

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentate il 7 luglio 2011 (1)

Causa C-348/10

**SIA «Norma-A»
SIA «Dekom»
contro
Ludzas novada dome**

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departaments (Sezione per il contenzioso amministrativo della Corte suprema della Repubblica di Lettonia)]

«Differenza tra "appalto pubblico di servizi" e "concessione di servizi" – Trasporti pubblici in autobus – Mezzi di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti – Applicazione diretta e effetti retroattivi di una direttiva»

Indice

I – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

B – Diritto nazionale

II – Fatti

III – Questioni pregiudiziali

IV – Il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

V – Argomenti delle parti

VI – Valutazione

A – Sulla prima questione pregiudiziale: la differenza tra appalto e concessione di servizi

B – Sulla seconda questione pregiudiziale: l'applicabilità diretta della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66.

C – Sulla terza questione pregiudiziale: l'eventuale retroattività della direttiva 92/13.

VII – Conclusione

La presente domanda di pronuncia pregiudiziale permette alla Corte di giustizia di approfondire la

dottrina relativa ai criteri che consentono di distinguere l'appalto pubblico di servizi dalla concessione di servizi ai sensi del diritto dell'Unione, nonché di specificare i casi in cui si deve considerare direttamente applicabile una direttiva che non è stata recepita entro il termine all'uopo stabilito. La Corte ha inoltre la possibilità di mettere in luce, ancora una volta, la necessaria cooperazione giudiziaria tra l'Unione e gli Stati membri al momento di applicare il diritto dell'Unione.

I – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

1. La 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 (2) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18») e 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 (3) (in prosieguo: la «direttiva 2004/17») hanno codificato la normativa all'epoca vigente in materia di appalti pubblici (4), fornendo, a fini di maggiore chiarezza, una disposizione sistematica degli strumenti di coordinamento predisposti dal legislatore comunitario. In tal senso, per quanto attiene alle definizioni delle categorie e delle nozioni utilizzate, l'art. 1, n. 2, lett. a) e d), della direttiva 2004/17 (5), così recita:

«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».

2. A sua volta, l'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, dispone che 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.

3. L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17 stabilisce che essa «si applica agli enti aggiudicatori (...) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7».

4. L'art. 5, n. 1, della direttiva 2004/17 prevede inoltre che la direttiva si applichi «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».

5. Da parte sua, la 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 (6) (in prosieguo: la «direttiva 1192/13»), come modificata dalla direttiva 11 dicembre 2007, 2007/66/CE (7), ha l'obiettivo di garantire l'efficace applicazione sia della direttiva 2004/17 che della direttiva 2004/18, prevedendo a tal fine, all'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), 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/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;»

6. Ai sensi dell'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE:

«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».

B – *Diritto nazionale*

7. Seguono le disposizioni nazionali pertinenti. In primo luogo, la *likums Par pašvaldībām* (Legge relativa alle collettività locali), (8) il cui art. 15 prevede che l'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico sia di competenza dei poteri autonomi delle collettività locali.

8. In secondo luogo, la *Publiskās un privātās partnerības likums* (legge relativa alla collaborazione tra il settore pubblico e il settore privato; in prosieguo: la «LCSPSP») (9), il cui art. 1, n. 7, definisce il contratto di concessione di servizi come un contratto con cui su richiesta di un socio pubblico il socio privato presta i servizi elencati nell'allegato 2 della *Publisko iepirkumu likums* (legge sugli appalti pubblici; in prosieguo: la «LCP») e ottiene a titolo di corrispettivo, o quale elemento essenziale del corrispettivo per la prestazione di servizi fornita, il diritto di gestire detti servizi, ma allo stesso tempo sopporta i rischi inerenti a tale gestione o una parte sostanziale degli stessi.

9. In virtù del n. 8 della medesima disposizione, per diritto di gestire i servizi si intende il diritto di riscuotere un prezzo dagli utenti finali dei servizi ovvero di percepire un corrispettivo dal socio pubblico, il cui importo dipende dalla domanda di tali servizi da parte degli utenti finali, o anche di riscuotere un prezzo dagli utenti finali e percepire un corrispettivo dal socio pubblico.

10. Ai sensi del citato art. 1, n. 9, per rischi inerenti alla gestione dei servizi si intendono i rischi economici, quando gli introiti del socio privato dipendono dalla domanda di detti servizi da parte degli utenti finali (rischio connesso alla domanda), o dalla circostanza che il servizio venga offerto ai destinatari finali conformemente alle clausole del contratto di concessione (rischio connesso alla disponibilità), oppure, quando dipendono sia dal rischio connesso alla domanda che dal rischio connesso alla disponibilità.

11. È altresì rilevante, nell'ambito del presente procedimento, la *Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums* (legge sui servizi di trasporto pubblico; in prosieguo: la «LSTP») (10), il cui art. 8, secondo comma, stabilisce che, salvo disposizioni contrarie della medesima legge, il committente stabilisce l'assetto organizzativo dei servizi di trasporto pubblico conformemente alla legge sugli appalti pubblici o alla legge che disciplina l'aggiudicazione delle concessioni.

12. L'art. 10, primo comma, della LSTP, stabilisce che il vettore è compensato per le perdite e le spese connesse alla prestazione di servizi di trasporto pubblico, conformemente agli artt. 11 e 12 di detta legge; d'altro canto, il terzo comma del medesimo articolo, indica che costituisce perdita, ai sensi di detta legge, anche il pagamento di servizi, se il committente ha organizzato l'assetto del servizio di trasporto pubblico conformemente al *Publisko iepirkumu likums* [legge sugli appalti pubblici].

13. A tenore dell'art. 11, primo comma, della LSTP, il vettore riceve una compensazione per le perdite connesse alla prestazione di servizi di trasporto pubblico:

«2. 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;

3. 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 i servizi; (...)

