51% delle azioni del casinò. Nondimeno, risulta che l'AEAS assume una parte dei rischi commisurata alla sua partecipazione.

79. L'elemento che a parere del Simvoulio tis Epikratias potrebbe incidere sull'assunzione del rischio da parte dell'aggiudicatario è la condizione secondo cui, qualora l'ETA gestisse un altro casinò nella stessa regione entro dieci anni dall'inizio della produzione degli effetti del contratto, dovrebbe pagare all'AEAS un indennizzo basato sul prezzo delle azioni cedute. È evidente che, in tal modo, l'AEAS viene tutelata in modo piuttosto efficace contro i più gravi eccessi di un'eventuale concorrenza.

80. Tuttavia, ritengo che tale circostanza non influisca in alcun modo sulla classificazione dell'appalto come concessione di servizi. L'appalto di servizi e la concessione di servizi sono concetti distinti, e l'elemento essenziale dell'uno è chiaramente diverso da quello dell'altro. In un appalto di servizi il prestatore riceve il corrispettivo pattuito (l'importo della sua offerta) dall'amministrazione aggiudicatrice, la quale, qualora il servizio sia destinato a terzi, che pagano per fruirne, consegue profitti o copre interamente le perdite. L'importo dell'offerta sarà basato sui costi che si prevede di sostenere per fornire il servizio. In una concessione di servizi è il prestatore il soggetto che ricava profitti o copre le perdite e che paga un importo pattuito (l'importo della sua offerta) all'amministrazione aggiudicatrice (46). L'importo dell'offerta sarà basato sui profitti previsti. È evidente che la probabile portata della concorrenza influirà su tale previsione e quindi sull'importo indicato nell'offerta (nonché sulla stessa volontà di una parte di partecipare o meno alla gara), ma non vedo come ciò possa incidere sulla natura dell'operazione e trasformare una concessione di servizi in un appalto di servizi.

81. Se ho ben capito le circostanze della causa principale, l'importo delle offerte era quello che gli offerenti intendevano pagare per le azioni dell'EKP, calcolato tenendo conto, inter alia, dell'obbligo di eseguire taluni lavori e del presumibile ammontare della quota degli utili operativi del casinò spettante all'aggiudicatario. In tal caso, la clausola compensatoria che tutela dalla concorrenza per dieci anni influirebbe sicuramente sui calcoli degli offerenti, ma non modificherebbe la natura del contratto, che risulta essere una concessione di servizi (anche se, entro certi limiti, in partenariato con l'amministrazione aggiudicatrice), più che un appalto di servizi.

82. Ho tratto tale conclusione sulla base del contenuto del contratto, quale risulta dall'ordinanza di rinvio, e in particolare sulla formulazione della questione con cui il Simvoulio tis Epikratias chiede chiarimenti, ma naturalmente è possibile che da altri elementi, che devono essere valutati da detto giudice, emerga un quadro diverso in ordine all'effettiva portata del trasferimento del rischio.

83. In ogni caso, suggerisco alla Corte di dichiarare che un contratto di servizi nel cui ambito il corrispettivo del prestatore viene pagato da terzi dev'essere qualificato come concessione di servizi (47), e quindi come non rientrante nel campo di applicazione della direttiva servizi, se il rischio di gestione sopportato dall'amministrazione aggiudicatrice viene assunto dall'appaltatore a carico completo o pressoché completo, anche qualora si tratti di un rischio ridotto fin dall'inizio, e che il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice garantisca un indennizzo in caso di successiva concorrenza non influisce su tale classificazione, purché detta garanzia non incida in misura significativa sulla portata del *trasferimento* del rischio (che va tenuto distinto dal grado di rischio sulla cui base ogni potenziale offerente valuta il proprio interesse a partecipare e l'importo che è disposto ad offrire).

84. Tuttavia, non si deve dimenticare che, sebbene le concessioni di servizi esulino dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, le amministrazioni che le attribuiscono sono tenute a rispettare le norme e i principi fondamentali del Trattato CE (48).

Sulla seconda questione

85. Qualora, in base alla risposta alla prima questione, il giudice nazionale decida che l'appalto ricade nell'ambito di applicazione della direttiva servizi, occorre chiarire se, nelle circostanze del caso di specie, il fatto che i servizi in parola rientrano esclusivamente nell'elenco dell'allegato I B di tale direttiva influisca sull'applicabilità della direttiva sulle procedure di ricorso.

86. Ritengo di no.

87. È vero che, come ha rilevato la Corte nella sentenza Commissione/Irlanda (49), la direttiva si basa sul presupposto secondo cui gli appalti relativi a servizi elencati nell'allegato I B non presentano, di regola, un interesse transfrontaliero tale da giustificare l'imposizione di norme dirette a consentire ad imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto, ed è per tale motivo che per i suddetti contratti vengono prescritti solo requisiti minimi.

88. Tuttavia (tralasciando il fatto che il contratto oggetto della presente causa è indubbiamente di valore tale da presentare un interesse transfrontaliero), concordo con la Commissione che la direttiva sulle procedure di ricorso si applica espressamente a tutte le procedure di aggiudicazione «disciplinate» (50) dalla direttiva servizi, e che i servizi elencati nell'allegato I B rientrano in tale ambito esattamente al pari di quelli elencati nell'allegato I A, a prescindere da quanto limitati siano gli obblighi effettivamente imposti dalla direttiva in relazione a tali servizi.

