



Sulla questione se l'aggiudicazione diretta di contratti di servizio di TP di passeggeri agli operatori interni sia disciplinata dall'art. 5 del reg n. 1370/2007, dalle direttive generali in materia di contrattazione pubbl. o dalle norme del Tr. FUE

L'articolo 5, paragrafo 2, 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:

- è applicabile all'aggiudicazione diretta effettuata dalle autorità competenti a livello locale a favore di un operatore interno sul quale esercitano un controllo analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture, qualora si tratti di contratti di servizio di trasporto pubblico di passeggeri che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi, ai sensi delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, del 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, o 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;
- non osta a che le autorità locali affidino a un consorzio di autorità locali, di cui fanno parte, il potere di fissare le tariffe comuni del servizio, purché tale attribuzione non impedisca a dette autorità di esercitare sull'operatore interno un controllo analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture, circostanza che deve essere chiarita dal giudice del rinvio;
- non esclude che l'operatore interno cui un'autorità locale competente abbia aggiudicato la prestazione del servizio la esegua attraverso una società da esso pienamente controllata, alla quale può imporre le proprie decisioni e della quale detiene il 100% delle partecipazioni sociali;
- consente che l'operatore interno, in quanto ente strumentale di tutto il gruppo di autorità locali, presti servizi pubblici di trasporto di passeggeri in ciascuno dei territori di tali autorità;
- consente, altresì, che l'operatore interno continui a prestare i propri servizi al di fuori della zona di competenza territoriale dell'autorità locale aggiudicatrice, purché lo faccia in forza di contratti soggetti al regime transitorio di cui all'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento n. 1370/2007.

I requisiti per l'aggiudicazione diretta all'operatore interno, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007, devono essere soddisfatti al momento stesso dell'aggiudicazione diretta".

Materia: trasporti / affidamento servizio

CONCLUSIONI DELL' AVVOCATO GENERALE

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

presentate il 13 settembre 2018 (1)

Cause riunite C-266/17 e C-267/17

Rhein-Sieg-Kreis

contro

Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,

BVR Busverkehr Rheinland GmbH (C-266/17),

con l'intervento di:

Regionalverkehr Köln GmbH

e

Rhenus Veniro GmbH & Co. KG

contro

Kreis Heinsberg (C-267/17),

con l'intervento di:

WestVerkehr GmbH

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht
Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania)]

«Questione pregiudiziale - Trasporti - Servizi pubblici di trasporto di
passeggeri su strada -Aggiudicazione diretta di contratti di servizio
pubblico: operatore interno - Condizioni di applicazione del regolamento
(CE) n. 1370/2007 - Controllo analogo - Successiva aggiudicazione diretta
da parte dell'operatore interno - Momento nel quale devono valutarsi le
condizioni per l'aggiudicazione diretta»

1. I due presenti rinvii pregiudiziali traggono origine da altrettanti
contratti di servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus,
aggiudicati (o in corso di aggiudicazione) in modo diretto da talune autorità

locali tedesche ai propri rispettivi «operatori interni». Il giudice del rinvio sottolinea che nessuno di tali contratti assume la forma giuridica di concessione di servizi di trasporto.

2. La proliferazione di tale meccanismo di aggiudicazione diretta, che prescinde dal gioco della libera concorrenza e favorisce le aziende di trasporto comunali, allarma le altre aziende del settore, di proprietà privata, che vedono ridotta la propria quota di mercato, mentre le aziende aventi capitale pubblico mantengono o aumentano la propria.

3. Il giudice del rinvio intende sapere, in primo luogo e in particolare, se l'aggiudicazione diretta di tali contratti agli operatori interni sia disciplinata dalla *lex specialis*, che nella presente fattispecie sarebbe l'articolo 5 del regolamento n. 1370/2007 (2), dalle direttive generali in materia di contrattazione pubblica o dalle norme del Trattato FUE. Oltre a questo dubbio principale, i suoi quesiti riguardano altri aspetti relativi al rapporto tra gli enti locali e i loro operatori interni.

I. Contesto normativo dell'Unione. Regolamento n. 1370/2007

4. L'articolo 2 così recita:

«Ai fini del presente regolamento si intende per:

(...)

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;

c) “autorità competente a livello locale”: qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale;

(...)

h) “aggiudicazione diretta”: l’aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara;

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; (...)

j) “operatore interno”: un soggetto giuridicamente distinto dall’autorità competente, sul quale quest’ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi;

(...)».

5. Ai sensi dell’articolo 4:

«(...)

7. (...) 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 (...)».

6. L’articolo 5 dispone quanto segue:

«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 [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 2004, L 134, pag. 1)] o 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 (GU 2004, L 134, pag. 114)] (in prosieguo, congiuntamente: le “direttive sugli appalti pubblici”), per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali

definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive [2004/17] o [2004/18], le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.

2. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni:

a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;

c) in deroga alla lettera b), un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta;

(...)

e) in caso di subappalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, l'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione.

3. L'autorità competente che si rivolge a un terzo diverso da un operatore interno aggiudica i contratti di servizio pubblico mediante una procedura di gara, ad esclusione dei casi contemplati nei paragrafi 4, 5 e 6. La procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione. Dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi.

(...)».

7. L'articolo 7 dispone quanto segue:

«(...)

2. Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni:

- a) nome e indirizzo dell'autorità competente;
- b) tipo di aggiudicazione previsto;
- c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione.

(...)».

8. L'articolo 8 è così formulato:

«(...)

2. Fatto salvo il paragrafo 3, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto.

Entro i sei mesi successivi alla prima metà del periodo transitorio gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione sullo stato dei lavori, ponendo l'accento sull'attuazione dell'aggiudicazione graduale di contratti di servizio pubblico conformemente all'articolo 5. Sulla scorta delle relazioni degli Stati membri, la Commissione può proporre loro misure appropriate.

3. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 2, non si tiene conto dei contratti di servizio pubblico aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale:

- a) prima del 26 luglio 2000, in base a un'equa procedura di gara;
- b) prima del 26 luglio 2000, in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara;
- c) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009, in base a un'equa procedura di gara;
- d) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009 in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara.

I contratti di cui alla lettera a) possono restare in vigore fino alla loro scadenza. I contratti di cui alle lettere b) e c) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni. I contratti di cui alla lettera d) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, purché abbiano durata limitata comparabile a quelle di cui all'articolo 4.

I contratti di servizio pubblico possono restare in vigore fino alla loro scadenza qualora la loro risoluzione comporti indebite conseguenze

giuridiche o economiche e a condizione che la Commissione abbia dato il suo assenso.

(...».

II. Fatti e questioni pregiudiziali

A. Causa C-266/17

9. Il Rhein-Sieg-Kreis (Circondario del Reno-Sieg) è un'autorità territoriale del Land della Renania Settentrionale-Vestfalia che, ai sensi del diritto nazionale, è considerata autorità competente nella sua zona geografica ai fini del regolamento.

10. Il Circondario del Reno-Sieg ha un operatore interno (la Regionalverkehr Köln GmbH, in prosieguo: la «RV Köln») che gode di personalità giuridica propria (3). Secondo quanto indicato nella decisione di rinvio, tale Kreis (Circondario) esercita sulla RV Köln un controllo «analog[o] a quell[o] che [esso] esercita sui propri servizi, sotto forma di un controllo congiunto insieme agli altri soci» (4).

11. Inoltre, unitamente ad altri enti territoriali, il Circondario del Reno-Sieg ha costituito un consorzio di gestione (Verkehrsverbund Rhein-Sieg) che si occupa, in particolare, di fissare le tariffe, ma non esercita l'attività di trasporto.

12. Il Circondario ha annunciato (5) che avrebbe effettuato, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento, l'aggiudicazione diretta del servizio pubblico di trasporto di passeggeri «nel territorio della sua circoscrizione, con linee in uscita verso territori vicini» (6).

13. La RV Köln presta il servizio pubblico di trasporto di passeggeri aggiudicato nel territorio del Circondario, a parte le linee in uscita o altri servizi secondari di tali attività che sono effettuati nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine (7).

14. L'avviso di aggiudicazione è stato impugnato dalla Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH e dalla BVR Busverkehr Rheinland GmbH dinanzi alla Vergabekammer Rheinland (commissione per gli appalti pubblici per la Renania, Germania), che ha vietato l'attribuzione diretta del contratto

all'operatore interno, giacché non erano soddisfatte le condizioni per l'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento: non sussisteva il controllo dell'ente territoriale sull'operatore e la prestazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri avveniva in territori diversi da quello dell'ente aggiudicatore.

15. La decisione della commissione per gli appalti pubblici per la Renania è stata impugnata dinanzi al giudice del rinvio. Quest'ultimo evidenzia la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti in Germania, in relazione ai contratti di trasporto di passeggeri su strada che non assumono la forma di concessione di servizi:

– secondo taluni giudici, solo la concessione giustifica l'applicazione del regolamento. In assenza di concessione, si applica il regime generale delle direttive sugli appalti pubblici;

– secondo altri, l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento stabilisce un regime speciale che prevale sulle norme generali. Il rinvio alle direttive sugli appalti pubblici operato dall'articolo 5, paragrafo 1, è privo di oggetto, in casi come quello di specie, cosicché le aggiudicazioni interne non sono soggette a tali direttive.

16. In tale contesto, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 sia applicabile a contratti che non costituiscono contratti che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, primo periodo, di detto regolamento, assumono la forma di concessione di servizi quali definiti nelle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE.

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2) Se il fatto che una singola autorità competente aggiudichi un contratto di servizio pubblico direttamente a un operatore interno, in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, osti a un controllo congiunto di tale autorità con gli altri soci dell'operatore interno, allorché la facoltà di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata [articolo 2, lettere b) e c), del regolamento (CE) n. 1370/2007] è ripartita tra la singola autorità competente e un gruppo di autorità che offre servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri,

cosicché, per esempio, il potere di aggiudicare contratti di servizio pubblico a un operatore interno rimane in capo alla singola autorità competente, mentre la competenza tariffaria viene affidata a un consorzio di società di trasporto pubblico, comprendente oltre alla singola autorità altre autorità competenti nelle rispettive zone geografiche.

3) Se il fatto che una singola autorità competente aggiudichi un contratto di servizio pubblico direttamente a un operatore interno, in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, osti a un controllo congiunto di tale autorità con gli altri soci dell'operatore interno, allorché in base allo statuto di quest'ultimo, in caso di decisioni in merito alla conclusione, alla modifica o alla cessazione di un contratto di servizio pubblico ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 ha diritto di voto unicamente il socio che aggiudichi, egli stesso, all'operatore interno un contratto di servizio pubblico ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, o il cui proprietario diretto o indiretto aggiudichi un tale contratto.

4) Se l'articolo 5, paragrafo 2, secondo periodo, lettera b), del regolamento (CE) n. 1370/2007 consenta che l'operatore interno eserciti anche per conto di altre autorità competenti a livello locale, nell'ambito della rispettiva zona di competenza (comprese le linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità locali competenti vicine) attività di trasporto pubblico di passeggeri, allorché queste ultime non vengono assegnate nell'ambito di procedure di gara organizzate.

