

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
SHARPSTON
presentate il 28 giugno 2016 (1)

Causa C-292/15

Hörmann Reisen GmbH
contro
Stadt Augsburg
Landkreis Augsburg

[Domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera meridionale, Germania)]

[Appalti pubblici – Servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus – Regolamento (CE) n. 1370/2007 – Articolo 4, paragrafo 7 – Subappalto – Obbligo per l'operatore del servizio pubblico di fornire direttamente una parte importante dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri – Ambito di applicazione – Articolo 5, paragrafo 1 – Procedura di aggiudicazione dell'appalto – Aggiudicazione di un appalto pubblico conformemente alla direttiva 2004/18/CE]

1. Ai sensi della direttiva 2004/18/CE (2), le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il ricorso al subappalto da parte degli offerenti selezionati solo in casi molto limitati (3). Ciò è coerente con l'obiettivo della disciplina europea in materia di appalti pubblici di favorire l'accesso delle piccole medie imprese agli stessi e, pertanto, di contribuire all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Per contro, nel regolamento (CE) n. 1370/2007 (4), che definisce come le autorità competenti possono agire per garantire la prestazione efficace di servizi di interesse generale di trasporto pubblico di passeggeri, il legislatore dell'Unione ha stabilito regole specifiche in materia di subappalto. Il regolamento n. 1370/2007 consente alle autorità competenti di decidere se detti servizi possano essere subappaltati o meno, al fine di garantire un uso ottimale delle risorse pubbliche. Nel caso in cui il subappalto sia consentito, tuttavia, il regolamento stabilisce che l'operatore selezionato deve svolgere direttamente una «parte importante» di detti servizi (in prosieguo: l'«obbligo di prestazione diretta»). Nel presente rinvio pregiudiziale, la Corte è chiamata ad esaminare in primo luogo se dette norme specifiche si applichino ad un contratto per la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus che, ai sensi del regolamento n. 1370/2007, devono essere aggiudicati conformemente alla direttiva 2004/18. Il giudice del rinvio, inoltre, chiede orientamenti circa l'ambito di applicazione dell'obbligo di prestazione diretta sancito da detto regolamento.

Contesto normativo

Direttiva 2004/18

2. La direttiva 2004/18 coordina le procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici con valore superiore ad una certa soglia (5). Essa è finalizzata ad assicurare che l'aggiudicazione degli appalti pubblici per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico

«[sia] subordinata (...) [a]i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza». Essa è inoltre finalizzata ad «assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» (6). Per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, la direttiva contiene disposizioni in materia di subappalto (7).

3. L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), definisce gli «appalti pubblici» «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 [direttiva 2004/18]». Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera 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» e, pertanto, comprendono i «servizi di trasporto terrestre» (8). A termini dell'articolo 1, paragrafo 4, una «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».

4. Ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 25 («Subappalto»), «[n]el capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti».

Regolamento n. 1370/2007

5. Ai sensi del considerando 9 del regolamento n. 1370/2007, tutte le autorità competenti negli Stati membri, per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri «nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico», devono «avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità prescritte dal presente regolamento». Nel medesimo considerando si afferma inoltre che «per garantire l'applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità, qualora vengano accordati compensazioni o diritti di esclusiva, è indispensabile definire in un contratto di servizio pubblico stipulato dall'autorità competente con l'operatore di servizio pubblico prescelto la natura degli obblighi di servizio pubblico e il compenso concordato».

6. Il considerando 19 stabilisce in particolare che «[i]l subappalto può contribuire a trasporti pubblici di passeggeri più efficienti e rende possibile la partecipazione di imprese diverse dall'operatore di servizio pubblico aggiudicatario del relativo contratto». Tuttavia, «per assicurare l'uso migliore delle risorse pubbliche, le autorità competenti dovrebbero essere in grado di definire le modalità di subappalto dei loro servizi di trasporto pubblico di passeggeri, soprattutto in caso di servizi prestati da un operatore interno».

