

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

10 marzo 2011 (\*)

«Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Concessione di servizio pubblico – Servizi di soccorso – Distinzione tra “appalto pubblico di servizi” e “concessione di servizi”»

Nel procedimento C-274/09,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Oberlandesgericht München (Germania) con decisione 2 luglio 2009, pervenuta in cancelleria il 20 luglio 2009, nella causa

**Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler**

contro

**Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,**

con l’intervento di:

**Malteser Hilfsdienst eV,**

**Bayerisches Rotes Kreuz,**

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dai sigg. D. Šváby, E. Juhász (relatore), G. Arestis e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 24 giugno 2010,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, dagli avv.ti B. Stolz e P. Kraus, Rechtsanwälte;
- per lo Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, dagli avv.ti M. Kuffer e D. Bens, Rechtsanwälte;
- per il Malteser Hilfsdienst eV, dall’avv. W. Schmitz-Rode, Rechtsanwalt;
- per la Bayerisches Rotes Kreuz, dall’avv. E. Rindtorff, Rechtsanwalt;
- per il governo tedesco, dai sigg. M. Lumma e J. Möller, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, dal sig. M. Smolek, in qualità di agente;
- per il governo svedese, dalla sig.ra S. Johannesson, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, dai sigg. C. Zadra e G. Wilms, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 9 settembre 2010,

ha pronunciato la seguente

## Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, nn. 2, lett. a) e d), 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).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra il Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (in prosiegua: l'«impresa Stadler») e lo Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (consorzio intercomunale incaricato del servizio di soccorso e dell'allarme incendio di Passau; in prosiegua: il «consorzio intercomunale di Passau»), in ordine all'aggiudicazione di contratti di prestazione di servizi nel settore dei servizi di soccorso. Le parti controbattono, in particolare, sulla qualificazione di tali contratti come «appalti di servizi» o come «concessioni di servizi».

### Contesto normativo

#### *La normativa dell'Unione*

- 3 L'art. 1 della direttiva 2004/18 dispone quanto segue:

«(...)

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.

(...)

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

(...)

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.

(...)».

#### *La normativa nazionale*

- 4 La legge bavarese sui servizi di soccorso (Bayerisches Rettungsdienstgesetz; in prosiegua: la «legge bavarese») è entrata in vigore il 1° gennaio 2009. Ai fini della presente controversia rilevano le seguenti disposizioni:

«Articolo 1 Oggetto e finalità

La presente legge disciplina i soccorsi di emergenza, il trasporto di pazienti con accompagnamento medico, il trasporto di malati, i soccorsi in montagna e speleologici nonché i soccorsi acquatici (servizio di soccorso). La copertura dei servizi di soccorso sull'intero territorio costituisce un obbligo di servizio pubblico da assicurarsi mediante un servizio di soccorso pubblico (...)

(...)

Articolo 4 Enti incaricati del servizio di soccorso

- (1) I Landkreise [circoscrizioni territoriali] e i comuni autonomi hanno il compito di assicurare il servizio pubblico di soccorso all'interno delle aree territoriali operative conformemente alla presente

legge (...)

(2) L'amministrazione centrale competente in materia di servizi di soccorso, dopo aver sentito le associazioni degli enti locali interessati, disciplina con regolamento le aree territoriali operative in maniera tale da garantire l'erogazione del servizio di soccorso in modo efficace e razionale.

(3) I Landkreise e i comuni autonomi che si trovano nella medesima area territoriale operativa svolgono i compiti loro assegnati in virtù della presente legge in stretta cooperazione con un consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio.

(...)

Articolo 13 Enti incaricati del servizio di soccorso di emergenza, del trasporto dei pazienti con accompagnamento medico e del trasporto di malati

(1) Il consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio affida l'esecuzione a terra dei servizi di soccorso di emergenza, del trasporto di pazienti con accompagnamento medico e del trasporto di malati

1. alla Bayerisches Rotes Kreuz [Croce rossa bavarese]
2. all'Arbeiter-Samariter-Bund [Federazione dei Lavoratori Samaritani]
3. al Malteser Hilfsdienst [servizio di soccorso dell'Ordine di Malta]
4. alla Johanniter-Unfall-Hilfe [organizzazione dei Giovanniti] oppure
5. ad organizzazioni di assistenza analoghe.

(...)