5) Se l'articolo 5, paragrafo 2, secondo periodo, lettera b), del regolamento (CE) n. 1370/2007 consenta che l'operatore interno eserciti attività di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori del territorio di competenza dell'autorità appaltante per conto di altri enti incaricati del servizio sulla base di contratti di servizio pubblico che rientrano nell'ambito del regime transitorio di cui all'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007.

6) In quale momento debbano essere soddisfatti i requisiti posti dall'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007».

B. Causa C-267/17

17. Il Kreis Heinsberg (Circondario di Heinsberg) è un ente territoriale del Land della Renania Settentrionale-Vestfalia. Unitamente alla città di Aquisgrana, all'area metropolitana di Aquisgrana e al Circondario di

Düren, esso fa parte del consorzio comunale di diritto pubblico Aachener Verkehrsverbund, istituito per promuovere e incentivare il trasporto pubblico urbano di passeggeri per i loro membri (8).

18. Il 15 marzo 2016 il Circondario di Heinsberg ha annunciato (9) che avrebbe effettuato l'aggiudicazione diretta, senza bandire una gara, dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus e altri veicoli, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento.

19. L'operatore interno (10) al quale si intendeva aggiudicare tale servizio, a partire dal 1° gennaio 2018 e per una durata di 120 mesi, era la WestVerkehr GmbH, una società che svolgeva la sua attività principalmente attraverso la sua controllata partecipata al 100%, la Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH, e che intendeva continuare a svolgerla nel medesimo modo dopo l'aggiudicazione diretta.

20. La Rhenus Veniro GmbH ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi alla commissione per gli appalti pubblici per la Renania, che l'11 novembre 2016 ha respinto il ricorso presentato dalla stessa, cosicché tale società ha adito l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) sostenendo: a) che l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento non è applicabile, e b) in subordine, che il Circondario di Heinsberg, in quanto membro dell'Aachener Verkehrsverbund, non ha la competenza per procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, giacché tale competenza spetta a un'autorità singola o a un gruppo di autorità, ma non a un'autorità nella sua qualità di membro del gruppo.

21. In tale contesto, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land Düsseldorf) sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 sia applicabile a contratti di servizio pubblico oggetto di aggiudicazione diretta ai sensi dell'articolo 2, lettera i), del regolamento, i quali, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, secondo periodo, del regolamento, non assumano la forma di contratti concessione di servizi di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

2) Se l'articolo 2, lettera b), e l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, mediante la congiunzione "o" presuppongano la competenza esclusiva, alternativamente, di un'autorità singola o di un gruppo di autorità oppure se, in base a tali disposizioni, un'autorità singola possa essere anche membro in un gruppo di autorità e affidare al gruppo

singoli compiti, potendo peraltro conservare, allo stesso tempo, il potere di intervento ai sensi dell'articolo 2, lettera b) e continuando ad essere autorità competente a livello locale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento.

3) Se l'articolo 5, paragrafo 2, secondo periodo, lettera e), del regolamento (CE) n. 1370/2007, imponendo all'operatore interno di prestare in proprio la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione, escluda che quest'ultimo possa far prestare tale parte preponderante dei servizi a una società controllata al 100%.

4) A decorrere da qual momento debbano sussistere le condizioni per l'aggiudicazione diretta di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, se già da quello della pubblicazione dell'aggiudicazione diretta prevista, ai sensi dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1370/2007, oppure soltanto al momento dell'aggiudicazione diretta medesima».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

22. Le decisioni aventi ad oggetto il rinvio pregiudiziale sono pervenute presso la cancelleria della Corte il 17 maggio 2017 e i relativi procedimenti sono stati riuniti.

23. La Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, la Rhenus Veniro GmbH, i Circondari del Reno-Sieg e di Heinsberg, il governo austriaco e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte.

24. La Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, la Rhenus Veniro GmbH, la BVR Busverkehr Rheinland GmbH, i Circondari del Reno-Sieg e di Heinsberg, nonché la Commissione europea sono comparsi all'udienza del 31 maggio 2018.

IV. Analisi

A. Applicazione del regolamento (prima questione pregiudiziale nelle cause C-266/17 e C-267/17)

25. Bisogna muovere dal presupposto che, in tali due controversie, il rapporto giuridico tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore

responsabile della prestazione del servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada non corrisponde, secondo il giudice del rinvio, a una concessione di servizio pubblico, bensì a un contratto di servizio pubblico.

26. Se così fosse, entrerebbe in gioco l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento, e ne conseguirebbe che, di norma, l'aggiudicazione di tale contratto di servizio pubblico dovrebbe effettuarsi in conformità con le direttive 2004/17 e 2004/18 (11).

27. Il problema risiede nel fatto che tali due direttive, a differenza delle successive del 2014 (12), non contemplano l'aggiudicazione diretta di tali contratti a favore di operatori interni (denominati anche operatori in house). A fronte di tale situazione, si prospettano le seguenti alternative:

– ricorrere alla giurisprudenza (13) che, nel contesto normativo antecedente alle direttive sugli appalti del 2014, ha fissato i limiti della selezione diretta dell'aggiudicatario, laddove quest'ultimo sia un mero strumento interno al servizio dell'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla. La giurisprudenza Teckal, che si sviluppa proprio come eccezione all'applicazione delle direttive 2004/17 e 2004/18, fornisce alcune linee guida, di origine giurisprudenziale, per far sì che le autorità pubbliche affidino questo tipo di incarichi ai propri enti strumentali;

– applicare le norme specifiche che il regolamento prevede per detto tipo di aggiudicazioni a favore di operatori interni.

28. Come dimostrano i diversi orientamenti dei giudici tedeschi a cui fanno riferimento le decisioni di rinvio, la soluzione del problema non è evidente e la disparità di regimi giuridici che derivano dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi è significativa. La situazione sarebbe diversa se alle controversie da cui traggono origine i presenti rinvii pregiudiziali potessero applicarsi le direttive del 2014, dal momento che queste ultime, con alcune particolarità, hanno formalmente recepito nelle proprie disposizioni, in sostanza, i principi sanciti dalla giurisprudenza Teckal (14).