7. L'articolo 1, paragrafo 1, stabilisce che il regolamento n. 1370/2007 ha lo scopo di «definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto [dell'Unione], nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze di mercato consentirebbe di fornire». A tal fine, il regolamento «stabilisce le condizioni alle quali le autorità competenti, allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, [dovrebbero compensare] gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o [conferire] loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico».

8. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, il regolamento n. 1370/2007 si applica «all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico».

9. L'articolo 2 contiene le seguenti definizioni:

«a) «trasporto pubblico di passeggeri»: i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa;

- b) “autorità competente”: un’amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere;

(...)

- i) “contratto di servizio pubblico”: uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l’accordo tra un’autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all’operatore stesso è affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico (...).».

10. L’articolo 3, paragrafo 1, stabilisce che l’autorità competente che decide di concedere all’operatore che ha scelto un diritto di esclusiva e/o una compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell’assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell’ambito di un contratto di servizio pubblico.

11. L’articolo 4, rubricato «Contenuto obbligatorio dei contratti di servizio pubblico e delle norme generali», stabilisce in particolare:

«1. I contratti di servizio pubblico (...)

(...)

b) stabiliscono in anticipo, in modo obiettivo e trasparente:

- i) i parametri in base ai quali deve essere calcolata l’eventuale compensazione; e
- ii) la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi;

in modo da impedire una compensazione eccessiva. (...)

(...)

7. I documenti di gara e i contratti di servizio pubblico sono trasparenti quanto alla possibilità e all’estensione del subappalto. In caso di subappalto, l’operatore al quale, ai sensi del presente regolamento, sono affidate la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri è tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio di trasporto pubblico. Un contratto di servizio pubblico comprendente allo stesso tempo progettazione, costruzione e gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri può prevedere il subappalto integrale per la gestione di tali servizi. Il contratto di servizio pubblico determina, in conformità della legislazione nazionale e [dell’Unione], le condizioni applicabili al subappalto».

12. L’articolo 5, rubricato «Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico», stabilisce in particolare al suo paragrafo 1:

«I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui alle suddette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi di cui alle suddette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano».

13. L’articolo 5, paragrafi da 2 a 6, contiene norme sull’aggiudicazione di contratti di appalto di servizi pubblici che derogano alla normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici. Ad esempio, «[a] meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri

inferiore a 300 000 chilometri l'anno» (9).

14. L'articolo 8, paragrafo 2, stabilisce un periodo di transizione per l'applicazione dell'articolo 5. Mentre l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia su strada è subordinata all'articolo 5 a partire dal 3 dicembre 2019, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi gradualmente a tale disposizione durante il periodo transitorio, al fine di evitare gravi problemi strutturali (10). L'articolo 8, paragrafi 2, secondo comma, 3 e 4, del regolamento n. 1370/2007, stabilisce ulteriori dettagli per tale requisito transitorio. Si evince tuttavia dall'ultima frase dell'articolo 8, paragrafo 1, che i paragrafi da 2 a 4 del medesimo non si applicano ai contratti di servizio pubblico per il trasporto pubblico di passeggeri con autobus, cui si riferisce l'articolo 5, paragrafo 1.

Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali.

15. Il 7 marzo 2015 la Stadt Augsburg (città di Augusta) e il Landkreis Augsburg (autorità distrettuale rurale di Augusta) (congiuntamente: le «amministrazioni aggiudicatrici») hanno pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un bando di gara in cui si invitava a presentare offerte per la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus («rete di Lech-Nord») (11). Secondo quanto indicato nel bando di gara, gli offerenti avevano diritto di assegnare in subappalto fino al 30% dei servizi di trasporto (commisurato ai chilometri tabellari).

16. La Hörmann Reisen GmbH è un'impresa di piccole o medie dimensioni stabilita in Germania e operante nel settore dei trasporti pubblici. Per poter partecipare con esito positivo a detta procedura di attribuzione dell'appalto avrebbe dovuto fare un uso più ampio del subappalto rispetto a quanto consentito nel bando di gara.

