SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

10 settembre 2009 *

Nel procedimento C-206/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Thüringer Oberlandesgericht (Germania) con decisione 8 maggio 2008, pervenuta in cancelleria il 19 maggio 2008, nella causa

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

contro

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

con l'intervento di:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Lingua processuale: il tedesco.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas, presidente di sezione, dai sigg. J. N. Cunha Rodrigues (relatore), J. Klučka, dalla sig.ra P. Lindh e dal sig. A. Arabadjiev, giudici,

avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer
cancelliere: sig.ra C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 23 aprile 2009,

considerate le osservazioni presentate:

— per il Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), dagli avv.ti S. Wellmann e P. Hermisson, Rechtsanwälte;

— per l'Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, dall'avv. U.-D. Pape, Rechtsanwalt;

— per la Stadtwirtschaft Gotha GmbH, dall'avv. E. Glahs, Rechtsanwältin;

— per la Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), dagli avv.-ti S. Gesterkamp e S. Sieme, Rechtsanwälte;

— per il governo tedesco, dai sigg. M. Lumma e J. Möller, in qualità di agenti;

— per il governo ceco, dal sig. M. Smolek, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. P. Oliver, D. Kukovec e C. Zadra, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della nozione di «concessione di servizi» ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone il Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (associazione per la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue della città di Gotha e dei comuni appartenenti al suo distretto amministrativo; in prosieguo: il «WAZV Gotha») all'Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (impresa per il trattamento e lo smaltimento delle acque; in prosieguo: l'«Eurawasser») in merito all'assegnazione del servizio pubblico di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue.

Contesto normativo

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

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

(…)

d) gli “appalti di servizi” sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato XVII.

(…)».

4 Ai sensi dell’art. 1, n. 3, lett. b), di tale direttiva:

«La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

5 L’art. 2 della direttiva in argomento è così formulato:

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

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

(…)

2. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

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

(…)».

6 L'art. 4 della direttiva 2004/17 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o

b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

2. La presente direttiva si applica anche agli appalti o ai concorsi attribuiti od organizzati dagli enti che esercitano un'attività di cui al paragrafo 1, e che:

(…)

b) riguardano lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue

(…)».

7 L'art. 18 della medesima direttiva così dispone:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività».

8 A norma dell'art. 31 della suddetta direttiva:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi di cui all'allegato XVII A sono aggiudicati secondo le disposizioni degli articoli da 34 a 59».

9 L'art. 32 della direttiva stabilisce quanto segue:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi di cui all'allegato XVII B è disciplinata esclusivamente dagli articoli 34 e 43».

10 A norma dell'art. 71 della direttiva 2004/17, gli Stati membri devono adottare le disposizioni necessarie per conformarvisi al più tardi entro il 31 gennaio 2006.

Causa principale e questioni pregiudiziali

11 Risulta dagli atti che il WAZV Gotha è un'associazione costituita da comuni alla quale spetta, ai sensi di talune disposizioni del diritto tedesco, assicurare la distribuzione dell'acqua potabile e lo smaltimento delle acque reflue alla popolazione residente nel suo ambito territoriale.

12 Nell'ambito di un contratto di gestione stipulato nel 1994, il WAZW Gotha aveva affidato alla Stadtwirtschaft Gotha GmbH (azienda municipale della città di Gotha; in prosieguo: la «Stadtwirtschaft») tutte le prestazioni tecniche, commerciali ed amministrative nel settore della distribuzione idrica. Poiché detto contratto veniva a scadere nel corso del 2008, il WAZV Gotha prevedeva di ammettere come proprio membro la Stadtwirtschaft, così da poter continuare ad affidargli la gestione di affari. Tuttavia, le autorità di sorveglianza negavano l'autorizzazione all'ammissione della Stadtwirtschaft nel WAZV Gotha, richiamando le disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti.

13 Per poter continuare ad affidare la gestione a terzi, il WAZV Gotha decideva di rilasciare una concessione relativa al servizio di distribuzione dell'acqua potabile e allo smaltimento delle acque reflue. A tal fine, nel settembre 2007 avviava una procedura di gara informale, anziché una procedura formale di aggiudicazione di appalto prevista agli artt. 97 e seguenti della legge contro le restrizioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; in prosieguo: il «GWB»). Il WAZV Gotha faceva comunque pubblicare un bando sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 19 settembre 2007, con il codice di riferimento 2007/S 180-220 518.