29. In tale ipotesi, si potrebbe facilmente ammettere che il rinvio alle direttive del 2004, operato dall'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento, dovrebbe intendersi come un rinvio alle direttive del 2014, una volta in vigore (15). Inoltre, poiché queste ultime contemplano già espressamente le norme per procedere all'aggiudicazione dei contratti pubblici agli operatori in house, si dovrebbe chiarire se tali norme prevalgano su quelle contenute nell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (16). Tuttavia, le

direttive del 2014 non possono essere applicate, *ratione temporis*, nelle presenti fattispecie (17).

30. La Corte ha affermato che «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 (sentenza [dell'11 luglio 2013,] Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, EU:C:2013:510, punto 52 e giurisprudenza ivi citata). Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data (v., in tal senso, sentenza [del 5 ottobre 2000] Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punti 41 e 42)» (18).

31. Dalle due decisioni di rinvio risulta che gli avvisi dell'aggiudicazione diretta sono stati effettuati prima del termine stabilito per il recepimento delle direttive del 2014 (19). Non si evince, inoltre, alcun elemento oggettivo dal quale si possa dedurre che la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice sia cambiata rispetto a quella manifestata in tali avvisi.

32. Di conseguenza, bisogna rivolgere l'attenzione all'alternativa che ho precedentemente esposto, senza possibilità di utilizzare le disposizioni delle direttive del 2014 sull'aggiudicazione diretta agli operatori interni.

33. Le procedure stabilite nelle direttive 2004/17 e 2004/18 non sono applicabili a questo tipo di aggiudicazioni in house. Come ho affermato in altre conclusioni, «[i]n base al regime in house, l'ente aggiudicatore non stipula un contratto, dalla prospettiva funzionale, con un'altra entità distinta bensì, in realtà, con sé stesso, dato il legame che mantiene con l'entità formalmente diversa. Non si può parlare di un'aggiudicazione di appalto in senso proprio, ma di un mero incarico o di una missione, che l'altra "parte" non può rifiutare, indipendentemente dalla formula in cui l'uno o l'altro si traducano (...) L'inesistenza di un vero e proprio rapporto di alterità giustifica la circostanza che un ente aggiudicatore non sia obbligato a rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici allorché utilizza mezzi propri per adempiere i propri compiti» (20).

34. Pertanto, l'aggiudicazione agli operatori interni dovrà essere disciplinata o dalla giurisprudenza Teckal, o dalle norme speciali di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (qualora si tratti di servizi di trasporto terrestre).

35. Pur riconoscendo la rilevanza degli argomenti contrari, ritengo che debba prevalere l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento. A mio avviso, sussistono diversi argomenti a sostegno di tale tesi.

36. Il primo deriva dall'interpretazione letterale dello stesso articolo 5, paragrafo 1, terzo periodo, letto a sensu contrario. Se sussiste una deroga ai paragrafi da 2 a 5 di tale articolo solo, eccezionalmente e limitatamente (21), qualora i contratti di servizio «de[bbano] essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE», essi saranno nuovamente e pienamente applicabili se tali direttive non contemplano le aggiudicazioni dirette a favore degli operatori interni, come avviene nel caso di specie. Ho già sottolineato che, secondo la Corte, tali due direttive escludono gli incarichi in house.

37. Tale interpretazione letterale è confermata dalla formulazione dell'articolo 5, paragrafo 1: i contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus «sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive [2004/17 e 2004/18]», qualora non assumano la forma di contratti di concessione di servizi. Se queste ultime direttive, come di fatto avviene, non prevedono alcuna procedura per le aggiudicazioni a operatori interni, che sono piuttosto meccanismi di autoprestazione da parte delle autorità pubbliche, il rinvio è privo di oggetto e infondato.

38. Non accadrebbe altrettanto se si trattasse di aggiudicazioni competitive (ossia non a favore degli operatori interni), per le quali il rinvio produce tutta la sua efficacia. Quando un'autorità pubblica intenda aggiudicare a terzi un contratto di questo tipo, che non assume la forma di concessione, dovrà farlo attraverso le procedure concorrenziali che (queste sì) sono previste dalle direttive 2004/17 e 2004/18.

39. Il secondo argomento si basa su una valutazione sistematica delle norme applicabili, connessa alla regola della specialità. Se durante l'anno 2007 (ossia dopo l'approvazione delle direttive del 2004), il legislatore dell'Unione ha cercato di istituire un regime singolare per le aggiudicazioni in house dei contratti di servizio di trasporto terrestre, ritengo che, in caso di dubbi, tale regime, come delineato dall'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento, debba intendersi prevalente rispetto a quello (generale) di cui alla giurisprudenza Teckal.

40. Il terzo e ultimo argomento tiene in considerazione la finalità che si intende perseguire attraverso l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento. Il legislatore dell'Unione, alla luce delle specificità del trasporto di passeggeri su strada, intendeva far sì che «ogni autorità locale p[otesse] decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli a un operatore interno senza ricorrere a procedure di

gara». Le condizioni per partecipare a quest'ultimo meccanismo sono abbastanza precise e riflettono l'equilibrio tra tale finalità e quella di «garantire eque condizioni di concorrenza» (22).

41. È più coerente con tale finalità privilegiare le norme speciali del regolamento, adattandole alla fisionomia del trasporto di passeggeri con autobus, piuttosto che attenersi ai criteri della giurisprudenza Teckal, validi per ogni altro settore di servizi. Tra tali norme rileva quella che consente (e, in una certa misura, fa sì) che le autorità locali costituiscano un gruppo per aggiudicare tali contratti a un operatore interno sul quale esercitino un controllo analogo a quello che esercitano sulle proprie strutture.