14. In virtù dell'art. 12, primo comma, della LSTP, 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. D'altro canto, il secondo comma del medesimo

articolo dispone che sono compensati ai sensi del primo comma 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.

15. In fine, il Ministru Kabineta noteikums n° 1226, Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība (decreto del Consiglio dei ministri n. 1226, relativo alla compensazione dei costi e delle perdite derivanti dalla prestazione di servizi di trasporto pubblico e alla fissazione delle tariffe del servizio di trasporto pubblico; in prosieguo: il «decreto n. 1226») (11), adottato sul fondamento della LSTP, prevede, all'art. 2, che il vettore sia compensato per le seguenti perdite, connesse all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico:

- 1) i costi indispensabili connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che eccedano gli introiti ottenuti;
- 2) i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente;
- 3) i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi una riduzione del prezzo di trasporto a determinate categorie di passeggeri.

16. 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 siano superiori ai costi connessi ai requisiti di qualità stabiliti anteriormente.

17. Ai sensi dell'art. 39 del decreto n. 1226, 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. Conformemente a tale disposizione, si devono intendere per introiti i ricavi derivanti dalla vendita di biglietti, compresi gli abbonamenti, nonché analoghi introiti ottenuti attraverso l'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico.

18. Il committente stabilisce l'importo della compensazione dovuta sommando l'importo degli utili all'importo totale delle perdite fissato ai sensi dell'art. 39 del decreto n. 1226. Tale importo viene stabilito moltiplicando gli introiti per un percentuale di utile, calcolato aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (EURIBOR) nei 12 mesi dell'anno di riferimento (art. 40).

19. L'importo della compensazione delle perdite non potrà superare il totale delle perdite effettive, qualora il vettore abbia applicato le tariffe fissate dal committente (prezzo del trasporto) (art. 49).

20. Se la concessione per la prestazione di servizi di trasporto pubblico è stata attribuita ai sensi della LCP, 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 (art. 50).

21. In virtù dell'art. 57 del decreto n. 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 corso della prestazione del servizio di trasporto pubblico, l'importo della compensazione delle perdite superi l'importo effettivo calcolato della compensazione ed il committente destinerà tali importi alla compensazione delle perdite di altri vettori;
- 2) il committente verserà una compensazione per le perdite se, durante la prestazione del servizio di trasporto pubblico, l'importo della compensazione delle perdite è stato inferiore all'importo effettivo calcolato della compensazione.

II – Fatti

22. Come emerge dall'ordinanza di rinvio relativa alla presente questione pregiudiziale, il 17 giugno 2009 il Ludzas rajona padome (Consiglio distrettuale di Ludza) pubblicava il bando di gara d'appalto per la fornitura di servizi di trasporto pubblico mediante autobus nella città di Ludza e sulle tratte di ambito regionale del distretto di Ludza. Le ricorrenti nella causa principale presentavano la

loro offerta il 6 agosto 2009.

23. L'appalto veniva aggiudicato con decisione del 31 agosto 2009 alla SIA Ludzas autotransporta uzņēmums (in prosieguo: la «SIA Ludzas ATU»), e, in data 2 settembre 2009, la Ludzas novada dome (12) decideva di stipulare un contratto di concessione con tale impresa.

24. Le ricorrenti impugnavano la detta decisione dinanzi all'autorità giudiziaria il 16 settembre 2009, chiedendo altresì la sospensione della sua esecuzione. La sospensione cautelare veniva concessa con decisione della Administratīvā rajona tiesa (giudice amministrativo di primo grado) in data 16 ottobre 2009, poi confermata in appello, con decisione della Administratīvā apgabaltiesa (giudice di appello) in data 14 dicembre 2009.

25. Ciononostante, risulta che già il 9 ottobre 2009 il Consiglio distrettuale e la SIA Ludzas avevano concluso il contratto di concessione in oggetto, per cui le attrici nella causa principale proponevano ricorso il 26 novembre 2009 dinanzi al giudice amministrativo di primo grado, chiedendo l'annullamento del contratto.

26. Con decisione 3 dicembre 2009 il giudice amministrativo di primo grado respingeva la domanda di annullamento del contratto, rilevando che quest'ultimo era disciplinato dal diritto civile e non rientrava nelle competenze del giudice amministrativo.

27. Quest'ultima decisione veniva annullata dal giudice di appello con sentenza 11 maggio 2010 che, tuttavia, respingeva il ricorso nel merito, con la motivazione, secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio, che le ricorrenti «non avevano alcun diritto soggettivo a chiedere una pronuncia di annullamento del contratto».

28. Le ricorrenti proponevano ricorso dinanzi alla Corte suprema della Lettonia, adducendo che la direttiva 2007/66 conferisce loro un diritto soggettivo a chiedere l'annullamento del contratto. Pur riconoscendo che alla data di stipulazione del contratto il termine per il recepimento di tale direttiva non era ancora scaduto, esse sostenevano di non poter essere private di un diritto derivante dall'obiettivo stesso della direttiva.

III – Questioni pregiudiziali

29. È nel suddetto contesto che la Corte suprema della Lettonia ha proposto la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, formulando le seguenti tre questioni:

«1) Se l'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17/CE 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 il prestatore di servizi per le perdite subite 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 *quinqüies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CEE, 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 *quinqüies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13/CEE debba essere interpretato nel senso che è applicabile agli appalti pubblici conclusi prima della scadenza del termine per l'adeguamento dell'ordinamento giuridico interno alla direttiva 2007/66/CE».