(2) Nel caso in cui le organizzazioni assistenziali non siano disposte o idonee ad assumere l'incarico, il consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio affida a terzi l'esecuzione a terra dei servizi di soccorso oppure li esegue esso stesso o attraverso i suoi associati.

(3) Il consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio effettua la selezione dell'esecutore e definisce l'entità del suo incarico secondo una discrezionalità vincolata. La decisione relativa alla selezione è adottata in modo trasparente e sulla base di criteri obiettivi. Il consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio deve pubblicizzare adeguatamente la decisione da adottare, in modo tale che i prestatori di servizi interessati possano concorrere.

(4) Il rapporto giuridico tra il consorzio intercomunale per il servizio di soccorso e di allarme incendio e l'operatore incaricato dell'esecuzione dei servizi di soccorso è disciplinato da un contratto di diritto pubblico.

(...)

Articolo 21 Obbligo di autorizzazione

(1) Ogni gestore di servizi di soccorso d'emergenza, di trasporto di pazienti con accompagnamento medico o di trasporto dei malati necessita dell'autorizzazione.

(...)

Articolo 24 Requisiti per il rilascio dell'autorizzazione

(...)

(2) L'autorizzazione per i servizi di soccorso d'emergenza, di trasporto di pazienti con accompagnamento medico o di trasporto dei malati nell'ambito del servizio pubblico di soccorso deve essere rilasciata (...) su presentazione di un contratto di diritto pubblico ai sensi dell'art. 13, n. 4 (...)

(...)

(4) L'autorizzazione al trasporto di malati al di fuori del servizio pubblico di soccorso è negata qualora sia prevedibile che il ricorso a tale servizio lederà l'interesse pubblico a disporre di un servizio di soccorso efficiente (...)

(...)

#### Articolo 32 Riscossione e criteri per la determinazione dei corrispettivi d'uso

Le prestazioni di servizi di soccorso, compreso l'intervento del medico, danno luogo alla riscossione di corrispettivi d'uso, che devono essere basati sui costi previsionali stimati secondo i principi di economia aziendale, corrispondenti ad una corretta esecuzione della prestazione, ad una gestione economica e razionale nonché ad un'organizzazione efficiente (...)

(...)

#### Articolo 34 Corrispettivi d'uso degli operatori che effettuano servizi di soccorso d'urgenza, di trasporto di malati con accompagnamento medico e di trasporto dei malati

(...)

(2) Gli enti previdenziali concordano in modo uniforme con gli operatori che effettuano i servizi di soccorso o con i loro consorzi su base regionale i corrispettivi d'uso che devono pagare per i servizi di soccorso di emergenza, di trasporto di pazienti con accompagnamento medico e di trasporto di malati (...)

(3) L'accordo che stabilisce i corrispettivi d'uso viene stipulato annualmente in anticipo.

(4) I costi del soccorso di emergenza, del trasporto di pazienti con accompagnamento medico e del trasporto di malati sono distribuiti in modo uniforme tra gli utenti. I corrispettivi d'uso concordati con gli enti previdenziali sono fatturati dagli operatori che effettuano il servizio anche nei confronti di tutte le altre persone ed organizzazioni che si avvalgono della prestazione dei servizi pubblici di soccorso.

(5) I corrispettivi d'uso sono di volta in volta basati sui costi previsionali del servizio ammissibili ai sensi dell'art. 32, seconda frase, nei settori del soccorso di emergenza, del trasporto di pazienti con accompagnamento medico o del trasporto di malati nonché sul numero previsionale di interventi in un determinato periodo di tempo. I costi della prestazione del servizio comprendono, in particolare, anche i costi dell'intervento medico nell'operazione di soccorso (...) nonché i costi dell'attività dell'ufficio liquidatore per i servizi di soccorso in Baviera di cui al successivo n. 8. Gli enti previdenziali concordano di volta in volta e separatamente con i singoli prestatori di servizi, con i singoli gestori delle direzioni integrate e con l'ufficio liquidatore per i servizi di soccorso in Baviera i loro costi previsionali nel periodo considerato ai fini della remunerazione. I costi possono essere concordati a titolo di bilancio.