89. Non posso quindi accogliere l'argomento del governo ellenico secondo cui la direttiva sulle procedure di ricorso si applica solo alle decisioni asseritamente contrarie agli artt. 14 e 16 della direttiva servizi, che sono le uniche disposizioni che disciplinano gli appalti di servizi elencati nell'allegato I B.

90. Non vi è assolutamente nulla nel testo della direttiva sulle procedure di ricorso da cui emerga una volontà di limitarne l'applicazione a procedimenti relativi a specifiche disposizioni della direttiva materiale applicabili a una determinata procedura di appalto. Al contrario, l'obiettivo è porre fine all'«assenza o [all]'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri [che] dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata» (51). Se si seguisse l'approccio del governo ellenico, tale obiettivo non sarebbe conseguibile.

91. Inoltre, come rileva il giudice nazionale nella sua questione, nel procedimento principale relativo alla causa C-145/08 le ricorrenti invocano il principio della parità di trattamento, che è specificamente sancito dall'art. 3, n. 2, della direttiva servizi. L'art. 3, n. 2, è una delle disposizioni generali del titolo I di detta direttiva e, ad una semplice lettura, esso si applica a tutti gli appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a). Solo in relazione ai titoli III-VI viene formulata una distinzione tra i servizi elencati nell'allegato I A e quelli elencati nell'allegato I B.

92. Se invece, in base alla risposta data alla prima questione, il giudice nazionale riterrà che il contratto sia una concessione di servizio pubblico, è evidente che esso non sarà soggetto alle specifiche disposizioni della direttiva sulle procedure di ricorso. Nondimeno, si applicheranno comunque le norme e i principi fondamentali del Trattato, compreso, naturalmente, il principio della parità di trattamento.

93. Nella sentenza Telaustria (52) la Corte ha sottolineato che tali principi implicano che si possa controllare l'imparzialità delle procedure di aggiudicazione, e, secondo costante giurisprudenza, i singoli possono beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico comunitario (53).

94. Quali siano le implicazioni dei suddetti principi nelle cause in esame è un punto che va analizzato nel contesto della terza e della quarta questione.

Sulla terza questione

95. Con la terza questione, a mio avviso, il giudice nazionale chiede in sostanza se la giurisprudenza Trianon e Sofibail (54) (in base alla quale la direttiva sulle procedure di ricorso non osta a una disposizione nazionale secondo cui i membri di un consorzio partecipante a una gara

d'appalto possono impugnare solo tutti insieme la decisione di aggiudicazione, anche nel caso in cui i membri agiscano congiuntamente ma il ricorso di un singolo membro venga dichiarato irricevibile) debba essere attenuata nel caso in cui la sua applicazione comporti il diniego ai singoli membri non solo della possibilità di ottenere l'annullamento di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ma anche della possibilità di chiedere il risarcimento per i danni subiti individualmente a causa di irregolarità procedurali.

96. La risposta a tale questione richiede quindi un esame del ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza *Espace Trianon e Sofibail*.

97. Rilevo che i contesti normativi delle due cause presentano forti analogie. Anche nella causa *Espace Trianon e Sofibail* la disposizione controversa era contenuta in una legge che disciplinava il supremo giudice amministrativo, secondo la quale qualsiasi parte lesa o che vi avesse interesse poteva proporre un ricorso di annullamento, e detta disposizione era stata interpretata nel senso che i membri di un consorzio privo di personalità giuridica che aveva partecipato senza successo ad una procedura di appalto dovevano impugnare congiuntamente l'atto di aggiudicazione (55). La controversia verteva su un ricorso proposto da entrambi i membri di un'associazione temporanea che aveva partecipato senza successo a una gara d'appalto, ricorso che era stato dichiarato irricevibile in relazione ad uno di tali membri in quanto la decisione di agire in giudizio non era stata adottata dall'organo competente della società (56).

98. La questione era se l'art. 1 della direttiva sulle procedure di ricorso ostasse a una disposizione come quella controversa, in generale o nelle circostanze del caso di specie (57).

99. La Corte ha considerato che il riferimento contenuto nell'art. 1, n. 3, a «chiunque abbia un interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico» riguardava una persona che, avendo presentato la propria offerta per un appalto pubblico, aveva dimostrato il suo interesse ad ottenerne l'aggiudicazione. Tutti i membri di un'associazione temporanea offerente in quanto tali avrebbero avuto l'obbligo di sottoscrivere il contratto e di eseguire i lavori qualora l'offerta fosse stata accolta. Nella causa principale nulla aveva impedito ai membri del consorzio di proporre congiuntamente un ricorso d'annullamento contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto (58).

100. Pertanto, una disposizione nazionale che prescriveva che un ricorso d'annullamento contro la decisione di un'autorità aggiudicatrice di attribuire un appalto pubblico dovesse essere proposto da tutti i membri che componevano il consorzio offerente non limitava l'accessibilità a tale ricorso in modo contrario all'art. 1, n. 3, della direttiva sulle procedure di ricorso, in particolare in quanto nel diritto belga i membri di un consorzio potevano regolare la questione relativa alla sua capacità di agire in giudizio mediante un accordo interno (59).