30. È opportuno precisare fin d'ora che, come si evince dall'ordinanza di rinvio, il primo dubbio del giudice nazionale riguarda la qualificazione del contratto relativo alla prestazione dei servizi di trasporto pubblico come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, quando si verificano le seguenti circostanze:

1) una parte del corrispettivo consiste nel diritto di gestire il servizio di trasporto pubblico (il prestatore del servizio riceve il corrispettivo attraverso il pagamento effettuato da terzi, gli utenti del trasporto);

2) l'amministrazione aggiudicatrice, conformemente a quanto stabilito dalla normativa dello

Stato membro, compensa il prestatore di servizi quando si generano perdite associate alla prestazione di servizi;

3) il rischio relativo alla gestione del servizio di trasporto pubblico è contenuto dalla normativa che disciplina l'organizzazione della prestazione di detti servizi nonché dalle clausole del contratto.

31. Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte suprema della Lettonia chiede se, dato il fatto che, nel periodo compreso tra il 21 dicembre 2009 ed il 14 giugno 2010, la Lettonia non aveva adempiuto gli obblighi stabiliti dalla direttiva 2007/66, l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 debba essere interpretato nel senso che esso si applica ai contratti contemplati dalla direttiva 2004/17, e stipulati prima della scadenza del termine di recepimento nel diritto interno della direttiva 2007/66. Al riguardo occorre osservare che, conformemente all'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, una persona ha diritto ad impugnare il contratto entro sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto. Pertanto, nella fattispecie controversa nella causa a quo, se prendiamo in considerazione il giorno della stipula del contratto (il 9 ottobre 2009), le ricorrenti godevano di tale diritto anche il 21 dicembre 2009 (dopo la scadenza del termine per il recepimento della direttiva nel diritto interno).

32. In definitiva, la Corte suprema della Lettonia sostiene che esistono dubbi in merito all'interpretazione dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17 e dell'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, e che tale interpretazione costituisce un elemento decisivo al fine di statuire sul riconoscimento alle ricorrenti del diritto di proporre un ricorso di annullamento del contratto dinanzi ad un organo giurisdizionale.

IV – Il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

33. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata registrata presso la cancelleria della Corte di giustizia il 9 luglio 2010.

34. Hanno presentato osservazioni la Norma-A e la Dekom, i governi di Austria e Lettonia, nonché la Commissione.

35. All'udienza del 18 maggio 2011 sono intervenuti, per svolgere osservazioni orali, i rappresentanti processuali della Norma-A e della Dekom, del Latgales plānošanas reģions (ente regionale di pianificazione del Latgale ([13](#))), del governo lettone e della Commissione.

V – Argomenti delle parti

36. Riguardo alla questione relativa alla qualificazione del contratto oggetto del procedimento giurisdizionale a quo, la Norm-A e la Dekom, al pari del governo austriaco e della Commissione, sostengono sostanzialmente che si è in presenza di un appalto di servizi ai sensi della direttiva 2004/17, mentre il governo lettone sostiene che si tratta di una concessione. Mentre i primi ritengono che il rischio assunto dall'impresa aggiudicataria non raggiunga un livello tale da poter concludere che sono rinvenibili le caratteristiche di una concessione, il governo della Lettonia e il Latgales plānošanas reģions sostengono che il rischio economico in gioco è notevole e, in ogni caso, sufficiente affinché si possa parlare di una concessione di servizi.

37. Rispetto alla seconda e alla terza questione, la Commissione, al pari dei governi austriaco e lettone e al Latgales plānošanas reģions, sostiene che la direttiva 2007/66 non si applica ai contratti stipulati prima della scadenza del termine stabilito per il suo recepimento, ove il governo austriaco aggiunge che tale strumento non possiede il carattere incondizionato e la precisione necessari per l'applicabilità diretta, benché, a suo giudizio, si tratti di un'osservazione puramente ipotetica, giacché, nella causa principale, le fasi del procedimento si erano già concluse anteriormente alla scadenza del termine stabilito per il recepimento, senza che nessun elemento permetta di ritenere che la direttiva abbia previsto un suo effetto retroattivo, esigendo l'annullamento dei contratti stipulati prima di tale termine. Qualsiasi altra soluzione sarebbe contraria al principio della certezza del diritto, come avverte anche il governo della Lettonia. La Commissione, da parte sua, fornendo una risposta congiunta alle due ultime questioni, ritiene che sussistano le circostanze tradizionalmente richieste per l'applicabilità diretta della direttiva in questione, sebbene quest'ultima non possa essere considerata applicabile ai contratti stipulati prima che fosse spirato il termine stabilito per il suo recepimento.

38. La Norm-A e la Dekom, in fine, sostengono che, in base all'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della direttiva 2007/66, il singolo ha il diritto di adire il giudice per chiedere l'annullamento del contratto

entro sei mesi a decorrere dalla stipula di quest'ultimo. Poiché nel caso di specie tale termine non era spirato alla scadenza prevista per il recepimento della direttiva, l'art. 2 *quinquies* risulterebbe applicabile sebbene il contratto fosse stato stipulato anteriormente. A giudizio delle ricorrenti, se, da un lato, gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano pregiudicare l'obiettivo perseguito dalla direttiva, dall'altro essi sono tenuti ad interpretare il diritto nazionale conformemente alla direttiva. E, in un caso come quello di specie, il diritto soggettivo di proporre un ricorso di tale natura dinanzi ad un organo indipendente deriva dallo scopo della direttiva menzionata.

VI – Valutazione

A – Sulla prima questione pregiudiziale: la differenza tra appalto e concessione di servizi

39. La qualificazione del negozio giuridico controverso nella causa principale è compito esclusivo del giudice del rinvio, il quale può ottenere dalla Corte soltanto un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la soluzione della controversia che gli è sottoposta (v., per tutte, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I-8585, punto 32).