(6) Qualora un accordo relativo ai corrispettivi d'uso ai sensi del n. 2 o un accordo ai sensi del n. 5 non venga concluso entro il 30 novembre dell'esercizio precedente al periodo di versamento del corrispettivo, si attiva una procedura arbitrale in merito all'importo dei costi previsionali e dei corrispettivi d'uso dinanzi ad un collegio arbitrale (...). È escluso l'adattamento retroattivo dei corrispettivi d'uso.

(7) I costi previsionali concordati con gli enti previdenziali e assistenziali o passati in giudicato vengono pagati grazie ai corrispettivi incassati per il soccorso di emergenza, il trasporto di pazienti con accompagnamento medico e il trasporto di malati (compensazione delle entrate). Al termine di un periodo di versamento del corrispettivo d'uso i singoli prestatori di servizi, i singoli gestori delle direzioni integrate e l'ufficio liquidatore per i servizi di soccorso in Baviera indicano in un conto finale i costi effettivamente sostenuti e provvedono a liquidarli con riferimento a quelli convenuti nell'accordo (rendiconto). Se sussiste una differenza tra i costi effettivi e quelli ammessi come previsionali dagli enti previdenziali e assistenziali ai fini dell'accordo sui costi, il risultato del rendiconto deve essere messo all'ordine del giorno delle trattative immediatamente successive sui corrispettivi d'uso; tale riporto del risultato è escluso nel caso in cui i costi degli operatori (...) o dell'ufficio liquidatore centrale siano stati concordati a titolo di bilancio.

8) In esecuzione dei nn. 2-7 e dell'art. 35 viene istituito un ufficio liquidatore centrale per i

servizi di soccorso in Baviera che, in particolare

1. ha una funzione consultiva nella conclusione dell'accordo relativo ai corrispettivi d'uso ai sensi del n. 2 e degli accordi ai sensi del n. 5;
2. sulla base dei costi previsionali degli interessati e del numero di interventi prevedibili del servizio pubblico di soccorso calcola i necessari corrispettivi d'uso e li sottopone agli interessati in vista della conclusione dell'accordo; ciò vale anche per gli opportuni adattamenti dei corrispettivi d'uso durante l'esercizio in corso;
3. riscuote presso i soggetti debitori i corrispettivi d'uso per la prestazione di servizi pubblici di soccorso (...);
4. effettua la compensazione delle entrate;
5. versa ai prestatori del servizio di soccorso gli importi relativi ai costi del servizio (...);
6. verifica la contabilità dei prestatori (...) alla luce di criteri di verosimiglianza e di correttezza contabile;
7. predispone un conto finale complessivo e certificato per il servizio pubblico di soccorso.

A tale proposito l'ufficio liquidatore centrale per il servizio di soccorso in Baviera svolge tali compiti senza fini di lucro. Tutti gli interessati devono collaborare con l'ufficio liquidatore centrale per il servizio di soccorso in Baviera nello svolgimento dei suoi compiti e devono fornirgli le informazioni e la documentazione a tal fine necessari.

(...)

Articolo 48 Collegio arbitrale

(...)

(3) Il collegio arbitrale competente in materia di corrispettivi d'uso è composto, oltre che dal presidente:

1. in controversie relative ai corrispettivi d'uso per il soccorso a terra, da tre membri in rappresentanza degli operatori dei servizi di soccorso terrestre e da tre membri in rappresentanza degli enti previdenziali (...)

(...)

(5) Il presidente del collegio arbitrale e il suo supplente sono designati congiuntamente dagli operatori del servizio pubblico di soccorso, dall'Unione bavarese dei medici convenzionati, dai soggetti incaricati di assicurare l'intervento di un servizio medico di accompagnamento e dagli enti previdenziali.

Articolo 49 Autorità competenti in materia di servizio di soccorso

(1) Le autorità competenti per l'attuazione della presente legge (...) sono:

1. il Ministro dell'Interno della Baviera come autorità superiore in materia di servizi di soccorso (...)

(...)

Articolo 53 Disposizioni regolamentari ed amministrative

(1) L'autorità superiore per il servizio di soccorso può con regolamento:

(...)

11. istituire l'ufficio liquidatore centrale per il servizio di soccorso in Baviera (...)

(...)».