17. La Hörmann Reisen, pertanto, ha contestato la limitazione del subappalto dinanzi alla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera meridionale, Germania). Essa sostiene che l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 renda lo stesso inapplicabile nel procedimento principale e che la limitazione del subappalto sarebbe incompatibile con la direttiva 2004/18. Le amministrazioni aggiudicatrici, al contrario, sostengono che il regolamento n. 1370/2007 sia applicabile nel procedimento principale e che l'articolo 4, paragrafo 7, dello stesso le autorizzi a limitare il ricorso al subappalto secondo quanto da esse fatto. L'obbligo di fornitura diretta in misura non inferiore al 70% che esse impongono sarebbe coerente con l'obbligo dell'operatore selezionato di svolgere «una parte importante» del servizio di trasporto pubblico di passeggeri in questione.

18. Considerando che l'esito del procedimento pendente dinanzi ad essa è incentrato su quale norma dell'Unione europea si applichi alla procedura di attribuzione dell'appalto in questione, la Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera meridionale) ha sospeso detto procedimento e ha sottoposto le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1. Se a una procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento [n. 1370/2007], in combinato disposto con la direttiva [2004/18] o con la direttiva 2014/24/UE, si applichino, in linea di principio, le sole disposizioni di tali direttive, non trovando quindi applicazione le norme del regolamento [n. 1370/2007] che derogano alle menzionate direttive.
2. Se, di conseguenza, l'ammissibilità del subappalto in una [siffatta] procedura di aggiudicazione sia disciplinata esclusivamente dalle regole elaborate dalla Corte di giustizia in relazione alla direttiva [2004/18] e dalle disposizioni di cui all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva [2014/24], oppure se, in deroga ad esse, un'amministrazione aggiudicatrice possa imporre agli offerenti, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, del [regolamento n. 1370/2007], una quota percentuale di fornitura diretta (commisurata ai chilometri tabellari).
3. Se, in caso di applicabilità dell'articolo 4, paragrafo 7, (...) alle procedure di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del [regolamento n. 1370/2007], in combinato disposto con la [direttiva 2004/18] o con la [direttiva 2014/24], l'amministrazione aggiudicatrice sia libera di definire, alla luce del considerando 19 [di tale] regolamento, la quota di fornitura diretta, con la conseguenza che risulti giustificabile la prescrizione, da parte dell'ente aggiudicatore, di una quota di fornitura diretta del 70%, commisurata ai chilometri tabellari».

19. La Hörmann Reisen, le amministrazioni aggiudicatrici e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. Non essendone stata fatta richiesta, non si è tenuta udienza.

Valutazione

Osservazioni preliminari

20. La Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera meridionale) è un «organo giurisdizionale» nell'accezione dell'articolo 267 TFUE e, pertanto, è legittimata a sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte (12).

21. Nelle loro osservazioni scritte, le amministrazioni aggiudicatrici e la Commissione fanno riferimento sia alla direttiva 2004/18 sia alla direttiva 2004/17/CE (13). Quest'ultima, nota comunemente come «direttiva settoriale» (14), sarebbe applicabile ad una situazione come quella di cui al procedimento principale solo se le amministrazioni aggiudicatrici stesse fornissero servizi di trasporto nell'accezione dell'articolo 5 di detta direttiva (15). La Corte, tuttavia, non dispone di informazioni sufficienti per stabilire se detta condizione sia soddisfatta e, anche ove lo fosse, se i fatti siano tali che l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/17 escluda l'applicazione della stessa (16). Nelle questioni pregiudiziali, inoltre, non si fa menzione della direttiva 2004/17. In prosieguo, pertanto, non farò ulteriori riferimenti a detta direttiva.