42. In sintesi, l'autorità locale che intenda aggiudicare direttamente a un operatore interno un contratto di servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus deve farlo rispettando le condizioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento.

B. Intervento dell'autorità locale nell'aggiudicazione del contratto e nel controllo sull'operatore interno (seconda questione pregiudiziale nelle cause C-266/17 e C-267/17 e terza questione pregiudiziale nella causa C-266/17)

43. Le autorità locali (Circondari) che, in tali due cause, hanno aggiudicato (o intendevano aggiudicare) i contratti ai loro operatori interni avevano formato, unitamente ad altre autorità simili, alcuni consorzi di gestione (Verkehrsverbund) aventi competenza territoriale maggiore. Tra le competenze attribuite a tali consorzi vi è la fissazione delle tariffe comuni dei servizi di trasporto di passeggeri per i relativi territori (23).

44. Il giudice del rinvio intende sapere se tale circostanza osti a che ciascuna delle due autorità locali (Circondari) che compongono i consorzi aggiudichi i propri rispettivi contratti.

45. Come ho già esposto, l'articolo 5, paragrafo 2, primo comma, del regolamento consente alle autorità locali, singolarmente o in gruppo, di aggiudicare direttamente i contratti agli operatori interni, a condizione che «esercit[ino] un controllo analogo a quello che esercita[no] sulle proprie strutture».

46. In teoria, non comprendo perché l'attribuzione al consorzio di gestione del potere di approvare le tariffe dovrebbe compromettere il «controllo analogo» delle singole autorità sui propri operatori interni.

Concordo, dunque, con il giudice del rinvio su tale aspetto. La fissazione di una tariffa comune, decisa dal consorzio, permette agli utenti di beneficiare di un servizio di trasporto integrato, attraverso l'acquisto di un unico biglietto, indipendentemente da quale sia l'operatore interno che lo esegue e a quale autorità locale sia collegato.

47. Ciò che rileva, per quanto interessa in questa sede, è se sussista o meno il «controllo analogo» da parte di ogni autorità locale (o, se del caso, un controllo congiunto del gruppo) sull'operatore interno. A seconda di come sia configurata, l'attribuzione di poteri al consorzio di gestione potrebbe privare l'autorità locale di competenze, fino al punto che quest'ultima non eserciti più sull'operatore interno un controllo equiparabile a quello che esercita sulle proprie strutture.

48. Circoscritta la questione pregiudiziale all'attribuzione di poteri tariffari a favore del consorzio, non ritengo che tale dato implichi, necessariamente, la perdita del controllo sull'operatore interno. Inoltre, ogni Circondario, in quanto autorità locale facente parte del consorzio di gestione, partecipa all'assunzione delle decisioni tariffarie di quest'ultimo, il che dimostra che esso mantiene il controllo — seppur condiviso — anche su tale aspetto della struttura.

49. Naturalmente, la valutazione decisiva in ordine al fatto se, nelle circostanze specifiche di entrambe le controversie, i Circondari, singolarmente o in gruppo, esercitino il controllo sull'operatore interno, spetta al giudice nazionale, l'unico che dispone degli elementi utili per eseguire tale valutazione (24). Invero, le decisioni di rinvio non offrono dettagli sufficienti per ottenere un'immagine fedele e completa delle relazioni tra le autorità locali e l'operatore interno.

50. In tale medesimo contesto, la terza questione pregiudiziale della causa C-266/17 fa riferimento a una modifica dello statuto sociale della RV Köln, approvata il 21 agosto 2015 dall'assemblea generale dei soci, che limiterebbe il diritto di voto di questi ultimi a coloro che avessero aggiudicato un contratto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento. Il giudice del rinvio intende sapere se tale modifica statutaria possa avere ripercussioni sul controllo esercitato dall'autorità locale aggiudicatrice.

51. La formulazione della decisione di rinvio, su tale aspetto, non è del tutto chiara. Ad ogni modo, al punto 21 della stessa si afferma che «al momento non si può prevedere se rimarrà valido lo statuto societario dell'interveniente nella forma finora vigente o la nuova versione del 21 agosto 2015», e, precedentemente (punto 6), viene chiarito che la decisione

di modifica del 21 agosto 2015 è stata impugnata ed «è sospesa in forza della sentenza definitiva».

52. Alla luce di ciò (25), la questione potrebbe forse essere qualificata come ipotetica, poiché verterebbe su un elemento di fatto (la modifica statutaria) che lo stesso giudice del rinvio non considera rilevante per la sua decisione, giacché non è più in vigore.

53. In ogni caso, la nuova formulazione dello statuto sociale della RV Köln, nella presente causa, condurrebbe unicamente a confermare che il Circondario, proprio per il fatto di essere il soggetto che ha aggiudicato il contratto a detto operatore, gode del diritto di voto nell'assemblea generale dei soci della stessa, ossia può esercitare il controllo che gli spetta sulla società strumentale. Come correttamente evidenziato dal giudice del rinvio, la modifica dell'articolo 17, paragrafo 1, terzo periodo, dello statuto sociale «rafforza l'influenza del socio che assegna il contratto di servizio pubblico e nel cui territorio di competenza rientra l'esecuzione dei servizi di trasporto di passeggeri».

C. Sul territorio nel quale l'operatore interno può fornire servizi di trasporto (quarta e quinta questione pregiudiziale della causa C-266/17)

54. Con la sua quarta questione nella causa C-266/17, il giudice del rinvio intende sapere se un operatore interno al quale è stato attribuito il contratto mediante aggiudicazione diretta possa prestare servizi di trasporto terrestre di passeggeri non solo sul territorio dell'autorità locale aggiudicatrice, ma anche su quello di un gruppo di altre autorità locali.