### **Causa principale e questioni pregiudiziali**

- 5 L'impresa Stadler ha effettuato prestazioni di servizi di soccorso per il consorzio intercomunale di Passau, in Baviera, fino al 31 dicembre 2008, data della risoluzione dei contratti tra loro stipulati. Essa ha contestato la validità di tale risoluzione dinanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) e ha presentato domanda di provvedimenti provvisori diretta alla prosecuzione del contratto fino alla pronuncia nella causa principale. Tutte le sue domande sono state respinte.
- 6 Nel corso di tali procedimenti, il consorzio intercomunale di Passau ha dichiarato che, senza indire previamente una gara d'appalto, intendeva affidare in un primo momento la prestazione dei servizi di soccorso ad altre imprese, sulla base di contratti temporanei, e assegnare successivamente l'appalto definitivo conformemente alla procedura di selezione prevista dall'art. 13, n. 3, della legge bavarese.
- 7 Il consorzio intercomunale di Passau ha stipulato contratti temporanei con il Malteser Hilfsdienst eV e la Bayerisches Rotes Kreuz.
- 8 Con lettera del 17 dicembre 2008 l'impresa Stadler ha contestato la procedura seguita dal consorzio intercomunale di Passau e ha presentato ricorso dinanzi alla Vergabekammer (Commissione competente in materia di appalti pubblici), che l'ha dichiarato irricevibile.
- 9 L'impresa Stadler ha quindi impugnato tale decisione dinanzi all'Oberlandesgericht München (Corte d'appello di Monaco di Baviera).
- 10 Secondo il giudice del rinvio, il procedimento è diretto ad accertare se le prestazioni di servizi controverse in Baviera debbano essere qualificate come «concessione di servizi» oppure come «appalto di servizi» e quali siano le conseguenze giuridiche derivanti da tale qualificazione. Quest'ultima dipende dall'interpretazione dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18, che definisce la nozione di «concessione di servizi».
- 11 Nel territorio di Passau i contratti relativi alla prestazione di servizi di soccorso alla popolazione sono stipulati, seguendo la forma del «modello concessorio», tra l'amministrazione aggiudicatrice, il consorzio intercomunale di Passau e un prestatore di servizi.
- 12 L'importo dei corrispettivi d'uso previsto per tale prestazione di servizi di soccorso è concordato tra l'ente previdenziale e il prestatore di servizi selezionato. Ai sensi dell'art. 32, seconda frase, della legge bavarese, i corrispettivi d'uso devono essere calcolati sulla base dei costi previsionali stimati secondo i principi di economia aziendale corrispondenti ad una corretta esecuzione della prestazione, ad una gestione economica e razionale nonché ad un'organizzazione efficiente del servizio. I costi previsionali concordati vengono remunerati attraverso i corrispettivi incassati per il soccorso di emergenza, il trasporto di pazienti con accompagnamento medico e il trasporto di malati. Nel caso in cui l'ente previdenziale e il prestatore non siano d'accordo sull'importo dei corrispettivi, si può adire un collegio arbitrale le cui decisioni possono essere oggetto di impugnazione dinanzi ai giudici amministrativi.
- 13 Il prestatore di servizi selezionato riceve i corrispettivi che gli spettano dall'ufficio liquidatore centrale, istituito dal Ministro dell'Interno bavarese, cui il prestatore deve obbligatoriamente rivolgersi. Tale ufficio trasferisce al prestatore di servizi una remunerazione mediante acconti settimanali o mensili, sulla base di una remunerazione complessiva annuale calcolata ex ante indipendentemente dal numero di interventi realmente effettuati. Qualora a fine anno dovesse risultare un'insufficiente copertura, essa costituirà oggetto di trattative successive.
- 14 Le persone assicurate privatamente e le persone non assicurate che, secondo il giudice del rinvio, rappresentano il 10% dei debitori, devono pagare un corrispettivo d'uso pari a quello delle persone assicurate a titolo obbligatorio.
- 15 Il giudice del rinvio sottolinea che, in Germania, esiste una modalità alternativa di prestazione di servizi di soccorso, quella detta «appaltizia». In taluni Länder, come la Sassonia, l'amministrazione aggiudicatrice incaricata dei servizi di soccorso paga direttamente i prestatori di servizi. I servizi pubblici incaricati dei soccorsi concordano tale remunerazione attraverso trattative con gli enti

