

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

10 novembre 2011 (*)

«Appalti pubblici – Direttiva 2004/17/CE – Art. 1, n. 3, lett. b) – Direttiva 92/13/CEE – Art. 2 quinquies, n. 1, lett. b) – Nozione di “concessione di servizi” – Prestazione di servizi di trasporto pubblico mediante autobus – Diritto di gestire il servizio e versamento al prestatore di un importo a titolo di compensazione delle perdite – Rischio connesso alla gestione limitato in base alla normativa nazionale e al contratto – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti – Applicabilità diretta dell’art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13/CEE ai contratti conclusi prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66/CE»

Nel procedimento C-348/10,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 267 TFUE, dal Augstākās tiesas Senāts (Lettonia), con decisione 2 luglio 2010, pervenuta in cancelleria il 9 luglio 2010, nella causa

Norma-A SIA,

Dekom SIA

contro

Latgales plānošanas reģions, succeduto alla Ludzas novada dome,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), presidente di sezione, dai sigg. U. Löhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh e A. Arabadjiev, giudici,

avvocato generale: sig. P. Cruz Villalón

cancelliere: sig.ra C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 18 maggio 2011,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Norma-A SIA, dalla sig.ra L. Krastiņa e dall’avv. I. Azanda, advokāte;
- per il Latgales plānošanas reģions, succeduto alla Ludzas novada dome, dalla sig.ra J. Pļuta;
- per il governo lettone, dalle sigg.re M. Borkoveca e K. Krasovska, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, dai sigg. C. Zadra e A. Sauka, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 7 luglio 2011,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’art. 1, n. 3, lett. b), della 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), e dell'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14), quale modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, 2007/66/CE (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 92/13»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Norma-A SIA e la Dekom SIA, e, dall'altro, il Latgales plānošanas reģions, succeduto alla Ludzas novada dome [Consiglio regionale di Ludza (Lettonia)], relativa al rilascio alla Ludzas autotransporta uzņēmums SIA della «concessione» di servizi di trasporto pubblico mediante autobus da prestare nell'ambito della città e del distretto di Ludza.

Contesto normativo

La normativa dell'Unione

3 L'art. 1, nn. 2, lett. a) e d), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17 prevede quanto segue:

«2. a) Gli "appalti di forniture, di lavori e di servizi" sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi;

(...)

d) Gli "appalti di servizi" sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato XVII.

(...)

3. (...)

b) La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un 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».

4 L'art. 2 della suddetta direttiva enuncia quanto segue:

«1. Ai fini della presente direttiva, s'intende per:

a) "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

(...)

2. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7;

(...))».

5 L'art. 5 della direttiva 2004/17 così dispone:

«1. La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

(...)

2. La presente direttiva non si applica agli enti che forniscono un servizio di autotrasporto mediante autobus al pubblico i quali erano esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa».

6 L'art. 1, nn. 2, lett. a), e 4 della 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), enuncia:

«2. a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

4. La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico 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».

7 Conformemente all'art. 1, n. 1, della direttiva 92/13:

«La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/17(...), a meno che tali appalti siano esclusi a norma dell'articolo 5, paragrafo 2, degli articoli da 18 a 26, degli articoli 29 e 30 o dell'articolo 62 di tale direttiva.

(...)».

8 L'art. 2 quinquies, n. 1, della direttiva 92/13 enuncia quanto segue:

«1. Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore o che la sua privazione di effetti sia conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

(...)

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva, qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/17(...), se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

(...)».

9 Ai sensi dell'art. 2 septies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13:

«1. Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, debba avvenire:

(...)

b) in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto».

10 L'art. 3, n. 1, della direttiva 2007/66, che ha inserito le disposizioni menzionate ai punti 7-9 della presente sentenza nella direttiva 92/13, stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 20 dicembre 2009. (...)».

La normativa nazionale

11 Ai sensi dell'art. 1, n. 7, della legge relativa alla collaborazione tra il settore pubblico e il settore privato (*Publiskās un privātās partnerības likums, Latvijas Vēstnesis*, 2009, n. 107, pag. 4093),

entrata in vigore il 1° ottobre 2009, il contratto di concessione di servizi è un contratto in forza del quale, su richiesta di un socio pubblico, il socio privato presta i servizi elencati nell'allegato 2 della legge sugli appalti pubblici (Publisko iepirkumu likums) e ottiene a titolo di corrispettivo, o quale elemento essenziale del corrispettivo, il diritto di gestire detti servizi, ma allo stesso tempo sopporta i rischi inerenti a tale gestione o una parte sostanziale degli stessi.