40. A tal fine, la questione se ci si trovi in presenza di una «concessione di servizi» oppure di un «appalto pubblico di servizi» deve essere valutata unicamente alla luce del diritto dell'Unione (in tal senso, v. sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-6657, punto 31, e 15 ottobre 2008, causa C-196/08, *Acoset*, Racc. pag. I-9913, punto 38).

41. Da una lettura congiunta dell'art. 1, n. 2, lett. a) e d), della direttiva 2004/17 si evince che gli appalti di servizi sono contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, n. 2, e uno o più contraenti, fornitori o prestatori di servizi, e aventi ad oggetto la prestazione dei servizi elencati nell'allegato XVII della direttiva stessa, tra i quali figura, per quanto qui interessa, il servizio di trasporto terrestre.

42. Da parte sua, l'art. 1, n. 3, lett. b), della medesima direttiva indica che 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».

43. La differenza tra i suddetti negozi giuridici risiede essenzialmente nel corrispettivo associato in ciascun caso alla prestazione di servizi (sentenza 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).

44. La direttiva non stabilisce in cosa debba consistere il corrispettivo di un servizio prestato in virtù di un appalto. Poiché ai sensi della direttiva, nel caso in cui tale corrispettivo consista in un diritto di gestione, ci si trova in presenza di una concessione di servizi, la Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione che la differenza fondamentale tra i due negozi giuridici in parola risiede, a prima vista, nel fatto che la remunerazione per il servizio prestato provenga direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice oppure sia a carico di un terzo (sentenza *Eurowasser*, cit., punto 51). In definitiva, siffatta differenza rimanda tuttavia al criterio dell'assunzione del rischio associato all'incertezza circa il risultato di un negozio giuridico concepito con l'obiettivo di soddisfare i rispettivi interessi delle parti.

45. La remunerazione della prestazione da parte di terzi ha rappresentato un criterio decisivo ai fini della qualificazione di un negozio giuridico come concessione di servizi, nei limiti in cui implica che il rischio associato alla gestione del servizio venga assunto dal prestatore. Come ha rilevato l'avvocato generale Mazák nelle conclusioni relative alla citata causa *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (14), talvolta, perfino una remunerazione di carattere indiretto è bastata alla Corte di giustizia per constatare che il negozio giuridico in esame costituiva una concessione di servizi (15).

46. Ciò premesso, a mio parere, l'elemento realmente decisivo è costituito dall'assunzione del rischio. Tale conclusione deriva dal fatto che la remunerazione diretta della prestazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice non implica necessariamente l'esistenza di un appalto di servizi. Infatti, come ha osservato anche l'avvocato generale Mazák nelle conclusioni appena ricordate (paragrafi 28 e 29), la Corte di giustizia non ha ommesso di formulare i «criteri sussidiari» che, in presenza di una remunerazione diretta, consentono di concludere che il prestatore dei servizi ha assunto il rischio collegato alla gestione, ed è in base a tale assunzione che, in ultima analisi, il

negozio giuridico viene qualificato come una concessione, a prescindere dalla remunerazione diretta (16).

47. In definitiva, dal momento che il rischio è insito nella gestione economica di un servizio (sentenza Eurawasser, cit., punto 66), la Corte di giustizia ha considerato che la sua assunzione da parte del prestatore implica che il contratto concluso con l'amministrazione aggiudicatrice risponda al concetto della concessione di servizi.

48. Conformemente alla giurisprudenza, il rischio della gestione economica del servizio va inteso come il rischio di esposizione all'alea del mercato (sentenze Eurawasser, cit., punti 66 e 67, e Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 37), 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 integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio» (sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punto 37, che richiama le citate sentenze Contse e a., punto 22, e Hans & Christophorus Oymanns, punto 74).

49. D'altra parte, i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono, al contrario, determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere sono insiti in qualsiasi contratto in generale (sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punto 38). Sono quindi irrilevanti, al riguardo, i rischi relativi a variabili la cui esistenza dipende esclusivamente dall'operatore economico in questione.

50. Infine, per poter constatare l'esistenza di una concessione, il rischio assunto dal prestatore del servizio non deve essere necessariamente un rischio «considerevole in termini assoluti», ma basta che costituisca almeno una «parte significativa» del rischio che, in ogni caso, verrebbe assunto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice se prestasse direttamente il servizio in questione (17).

51. Difatti, la Corte di giustizia ha avvertito che, nei casi in cui la configurazione giuspubblicistica della gestione economica finanziaria del servizio riduca al minimo i rischi economici, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che tale figura sia la più idonea ad assicurare il servizio pubblico. Perciò, sarebbe irragionevole pretendere la creazione di condizioni di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile, al solo scopo di disporre di fattori di rischio trasferibili sufficienti per giustificare la qualificazione giuridica del negozio pubblico come concessione di servizi (sentenza Eurawasser, cit., punti 72-76). L'elemento decisivo è, al contrario, il fatto che si verifichi un trasferimento significativo del rischio insito nella gestione del servizio, qualunque sia tale rischio in termini assoluti, vale a dire, considerato in sé e per sé.

52. Ciò considerato, la Corte suprema della Lettonia pone la prima questione con riferimento ad un contratto in virtù del quale «una parte del corrispettivo consiste nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico», e al contempo, da un lato, l'amministrazione aggiudicatrice «compensa il prestatore di servizi per le perdite subite a causa della prestazione di tali servizi» e, dall'altro, «le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio e le clausole contrattuali limitano il rischio di gestione del servizio».

53. Come precisa il giudice del rinvio, il prestatore del servizio riceve il corrispettivo della prestazione fornita attraverso il pagamento di un prezzo da parte di terzi, ossia gli utenti del trasporto. Da tale punto di vista si tratterebbe quindi di un caso tipico di concessione di servizi, alla luce dell'art. 1, n. 2, lett. a) e d), della direttiva 2004/17.