22. Inoltre, il giudice del rinvio chiede orientamenti alla Corte relativamente agli articoli 4, paragrafo 7, e 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, in combinato disposto con la direttiva 2004/18 o la direttiva 2014/24. Secondo una giurisprudenza costante, tuttavia, la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (17). Pertanto, la Corte ha recentemente statuito che applicare la direttiva 2014/24 prima dello scadere del suo termine di recepimento, impedirebbe agli Stati membri, così come alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici, di beneficiare di un termine sufficiente per adeguarsi alle nuove disposizioni introdotte da detta direttiva (18). Ciò è particolarmente rilevante per il subappalto: in questo caso, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 introduce cambiamenti significativi rispetto all'articolo 25 della direttiva 2004/18 (19). Nella fattispecie di cui al procedimento principale, il bando di gara è stato pubblicato il 7 marzo 2015, ossia più di un anno prima della scadenza per la trasposizione della direttiva 2014/24. Conseguentemente, la direttiva 2014/24 è inapplicabile *ratione temporis* nel procedimento principale ed esaminerò le questioni sottoposte dal giudice del rinvio solo dal punto di vista del regolamento n. 1370/2007 e della direttiva 2004/18.

23. Il giudice del rinvio non fornisce informazioni circa il valore del contratto di servizio pubblico in questione. Il bando di gara pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, tuttavia, indica che il contratto doveva riguardare circa 639 000 chilometri di servizi di trasporto di passeggeri con autobus (20). Mi sembra che la Commissione possa avere ragione nel dedurre che il valore del contratto eccede la soglia che determina l'applicazione della direttiva 2004/18 (21). La valutazione di tale questione, tuttavia, spetta in definitiva al giudice del rinvio.

24. Con la prima e la seconda questione, il giudice del rinvio chiede essenzialmente di sapere se i servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus, che costituiscono l'oggetto del contratto di servizio pubblico in questione, siano disciplinati dalle norme specifiche in materia di subappalto di cui all'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, sebbene detto contratto debba essere aggiudicato conformemente alla direttiva 2004/18. Esaminerò pertanto dette questioni congiuntamente. La terza questione è distinta, atteso che riguarda l'estensione dell'obbligo di fornitura diretta di cui alla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7. Esaminerò pertanto detta questione separatamente.

Questioni 1 e 2. Un contratto di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus o tram è soggetto alle norme specifiche in materia di subappalto enunciate all'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007?

25. Le parti concordano nell'affermare che il contratto in questione nel procedimento principale

riguarda servizi di trasporto pubblico di passeggeri su strada nell'accezione dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007. È del pari pacifico che il contratto di servizio pubblico riguarda «servizi di trasporto di passeggeri con autobus» nell'accezione dell'articolo 5, paragrafo 1, di detto regolamento.

26. Il riferimento alle procedure di aggiudicazione di cui alle direttive sugli appalti pubblici, contenuto nell'articolo 5, paragrafo 1, esclude le concessioni di servizi come definite in dette direttive (22). Altrove la Corte ha desunto da dette definizioni che un *appalto di servizi* comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una *concessione di servizi*, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto (in quanto tale o accompagnato da un prezzo) di gestire il servizio (23). Nel caso di specie, il bando di gara pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* specifica che l'offerente selezionato riceverà un pagamento mensile da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (24). Sebbene spetti in ultima analisi al giudice del rinvio verificare ciò, ritengo pertanto che la Corte dovrebbe procedere sulla base del fatto che detto appalto *non* è un contratto di concessione di servizi nell'accezione della direttiva 2004/18.

27. Ne consegue che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, l'appalto in questione deve essere aggiudicato secondo la direttiva 2004/18 e non già secondo le norme specifiche di aggiudicazione di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del citato regolamento o le norme transitorie di cui all'articolo 8, paragrafi da 2 a 4, del medesimo regolamento (25).

28. Questo comporta che le norme specifiche in materia di subappalto di cui all'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 non si applichino a detto appalto?

29. La risposta a detta questione ci impone di esaminare più da vicino l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007. Secondo una costante giurisprudenza, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte (26).

30. Con riferimento, in primo luogo, alla lettera dell'articolo 5, paragrafo 1, la prima frase di detta disposizione indica che i contratti di servizi di trasporto pubblico di passeggeri sono aggiudicati «conformemente alle norme previste nel [regolamento n. 1370/2007]».