- previdenziali e la corrispondono successivamente ai prestatori di servizi di soccorso. Il Bundesgerichtshof ha già avuto modo di dichiarare che tale modello costituisce un appalto di servizi.
- 16 Le differenze tra il modello appaltizio di Länder come la Sassonia e il modello concessorio di Länder come la Baviera consistono nel fatto che, nel primo caso, i corrispettivi d'uso previsti dalla legge sono negoziati tra l'amministrazione aggiudicatrice incaricata dei servizi di soccorso e un'altra amministrazione aggiudicatrice (l'ente previdenziale) e il prestatore di servizi è vincolato da tale accordo, mentre, nel secondo caso, il prestatore di servizi concorda l'importo del corrispettivo d'uso con un'altra amministrazione aggiudicatrice (l'ente previdenziale).
  - 17 Pertanto, per il giudice del rinvio, si pone la questione se il semplice fatto di optare per un altro schema negoziale possa comportare che, in un caso, il servizio di soccorso debba essere oggetto di una gara d'appalto, trattandosi di un appalto di servizi ai sensi della direttiva 2004/18 e, nell'altro caso, le norme che disciplinano l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi possono essere disapplicate in quanto il contratto costituisce una concessione di servizi.
  - 18 Inoltre, il giudice del rinvio afferma che, secondo la giurisprudenza della Corte, per caratterizzare una concessione di servizi pubblici, quando la remunerazione è garantita da un terzo, è necessario che la controparte contrattuale si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Così, se si ritiene che il criterio effettivo di distinzione tra la concessione di servizi e l'appalto di servizi consista nel fatto che la controparte contrattuale si assume un rischio economico, si pone la questione se sia sufficiente l'assunzione di un rischio, di qualsiasi natura esso sia, allorché il rischio, che altrimenti graverebbe sull'amministrazione aggiudicatrice, è assunto integralmente.
  - 19 Tale distinzione è tanto più delicata, come sottolineato dal giudice del rinvio, se si considera che, nel caso del modello concessorio, il prestatore di servizi deve sopportare soltanto un rischio economico ridotto.
  - 20 In tale contesto, l'Oberlandesgericht München ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
    - «1) Se un contratto di prestazione di servizi (nella fattispecie: servizi di soccorso) debba essere considerato come una concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 e non come appalto di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. a) e d), della medesima direttiva per il solo fatto che prevede che il prestatore non sia retribuito direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, ma in cui:
      - a) il corrispettivo d'uso delle prestazioni da fornire è determinato attraverso trattative tra il prestatore e terzi, che, a loro volta, sono amministrazioni aggiudicatrici (nella fattispecie: enti previdenziali),
      - b) in caso di mancato accordo è previsto che un collegio arbitrale costituito a tale scopo risolva la controversia e che la sua decisione sia sottoposta al riesame dei giudici nazionali, e
      - c) il corrispettivo non è pagato direttamente dagli utenti, ma da un ufficio liquidatore, al quale il prestatore deve per legge rivolgersi e che versa anticipi a cadenza regolare a favore del prestatore.
    - 2) In caso di risposta negativa alla questione sub 1), se si sia in presenza di una concessione di servizi quando il rischio di gestione intrinseco alla prestazione di servizi pubblici è ridotto, in quanto:
      - a) ai sensi di una norma di legge, i corrispettivi d'uso del servizio devono essere calcolati sulla base dei costi previsionali stimati secondo i principi di economia aziendale, corrispondenti ad una corretta esecuzione della prestazione, ad una gestione economica e razionale nonché ad una organizzazione efficiente, e
      - b) i corrispettivi d'uso sono dovuti da enti previdenziali solvibili,
      - c) è assicurata una certa esclusiva nella gestione nell'area contrattualmente definita,ma in cui il prestatore assume integralmente tale rischio ridotto».