14 Il bando di gara annunciava il rilascio di una concessione di servizi per la distribuzione dell'acqua e il trattamento delle acque reflue nell'ambito territoriale del WAZV Gotha per una durata di 20 anni ed invitava le imprese interessate a presentare la loro candidatura.

15 Il bando di gara ed i relativi progetti di contratto prevedevano che il concessionario avrebbe fornito i servizi menzionati agli utenti residenti nell'ambito territoriale del WAZV Gotha sulla base di contratti di diritto privato stipulati in nome e per conto propri e avrebbe percepito in contropartita un corrispettivo da tali utenti.

16 Era previsto che il concessionario avrebbe dovuto calcolare esso stesso, ex aequo et bono, l'importo dei corrispettivi dovuti per i servizi forniti e fissarne l'importo sotto la sua unica responsabilità. Questo compito era però delimitato in quanto, fino al 31 dicembre 2009, il concessionario avrebbe dovuto praticare le tariffe in vigore al momento della pubblicazione del bando di gara e, successivamente, le tariffe avrebbero dovuto essere conformi alle disposizioni della legge sulle imposte comunali del Land della Turingia (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Il bando di gara ed i progetti di contratto prevedevano inoltre che gli impianti di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue sarebbero rimasti di proprietà del WAZV Gotha e sarebbero stati presi in locazione dal concessionario, il

quale aveva il diritto di conteggiare il relativo canone nel corrispettivo richiesto agli utenti per i servizi forniti. La manutenzione di tali impianti sarebbe spettata al concessionario.

18 Il WAZV Gotha si impegnava a dichiarare obbligatorio, attraverso un regolamento, l'allacciamento alle reti pubbliche di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue ed il loro utilizzo. Il concessionario, tuttavia, non avrebbe potuto esigere il rispetto di tale obbligo nei singoli casi individuali.

19 Da ultimo, il WAZV Gotha si impegnava a versare al concessionario le sovvenzioni pubbliche che avrebbe ricevuto, nei limiti di legge.

20 Il termine ultimo per la ricezione delle domande di partecipazione previsto nel bando di gara era l'8 ottobre 2007. Con lettera 4 ottobre 2007 l'Eurawasser aveva denunciato l'intenzione del WAZV Gotha di assegnare i suddetti servizi non già avvalendosi di una gara formale finalizzata all'aggiudicazione di un appalto di servizi, bensì attraverso una concessione di servizi.

21 L'Eurawasser presentava la propria domanda di partecipazione l'8 ottobre 2007. Anche la Stadtwirtschaft e la Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (impresa di gestione collegata all'associazione intercomunale per l'acqua della regione della Lusazia; in prosieguo: la «WAL») partecipavano alla procedura di licitazione e venivano invitate dal WAZV Gotha a presentare la propria offerta. Alla scadenza del termine fissato dal bando di gara risultavano depositate complessivamente otto domande di partecipazione.

22 Il WAZV Gotha respingeva il reclamo dell'Eurawasser con lettera in data 9 ottobre 2007. Dopo aver presentato senza successo altri reclami datati 19 ottobre e 23 novembre 2007, l'Eurawasser presentava un ricorso dinanzi alla Vergabekammer (commissione per gli appalti pubblici) competente, con la motivazione che il WAZV Gotha non aveva scelto la procedura di aggiudicazione appropriata.

23 Con decisione del 24 gennaio 2008, la Vergabekammer constatava che l'operazione in questione costituiva in realtà un appalto di servizi, che il WAZV Gotha avrebbe dovuto avviare una procedura formale di aggiudicazione dell'appalto e che la procedura avrebbe dovuto essere ripristinata alla sua fase anteriore alla pubblicazione del bando di gara.

24 Il WAZV Gotha appellava tale decisione dinanzi al Thüringer Oberlandesgericht.

25 In tale procedimento, venivano autorizzati gli interventi della Stadtwirtschaft e della WAL.

26 In tale contesto, il Thüringer Oberlandesgericht decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un contratto di fornitura di servizi (nella fattispecie, servizi di distribuzione di acqua e di trattamento di acque reflue) debba essere considerato una "concessione di servizi" ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva [2004/17] — e non, invece, un "appalto di servizi", contratto a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. a) e d), della medesima — per il solo fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi.