54. Tuttavia, il rischio insito nella gestione economica del servizio è limitato dalla normativa nazionale regolante la prestazione del servizio, nel caso presente, la LSTP; vale a dire che non si tratta del rischio caratteristico della prestazione di un servizio in regime di assoluta libertà di mercato. D'altra parte, l'amministrazione aggiudicatrice compensa il prestatore dei servizi per determinate perdite, sebbene entro i limiti del rischio derivante dalla configurazione giuspubblicistica della gestione economica e finanziaria del servizio.

55. Come ho appena segnalato, il rischio rilevante è quello che risulta dalla configurazione della prestazione del servizio (paragrafi 51 e 52). È importante che tale rischio concreto sia assunto in

maniera significativa dall'aggiudicatario, poiché, come ho già osservato nella nota 17, il criterio relativo al livello del rischio assunto è quello, in ultima analisi, decisivo, al fine di qualificare un negozio giuridico come appalto oppure come concessione di servizi, ancor più del criterio relativo alla natura del corrispettivo della prestazione.

56. Il giudice del rinvio avverte che, in questo caso, il rischio legato alla gestione del servizio non viene sopportato dall'aggiudicatario. In realtà, si afferma che quest'ultimo non ne assume neppure una parte significativa (punto 13 dell'ordinanza di rinvio).

57. Difatti, da una lettura combinata della normativa applicabile e delle clausole contrattuali, si evince che all'aggiudicatario viene garantita la compensazione delle seguenti perdite, connesse alla prestazione del servizio: A) i costi indispensabili all'esecuzione dell'appalto che eccedano gli introiti ottenuti; B) i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente; C) i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi una riduzione del prezzo di trasporto a determinate categorie di passeggeri; D) i costi connessi all'osservanza dei requisiti minimi di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione del servizio, nel caso in cui siano superiori ai costi quelli connessi ai requisiti di qualità fissati anteriormente.

58. D'altra parte, l'importo della compensazione per le perdite appena menzionate deve essere sommato all'importo degli utili, che viene determinato moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile, calcolato aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo nei dodici mesi dell'anno di riferimento.

59. Vale a dire, è prevista la compensazione sia delle perdite connesse alla prestazione del servizio in termini di spese di gestione, sia delle perdite di utili.

60. Tali dati, forniti dalla Corte suprema della Lettonia, risultano, in linea di principio, abbastanza eloquenti da permettere al giudice del rinvio di concludere che il negozio giuridico controverso nel procedimento a quo costituisce un appalto di servizi. Infatti, dalle disposizioni normative e contrattuali che definiscono il contesto e il contenuto del negozio giuridico in esame, discendono chiaramente, elementi di giudizio sufficienti per poter affermare con esattezza che si tratta di un vero e proprio appalto di servizi.

61. Ciononostante, tanto il governo della Lettonia quanto il Latgales plānošanas reģions oppongono una serie di ragioni per escludere che i rischi siano assunti dall'amministrazione giudicatrice; e, quindi, che si tratti di un appalto: essenzialmente, il rischio elevato della domanda, la riduzione delle voci di bilancio dello Stato destinate alla copertura di eventuali perdite, i costi degli investimenti non recuperabili, l'ampliamento o la riduzione di itinerari o tratte, e così via.

62. Orbene, si deve ricordare non spetta alla Corte di giustizia valutare i vari elementi circostanziali forniti dal governo lettone e dal Latgales plānošanas reģions all'udienza, né, tanto meno, intervenire nella discussione sull'entità e la portata delle differenze asseritamente apprezzabili tra le previsioni negoziali ventilate al momento dell'aggiudicazione e i risultati effettivamente realizzati in conseguenza di una congiuntura economica meno propizia o favorevole.

63. Poiché, come ho ricordato nel precedente paragrafo 40, la competenza per qualificare il negozio spetta, in ultima analisi, al giudice del rinvio, è compito della Corte suprema della Lettonia stabilire fino a che punto le circostanze invocate dal governo lettone e dal Latgales plānošanas reģions possano invalidare la conclusione cui, comunque, naturalmente conduce la lettura della normativa applicabile nonché delle clausole contrattuali. E ciò è necessario in particolare perché, nella prima questione, la Corte suprema della Lettonia afferma, da un canto, che l'amministrazione aggiudicatrice compensa il prestatore del servizio per le perdite connesse alla prestazione, e dall'altro, che la normativa nazionale applicabile alla fattispecie e le clausole contrattuali «limitano» i rischi di gestione. Stabilire in che misura i suddetti elementi comportino che, ai fini della qualificazione del negozio giuridico, il rischio rilevante venga assunto dall'una o dall'altra parte, è una questione di competenza esclusiva del giudice del rinvio, che è l'unico ad essere in condizione di valutare integralmente e globalmente le circostanze del caso concreto.

64. Per concludere, sebbene la qualificazione del negozio giuridico in discussione spetti al giudice nazionale e non alla Corte di giustizia, la quale ha il solo compito di fornire al detto giudice un'interpretazione del diritto dell'Unione che possa essergli utile a tal fine, le disposizioni normative e contrattuali in gioco permettono già di concludere nel senso che il negozio in parola presenta le caratteristiche dell'appalto di servizi. Ciononostante, considerata tale competenza del giudice del rinvio, spetta a quest'ultimo stabilire fino a che punto, in base alle circostanze materiali invocate

dalle parti nel procedimento a quo, tale conclusione risulti, alla luce del diritto dell'Unione, la più pertinente o adeguata.

B – Sulla seconda questione pregiudiziale: l'applicabilità diretta della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66.