101. Detta disposizione non prescriveva nemmeno che un gruppo di imprenditori dovesse adottare una specifica forma giuridica per la presentazione di un'offerta, ma solo che un consorzio, per agire in giudizio, doveva essere rappresentato secondo le norme applicabili alla forma giuridica che i suoi stessi membri avevano adottato per poter presentare l'offerta. Inoltre, la disposizione si applicava allo stesso modo a tutti i ricorsi proposti dai membri dei consorzi, a prescindere dalla circostanza che le domande si fondassero su una violazione del diritto comunitario o del diritto nazionale, o che riguardassero appalti pubblici o altre operazioni (60).

102. Di conseguenza, detta disposizione non era tale da mettere in discussione l'esigenza di ricorsi efficaci sancita dall'art. 1, n. 1, della direttiva sulle procedure di ricorso. Tale principio non prescriveva che fosse dichiarato ricevibile un ricorso quando non fossero state rispettate le disposizioni relative alla rappresentanza in giudizio derivanti dalla forma giuridica adottata per la persona che agiva (61).

103. Infine, non vi era alcun motivo di distinguere tra il ricorso proposto fin dall'inizio unicamente da alcuni membri del consorzio e quello proposto da tutti i membri, ma dichiarato, in un secondo tempo, irricevibile in relazione ad uno di essi. Nelle due ipotesi la ricevibilità dipendeva da disposizioni nazionali che esigevano unicamente il rispetto da parte dei ricorrenti delle condizioni riguardanti la rappresentanza in giudizio in modo conforme alla forma giuridica che i membri stessi avevano scelto. Tali esigenze generali non limitavano l'efficacia dei ricorsi e la loro accessibilità per gli offerenti in modo contrario alla direttiva sulle procedure di ricorso. Inoltre, l'irricevibilità dell'azione di uno dei membri di un consorzio poteva essere motivata da circostanze atte a dimostrare che non si fosse validamente formata alcuna volontà di agire in giudizio in capo al membro in questione (62).

104. La Corte ha inoltre chiarito, nell'ordinanza Consorzio Elisoccorso San Raffaele (63), che una disposizione nazionale che consenta a un membro di un consorzio di agire in giudizio individualmente non è assolutamente incompatibile con la direttiva sulle procedure di ricorso. L'art. 1, n. 3, stabilisce un requisito minimo, secondo cui le procedure di ricorso previste devono essere accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata del diritto comunitario. Pertanto, una disposizione che consenta le azioni individuali non compromette affatto l'obiettivo della direttiva e anzi contribuisce alla sua realizzazione.

105. Di conseguenza, la direttiva sulle procedure di ricorso non osta in alcun modo a che il Simvoulio tis Epikratias dichiari ricevibili i ricorsi nelle cause principali.

106. La questione è piuttosto se, nelle circostanze di tali cause, l'attuale interpretazione della normativa nazionale, che conduce a una declaratoria di irricevibilità (64), rientri nella giurisprudenza Espace Trianon e Sofibail (nel quale caso il Simvoulio tis Epikratias potrebbe applicare tale interpretazione), oppure le circostanze siano così diverse da rendere detta interpretazione incompatibile con la direttiva.

107. A tal riguardo potrebbero essere rilevanti in particolare due differenze. In primo luogo, nella sentenza Espace Trianon e Sofibail la Corte ha tenuto conto del fatto che i membri del consorzio avrebbero potuto concordare, secondo il diritto belga, che esso fosse rappresentato nel procedimento da uno solo di loro. Tale possibilità non è prevista nel diritto greco, anche se si tratta naturalmente di una valutazione che spetta al giudice nazionale. In secondo luogo, la Corte ha tenuto conto del fatto che la disposizione si applicava a tutti i ricorsi proposti dai consorzi, a prescindere dalla circostanza che fossero basati su una violazione del diritto comunitario o su una violazione del diritto nazionale, e che avessero per oggetto appalti pubblici o altre operazioni. Nelle presenti cause, invece, le difficoltà non sarebbero sorte se il ricorso fosse stato fondato sul diritto nazionale (65).

108. Rilevo inoltre che, nelle sue conclusioni relative alla causa Espace Trianon e Sofibail, l'avvocato generale Stix-Hackl ha considerato che l'applicazione della sentenza della Corte dovrebbe essere limitata ai casi in cui il ricorso sia diretto ad ottenere l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, e che «dal diritto comunitario ben potrebbero derivare obblighi d'altro tipo per quanto riguarda il mero accertamento dell'illegittimità e la condanna al risarcimento dei danni» (66).

109. Infine, gli atti in discussione nelle presenti cause non sono decisioni con cui l'amministrazione interessata ha aggiudicato o negato l'aggiudicazione di un appalto a un consorzio. Si tratta invece di decisioni di un diverso organo amministrativo concernenti la possibilità di aggiudicare un appalto a singoli membri di un consorzio, le quali tuttavia sono vincolanti per l'amministrazione aggiudicatrice.

110. Tenuto conto di tutte le suesposte considerazioni, ritengo che la Corte possa giustificatamente procedere a un nuovo esame delle esigenze derivanti dalla direttiva sulle procedure di ricorso nel contesto delle presenti cause.