12 In forza del n. 8 della medesima disposizione, il diritto di gestire un'opera o un servizio comporta il diritto di riscuotere un prezzo dagli utenti dell'opera o del servizio ovvero di percepire un corrispettivo dal socio pubblico, il cui importo dipende dalla domanda degli utenti, o, anche, sia il diritto di riscuotere un prezzo dagli utenti sia quello di percepire un corrispettivo dal socio pubblico.

13 Ai sensi del citato art. 1, n. 9, sussistono rischi inerenti alla gestione di un'opera o di servizi (rischi economici) quando gli introiti del socio privato dipendono dalla domanda di utilizzazione dell'opera o dalla domanda di servizi da parte degli utenti (rischio connesso alla domanda), e/o dalla circostanza che il servizio offerto agli utenti sia conforme alle clausole del contratto di concessione (rischio connesso alla disponibilità), oppure quando gli introiti dipendono sia dal rischio connesso alla domanda sia dal rischio connesso alla disponibilità.

14 L'art. 6, n. 3, della legge sui servizi di trasporto pubblico (sabiedriskā transporta pakalpojumu likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, n. 106, pag. 3682) stabilisce in particolare che i servizi di trasporto pubblico siano organizzati in funzione della domanda di questi ultimi, prendendo in considerazione l'intensità e la regolarità necessarie dei trasporti nell'ambito di reti, la portata e la qualità dei servizi, la redditività economica dei trasporti e stabilendo le modalità di organizzazione dei trasporti di viaggiatori.

15 L'art. 10, n. 1, di tale legge enuncia che le perdite subite dal prestatore e le sue spese connesse alla fornitura di tali servizi sono compensate secondo le modalità previste dagli artt. 11 e 12 di detta legge.

16 A tenore dell'art. 11, n. 1, della stessa legge:

«(...) il vettore riceve una compensazione per le perdite connesse alla prestazione di servizi di trasporto pubblico:

1¹) per il loro importo totale, a carico dei fondi del bilancio dello Stato destinati a tale scopo, per le tratte interurbane di una rete di trasporto regionale;

1²) a carico dei fondi del bilancio dello Stato destinati a tale scopo, se le tratte rientrano in una rete di trasporto regionale di interesse locale;

2) a carico dei bilanci locali, se le tratte rientrano in una rete di trasporto regionale di interesse locale, per la parte relativa alla gestione dei servizi di trasporto pubblico che superi il limite dei fondi previsti nel bilancio dello Stato per garantire tali servizi;

(...)».

17 Conformemente all'art. 12 della legge sui servizi di trasporto pubblico:

«1) Qualora lo Stato fissi requisiti minimi di qualità per i servizi di trasporto pubblico, che un vettore con fini di lucro non sarebbe tenuto a soddisfare e il cui rispetto implica costi aggiuntivi, il vettore ha diritto a ricevere dallo Stato una compensazione a copertura di tutti i suddetti costi.

2) Ricevono una compensazione ai sensi del n. 1 i vettori che prestino servizi di trasporto pubblico nell'ambito dell'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico qualora i requisiti minimi di qualità siano stati fissati dopo l'inizio della prestazione dei suddetti servizi.

3) La disciplina riguardante la definizione, il calcolo e la compensazione dei costi menzionati al n. 1, l'assegnazione agli enti pubblici locali della dotazione del bilancio nazionale destinata a coprire tali costi, nonché il controllo della legittimità e della conformità dell'utilizzazione di tali mezzi è emanata dal Consiglio dei ministri».

18 Il decreto del Consiglio dei ministri 2 ottobre 2007, n. 672, relativo alla compensazione dei costi e delle perdite derivanti dalla prestazione di servizi di trasporto pubblico e alla fissazione delle relative

tariffe (Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumus un izdevumus kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, n. 175, pag. 3751), in vigore fino al 20 novembre 2009, e il decreto del Consiglio dei ministri 26 ottobre 2009, n. 1226 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, n. 183, pag. 4169; in prosiegu: il «decreto n. 2009/1226»), che l'ha sostituito a partire dal 21 novembre 2009, sono entrambi fondati sulla legge sui servizi di trasporto pubblico.