65. Assumendo, quindi, l'ipotesi di partenza di trovarsi dinanzi ad un appalto di servizi, la direttiva 92/13 risulterebbe applicabile *ratione materiae*. Pertanto, la questione immediatamente successiva è se l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, fosse direttamente applicabile in Lettonia a decorrere dal 20 dicembre 2009, data in cui era spirato il termine per il recepimento di quest'ultima direttiva, e, in tal caso, se, in forza dell'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della direttiva stessa, tale disposizione fosse altresì applicabile ai contratti conclusi anteriormente alla scadenza del detto termine di recepimento.

66. I suddetti due quesiti corrispondono alla seconda e alla terza questione formulate dalla Corte suprema della Lettonia. A mio giudizio, e contrariamente all'argomentazione svolta dal governo austriaco, ritengo che alla terza questione si possa rispondere solo dopo aver risolto la seconda, poiché, per chiarire se l'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, permetta di applicare retroattivamente l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), è necessario prima stabilire se quest'ultimo fosse già applicabile a partire dal 21 dicembre 2009. Solo dopo aver stabilito se la direttiva 92/13 fosse direttamente applicabile a decorrere da tale data si potrà procedere ad esaminare se lo fosse anche la disposizione che asseritamente conferisce un determinato effetto retroattivo all'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della citata direttiva.

67. È pacifico tra le parti che la Repubblica di Lettonia non aveva messo «in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla (...) direttiva [2007/66] entro il 20 dicembre 2009», come stabilito dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2007/66. Il recepimento di tale direttiva nell'ordinamento nazionale è avvenuta soltanto con effetto a partire dal 15 giugno 2010, sicché la prima questione da risolvere è se, nel periodo compreso fra il 21 dicembre 2009 ed il 14 giugno 2010, l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che, nel caso in cui non venga rispettato l'effetto sospensivo dei ricorsi proposti contro le decisioni di aggiudicazione di un appalto di servizi «un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso», fosse direttamente applicabile nella Repubblica di Lettonia, nonostante il suo mancato recepimento.

68. La scadenza del termine per il recepimento della direttiva, ovvero un recepimento incompleto di quest'ultima, è soltanto una delle condizioni richieste dalla giurisprudenza per considerare possibile l'applicazione diretta di una direttiva che non è stata recepita (v., per tutte, sentenza 6 maggio 1980, causa 102/79, Commissione/Belgio, Racc. pag. 1473, punto 12). A tale condizione si aggiungono, da un lato, quella di conferire ai singoli diritti soggettivi che possono essere invocati dinanzi ai giudici (sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Ursula Becker, Racc. pag. 3301, punto 25) e, infine, dall'altro, la condizione che le disposizioni della direttiva di cui trattasi siano incondizionate e sufficientemente precise (v., in tal senso, la recente sentenza 12 maggio 2011, causa C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 54) (18).

69. È chiaro che nella fattispecie all'origine della questione sollevata nel presente procedimento risulta soddisfatta la prima delle condizioni appena indicate e che è parimenti soddisfatta anche la seconda, poiché l'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 si traduce necessariamente nel diritto dei singoli di ottenere la garanzia dell'efficacia dei ricorsi che essi eventualmente propongano avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. In quanto obbligo imposto agli Stati membri con il fine di migliorare «l'efficacia delle procedure di ricorso concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici», come si dichiara nel 'considerando' 34 della direttiva 2007/66, è chiaro che si tratta di una garanzia posta al servizio del diritto dei cittadini ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito degli appalti pubblici.

70. Tale stretto legame tra l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva spinge a chiedersi se, in realtà, come è stato chiesto all'udienza, poiché si tratta dell'efficacia di un diritto opponibile agli Stati membri in forza del diritto primario dell'Unione, il diritto di ricorso degli attori nel procedimento a quo dovesse essere loro riconosciuto in ogni caso. Pertanto, anche a prescindere dalla stessa direttiva e quindi, da ogni normativa nazionale di recepimento. Ritengo che si debba rispondere in senso affermativo, in linea di principio, anche se la circostanza che il diritto di ricorso sia un diritto tipicamente prestazionale rende

inevitabile, per il suo esercizio effettivo, l'intervento del legislatore. Tale considerazione mi porta ad esaminare il grado in cui si è realizzato tale intervento nel caso presente (19).

71. Infatti, per quanto riguarda la terza condizione necessaria per l'applicabilità diretta di una direttiva non recepita tempestivamente, vale a dire, il carattere incondizionato ed il contenuto sufficientemente preciso dell'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b, della direttiva 2007/66, dobbiamo concordare con la Commissione quando avverte che la disposizione in esame è sostanzialmente identica a quelle contenute nell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665/CEE (20), che la sentenza 2 giugno 2005, causa C-15/04, Koppensteiner (Racc. pag. I-4855, punto 38) ha definito «incondizionate e sufficientemente precise per fondare un diritto a favore di un singolo».

72. In effetti l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 stabilisce l'obbligo degli Stati membri di far sì che i provvedimenti adottati ai fini dei ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori prevedano i poteri che permettano di annullare o far annullare le decisioni illegittime. Decisioni che, conformemente all'art. 1, n. 1, della medesima direttiva, devono poter essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste dalla direttiva stessa.