111. È evidente che, di regola, la legge nazionale può disporre che, qualora il soggetto che ha o ha avuto interesse all'aggiudicazione di un appalto sia un consorzio, il ricorso contro l'atto di aggiudicazione dell'appalto deve essere proposto congiuntamente da tutti i suoi membri (giurisprudenza Espace Trianon e Sofibail). Analogamente, la legge nazionale può disporre che, se un risarcimento dei danni viene chiesto a causa di una decisione presa illegalmente, deve prima essere annullata la decisione controversa (art. 2, n. 5, della direttiva sulle procedure di ricorso).

112. Se ne potrebbe quindi dedurre che, qualora la legge nazionale contenga entrambe le suddette disposizioni, il diritto comunitario non osta alla conseguenza che il ricorso per il risarcimento dei danni proposto da un unico membro di un consorzio che ha partecipato a una gara d'appalto sia comunque irricevibile.

113. Tuttavia, non sono di questo avviso.

114. Il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Espace Trianon e Sofibail (nonché, apparentemente, dal Simvoulio tis Epikratias nella sua interpretazione riveduta del diritto nazionale) si basa sul presupposto che l'interesse di un offerente escluso all'annullamento di un atto di aggiudicazione si concretizza nella possibilità di poter partecipare alla procedura rilanciata in seguito all'annullamento della decisione illegittima, e nel fatto che, qualora l'offerente sia un consorzio, solo

il consorzio in quanto tale può legittimamente avere tale interesse. I singoli membri, non avendo presentato un'offerta a proprio nome (e spesso non essendo in grado di farlo, altrimenti non avrebbero costituito un consorzio con altri), non hanno lo stesso interesse.

115. Questa premessa, e la conclusione che ne è stata dedotta, sembrano pienamente giustificate. Ai fini dell'aggiudicazione di un appalto, i membri di un consorzio devono agire tutti insieme. L'unione fa la forza. I loro interessi sono indivisibili al pari dell'aggiudicazione dell'appalto.

116. Tuttavia, ciò non è necessariamente vero per quanto riguarda i ricorsi per il risarcimento dei danni. Una decisione adottata nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto può causare un danno specifico a un membro di un consorzio ma non ad altri. Sebbene dall'ordinanza di rinvio non emerga chiaramente se tale ipotesi ricorra nella causa C-145/08, la causa C-149/08 fornisce un esempio di tale situazione. La dichiarazione di incompatibilità riguardava unicamente la Aktor e non gli altri membri del consorzio. Per quanto tutti i membri potessero essere stati danneggiati dalla mancata aggiudicazione dell'appalto, la Aktor è stata individualmente stigmatizzata come l'impresa rispetto alla quale è stata individuata una causa di incompatibilità. Anche se, come ha affermato il governo ellenico in udienza, le decisioni relative all'incompatibilità vengono adottate ex novo nel contesto di una nuova procedura (67), la decisione contestata avrebbe probabilmente ripercussioni negative sull'ammissibilità della Aktor, agli occhi delle altre imprese, quale membro di futuri consorzi.

117. Ma anche qualora (come potrebbe essere accaduto alla Loutraki e agli altri contestuali offerenti) il danno fosse stato subito da tutti i membri del consorzio, in misura proporzionale, ad esempio, alla perdita di opportunità sofferta da ciascuno di essi, i ricorsi individuali per il risarcimento dei danni potrebbero essere trattati separatamente. Purché il ricorso abbia per oggetto unicamente tali danni ripartibili, e l'atto di aggiudicazione non possa essere annullato in modo che il consorzio nella sua interezza possa nuovamente partecipare alla procedura, la circostanza che il ricorso venga proposto da uno, da alcuni o da tutti i membri del consorzio non riveste un'importanza decisiva.

118. In linea con quanto dichiarato nell'ordinanza Consorzio Elisoccorso San Raffaele (68), l'accessibilità ad un ricorso individuale in tali circostanze tenderebbe a favorire, più che a compromettere, l'obiettivo della direttiva sulle procedure di ricorso di garantire che gli Stati membri prevedano rimedi effettivi e procedure adeguate per risarcire coloro che abbiano subito un danno a causa di una violazione del diritto comunitario (69). Per contro, una disposizione che limitasse tale accessibilità ostacolerebbe il suddetto obiettivo, anziché agevolarne la realizzazione.

119. Si deve inoltre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta a ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti derivanti dal diritto comunitario. Gli Stati membri devono garantire la tutela effettiva di tali diritti e le modalità procedurali non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (conformemente al principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (conformemente al principio di effettività) (70).

120. Come ha osservato la Commissione, spetta al giudice nazionale stabilire se uno di tali principi sia leso dalle disposizioni interne applicabili nelle presenti cause. Per quanto necessario e possibile, esso deve interpretare tali disposizioni conformemente al diritto comunitario, e quindi in modo da garantire che i due principi vengano rispettati.

121. A tal riguardo sembra che un'interpretazione e un'applicazione della normativa come quella fatta attualmente dal Simvoulio tis Epikratias renderebbe impossibile per un membro di un consorzio esercitare individualmente un'azione per il risarcimento dei danni. Tale diritto discende dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva sulle procedure di ricorso e, a mio parere, non viene meno nel caso in cui altri membri dello stesso consorzio non abbiano un proprio interesse individuale ad esercitare la stessa azione.