## Sulle questioni pregiudiziali

- 21 Dal momento che le due questioni poste dal giudice del rinvio sono tra loro collegate, è opportuno esaminarle congiuntamente.
- 22 In via preliminare, occorre osservare che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di soccorso alla popolazione, aggiudicati dal consorzio intercomunale di Passau, sono conclusi seguendo la forma del cosiddetto «modello concessorio». Tale modello di aggiudicazione differisce dal modello detto «appaltizio», che rappresenta una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi (v., in tal senso, sentenza 29 aprile 2010, causa C-160/08, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 131), in quanto la remunerazione, nel modello concessorio, non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì dagli importi riscossi presso gli utenti del servizio attraverso un ufficio liquidatore centrale. I corrispettivi d'uso del servizio sono concordati tra l'ente previdenziale e il prestatore selezionato dal consorzio intercomunale di Passau.
- 23 A questo proposito si deve innanzitutto ricordare che 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, sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 31, e 15 ottobre 2009, causa C-196/08, Acoset, Racc. pag. I-9913, punto 38).
- 24 Dal raffronto tra le definizioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, fornite, rispettivamente, dal n. 2, lett. a) e d), e dal n. 4 dell'art. 1 della direttiva 2004/18, risulta che la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39, nonché Commissione/Italia, cit., punti 33 e 40), 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, sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser, Racc. pag. I-8377, punto 51).
- 25 Nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente a soddisfare il requisito di un corrispettivo, previsto dall'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18 (v. sentenza Eurawasser, cit., punto 57).
- 26 Se è vero che la modalità di remunerazione è, quindi, 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 e che il mancato 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 (sentenza Eurawasser, cit., punti 59 e 68 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 27 Nella causa principale, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la remunerazione del prestatore di servizi di soccorso non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice che ha aggiudicato il contratto in questione, ma dai corrispettivi d'uso che esso è autorizzato ad esigere, secondo la legge bavarese, presso gli enti previdenziali i cui assicurati hanno usufruito dei servizi di soccorso o ancora presso le persone assicurate privatamente e quelle non assicurate che hanno fruito di tali servizi.
- 28 Il fatto che il livello dei corrispettivi d'uso non sia determinato unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali che a loro volta rivestono la qualità di amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Racc. pag. I-4779, punti 40-59), e che tali corrispettivi non siano pagati direttamente dagli utenti di tali servizi al prestatore selezionato, bensì da un ufficio liquidatore centrale incaricato di riscuotere e di trasferire tali corrispettivi, sotto forma di acconti regolari, non incide su tale constatazione. Infatti, resta ciò nondimeno il fatto che tutte le remunerazioni del prestatore di servizi provengono da persone diverse dall'amministrazione che ha



aggiudicato loro il contratto.

- 29 In una controversia come quella oggetto della causa principale, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18, si deve ancora verificare se la modalità di remunerazione pattuita consista nel diritto del prestatore di gestire un servizio e implichi che esso si assuma il rischio legato alla gestione del servizio in questione. 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, sentenza Eurawasser, cit., punti 77 e 80).
- 30 Nella causa principale, il consorzio intercomunale di Passau ha trasferito ai prestatori selezionati, per diversi anni, la completa esecuzione sotto il profilo tecnico, amministrativo nonché finanziario delle prestazioni di servizi di soccorso dei quali era incaricato, conformemente all'art. 4, n. 1, della legge bavarese.
- 31 I prestatori selezionati sono quindi incaricati di assicurare il servizio di soccorso, alle condizioni stabilite dal contratto e dalla legge bavarese, nel circondario del consorzio intercomunale di Passau.
- 32 L'impresa Stadler contesta l'affermazione secondo la quale, operando in tal modo, il consorzio intercomunale di Passau ha altresì trasferito ai prestatori selezionati il rischio legato alla gestione dei servizi in questione.
- 33 A tal proposito va ricordato che, quando la remunerazione del prestatore proviene esclusivamente da terzi, il trasferimento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un rischio di gestione «molto ridotto» è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi (v. sentenza Eurawasser, cit., punto 77).
- 34 Invero, è normale che alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come quello oggetto della causa principale, siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto (sentenza Eurawasser, cit., punti 72 e 74).
- 35 In tali settori, le amministrazioni aggiudicatrici non hanno alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, e quindi sul livello del rischio da trasferire, e sarebbe peraltro 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).
- 36 Si deve altresì precisare che non spetta alla Corte qualificare concretamente l'operazione oggetto della causa principale. Il ruolo della Corte è quello di limitarsi a fornire al giudice nazionale un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta (v. sentenza Parking Brixen, cit., punto 32). La qualificazione concreta del contratto rientra nella competenza del giudice nazionale che deve verificare se le circostanze accertate corrispondano ai criteri generali stabiliti dalla Corte.
- 37 A tale riguardo occorre rilevare che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punti 66 e 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 integrale 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, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, nonché Hans & Christophorus Oymanns, cit., punto 74).
- 38 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.