19 L'art. 2 del decreto n. 2009/1226 prevede quanto segue:

«(...)sono compensate le seguenti perdite del vettore, connesse all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico:

2.1 la parte dei costi indispensabili connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti;

2.2 i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente;

2.3 i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi una riduzione del prezzo di trasporto a determinate categorie di passeggeri».

20 L'art. 3 del citato decreto dispone che il vettore ha diritto alla compensazione dei costi connessi all'osservanza dei requisiti minimi di qualità imposti dal committente o dalla normativa dopo l'inizio della prestazione dei servizi di trasporto pubblico, nel caso in cui il rispetto di tali requisiti generi costi aggiuntivi.

21 L'art. 38 del decreto n. 2009/1226 prescrive che il committente stabilisca l'entità delle perdite per le quali il vettore deve ricevere una compensazione sulla base della relazione di cui al punto 32.2 di tale decreto e delle informazioni di cui ai punti 32.3 e 32.4 di quest'ultimo, tenendo altresì conto del fatto che egli abbia fissato o meno le tariffe (titoli di trasporto).

22 In forza dell'art. 39 di tale decreto, il committente determina le perdite effettive sulla base degli introiti totali ottenuti attraverso l'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico, escludendo le spese giustificate, generate dalla prestazione di servizi di trasporto pubblico. Ai sensi dello stesso decreto, si devono intendere per introiti i ricavi derivanti dalla vendita di biglietti e degli abbonamenti, nonché analoghi introiti ottenuti attraverso l'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico.

23 L'art. 40 del decreto n. 2009/1226 prevede che il committente stabilisca l'importo della compensazione dovuta sommando un utile all'importo totale delle perdite fissato ai sensi dell'art. 39 del citato decreto. L'importo di tale utile è stabilito moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile, calcolata aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (Euribor) nei dodici mesi dell'anno di riferimento.

24 Il giudice del rinvio rileva che, ai sensi dell'art. 49 di detto decreto, l'importo della compensazione delle perdite non potrà superare il totale delle perdite effettive, qualora il vettore abbia rispettato le tariffe fissate dal committente (prezzo del trasporto).

25 Ai sensi dell'art. 50 dello stesso decreto, se il diritto di prestare servizi di trasporto pubblico è stato conferito ai sensi della legge sugli appalti pubblici, l'importo della compensazione viene stabilito in base alla differenza tra il prezzo del servizio di trasporto pubblico fissato nel contratto e gli introiti realmente ottenuti.

26 In virtù dell'art. 57 del decreto n. 2009/1226:

«(...) in caso di risoluzione del contratto per la prestazione di servizi di trasporto pubblico:

1) il vettore restituirà al committente gli importi versati in eccesso qualora, nel periodo della prestazione del servizio di trasporto, l'importo della compensazione delle perdite superi l'importo della compensazione realmente dovuto ed il committente destinerà tali importi alla compensazione delle perdite di altri vettori;

2) il committente verserà una compensazione se, nel periodo della prestazione del servizio di trasporto, l'importo della compensazione delle perdite è stato inferiore all'importo della compensazione realmente dovuto».