55. Ancora una volta, la decisione di rinvio non è molto chiara su tale aspetto. Dalla sua formulazione potrebbe desumersi nuovamente che si tratti di una questione ipotetica, giacché:

– nell'avviso di aggiudicazione, l'ente locale ha indicato che il servizio sarebbe stato prestato «nel territorio della sua circoscrizione, con linee in uscita verso territori vicini» (punto 10 della decisione);

– lo stesso giudice del rinvio conferma tale circostanza affermando che «i suddetti servizi di trasporto di passeggeri – a parte le linee in uscita o altri servizi secondari di tali attività che sono effettuati nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine – [sono prestati] nel territorio di competenza dell'autorità che gli ha conferito l'incarico» (punto 22 della decisione).

56. Orbene, non si può escludere che il significato della questione sia quello di chiarire se, indipendentemente dal fatto che l'aggiudicazione alla RV Köln abbia rispettato tale regola, a tale società sia vietato prestare i propri servizi ad altre autorità locali, ossia esercitare la propria attività nei territori di queste ultime.

57. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del regolamento, l'operatore interno può esercitare la sua attività di trasporto pubblico di passeggeri unicamente all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale. Orbene, quest'ultima può essere sia un'autorità singola sia un gruppo di autorità locali (26). Nulla osta, dunque, a che un'autorità locale o un gruppo di autorità locali affidino il servizio a un operatore unico, comune a tutte, sul quale detengono un controllo analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture. In tal caso, l'operatore interno può esercitare le sue attività in ciascuno dei territori delle autorità (o del gruppo di autorità) che gli abbiano affidato il servizio in questione.

58. Inoltre, tale possibilità non è una novità presente solo nel regolamento. La Corte, nello sviluppare la giurisprudenza Teckal, ha ammesso che alcune autorità pubbliche adempiano le loro funzioni di servizio pubblico in collaborazione con altre, avvalendosi a tal fine di un ente esecutivo comune, sul quale esercitino un controllo congiunto analogo (non identico) a quello che esse esercitano sui propri servizi (27).

59. Nella sentenza Coditel Brabant (28) è stato considerato il caso di un'autorità locale che «intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale», per svolgere le proprie funzioni. La Corte ha ammesso il controllo congiunto da parte delle autorità locali, che non aveva ragione di essere individuale (29).

60. In sintesi, se l'operatore interno è un ente strumentale comune a diverse autorità locali, che esercitano su di esso un controllo (congiunto) analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture, si deve ritenere che il territorio di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del regolamento sia quello di ciascuna di tali autorità.

61. Nella quinta questione pregiudiziale il giudice del rinvio sembra riferirsi non tanto al territorio del gruppo di autorità locali, ma a quello di altre «autorità aggiudicatrici» che, ipoteticamente, avrebbero stipulato con la RV Köln contratti di servizio di trasporto antecedenti al 3 dicembre 2003,

ossia soggetti a un regime transitorio ai sensi dell'articolo 8 del regolamento.

62. Tale articolo ha previsto una serie di misure che comportavano l'introduzione progressiva delle norme relative all'aggiudicazione contenute nello stesso regolamento. Senza che sia necessario approfondire il contenuto di tale articolo in questa sede, è sufficiente affermare che i contratti di servizio pubblico aggiudicati conformemente al diritto comunitario o nazionale, secondo le modalità da esso specificate e nei periodi indicati dall'articolo 8, paragrafo 3, potevano restare in vigore fino alla loro scadenza, con determinati limiti.

63. Poiché la decisione di rinvio non fornisce maggiori dettagli, ritengo che i contratti preesistenti cui essa si riferisce siano in vigore in forza delle norme transitorie di cui all'articolo 8 menzionato dalla questione pregiudiziale. Conseguentemente, dal momento che esiste una legittimazione esplicita del regolamento, che prevede la sopravvivenza di tali contratti, si deve ritenere che la restrizione territoriale di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del suddetto regolamento non li contempli.

D. Momento nel quale devono essere soddisfatti i requisiti posti dall'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (sesta questione pregiudiziale della causa C-266/17 e quarta questione pregiudiziale della causa C-267/17)

64. Il giudice del rinvio intende sapere se i requisiti di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento debbano essere soddisfatti: a) nel momento dell'aggiudicazione diretta, o b) nel momento in cui l'autorità competente deve pubblicare nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, del medesimo regolamento, le informazioni relative all'aggiudicazione diretta che intende effettuare.

65. L'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento, nello specificare i dati che l'autorità competente deve inserire nel suo avviso (almeno un anno prima dell'aggiudicazione diretta), non richiede che si specifichi l'identità del futuro aggiudicatario. Nulla impedisce che, nell'intervallo di tempo che intercorre tra l'avviso e l'aggiudicazione, l'autorità locale possa strutturare i propri enti strumentali in un modo o in un altro: ciò che importa è che l'operatore interno da ultimo scelto soddisfi i requisiti previsti per legge (in particolare, che sia soggetto al controllo dell'autorità che gli affida il servizio).

66. Il combinato disposto dell'articolo 5, paragrafo 2, e dell'articolo 7, paragrafo 2, entrambi del regolamento, mi induce, pertanto, ad affermare che il momento in cui devono essere soddisfatti i requisiti indicati dalla prima di tali due disposizioni è, precisamente, quello in cui si procede all'aggiudicazione diretta. Solo allora si conoscerà l'identità del soggetto selezionato, che è il dato essenziale per chiarire se, in ragione delle sue caratteristiche, l'autorità competente eserciti su di esso un controllo analogo a quello che essa esercita sulle proprie strutture, e se tale operatore si trovi o meno in taluna delle circostanze di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettere b) e c), del regolamento.