122. Inoltre, lo stesso giudice nazionale osserva nell'ordinanza di rinvio che, per quanto riguarda il diritto conferito in generale dalla normativa interna di ottenere il risarcimento dei danni causati da uno Stato o da un ente pubblico, il giudice adito con il ricorso per il risarcimento esamina allo stesso tempo la legittimità dell'atto che avrebbe causato i danni, mentre, nel contesto in esame, occorre prima ottenere l'annullamento da parte di un giudice diverso. Risulta quindi che i principi di effettività e di equivalenza non sarebbero rispettati qualora l'azione per i danni non fosse accessibile ai ricorrenti nel procedimento principale in ragione del fatto che i due mezzi giurisdizionali sono di

competenza di giudici diversi.

123. Si è affermato che i ricorrenti godono di una tutela giurisdizionale sufficiente in quanto potrebbero agire per il risarcimento dei danni contro gli altri membri del consorzio la cui inerzia abbia determinato il rigetto del ricorso. Non mi pare che questa sia una valida alternativa. Da un lato, sembra ingiusto che il risarcimento di danni causati da una decisione dell'ESR debba provenire dai partner del consorzio e, dall'altro, pare improbabile che l'entità del risarcimento possa risultare equiparabile, dato che il tipo di danno sarebbe diverso e sarebbe imputabile a comportamenti differenti tenuti da soggetti diversi.

124. Di conseguenza, suggerisco di risolvere la terza questione nel senso che, anche qualora, secondo il diritto nazionale, un ricorso di annullamento proposto contro una decisione adottata nel corso di una procedura di appalto non sia accessibile ai singoli membri di un consorzio che ha partecipato alla procedura, prima di dichiarare irricevibile tale ricorso si deve esaminare se i suddetti singoli membri mantengano in seguito il diritto di chiedere il risarcimento dei danni dinanzi ad un altro giudice a seguito di un'asserita violazione del diritto comunitario. Essi devono poter esercitare tale diritto a condizioni che non siano meno favorevoli di quelle previste per analoghi ricorsi di diritto interno (conformemente al principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto (conformemente al principio di effettività).

125. Aggiungerei, con riferimento alla causa C-145/08, che, se il ricorso per il risarcimento dei danni si fonda sulla violazione di una norma o di un principio fondamentale del Trattato applicabile alla procedura di appalto in questione, sono applicabili anche il diritto alla tutela giurisdizionale e gli obblighi derivanti dai principi di equivalenza e di effettività, anche nel caso in cui la procedura venga considerata esclusa di per sé dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, e quindi da quello della direttiva sulle procedure di ricorso.

Sulla quarta questione

126. Tale questione riguarda una situazione in cui i) uno o più ricorrenti hanno proposto un ricorso contro una decisione adottata nel corso di una procedura di appalto, ii) secondo costante giurisprudenza, tale ricorso, nel momento in cui è stato proposto, era ricevibile, iii) il giudice adito ha invece concluso, modificando la precedente giurisprudenza, che il ricorso era irricevibile.

127. Il Simvoulio tis Epikratias chiede, in sostanza, se in tali circostanze la direttiva sulle procedure di ricorso e il diritto ad un giusto processo implicino che al ricorrente o ai ricorrenti dev'essere stata data la possibilità di sanare la causa di irricevibilità (il che non risulta possibile, secondo le norme ordinarie, nell'attuale fase del procedimento) o quanto meno di esprimersi in proposito (il che non risulta essere accaduto prima della modifica della giurisprudenza).

128. Alla luce delle risposte che ho proposto per le questioni precedenti, in particolare per la terza, la presente questione sorge solo nel caso in cui risulti che, in definitiva, l'irricevibilità di un ricorso proposto dai singoli membri di un consorzio offerente contro una decisione adottata nel corso della procedura di appalto *non priva* tali singoli membri del diritto di chiedere il risarcimento dei danni dinanzi ad un altro giudice a seguito di un'asserita violazione del diritto comunitario, e solo se tale diritto *rimane* loro accessibile a condizioni che non siano meno favorevoli di quelle previste per analoghi ricorsi di diritto interno e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di detto diritto. In altre parole, il problema si pone solo nel caso in cui la nuova interpretazione delle norme di procedura nazionali risulti pienamente compatibile con il diritto comunitario. Benché ciò non appaia certo in base alle informazioni disponibili, risponderò alla quarta questione sul presupposto che lo sia.

129. In primo luogo, concordo con la Loutraki che, di regola, quando un giudice modifica la propria precedente giurisprudenza, tale modifica deve valere nella causa in cui è stata deliberata (anche se, naturalmente, vi sono situazioni in cui gli effetti temporali di una sentenza possono essere limitati alle situazioni create dopo una certa data (71)).

130. Tuttavia, la questione specifica nel caso in esame è che la modifica risulta essere stata decisa senza che le parti interessate avessero potuto anche solo esprimersi, né tanto meno sanare le irregolarità procedurali che erano emerse.