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 27 Il 17 giugno 2009 la Ludzas rajona padome (Consiglio del distretto di Ludza) pubblicava il bando di gara d'appalto aperto per la fornitura di servizi di trasporto pubblico mediante autobus nella città e nel distretto di Ludza. Il 6 agosto 2009 le ricorrenti nella causa principale presentavano la loro offerta.
- 28 Il 31 agosto 2009 l'appalto di cui trattasi veniva aggiudicato alla Ludzas autotransporta uzņēmums SIA e pertanto, in data 2 settembre 2009, la Ludzas novada dome decideva di stipulare con tale impresa un contratto di concessione di servizi di trasporto pubblico.
- 29 Il 16 settembre 2009 le ricorrenti nella causa principale proponevano dinanzi all'Administratīvā rajona tiesa (giudice amministrativo distrettuale) un ricorso di annullamento della citata decisione della Ludzas novada dome 2 settembre 2009 e presentavano una domanda di sospensione dell'esecuzione di quest'ultima. Tale domanda veniva accolta con decisione di detto giudice in data 16 ottobre 2009, decisione confermata, il 14 dicembre 2009, dall'Administratīvā apgabaltiesa (giudice amministrativo d'appello).
- 30 Il giudice del rinvio osserva che la normativa nazionale vigente conferiva alle ricorrenti nella causa principale il diritto di contestare la decisione della Ludzas novada dome 2 settembre 2009 dinanzi all'Ufficio di sorveglianza dei pubblici appalti e che tale contestazione avrebbe impedito all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto prima che tale ufficio si pronunciasse.
- 31 Il 9 ottobre 2009 la Ludzas rajona padome e la Ludzas autotransporta uzņēmums SIA stipulavano un contratto di «concessione» avente ad oggetto la fornitura dei servizi di trasporto interessati.
- 32 Le ricorrenti nella causa principale proponevano quindi un ricorso dinanzi all'Administratīvā rajona tiesa diretto ad ottenere la dichiarazione di nullità di tale contratto. In data 3 dicembre 2009 tale ricorso veniva respinto in quanto detto contratto rientrava nell'ambito del diritto privato e pertanto i giudici amministrativi erano incompetenti a conoscere dello stesso.
- 33 L'11 maggio 2010, l'Administratīvā apgabaltiesa annullava la sentenza di primo grado dichiarando irricevibile il ricorso di nullità in quanto, poiché il contratto era stato concluso prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66, le ricorrenti nella causa principale non avevano alcun diritto soggettivo di investire i giudici di un siffatto ricorso.
- 34 Il 21 maggio 2010 dette ricorrenti impugnavano la decisione dell'Administratīvā apgabaltiesa dinanzi al giudice del rinvio. Esse rilevavano in particolare che la direttiva 2007/66 attribuiva loro un diritto soggettivo a chiedere l'annullamento del contratto controverso derivante dall'obiettivo di tale direttiva, che consiste nel conferire a terzi il diritto di chiedere che venga dichiarata l'inefficacia di appalti aggiudicati da organi dello Stato o da enti pubblici locali.
- 35 Alla luce di tali circostanze, l'Augstākās tiesas Senāts ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17(...) debba essere interpretato nel senso che deve considerarsi una concessione di servizi pubblici il contratto con cui si attribuisce all'aggiudicatario il diritto di fornire servizi di trasporto pubblico mediante autobus, nel caso in cui una parte del corrispettivo consista nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico, ma al contempo l'amministrazione aggiudicatrice compensi le perdite subite dal prestatore di servizi a causa della prestazione di tali servizi e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio nonché le clausole contrattuali limitino il rischio di gestione del servizio.
- 2) In caso di soluzione in senso negativo della prima questione, se l'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13(...) sia direttamente applicabile in Lettonia a partire dal 21 dicembre 2009.
- 3) In caso di soluzione in senso affermativo della seconda questione, se l'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13(...) debba essere interpretato nel senso che è applicabile ad appalti aggiudicati prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66 (...).».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

- 36 In via preliminare si deve osservare che, ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17, quest'ultima si applica agli enti aggiudicatori che sono «amministrazioni aggiudicatrici» ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), di tale direttiva, tra i quali figurano gli «enti pubblici territoriali», e che «svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7» di detta direttiva.
- 37 A parere del giudice del rinvio la causa principale riguarda l'applicazione della direttiva 2004/17, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice interessata svolge un'attività nell'ambito del trasporto mediante autobus, ai sensi dell'art. 5, n. 1, di tale direttiva.
- 38 Secondo il governo lettone, invece, nella causa principale è applicabile la direttiva 2004/18, poiché l'amministrazione non fornisce essa stessa servizi di trasporto pubblico agli abitanti.
- 39 Al riguardo è sufficiente rilevare che la direttiva 2004/18, all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 4, fornisce definizioni degli «appalti pubblici» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe alle definizioni corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17. Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive (sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser, Racc. pag. I-8377, punti 42 e 43). Pertanto, l'interpretazione dell'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17 è direttamente trasponibile alle disposizioni corrispondenti della direttiva 2004/18, come riconosce, peraltro, il governo lettone.
- 40 La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza 10 marzo 2011, causa C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).
- 41 Dalle nozioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi definite, rispettivamente, al n. 2, lett. a) e d), e al n. 3, dell'art. 1 della direttiva 2004/17, risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo (v. in tal senso, in particolare, sentenza Eurawasser, cit., punto 51).
- 42 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, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17 (v., in particolare, sentenza Eurawasser, cit., punto 57).
- 43 Tale ipotesi ricorre qualora, come nella causa principale, il prestatore dei servizi di trasporto pubblico mediante autobus si vede attribuire il diritto di gestire servizi il cui corrispettivo gli viene pagato dagli utenti di detti servizi in base alla tariffa stabilita.
- 44 Se è vero che la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, dalla giurisprudenza risulta inoltre che la concessione di servizi implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Il non avvenuto trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi (v., in particolare, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 26).
- 45 Occorre pertanto verificare se il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione del servizio. Se è pur vero che tale rischio può essere, ab origine, considerevolmente ridotto, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre (v., in tal senso, in particolare, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit.,