31. Mentre la seconda frase deroga alla regola di cui alla prima frase per i servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus o tram che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi, la terza frase chiarisce poi l'ambito di applicazione della deroga: se un contratto deve essere aggiudicato a norma delle direttive 2004/17 o 2004/18, «le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 dell'[articolo 5] non si applicano». La deroga di cui alla seconda frase dell'articolo 5, paragrafo 1, pertanto, riguarda esclusivamente le norme specifiche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di cui ai suddetti paragrafi. La terza frase non avrebbe senso se l'obiettivo del legislatore fosse quello di eliminare i contratti dalla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus o tram diversi dalle concessioni di servizi dall'ambito di applicazione delle *altre* disposizioni del regolamento n. 1370/2007, comprese le norme sul subappalto di cui all'articolo 4, paragrafo 7. In una situazione come quella del caso di specie, l'articolo 4, paragrafo 7, costituisce quindi una *lex specialis* rispetto alle norme sul subappalto applicabili in vigenza della direttiva 2004/18.

32. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Hörmann Reisen, detta interpretazione non è incoerente con l'enunciato «l'operatore al quale, *ai sensi del [regolamento n. 1370/2007]*, sono affidate la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri» di cui all'articolo 4, paragrafo 7 (27). La finalità dell'articolo 5, paragrafo 1, *non consiste* nel ritagliare un'esclusione generale dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus o tram dall'ambito di applicazione di detto regolamento, ma nello specificare una deroga molto più limitata. Il regolamento n. 1370/2007, pertanto, disciplina l'affidamento di detti servizi di trasporto a operatori di servizi pubblici (28), subordinatamente solo a questa deroga limitata.

33. Il contesto in cui l'articolo 5, paragrafo 1, è inserito corrobora ulteriormente detta interpretazione. La deroga per il servizio di trasporto pubblico con autobus o tram si trova nell'ambito di una disposizione che disciplina l'«[a]ggiudicazione di contratti di servizio pubblico». Il regolamento

n. 1370/2007, pertanto, distingue chiaramente detto tema, fra l'altro, dal «[c]ontenuto obbligatorio dei contratti di servizio pubblico e delle norme generali», disciplinato dall'articolo 4.

34. La conclusione che ho raggiunto, inoltre, è coerente con l'ambito di applicazione del regolamento n. 1370/2007, definito all'articolo 1, paragrafo 2. Detta disposizione stabilisce, tra l'altro, che il regolamento si applica «all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri (...) su strada (...)». Detta formulazione, letta insieme alla terza frase dell'articolo 5, paragrafo 1, conferma chiaramente che il legislatore, infatti, non aveva l'intenzione di ritagliare un'esclusione generale dall'ambito di applicazione del regolamento n. 1370/2007 per i contratti di servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus che non sono contratti di concessione di servizi.

35. Detta interpretazione, infine, contribuisce all'obiettivo del regolamento di consentire alle autorità competenti di fornire servizi di interesse generale – come i servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus in questione nel procedimento principale – più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire (29).

36. Come affermato nel considerando 9 del regolamento n. 1370/2007, per perseguire detto obiettivo tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità stabilite dal regolamento. Pertanto, mentre il legislatore dell'Unione ha riconosciuto che il subappalto può contribuire ad un trasporto di passeggeri più efficiente, ha altresì riconosciuto che, al fine di assicurare un uso ottimale delle risorse pubbliche, le autorità competenti «dovrebbero essere in grado di definire le modalità di subappalto dei loro servizi di trasporto pubblico di passeggeri». L'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, pertanto, conferisce alle autorità competenti la flessibilità di decidere se, in base alle circostanze, il subappalto possa contribuire a prestare nel modo più efficiente servizi di trasporto di passeggeri di interesse generale (30).

37. Non ravviso alcun elemento nel regolamento che suggerisca che il legislatore dell'Unione intendesse privare le autorità competenti della stessa flessibilità quando esse concludono contratti per la prestazione di servizi di trasporto pubblico con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi.