E. Fornitura del servizio da parte dell'operatore interno attraverso una società controllata (terza questione nella causa C-267/17)

67. L'operatore interno WestVerkehr GmbH esercita materialmente il servizio pubblico di trasporto attraverso una società controllata, di cui detiene l'intero capitale. Alla luce di ciò e della formulazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera e), del regolamento [«in caso di subappalto (...) l'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi»] il giudice del rinvio si chiede se tale precetto ammetta che la prestazione venga affidata alla società controllata.

68. Il regolamento prevede il subappalto come meccanismo di apertura a società diverse dall'aggiudicatario, ad esso collegate da un vincolo contrattuale. Le imprese subappaltatrici possono, tuttavia, prestare solo una percentuale limitata del servizio, poiché:

– se l'aggiudicatario è una società indipendente, ossia, non è un operatore interno, esso «è tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio di trasporto pubblico» (articolo 4, paragrafo 7) (30);

– invece, se l'aggiudicatario è un operatore interno, «è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi» [articolo 5, paragrafo 2, lettera e)].

69. Orbene, non credo che in un caso come quelli di specie si possa parlare propriamente di subappalto. Condivido la tesi esposta dal Circondario di Heinsberg nelle sue osservazioni scritte, che evidenzia che il rapporto tra una società controllata il cui intero capitale sociale appartiene all'operatore interno che la controlla e quest'ultimo non è quello tipico di un subappalto. Affinché sussista un subappalto occorre che due imprese autonome (31), «in condizioni di uguaglianza e non già di dipendenza o di

subordinazione gerarchica» (32), concordino tra loro i termini del loro rapporto contrattuale.

70. Il subappalto cui si riferiscono i summenzionati articoli del regolamento avrà luogo qualora l'operatore interno decida di ricorrere a un terzo, estraneo alla sua struttura societaria, per la prestazione del servizio (33). Se invece esso si avvale, a tale medesimo scopo, di una società controllata partecipata al 100%, che controlla completamente, al punto da imporle le proprie decisioni imprenditoriali, in realtà, da un punto di vista funzionale, è proprio la stessa unità economica e operativa a fornire detto servizio. Non sussiste, pertanto, un vero e proprio terzo cui subappaltare il servizio.

71. In tali circostanze, il legame in house che collega il Circondario di Heinsberg con il relativo operatore interno (la WestVerkehr GmbH) si estende alla società detenuta al 100% da quest'ultimo, su cui l'autorità locale esercita parimenti un controllo (di secondo grado) equivalente a quello che essa esercita sui suoi (restanti) servizi.

72. Conseguentemente, l'articolo 5, paragrafo 2, secondo periodo, lettera e), del regolamento non esclude che un operatore interno affidi a una società controllata, della quale detenga il 100% delle partecipazioni e che controlla pienamente, la prestazione della maggior parte dei servizi aggiudicati.

V. Conclusione

73. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) come segue:

«1) L'articolo 5, paragrafo 2, 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:

– è applicabile all'aggiudicazione diretta effettuata dalle autorità competenti a livello locale a favore di un operatore interno sul quale esercitano un controllo analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture, qualora si tratti di contratti di servizio di trasporto pubblico di passeggeri che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi,

ai sensi delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, del 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, o 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;

– non osta a che le autorità locali affidino a un consorzio di autorità locali, di cui fanno parte, il potere di fissare le tariffe comuni del servizio, purché tale attribuzione non impedisca a dette autorità di esercitare sull'operatore interno un controllo analogo a quello che esse esercitano sulle proprie strutture, circostanza che deve essere chiarita dal giudice del rinvio;

– non esclude che l'operatore interno cui un'autorità locale competente abbia aggiudicato la prestazione del servizio la esegua attraverso una società da esso pienamente controllata, alla quale può imporre le proprie decisioni e della quale detiene il 100% delle partecipazioni sociali;

– consente che l'operatore interno, in quanto ente strumentale di tutto il gruppo di autorità locali, presti servizi pubblici di trasporto di passeggeri in ciascuno dei territori di tali autorità;

– consente, altresì, che l'operatore interno continui a prestare i propri servizi al di fuori della zona di competenza territoriale dell'autorità locale aggiudicatrice, purché lo faccia in forza di contratti soggetti al regime transitorio di cui all'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento n. 1370/2007.

2) I requisiti per l'aggiudicazione diretta all'operatore interno, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007, devono essere soddisfatti al momento stesso dell'aggiudicazione diretta».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Regolamento (CE) 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 2007, L 315, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento»).

3 Si tratta di una società a responsabilità limitata, il cui capitale è detenuto da diverse autorità pubbliche oltre al Circondario del Reno-Sieg

(che lo detiene indirettamente attraverso una società controllata partecipata al 100%).

4 Punto 20 della decisione di rinvio.

5 Comunicazione pubblicata nel supplemento della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 30 settembre 2015.

6 Punto 10 della decisione di rinvio.

7 Ibidem, punto 22.

8 L'articolo 10 dello statuto del consorzio, intitolato «Costituzione di un gruppo di autorità», stabilisce che «i membri del consorzio costituiscono un gruppo di autorità ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, primo periodo, del [regolamento]. I suoi membri sono autorizzati a procedere ad aggiudicazioni dirette di contratti di servizio pubblico a operatori interni. Gli operatori interni possono fornire servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada sui territori di tutti i membri dell'associazione, fatta eccezione per le linee in uscita. A tal fine, nel singolo caso, è necessaria l'approvazione del membro del consorzio non partecipante a un operatore interno per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada previsti per il suo territorio. Ai fini del presente statuto le aggiudicazioni dirette si intendono decise da tutti i membri del consorzio». Esso aggiunge che «l'esecuzione di procedure di aggiudicazione con la funzione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del [regolamento] di regola avviene da parte del membro che controlla l'operatore interno ai sensi del regolamento stesso».