131. A quest'ultimo proposito, lo stesso Simvoulio tis Epikratias e la Aktor affermano che in cause precedenti, nelle quali l'applicazione della normativa nazionale aveva determinato una situazione

analoga, detto giudice ha costantemente richiamato i principi della tutela del legittimo affidamento e della tutela giurisdizionale effettiva per dare alle parti la possibilità di sanare eventuali cause di irricevibilità determinatesi a seguito di una modifica della giurisprudenza. Se è così, mi sembra evidente che, come sostiene la Aktor, il principio di equivalenza imponga di seguire lo stesso approccio allorché viene fatto valere un diritto conferito dal diritto comunitario.

132. A tale riguardo ritengo che non sia necessario tenere conto, come suggeriscono il governo ellenico e una minoranza del Simvoulio tis Epikratias, della questione se il ricorso sia stato o meno proposto facendo consapevolmente affidamento sulla giurisprudenza precedente, a meno che tale elemento venga preso in considerazione anche in altre situazioni disciplinate dal diritto interno.

133. Più in generale, condivido il parere della Commissione secondo cui, anche a tale riguardo, il giudice nazionale deve accertare che, se la procedura rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, siano stati rispettati i principi fondamentali ad esso inerenti. Fra tali principi rientrano la certezza del diritto, la tutela del legittimo affidamento e il diritto a un processo equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

134. Per quanto concerne la possibilità di presentare osservazioni in merito a una modifica della giurisprudenza, la Commissione rammenta che la Corte ha rilevato, nell'ambito di procedimenti relativi ad appalti pubblici, che, secondo una costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il carattere contraddittorio di un procedimento costituisce uno degli elementi che consentono di valutare la sua equità, anche se può essere bilanciato con altri diritti e interessi. Il principio del contraddittorio implica, in generale, il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate dinanzi al giudice e di discuterle (72).

135. Nei casi di specie, per quanto ho potuto apprendere dagli atti, risulta che la giurisprudenza è stata modificata per iniziativa del Simvoulio tis Epikratias. In tali circostanze mi sembra particolarmente importante che le parti siano sentite prima che la causa venga decisa per inediti motivi procedurali.

136. Diverse parti hanno osservato che nella fase attuale del procedimento, che è iniziato vari anni fa, e nell'interesse dell'economia processuale, il Simvoulio tis Epikratias potrebbe evitare di concedere alle parti un'ulteriore possibilità di essere sentite, dato che esse ne hanno già avuto l'opportunità dinanzi alla Corte. Ritengo che questa tesi possa essere accolta solo se il regolamento di procedura del Simvoulio tis Epikratias prevede che tutti gli argomenti dedotti dinanzi alla Corte nel procedimento pregiudiziale vengano presi in considerazione quando la causa tornerà al giudice nazionale dopo la pronuncia della Corte.

Conclusioni

137. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere come segue alle questioni sollevate dal Simvoulio tis Epikratias.

In risposta alla prima questione sollevata nella causa C-145/08:

Un contratto nel cui ambito un'amministrazione aggiudicatrice affida a un appaltatore la gestione e lo sfruttamento commerciale di un casinò (elemento «servizi») e l'appaltatore si impegna ad eseguire un piano di sviluppo consistente nella ristrutturazione dei locali del casinò (elemento «lavori») può essere qualificato come appalto di servizi ai sensi delle direttive comunitarie in materia di appalti se la parte relativa ai lavori è meramente accessoria rispetto a quella relativa ai servizi. Tale contratto deve invece essere considerato una concessione di servizi, e quindi escluso dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, se il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice viene assunto dall'appaltatore a carico completo o pressoché completo, anche qualora si tratti di un rischio ridotto fin dall'inizio. Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice garantisca un risarcimento in caso di successiva concorrenza non influisce su tale classificazione, purché detta garanzia non incida in misura significativa sulla portata del trasferimento del rischio, che va tenuto distinto dal grado di rischio sulla cui base ogni potenziale offerente valuta il proprio interesse a partecipare e l'importo che è disposto ad offrire.

Nondimeno, l'attribuzione di una concessione di servizi dev'essere conforme alle norme e ai principi fondamentali del Trattato CE.

In risposta alla seconda questione nella causa C-145/08:

Un ricorso proposto da soggetti che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di natura mista comprendente inter alia una fornitura di servizi rientranti nell'allegato I B della direttiva servizi, e in cui tali soggetti denunciano la violazione del principio della parità di trattamento tra i partecipanti alla gara d'appalto, sancito dall'art. 3, n. 2, di detta direttiva, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva sulle procedure di ricorso.

In risposta alla terza questione nella causa C-145/08 e alla prima questione nella causa C-149/08:

Anche qualora, secondo il diritto nazionale, un ricorso di annullamento proposto contro una decisione adottata nel corso di una procedura di appalto non sia accessibile ai singoli membri di un consorzio che ha partecipato alla procedura, prima di dichiarare irricevibile tale ricorso si deve esaminare se i suddetti singoli membri mantengano in seguito il diritto di chiedere il risarcimento dei danni dinanzi ad un altro giudice a seguito di un'asserita violazione del diritto comunitario. Essi devono poter esercitare tale diritto a condizioni che non siano meno favorevoli di quelle previste per analoghi ricorsi di diritto interno (conformemente al principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di detto diritto (conformemente al principio di effettività).