38. Concludo pertanto che l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che un contratto di servizio pubblico per servizi di trasporto di passeggeri con autobus, come quello controverso nel procedimento principale, che non assume la forma di un contratto di concessione di servizi, come definita nella direttiva 2004/18, e che deve essere aggiudicato secondo detta direttiva, è disciplinato dal regolamento n. 1370/2007 con l'eccezione delle norme che riguardano l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, dello stesso. Un siffatto contratto, pertanto, è soggetto alle norme specifiche sul subappalto enunciate all'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007.

Questione n. 3 Qual è l'ambito di applicazione dell'obbligo di fornitura diretta di cui alla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007?

39. L'articolo 4, paragrafo 7, enuncia tre requisiti generali relativamente al subappalto. In primo luogo, le autorità competenti devono indicare «in modo trasparente» se, e in caso affermativo in che misura, il subappalto è consentito. In secondo luogo, qualora faccia ricorso al subappalto, l'offerente selezionato è comunque tenuto a fornire «una parte importante» dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri a lui affidati a termini del regolamento n. 1370/2007. In terzo luogo, il contratto di servizio pubblico deve stabilire le condizioni applicabili al subappalto. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'obbligo di fornitura diretta di cui alla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, rappresenti un minimo e se le autorità competenti, pertanto, godano di un ampio potere discrezionale per limitare ulteriormente il subappalto.

40. L'espressione «una parte importante» è imprecisa. Essa lascia inequivocabilmente un certo margine alle autorità competenti. Su questo punto vorrei segnalare che richiedere all'operatore selezionato di fornire *una* parte importante dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri non è la

stessa cosa che richiedergli di fornire *la* maggior parte degli stessi (31). Conseguentemente, non interpreto la seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, nel senso che essa impone all'operatore selezionato di effettuare direttamente «almeno il 50%» dei servizi interessati. Questa lettura sembra essere confermata da altre versioni linguistiche dell'articolo 4, paragrafo 7 (32).

41. La Hörmann Reisen afferma sostanzialmente che l'obbligo di cui all'articolo 4, paragrafo 7, stabilisce un *livello massimo* di fornitura diretta che le autorità competenti possono imporre. Come segnala il considerando 19, il subappalto può contribuire a servizi di trasporti pubblici di passeggeri più efficienti. Conseguentemente, le autorità competenti non possono imporre un obbligo di fornitura diretta che rappresenti *più* di «una parte importante» dei servizi in questione – ad esempio, «la maggior parte di» o «la parte preponderante di» detti servizi. La Hörmann Reisen conclude pertanto che l'obbligo di fornitura diretta minima in questione nel procedimento principale (70%) sarebbe incompatibile con la seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, ove detta disposizione fosse applicabile nel presente procedimento.

42. Non condivido questa tesi. Dalla lettera dell'articolo 4, paragrafo 7, dalla finalità e dai lavori preparatori di detta disposizione discende che l'obbligo di fornitura diretta di cui alla seconda frase della norma stabilisce solo un minimo.

43. In primo luogo, l'obbligo stabilito dalla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, deve essere letto insieme al principio, stabilito nella prima frase, secondo cui i documenti di gara e i contratti di servizio pubblico devono essere trasparenti in merito alla considerazione («considered», nella versione inglese) *della possibilità e dell'estensione* del subappalto. Detta frase suggerisce che le autorità competenti godono di un ampio margine discrezionale quanto alla limitazione del subappalto.

44. Inoltre, la terza frase dell'articolo 4, paragrafo 7, stabilisce che le autorità aggiudicatrici «[possono] prevedere il subappalto integrale» per il funzionamento degli appalti «[comprendendo] allo stesso tempo progettazione, costruzione e gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri» (33). Dal momento che la terza frase è una deroga alla regola di cui alla seconda frase, la sua formulazione tende ad indicare che quest'ultima contiene solo un requisito minimo.