2) In caso di risposta negativa alla questione pregiudiziale sub 1), se i contratti cui quella si riferisce costituiscano una "concessione di servizi" quando il rischio di gestione legato al servizio in oggetto — per quanto ab origine, cioè anche nel caso di fornitura del servizio operata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio (l'allacciamento e l'uso sono obbligatori, i prezzi richiesti devono osservare il principio di copertura dei costi) — viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

3) In caso di risposta negativa anche alla questione pregiudiziale sub 2), se l'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva [2004/17] debba essere interpretato nel senso che il rischio di impresa legato alla fornitura della prestazione, in special modo il rischio commerciale, debba essere quasi equivalente, dal punto di vista qualitativo, al normale rischio presente in un mercato libero aperto a più fornitori concorrenti».

Sulla ricevibilità

27 Il WAZV Gotha sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile, poiché la risposta alla prima questione emerge con chiarezza dalla definizione della concessione di servizi contenuta all'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, nonché dalla giurisprudenza della Corte. L'interpretazione richiesta non risponde quindi ad alcuna necessità. La WAL espone argomenti sostanzialmente analoghi.

28 La Stadtwirtschaft afferma che le questioni pregiudizali non sono rilevanti ai fini della decisione che dovrà adottare il giudice del rinvio, dato che la controversia oggetto della causa principale può essere risolta senza affrontarle. Il WAZV Gotha, infatti, avrebbe espletato una procedura di aggiudicazione che risulterebbe regolare anche qualora i contratti oggetto della causa principale fossero qualificabili come appalti di servizi, ricadenti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17.

29 La Commissione delle Comunità europee ritiene invece che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia ricevibile. Come risulterebbe dalla decisione di rinvio, ad avviso del giudice nazionale le questioni pregiudiziali relative alla distinzione tra le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi sarebbero indispensabili al fine di statuire sulla ricevibilità dell'appello di cui è stato investito.

30 Dopo la presentazione della domanda di pronuncia pregiudiziale, il 4 settembre 2008 il WAZV Gotha ha deciso di annullare la procedura di gara oggetto della causa principale.

31 In seguito a tale annullamento, l'Eurawasser ha modificato il suo ricorso senza ritirarlo, chiedendo a questo punto una sentenza in cui si dichiari che, per effetto della procedura annullata, la stessa era stata lesa nei suoi diritti al rispetto delle regole di aggiudicazione degli appalti derivanti dagli artt. 97 e segg. del GWB.

32 Con lettera del 24 dicembre 2008, il giudice del rinvio ha informato la Corte che la sua domanda di pronuncia pregiudiziale continua a essere valida. Esso sostiene infatti che, al fine di potersi pronunciare sul ricorso modificato, perdura la necessità di ottenere una soluzione alle questioni sottoposte, quantomeno perché, innanzitutto, le concessioni di servizi esulano dall'ambito di applicazione degli artt. 97 e segg. del GWB e, di conseguenza, la modifica del ricorso nella causa principale non incide sulla circostanza che il ricorso alle istanze competenti per il controllo del rispetto delle procedure applicabili in materia di appalti pubblici, nella fattispecie il Vergabekammer ed il Vergabesenat, risulterebbe irricevibile laddove il contratto oggetto della causa principale fosse qualificato come concessione di servizi.

33 A tale riguardo la Corte ha dichiarato che, nell'ambito della collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza 23 aprile 2009, causa C-544/07, Rüffler, Racc. pag. I-3389, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

34 La Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, spetta ad essa esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un

giudice nazionale solo qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenza Rüffler, cit., punti 37 e 38 nonché giurisprudenza ivi citata).

35 Nella sua decisione di rinvio, così come nella lettera del 24 dicembre 2008, il giudice del rinvio ha espresso chiaramente le ragioni che lo inducono a ritenere che le questioni da esso sollevate siano rilevanti e che una risposta a dette questioni sia necessaria per la soluzione della controversia in merito alla quale è adito. Alla luce di tali spiegazioni, le questioni sottoposte non appaiono ipotetiche o prive di relazione con l'oggetto della causa principale.