73. Se tali disposizioni della direttiva 89/665 sono state considerate «incondizionate e sufficientemente precise», non possono non essere considerate tali, pur con la riserva che esporrò di seguito, quelle contenute nell'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, in quanto stabiliscono con esatta precisione le condizioni in cui un organo di ricorso indipendente deve dichiarare l'inefficacia dell'appalto, ossia, per quanto qui interessa: A) in primo luogo, in caso di violazione degli artt. 1, n. 5, 2, n. 3, o 2 bis, n. 2, della direttiva, disposizioni che impongono l'osservanza di determinati termini di sospensione nel corso della procedura di aggiudicazione; B) in secondo luogo, qualora la violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; C) inoltre, quando la violazione delle dette disposizioni si aggiunge ad un violazione della direttiva 2004/18 e, D) infine, qualora quest'ultima violazione abbia compromesso le possibilità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

74. C'è in effetti un punto rispetto al quale, tuttavia, la direttiva 92/13 presenta l'imprecisione segnalata dal governo austriaco, poiché non indica quale sia l'«organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice» che deve pronunciarsi sull'efficacia dell'appalto. Mancherebbe quindi, sotto tale aspetto, l'intervento minimo necessario del legislatore cui mi riferivo nel paragrafo 71, segnalando che il carattere prestazionale del diritto di ricorso rende inevitabile il concorso del diritto nazionale.

75. Tale considerazione non dovrebbe portarci ad escludere, a mio giudizio, che l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13 possa essere considerato applicabile nella Repubblica di Lettonia a partire dal 21 dicembre 2009. E ciò perché, come giustamente osserva lo stesso governo austriaco, l'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione, unitamente al dovere di proteggere efficacemente i diritti dei cittadini, debbono condurre il giudice del rinvio a verificare, in linea con la soluzione adottata nella sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft (Racc. pag. I-4961) se, in base alle norme interne applicabili in materia di competenza giurisdizionale, sia possibile identificare un'istanza giurisdizionale competente a conoscere dei ricorsi cui si riferisce la direttiva 92/13. E ciò vuoi perché si tratta di un organo cui il diritto nazionale abbia già affidato il controllo dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, vuoi perché potrebbero essere eventualmente operativi determinati meccanismi residuali di attribuzione delle competenze (21).

C – Sulla terza questione pregiudiziale: l'eventuale retroattività della direttiva 92/13.

76. Dopo aver concluso che l'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13, come modificato dalla direttiva 2007/66, è applicabile nella Repubblica di Lettonia a partire dalla data in cui è spirato il termine stabilito per il recepimento della direttiva, rimane da stabilire se il termine dei sei mesi successivi alla data della stipula del contratto previsto all'art. 2 *septies*, n. 1, lett. b), della stessa direttiva 92/13, come limite per la presentazione del ricorso contemplato dalla detta disposizione, sia applicabile in un caso come quello di cui si discute nella causa principale. In altre parole, se la possibilità di proporre ricorso in virtù della direttiva 92/13 si estenda ai contratti stipulati nei sei mesi precedenti la data in cui la direttiva ha iniziato ad essere direttamente applicabile. In tale caso, la detta possibilità di ricorso sarebbe applicabile alla fattispecie, poiché il contratto controverso è stato stipulato il 9 ottobre 2009.

77. Secondo la mia opinione, e in linea di principio, è ammissibile che, nell'interesse di una maggiore efficacia della direttiva, si possa perfino sostenere la sua applicabilità a tutti i contratti stipulati nei sei mesi precedenti la data stabilita come termine ultimo per il suo recepimento. Tra le altre ragioni, perché in tal modo si eviterebbe il rischio di eventuali contratti stipulati frettolosamente, allo scopo di evitare l'applicazione della direttiva e si impedirebbe inoltre il consolidamento nel tempo di una situazione giuridica che favorisce l'inefficacia dell'esercizio del diritto dei cittadini alla tutela giurisdizionale. In tale linea si inserirebbe, tra l'altro, lo spirito della dottrina stabilita dalla Corte di giustizia con la sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonia* (Racc. pag. I-7411), invocata dalla Norma-A e dalla Dekom, nel senso che gli Stati membri sono obbligati, nel periodo che precede il termine stabilito per il suo recepimento nell'ordinamento nazionale, a non compromettere il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva.

78. Ciò nonostante e a prescindere dal fatto che non si può fare astrazione dal pregiudizio arrecato alla certezza del diritto da ogni operazione di applicazione retroattiva del diritto, la struttura e il contenuto della direttiva rendono impossibile tale retroattività, oltre al fatto che essa non contiene un riferimento esplicito a qualsiasi effetto retroattivo.

79. Gli appalti impugnabili ai sensi della direttiva 92/13 possono essere solo quelli stipulati nell'ambito giuridico definito dalla stessa direttiva, poiché i motivi che giustificano la loro impugnazione devono fondarsi sulle condizioni stabilite dalla direttiva per la procedura di aggiudicazione. Pertanto, nessuno dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della direttiva può conformarsi alle condizioni procedurali da essa previste; né, in particolare, ai termini di sospensione, la cui inosservanza è sanzionata dall'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b).

80. Non avrebbe senso, perciò, favorire retroattivamente un'impugnazione che non potrebbe fondarsi su motivi diversi dall'inosservanza di condizioni che non erano esigibili al momento in cui si è perfezionato l'oggetto del ricorso.

VII – Conclusione

81. Visto quanto precede, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni poste dalla Corte suprema della Lettonia:

«1) L'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17/CE deve essere interpretato nel senso che, ai suoi effetti, si deve considerare, in linea di principio, "appalto di servizi pubblici" il contratto in virtù del quale l'aggiudicatario ottiene, come parte del corrispettivo, il diritto di gestire servizi di trasporto pubblico, ove, al contempo, l'amministrazione aggiudicatrice compensi l'aggiudicatario delle perdite originate dalla prestazione dei servizi e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio, nonché le clausole contrattuali, limitino i rischi di gestione del servizio. Spetta in ogni caso al giudice del rinvio stabilire fino a che punto le circostanze del caso specifico non impongano una diversa qualificazione del contratto alla luce del diritto dell'Unione.