45. Inoltre, precludere alle autorità competenti di richiedere agli operatori selezionati del servizio pubblico di erogare direttamente la maggior parte o tutti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri sarebbe incoerente con l'obiettivo del legislatore dell'Unione di conferire flessibilità a dette autorità per ottimizzare le risorse pubbliche nell'organizzazione dei propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri (34). Sarebbe inoltre difficile da giustificare, alla luce del diritto (indiscusso) delle autorità competenti di escludere tutte le forme di subappalto [detto diritto discende chiaramente dalla locuzione «sono trasparenti quanto alla possibilità (...) del subappalto» di cui alla prima frase dell'articolo 4, paragrafo 7].

46. Da ultimo, mi sento corroborata in detta interpretazione dalla genesi legislativa del regolamento n. 1370/2007. La seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, proviene da un emendamento presentato dal Parlamento europeo durante la seconda lettura nell'iter legislativo (35). La Commissione del Parlamento europeo per i trasporti e il turismo lo ha giustificato nei seguenti termini: «Quando la predisposizione di veicoli e personale ricade unicamente su imprese subappaltatrici che possono a loro volta ricorrere ad altre imprese subappaltatrici, vi è il rischio di ripercussioni negative sugli standard sociali o di qualità vigenti. Questo fenomeno può essere contrastato solo stabilendo che, qualora l'impresa cui è affidata l'esecuzione di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri ricorra al subappalto, essa sia comunque tenuta a fornire direttamente la parte preponderante del servizio. (...)» (36). Mi sembra chiaro che un bando di gara che richieda all'operatore di servizio pubblico selezionato di fornire direttamente più di «una parte importante» dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri – o tutti i servizi – non può pregiudicare detto obiettivo.

47. In questo contesto concludo che un'amministrazione aggiudicatrice, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, non agisce violando l'obbligo di cui alla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 qualora indichi nel bando di gara che l'offerente selezionato non avrà diritto di affidare in subappalto più del 30% dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus (commisurato ai chilometri tabellari) a lui affidati mediante il

contratto di servizio pubblico.

Conclusioni

48. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco che la Corte debba statuire come segue in risposta alle questioni sollevate dalla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera meridionale):

- 1) L'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 deve essere interpretato nel senso che un contratto di servizio pubblico per servizi di trasporto di passeggeri con autobus, come quello controverso nel procedimento principale, che non assume la forma di un contratto di concessione di servizi, come definito nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e che deve essere aggiudicato secondo detta direttiva, è disciplinato dal regolamento n. 1370/2007, con l'eccezione delle norme che riguardano l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, dello stesso. Un siffatto contratto, pertanto, è soggetto alle norme specifiche sul subappalto enunciate all'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007.
- 2) Dalla seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 discende che un'autorità competente ha facoltà, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, di specificare nel bando di gara che l'offerente selezionato non avrà diritto di affidare in subappalto più del 30% dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus (commisurato ai chilometri tabellari) a lui affidati mediante il contratto di servizio pubblico.

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114). La versione della direttiva 2004/18 pertinente ai fatti del procedimento principale è quella da ultimo modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013 (GU L 335, pag. 17). La direttiva 2004/18 è stata abrogata e sostituita, con decorrenza dal 18 aprile 2016, dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 (GU L 94, pag. 65).

3 – V., per una panoramica della giurisprudenza e dei principi sottesi, le conclusioni da me presentate nella causa Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, paragrafi da 29 a 43.

4 – Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L 315, pag. 1). Il regolamento n. 1370/2007 ha sostituito il regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (GU L 156, pag. 1). Come affermato nel considerando 6 del regolamento n. 1370/2007, il regolamento n. 1191/69 non conteneva alcuna disposizione sull'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto.

5 – Al tempo rilevante per la causa, la direttiva 2004/18 era applicabile ai contratti di servizi pubblici come quello di cui trattasi nel procedimento principale, il cui valore stimato era pari almeno a EUR 207 000,

al netto di IVA [articolo 7, lettera b), primo trattino, della direttiva 2004/18].

6 – Considerando 2.

7 – Considerando 32.