Se il ricorso per il risarcimento dei danni si fonda sulla violazione di una norma o di un principio fondamentale del Trattato applicabile alla procedura di appalto in questione, sono applicabili anche il diritto alla tutela giurisdizionale e gli obblighi derivanti dai principi di equivalenza e di effettività, anche nel caso in cui la procedura venga considerata esclusa di per sé dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti.

In risposta alla quarta questione nella causa C-145/08 e alla seconda questione nella causa C-149/08:

Qualora, secondo la giurisprudenza di un giudice nazionale, un singolo membro di un consorzio che ha partecipato a una procedura di appalto sia legittimato a proporre ricorso contro un atto compiuto nell'ambito di detta procedura, il rigetto di tale ricorso motivato da un mutamento della giurisprudenza non è compatibile con i principi generali di diritto comunitario, a meno che il ricorrente abbia avuto la possibilità di sanare l'irricevibilità o, in ogni caso, di esprimersi in proposito.

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33).

3 – Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1). Posteriormente ai fatti delle presenti cause, detta 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 lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

4 – Sentenza 8 settembre 2005, causa C-129/04, Espace Trianon e Sofibail (Racc. pag. I-7805).

5 – 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).

6 – V. infra, paragrafo 13.

7 – Il titolo III è intestato «Scelta delle procedure d'aggiudicazione e norme relative ai concorsi di progettazione», il titolo IV «Norme comuni in campo tecnico», il titolo V «Norme comuni di pubblicità», mentre il titolo VI ha per oggetto le «Norme comuni di partecipazione», i «Criteri di selezione qualitativa» e i «Criteri di aggiudicazione per gli appalti».

8 – Rilevo che tale disposizione è contenuta nel titolo VI e pertanto non risulta applicabile, almeno formalmente, quando il contratto abbia per oggetto servizi elencati nell'allegato I B. Tuttavia, tale circostanza non sembra rilevante nel contesto in esame, poiché nulla suggerisce che al consorzio interessato sia stata richiesta una forma giuridica specifica, a prescindere dalla circostanza che tale richiesta fosse vietata o meno dalla direttiva.

9 – Successivamente ai fatti di causa, sono stati ulteriormente modificati in particolare gli artt. 1 e 2, e sono state introdotte ulteriori norme di dettaglio, con la 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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU L 335, pag. 31).

10 – Tale disposizione non è menzionata nell'ordinanza di rinvio, ma il governo ellenico l'ha citata nelle proprie osservazioni scritte.

11 – Risulta che la legge n. 3021/2003 è stata successivamente sostituita dalla legge 3310/2005, modificata dalla legge 3414/2005. Secondo i nuovi provvedimenti, l'incompatibilità deriva da determinate condanne penali, più che dal possesso di quote.

12 – Sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07 (non ancora pubblicata nella Raccolta, in particolare punti 50 e segg.). Tale sentenza è stata pronunciata posteriormente alle ordinanze di rinvio e alla presentazione delle osservazioni scritte nelle presenti cause.

13 – Le parti rilevanti del contratto sono state trascritte o riassunte nell'ordinanza di rinvio. Propongo di non tenere conto della versione parzialmente diversa prodotta dal governo ellenico in una fase del procedimento. Tale questione, in ogni caso, è di competenza del giudice nazionale.

14 – Da una risposta del governo ellenico a un quesito scritto della Corte risulta che l'aggiudicatario ha versato EUR 110 000 000 per l'acquisto delle azioni.

15 – Presumo, anche se non lo si afferma espressamente nell'ordinanza di rinvio, che tale disposizione si riferisca ai vari impegni connessi alla gestione del casinò e non riguardi il trasferimento di azioni.

16 – V. supra, paragrafo 25.

17 – Cit. alla nota 4 (punto 22).

18 – Poiché la seconda questione viene proposta di fatto in via subordinata, ritengo che essa vada letta come segue: «Qualora tale ricorso rientri nell'ambito di applicazione della direttiva sulle procedure di ricorso (...)».

19 – È pacifico che tale appalto, il cui valore stimato ammontava a EUR 46 700 000, rientri pienamente nell'ambito di applicazione della direttiva lavori, e quindi in quello della direttiva sulle procedure di ricorso.

20 – È curioso notare come la persona in questione risulti essere la stessa rispetto alla quale la Loutraki denuncia un'incompatibilità nel contesto della propria causa e rispetto alla quale, tuttavia, l'ESR ha confermato la propria valutazione secondo cui nella specie non sussisteva alcuna incompatibilità.

21 – V., ad esempio, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 42), e 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-9777, punto 26). V. 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), in particolare punti 1.1 e 2.3.

22 – Sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punti 60-62); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punti 9 e 16 e segg.); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punti 42 e 61), e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25).

23 – Per un'analisi più approfondita, v. conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-412/04, Commissione/Italia, decisa con sentenza 21 febbraio 2008 (Racc. pag. I-619, paragrafi 29-39 e 70-76).

24 – Sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia (Racc. pag. 4035, punti 17-19); v. anche, per analogia, la Guida della Commissione sulle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture nei settori diversi da quelli dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_it.p punto 1.5, Oggetto dell'appalto).

25 – Sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, (Racc. pag. I-1329, in particolare punto 29). Tale sentenza risulta particolarmente pertinente al caso in esame, in quanto riguardava un contratto misto comprendente un impegno ad eseguire una serie di lavori, un impegno a gestire un'attività alberghiera e una concessione per l'installazione e l'apertura di una casa da gioco.