punto 29).

- 46 È infatti noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come quello controverso nella causa principale, sono disciplinati da normative che possono avere l'effetto di limitarne i rischi economici. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Dall'altro, 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 (sentenza Eurawasser, cit., punti 72-74).
- 47 Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile (v. sentenza Eurawasser, cit., punti 75 e 76).
- 48 Il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punto 67), il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (v., in tal senso, sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 37).
- 49 Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 38).
- 50 Se è pur vero, come è stato rilevato al punto 45 della presente sentenza, che il rischio economico legato alla gestione può essere, ab origine, considerevolmente ridotto a causa della configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre.
- 51 Orbene, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la normativa applicabile nella causa principale prevede che l'amministrazione aggiudicatrice compensi le perdite di gestione del prestatore di servizi e che inoltre, in forza delle disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio nonché delle clausole contrattuali, il prestatore non assuma «in misura significativa, il rischio di gestione».
- 52 Al riguardo il giudice del rinvio rileva in particolare che, in applicazione delle clausole contrattuali, il committente compensa, nella misura dei fondi impegnati nel bilancio dello Stato, le perdite correlate alla fornitura dei servizi di trasporto, generate da quest'ultima, nonché le spese connesse, una volta dedotti gli introiti derivanti dalla gestione dei servizi di trasporto.
- 53 Peraltro, in applicazione degli artt. 2 e 3 del decreto n. 2009/1226, sono compensate le perdite del prestatore connesse all'esecuzione dell'appalto riguardanti la parte dei costi indispensabili connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di passeggeri e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi, nel caso in cui il rispetto di tali requisiti generi costi aggiuntivi rispetto alle condizioni di qualità precedentemente richieste.
- 54 A ciò occorre aggiungere che l'art. 40 del decreto n. 2009/1226 prevede il versamento all'aggiudicatario di un importo a titolo di utili che è stabilito moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile, calcolata aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (Euribor) nei dodici mesi dell'anno di riferimento.

- 55 Tenuto conto di dette clausole e disposizioni del diritto nazionale non si può concludere che il rischio di esposizione all'alea del mercato venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario. Pertanto, una siffatta operazione dovrebbe essere qualificata come «appalto di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva 2004/17, e non come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), di tale direttiva.
- 56 Certamente, nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte, le parti hanno dibattuto sull'entità del rischio concretamente assunto dall'aggiudicatario. Infatti, il governo lettone e la convenuta nella causa principale sostengono, contrariamente ai ricorrenti nella causa principale e alla Commissione europea, che diversi fattori, come la diminuzione delle risorse pubbliche destinate a coprire le eventuali perdite, la mancata copertura di determinati tipi di costi e perdite, connessi in particolare alla modifica di itinerari e percorsi, o ancora l'incertezza rispetto alla domanda degli utenti, aumentano il rischio in modo tale che questo sarebbe in realtà assunto in misura significativa dall'aggiudicatario, tanto più in quanto la durata del contratto è di otto anni. Pertanto, si tratterebbe effettivamente di una concessione di servizi.
- 57 Non spetta alla Corte qualificare concretamente l'operazione controversa nella causa principale, dato che questa competenza spetta solo al giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 32).
- 58 Soltanto il giudice nazionale può, da un lato, interpretare le disposizioni del suo diritto nazionale e, dall'altro, valutare l'entità del rischio concretamente assunto dal contraente in base a tale diritto e alle disposizioni contrattuali di cui trattasi. Nondimeno, l'esame dell'operazione controversa alla luce delle disposizioni normative e contrattuali, quali esposte nella decisione di rinvio, conduce, a prima vista, alla conclusione che detta operazione presenti le caratteristiche di un appalto di servizi.
- 59 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, la prima questione va risolta dichiarando che la direttiva 2004/17 dev'essere interpretata nel senso che costituisce un «appalto di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), di tale direttiva un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre. Spetta al giudice nazionale valutare se l'operazione controversa nella causa principale debba essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi tenendo conto di tutte le caratteristiche di detta operazione.