9 Avviso pubblicato nel supplemento della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 15 marzo 2016.

10 In udienza, alcune delle parti hanno espresso riserve in ordine al fatto che l'impresa aggiudicataria potesse essere qualificata come operatore interno. Il giudice del rinvio ritiene, tuttavia, che tale qualificazione sia pacifica.

11 Ai sensi di tale disposizione, «i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali

contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette 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». Il corsivo è mio.

12 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65), e direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243) (in prosieguo: le «direttive del 2014»).

13 Sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562; in prosieguo: la «giurisprudenza Teckal»).

14 Infatti, l'articolo 12 della direttiva 2014/24 disciplina gli «appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico». L'articolo 28 della direttiva 2014/25 disciplina le «relazioni tra amministrazioni aggiudicatrici».

15 La comunicazione della Commissione concernente le linee guida di interpretazione del regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia (GU 2014, C 92, pag. 1), indica che, «[p]oiché le direttive citate nel regolamento (CE) n. 1370/2007 (direttiva 2004/17/CE e direttiva 2004/18/CE) sono state abrogate e sostituite dalle direttive [2014/24 e 2014/25] sopracitate, i riferimenti di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 vanno intesi come riferimenti alle nuove direttive» (punto 2.1.1).

16 In udienza si è discusso se possano essere applicate, simultaneamente o in parallelo, le une o le altre norme. Ritengo, tuttavia, che questa non sia la sede per soffermarsi su tale dibattito, a differenza di quanto accadrà quando si esamineranno aggiudicazioni in house posteriori al 18 aprile 2016.

17 Secondo la Commissione, l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento non si applica in tal caso, poiché riguarda esclusivamente le concessioni. La sua tesi tende, in realtà, ad applicare anticipatamente le norme in house delle direttive del 2014 a fatti cui sono applicabili le direttive del 2004. Paradossalmente, quando la Commissione esamina, nel dettaglio, le questioni pregiudiziali seconda e seguenti della causa C-267/17, fa

riferimento al contenuto di tale disposizione per supportare i propri argomenti.

18 Sentenza del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067), punto 31. V., altresì, la sentenza del 27 ottobre 2016, *Hörmann Reisen* (C-292/15, EU:C:2016:817), punto 32, con citazione della sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214), punto 83.

19 Esse dovevano essere recepite entro e non oltre il 18 aprile 2016 e gli avvisi di aggiudicazione dei procedimenti principali sono stati effettuati il 30 settembre 2015 e il 16 marzo 2016.

20 Conclusioni nella causa *LitSpecMet* (C-567/15, EU:C:2017:319), paragrafi 70 e 71.

21 V. la sentenza del 27 ottobre 2016, *Hörmann Reisen* (C-292/15, EU:C:2016:817), punto 39.

22 Considerando 18 del regolamento.

23 Nelle decisioni di rinvio non è descritta specificamente la portata di tali competenze. Il giudice del rinvio allude solo alla fissazione delle tariffe.

24 Gli elementi che devono essere presi in considerazione «al fine di determinare se [sussista] tale controllo» sono precisati nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), del regolamento.

25 Nelle sue osservazioni scritte nella causa C-266/17 il distretto di Rhein-Sieg afferma che, «contrariamente a quanto afferma il giudice del rinvio, la nuova versione dello statuto del 21 agosto 2015 (...) è pienamente applicabile» (punto 29).

26 Così afferma espressamente il paragrafo 2, primo comma del medesimo articolo.

27 Sentenza del 29 aprile 2007, *Asemfo* (C-295/05, EU:C:2007:227), punto 62: «dalla giurisprudenza risulta che, nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione in parola [che la parte essenziale

dell'attività sia realizzata con l'ente o gli enti pubblici che detengono detta società] può essere soddisfatta qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati (sentenza [dell'11 maggio 2006] Carbotermo e Consorzio Alisei [C-340/04, EU:C:2006:308], punto 70)».

28 Sentenza del 13 novembre 2008 (C-324/07, EU:C:2008:621).

29 Ibidem, punto 54 e dispositivo: «qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza».

30 La sentenza del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), ha previsto l'applicazione di tale articolo a una procedura di gara soggetta alla direttiva 2004/18 e ha ritenuto che la fissazione del 70% come prestazione che doveva essere eseguita dall'operatore non fosse contraria all'articolo 7, paragrafo 4, del regolamento.

31 Il considerando 19 del regolamento, nel rinviare al subappalto, fa riferimento alla partecipazione di imprese «diverse dall'operatore di servizio pubblico». Il corsivo è mio.

32 Rinvio alle mie conclusioni nella causa LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319), paragrafi 71 e seguenti.

33 Nelle mie conclusioni della causa LitSpec Met (C-567/15, EU:C:2017:319), paragrafo 79, ho sostenuto tale medesima tesi: «l'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare gli enti strumentali, entro i limiti descritti in precedenza, per l'affidamento di taluni compiti che, in linea di principio, dovrebbero essere oggetto di un appalto pubblico, ma che vi si sottraggono. (...) Tuttavia, quando gli enti strumentali, a loro volta, sono privi dei mezzi sufficienti per soddisfare – di per sé – i compiti loro affidati dall'amministrazione aggiudicatrice e si vedono costretti a ricorrere a terzi per ottenere detti mezzi, le ragioni che giustificano la deroga in house svaniscono e ciò che emerge è, in realtà, una forma dissimulata di subappalto pubblico, con cui l'amministrazione aggiudicatrice acquista beni e servizi da terzi, attraverso un intermediario (l'ente strumentale), sottraendosi alle direttive che dovrebbero disciplinarne l'aggiudicazione».