8 – Allegato II A, categoria 2.

9 – Articolo 5, paragrafo 4.

10 – Articolo 8, paragrafo 2, secondo comma.

11 – GU 2015/S 47-81632.

12 – V., in proposito, sentenza del 18 settembre 2014 nella causa Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punti da 20 a 23.

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

14 – V., ad esempio, sentenza del 10 aprile 2008 nella causa Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punto 26.

15 – Ossia, 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» (Articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2004/17).

16 – Dall'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 4, della direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, 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), si evince che la prestazione al pubblico di servizi di trasporto con autobus è esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/17 laddove altri enti siano liberi di fornire detti servizi, in generale o in un'area geografica specifica, alle stesse condizioni degli enti aggiudicatori.

17 – V., da ultimo, sentenza del 7 aprile 2016 nella causa Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83, e giurisprudenza ivi citata.

18 – Sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 86.

19 – L'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici a esigere che «taluni compiti essenziali» siano svolti direttamente dall'operatore stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante del raggruppamento. A

differenza dell'articolo 25 della direttiva 2004/18, pertanto, esso autorizza esplicitamente l'imposizione di limitazioni al subappalto. V. le conclusioni da me presentate nella causa Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, paragrafo 39.

20 – Punto II.2.1. Il bando di gara prevedeva inoltre la possibilità (opzionale) di aggiudicare un contratto di servizio pubblico riguardante approssimativamente 834 500 chilometri.

21 – V. nota 5 supra.

22 – V. articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2004/18. L'articolo 1, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2004/17 contiene una definizione analoga.

23 – V., ex multis, sentenza del 10 novembre 2011 nella causa Norma-A e Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, punto 41.

24 – Punto III.1.2 del bando di gara.

25 – Articolo 8, paragrafo 1, ultima frase, del regolamento n. 1370/2007: v. paragrafo 14 delle presenti conclusioni.

26 – V., ex multis, sentenze del 17 novembre 1983 nella causa Merck, 292/82, EU:C:1983:335, punto 12, e 17 marzo 2016 nella causa Liffers, C-99/15, EU:C:2016:173, punto 14 e giurisprudenza ivi citata.

27 – Il corsivo è mio.

28 – Articolo 1, paragrafo 2.

29 – Articolo 1, paragrafo 1, primo comma.

30 – La seconda frase dell'articolo 4, paragrafo 7, tuttavia, limita detta flessibilità prescrivendo che l'operatore selezionato fornisca direttamente «una parte importante» del servizio di trasporto pubblico di passeggeri. V. paragrafi da 39 a 47 delle presenti conclusioni.

31 – Quest'ultima formulazione è utilizzata nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera e), del regolamento n. 1370/2007. Detta disposizione, tuttavia, riguarda la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri da parte di un «operatore interno» e, dunque, non sembra rilevare ai fini del procedimento principale.

32 – V., ad esempio, la versione tedesca («einen bedeutenden Teil»), la versione spagnola («una parte importante»), la versione francese («une partie importante»), la versione italiana («una parte importante»), la versione olandese («een aanzienlijk deel») e la versione svedese («en stor del»).

33 – Osservo che non c'è nulla nell'ordinanza di pronuncia pregiudiziale (o nel fascicolo a disposizione della Corte) che suggerisca che il contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri in questione

corrisponda di fatto a detta definizione.

34 – V. paragrafi 35 e 36 delle presenti conclusioni.

35 – Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 10 maggio 2007 relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti (CEE) del Consiglio n. 1191/69 e n. 1107/70, 13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD) (GU 2008, C76 E, pag. 92).

36 – Raccomandazione della Commissione per i trasporti e il turismo del 4 aprile 2007 relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti (CEE) del Consiglio n. 1191/69 e n. 1107/70, 13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD), emendamento 21. Sebbene l'articolo 4, paragrafo 7, utilizzi l'espressione «una parte importante», invece di «una parte preponderante», detta differenza non incide sull'approccio da me espresso nell'ultima frase del paragrafo 46.