- 39 Nella causa principale, si deve osservare, in primo luogo, che i corrispettivi d'uso non sono determinati unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali sulla base di trattative che devono avvenire con cadenza annuale. Tali trattative, i cui risultati sono prevedibili solo in parte, comportano il rischio che il prestatore di servizi debba far fronte ai vincoli imposti durante la durata del contratto. Tali vincoli possono risultare, in particolare, dalla necessità di giungere a compromessi in sede di trattative o di procedura arbitrale relativa al livello dei corrispettivi d'uso.
- 40 Tenuto conto del fatto, sottolineato dallo stesso giudice del rinvio, che gli enti previdenziali con cui il prestatore selezionato deve condurre tali trattative attribuiscono importanza, alla luce dei loro obblighi di legge, alla fissazione dei corrispettivi d'uso al livello più basso possibile, detto prestatore incorre quindi nel rischio che tali corrispettivi non siano sufficienti a coprire la totalità delle spese di gestione.
- 41 Il prestatore di servizi non può premunirsi contro siffatte eventualità rinunciando alla prosecuzione della propria attività, poiché, da un lato, gli investimenti che egli ha effettuato non sarebbero ammortizzati e, dall'altro, potrebbe dover affrontare le conseguenze giuridiche della sua decisione di recedere in anticipo dal contratto. In ogni caso, un'impresa che si sia specializzata nei servizi di soccorso ha soltanto una flessibilità limitata nel mercato dei trasporti.
- 42 In secondo luogo, dalla legge bavarese risulta che essa non garantisce la copertura completa dei costi dell'operatore.
- 43 Se i costi effettivi dell'operatore superano, nel corso di un determinato periodo, i costi previsionali utilizzati come base per il calcolo dei corrispettivi d'uso, tale operatore può trovarsi in una situazione di deficit e dover garantire un prefinanziamento con mezzi propri. È un dato di fatto che la domanda di servizi di soccorso può essere soggetta ad oscillazioni.
- 44 Inoltre, se sussiste una differenza tra i costi effettivi e quelli previsionali ammessi dagli enti previdenziali, il risultato del rendiconto è messo all'ordine del giorno soltanto in occasione delle trattative successive, il che non obbliga gli enti previdenziali a compensare un eventuale deficit nel corso dell'anno successivo e non comporta quindi la garanzia di una compensazione completa.
- 45 Occorre aggiungere che, se i costi sono previsti a titolo di bilancio, non è possibile riportare all'esercizio successivo gli utili o le perdite dell'impresa.
- 46 In terzo luogo, il prestatore selezionato è esposto, in una certa misura, al rischio di inadempienza dei debitori dei corrispettivi d'uso. È vero che la grande maggioranza degli utenti dei servizi è assicurata presso gli enti previdenziali, ma una parte non trascurabile degli utenti è costituita da persone non assicurate o assicurate privatamente. Se è pur vero che l'ufficio liquidatore centrale è tecnicamente responsabile della riscossione dei crediti presso questi ultimi, tuttavia esso né si assume i debiti delle persone non assicurate o assicurate privatamente né garantisce l'effettivo pagamento dei corrispettivi d'uso da parte di tali persone. Dalle informazioni fornite alla Corte risulta che tale ufficio centrale non dispone delle prerogative di un'amministrazione pubblica.
- 47 Infine, va osservato che, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la legge bavarese non esclude che più operatori siano ammessi a fornire i propri servizi nella medesima zona. Ad esempio, nella causa principale, il consorzio intercomunale di Passau ha concluso contratti con due prestatori di servizi.
- 48 Occorre pertanto risolvere le questioni sollevate dichiarando che, quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.
- 49 Occorre aggiungere che, se è pur vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna delle direttive mediante le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono cionondimeno tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in

particolare gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, nel caso in cui – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – il contratto in oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenza 13 aprile 2010, causa C-91/08, Wall, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 33 e 34 nonché giurisprudenza ivi citata).

### **Sulle spese**

50 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 (Terza Sezione) dichiara:

**L'art. 1, nn. 2, lett. d), 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, deve essere interpretato nel senso che, quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito di trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della stessa direttiva.**

Firme