2) L'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CEE, può essere direttamente applicato nella Repubblica di Lettonia a decorrere dal 21 dicembre 2009, in funzione dell'esistenza di un'istanza competente a conoscere dei ricorsi cui si riferisce la direttiva stessa, condizione, questa, che deve essere accertata dal giudice del rinvio.

3) L'art. 2 *quinquies*, n. 1, lett. b), della direttiva 92/13/CEE deve essere interpretato nel senso che non è applicabile ai contratti pubblici che sono stati stipulati prima della scadenza del termine previsto per il recepimento della direttiva 2007/66/CE nel diritto interno».

1– Lingua originale: lo spagnolo.

2– GU L 134, pag. 114.

3– GU L 134, pag. 1.

4– La direttiva 2004/18 ha uniformato, attraverso una sorta di codice unico, le discipline settoriali contenute nelle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che

coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54) e 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), mentre la direttiva 2004/17 ha incorporato le disposizioni normative contenute nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

5– Come è noto, le considerazioni concettuali relative alle categorie definite dalla direttiva 2004/17 sono trasferibili, per analogia, agli artt. 1, n. 2, e 4, della direttiva 2004/18. In tal senso, v., a titolo di esempio, la sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser (Racc. pag. I-8377, punto 43). Sull'origine di entrambe le direttive, v. le relative pubblicazioni di Jan M. Hebly *European Public Procurement: Legislative History of the "Utilities" Directive 2004/17/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, e *European Public Procurement: Legislative History of the "Classic" Directive 2004/18/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.

6– GU L 76, pag. 14.

7– GU L 335, pag. 31.

8– Latvijas Vēstnesis n. 61, del 24 maggio 1994, pag. 192.

9– Latvijas Vēstnesis n. 107, del 9 luglio 2009, pag. 4093, in vigore dal 1° ottobre 2009. Fino al 30 settembre 2009 era in vigore la Koncesiju likums (legge sulle concessioni), il cui art. 1, n. 2 definiva la concessione come «la cessione del diritto di prestare i servizi o il diritto esclusivo di gestire i mezzi dati in concessione, per un periodo determinato, nell'ambito di un contratto di concessione stipulato fra il concedente ed il concessionario».

10– Latvijas Vēstnesis n. 106, del 4 luglio 2007, pag. 3682.

11– Latvijas Vēstnesis n. 183 del 20 novembre 2009, pag. 4169. In vigore dal 21 novembre 2009, ha sostituito il decreto del Consiglio dei Ministri 2 ottobre 2007 n. 672 (Latvijas Vēstnesis n. 175 del 31 ottobre 2007, pag. 3751).

12– Organismo succeduto ad interim al citato Consiglio distrettuale, benché, apparentemente, tali organismi siano coesistiti per qualche tempo.

13– Ente che è subentrato alla Ludzas novada pašvaldība (amministrazione autonoma del distretto di Ludza) come parte convenuta nel procedimento principale.

14– Conclusioni del 9 settembre 2010, paragrafo 25, nota 14.

15– V., ad esempio, sentenze 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 16) e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant (Racc. pag. I-8457, punto 24).

16- Sentenze 27 ottobre 2005, causa C-243/03, Contse e a. (Racc. pag. I-9315), 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6657), e 11 giugno 2009, causa C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (Racc. pag. I-4779). I detti criteri comprendono la delegazione della responsabilità per danni subiti a causa di eventuali irregolarità nella prestazione del servizio e l'esistenza di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione del servizio.

17- Incidentalmente, e a mio giudizio, proprio in ordine a questo punto acquista rilevanza la circostanza che, ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, il corrispettivo di una concessione di servizi possa consistere unicamente nel diritto di gestire il servizio oppure in tale diritto «accompagnato da un prezzo». La combinazione di queste due componenti nel corrispettivo di un servizio che giuridicamente può configurare solo un appalto o una concessione deve indurre a ponderare il peso specifico di ciascuna di esse. Si tratta di un'operazione ai fini della quale, secondo la mia opinione, non si può utilizzare un criterio diverso da quello del grado di rischio infine assunto dal prestatore del servizio, che deve essere determinato sulla base del fatto che il prezzo che accompagna il diritto di gestione implica una riduzione consistente del rischio insito nell'attività imprenditoriale.

18- Per quanto riguarda la dottrina scientifica, v., per tutti, K. Lenaerts e P. van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 3ª ed., Londra, 2011 (pagg. 22-080 e segg.).

19- Senza che sia necessario esaminare in questa sede la questione relativa all'esistenza di un diritto alla tutela giurisdizionale che, in quanto elemento costitutivo del patrimonio dell'Unione quale comunità di diritto, costituirebbe la chiave di volta dell'intero edificio dell'ordinamento comunitario, non si può ignorare, tuttavia, che già la direttiva 92/13, nella versione originale, garantiva il diritto di impugnare le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, cosicché la direttiva 2007/66 ha migliorato l'efficacia delle procedure di ricorso già esistenti in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Diversa è la questione che si sia cercato di ottenere tale miglioramento prevedendo la sanzione dell'inefficacia dell'appalto in determinate circostanze, perciò andando oltre il mero riconoscimento di un diritto al risarcimento. Infatti, si deve considerare che la riparazione compensativa della violazione di un diritto costituisce una forma legittima di tutela giurisdizionale, sebbene di carattere «secondario». In proposito, v. Wilfried Erbguth, «Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 61, Berlino, 2002, pagg. 221 e segg.

20- 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).

21- Al riguardo si deve segnalare che, in base alle osservazioni della Norma-A e della Dekom (pagg. 6-7 della versione francese), dal 1º febbraio 2004 esiste nella Repubblica di Lettonia una giurisdizione amministrativa cui l'art. 184 del codice del processo amministrativo attribuisce la competenza a statuire sui ricorsi relativi alla validità dei contratti di diritto pubblico.