Sulle questioni seconda e terza

- 60 Con tali questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio intende accertare, nell'ipotesi in cui il contratto controverso nella causa principale debba essere qualificato come «appalto pubblico di servizi» ai sensi della direttiva 2004/17, se l'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, che, in forza dell'art. 1 della stessa, si applica agli appalti interessati dalla direttiva 2004/17, sia applicabile a tale contratto anche se esso sia stato concluso prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66, direttiva che ha inserito detto art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), nella direttiva 92/13, e, in caso di soluzione affermativa, se quest'ultima disposizione sia direttamente applicabile.
- 61 Nel caso in cui, come sostiene il governo lettone, la direttiva 2004/18 sia applicabile, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, occorre rilevare che l'art. 1 della direttiva 2007/66 ha inserito nella 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), quale modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1), disposizioni identiche a quelle degli artt. 2 quinquies e 2 septies della direttiva 92/13, cosicché l'interpretazione di queste ultime disposizioni è direttamente trasponibile alle disposizioni corrispondenti della direttiva 89/665, come modificata.
- 62 In conformità all'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore o che la sua privazione di effetti sia conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso, in particolare, se è stato concluso qualora, ai sensi dell'art. 2, n. 3, di tale direttiva, un organo di prima istanza, che è indipendente dall'ente aggiudicatore, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, oppure se è stato concluso senza rispettare il termine di

sospensione previsto all'art. 2 bis, n. 2, di detta direttiva.

- 63 Senza che sia necessario esaminare la questione se, dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66, un singolo possa far valere l'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 dinanzi ai giudici nazionali avverso un'amministrazione aggiudicatrice quale la convenuta nella causa principale, è sufficiente rilevare che detta disposizione non è comunque applicabile a contratti di appalto che, come nella causa principale, sono stati stipulati prima della scadenza, in data 20 dicembre 2009, del termine di recepimento della direttiva 2007/66, dal momento che il recepimento di quest'ultima non è intervenuto prima della scadenza di tale termine.
- 64 È pacifico che la decisione di aggiudicazione dell'appalto controverso è stata adottata il 2 settembre 2009 e che il contratto controverso è stato stipulato il 9 ottobre 2009.
- 65 La circostanza che, ai sensi dell'art. 2 septies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2 quinquies, n. 1, di tale direttiva debba avvenire in ogni caso prima dello scadere di un «periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto», non consente di concludere che contratti di appalto stipulati, come nella causa principale, nei sei mesi precedenti la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66 potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione di tale art. 2 quinquies, n. 1, lett. b).
- 66 In mancanza di qualsiasi indicazione nella direttiva 2007/66 relativa alla retroattività della disposizione di cui trattasi, sarebbe contrario al principio di certezza del diritto considerare detta disposizione applicabile ad appalti pubblici aggiudicati prima della data di scadenza del termine di recepimento di detta direttiva.
- 67 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, le questioni seconda e terza devono essere risolte nel senso che l'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 non è applicabile a contratti di appalto conclusi prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66.

Sulle spese

- 68 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

- 1) La 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, dev'essere interpretata nel senso che costituisce un «appalto di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), di tale direttiva un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre. Spetta al giudice nazionale valutare se l'operazione controversa nella causa principale debba essere qualificata come concessione di servizi o come appalto pubblico di servizi tenendo conto di tutte le caratteristiche di detta operazione.**
- 2) L'art. 2 quinquies, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, quale modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, 2007/66/CE, non è applicabile ad appalti pubblici aggiudicati prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66.**

Firme