26 – Sentenze 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Aurox e a. (Racc. pag. I-385, punto 37), e Commissione/Italia, causa C-412/04, cit. alla nota 23 (punto 47).

27 – V. sentenza Commissione/Italia, causa C-412/04, citata alla nota 23 (in particolare punti 50 e 51).

28 – COM(2004) 327 def, punti 67 e 68, richiamato dalla Ellaktor nelle sue osservazioni.

29 – V., ad esempio, sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8831, punto 36) e 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6657, punto 30).

30 – V. supra, paragrafo 8.

31 – V. sentenza Telaustria, citata alla nota 22 (punti 43 e segg., in particolare punto 58); ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Racc. pag. I-4685, punto 28); sentenza Parking Brixen, citata alla nota 22 (punto 42).

32 – Citata alla nota 5.

33 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).

34 – Citata alla nota 3.

35 – Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2), in particolare punto 2.2.

36 – In particolare sentenze 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1409); 10 novembre 1998, causa C-360/96, Arnhem (Racc. pag. I-6821), e 9 settembre 1999, causa C-108/98, RI.SAN (Racc. pag. I-5219).

37 – Citata alla nota 22 (punto 41).

38 – Sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08 (non ancora pubblicata nella Raccolta) (pronunciata dopo l'udienza nelle presenti cause).

39 – Art, 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17; art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

40 – Sentenza Parking Brixen (punto 40).

41 – V., ad esempio, sentenze Commissione/Italia, causa C-382/05, citata alla nota 29 (punto 34), e 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 29); v. anche comunicazione interpretativa della Commissione, citata alla nota 35.

42 – Citata alla nota 38 (punto 80 e dispositivo).

43 – Punti 72 e 73.

44 – Punto 74.

45 – In realtà, la nozione stessa è basata sul rischio, anche se, di regola, esso è molto più elevato per i clienti di quanto non sia per il gestore.

46 – Oppure, se si prevede che il servizio verrà prestato in perdita, l'offerta può assumere la forma di un'indennità versata dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore (tale indennità potrebbe proteggere il prestatore da un'inevitabile perdita immediata, ma lo lascerebbe comunque esposto alle normali oscillazioni economiche).

47 – V. in particolare supra, paragrafi 68 e 71.

48 – V. supra, paragrafo 52 e giurisprudenza citata alla nota 22.

49 – Citata alla nota 21 (punto 25); v. anche ventunesimo 'considerando' della direttiva.

50 – Art. 1, n. 1, della direttiva sulle procedure di ricorso, citato supra, paragrafo 16.

51 – Quarto 'considerando' della direttiva sulle procedure di ricorso.

52 – Citata alla nota 22 (punto 62).

53 – V., ad esempio, sentenze 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio (Racc. pag. I-6677, punto 39); da ultimo, sentenza 16 luglio 2009, causa C-12/08, Mono Car Styling (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 47-49).

54 – V. supra, paragrafo 3 e nota 4.

55 – V., in particolare, punti 7 e 15.

56 – Punti 13 e 14.

57 – Punto 16.

58 – Punti 19-21. Tale pronuncia della Corte contrastava con le sentenze 12 febbraio 2004, causa C-230/02, Grossmann Air Service (Racc. pag. I-1829, punto 28), e 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punto 41). Tali cause, tuttavia, non riguardavano consorzi.

59 – Punti 22 e 23.

60 – Punti 24 e 25.

61 – Punto 26.

62 – Punti 27 e 28.

63 – Ordinanza 4 ottobre 2007, causa C-492/06 (Racc. pag. I-8189, in particolare punti 20, 21 e 30).

64 – V. supra, paragrafo 40.

65 – V. supra, paragrafo 41.

66 – Paragrafi 23 e 24 di tali conclusioni.

67 – Un'affermazione apparentemente basata sulla circostanza che le decisioni contestate nei due procedimenti nazionali non sono concordanti (v. supra, nota 20).

68 – Punto 30 (v. supra, paragrafo 104).

69 – Per quanto riguarda l'obiettivo in quanto tale, v., in particolare, oltre alle disposizioni sostanziali della direttiva, i 'considerando' dal quarto al sesto. Quanto all'eventuale danno causato da una violazione del diritto comunitario, si deve anche ricordare che la Corte ha dichiarato incompatibile con il diritto comunitario la presunzione assoluta che è stata applicata nelle cause principali (v. supra, paragrafo 21) – elemento che potrebbe avere ripercussioni diverse nei due procedimenti, dato che in un caso è stata impugnata la declaratoria di incompatibilità basata su detta presunzione, mentre nell'altro è stata contestata una mancata dichiarazione di incompatibilità.

70 – V., per un esempio recente, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact (Racc. pag. I-2483, punti 44-46 e giurisprudenza ivi citata).

71 – Per una panoramica, v. le conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl relative alla causa C-475/03, Banca Popolare di Cremona (Racc. 2006, pag. I-9373, paragrafi 130 e segg.).

72 – V. sentenza 14 febbraio 2008, causa C-450/06, Varec (Racc. pag. I-581, punti 46 e 47, e giurisprudenza ivi citata).