36 Le questioni pregiudiziali sono pertanto ricevibili.

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

37 In via preliminare occorre precisare che, stando agli elementi in atti, il WAZV Gotha rientra nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva 2004/17, poiché tale amministrazione aggiudicatrice rappresenta una delle categorie di enti aggiudicatori ai quali si applica la direttiva, in forza del suo art. 2, n. 2, lett. a).

38 La causa principale, inoltre, rientra nell'ambito applicativo della direttiva 2004/17 ai sensi del suo art. 4, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi, nella fattispecie il WAZV Gotha, esercita un'attività nel settore dell'alimentazione di reti con acqua potabile e dello smaltimento delle acque reflue.

39 La direttiva 2004/17 si applica ratione temporis alla causa principale, dal momento che la procedura d'appalto oggetto della causa principale è stata avviata nel mese di settembre 2007, mente il termine fissato all'art. 71 della direttiva per il suo recepimento era venuto a scadere il 31 gennaio 2006.

40 Si deve rammentare che una definizione della concessione di servizi è stata introdotta, nel diritto comunitario, dall'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17. Essa non figurava nelle precedenti direttive in materia, in particolare nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84).

41 All'art. 18 della direttiva 2004/17, il legislatore comunitario ha specificato che quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitino, tra l'altro, attività nel settore dell'acqua.

42 Si deve inoltre rammentare che, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), include, al suo art. 1, nn. 2, lett. a) e 4, definizioni dell'«appalto di servizi» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe a quelle corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. a), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17.

43 Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive.

44 Ne consegue che, se l'operazione oggetto della causa principale è qualificata come «appalto di servizi» ai sensi della direttiva 2004/17, un siffatto appalto deve, in linea di principio, essere aggiudicato nel rispetto delle procedure previste agli artt. 31 e 32 di quest'ultima. Per contro, se l'operazione in argomento è qualificata come concessione di servizi, la suddetta direttiva non trova applicazione, in forza del suo art. 18. In tal caso, il rilascio della concessione resterebbe soggetto ai principi fondamentali del Trattato CE, in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato, in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punti 60-62; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punti 16-19; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, Racc. pag. I-8457, punto 25).

45 È in tale contesto che il giudice del rinvio chiede che siano specificati i criteri che consentono di stabilire una distinzione tra un appalto di servizi ed una concessione di servizi.

Sulla prima e seconda questione

46 Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo di diritto privato da terzi, sia di per sé sufficiente a qualificare quel contratto come concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17. In caso di risposta negativa a tale questione, il giudice nazionale chiede se un contratto di questo tipo debba essere qualificato come concessione di servizi quando il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conse-

guenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

47 Propensi a una risposta affermativa alla prima questione, il WAZV Gotha, la Stadtwirtschaft e la WAL, nonché i governi tedesco e ceco, sostengono che il fatto che la controparte contrattuale sia remunerata attraverso un corrispettivo riscosso presso gli utenti del servizio di cui trattasi è sufficiente a caratterizzare una concessione di servizi.

48 Di contro, l'Eurawasser e la Commissione ritengono che sia altresì necessario che la controparte contrattuale si assuma il rischio economico della gestione del servizio di cui è causa.

49 Si deve rilevare, a tale proposito, che l'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/17 prevede che gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» siano contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, n. 2, della medesima direttiva e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

50 In base all'art. 1, n. 3, lett. b), della medesima direttiva, la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste o unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

51 Dal raffronto delle due definizioni sopra menzionate risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punto 39), mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

52 Le questioni sottoposte presuppongono espressamente la circostanza che il contratto in questione preveda che la controparte contrattuale sia remunerata non già direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi.

53 Alla luce del criterio enunciato al punto 51 della presente sentenza, il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, nella fattispecie gli utenti del servizio in oggetto, è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio.

54 Detto criterio emergeva già dalla giurisprudenza della Corte anteriore all'entrata in vigore della direttiva 2004/17. Secondo tale giurisprudenza, si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione (v. citata sentenza Telaustria e Telefonadress, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punti 27-28, nonché sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 34, e 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punto 29).

55 È irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico.

56 La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, in casi nei quali la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punto 16, e Coditel Brabant, cit., punto 24).

57 Ne risulta che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17.

58 Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di «diritto di gestire» come «corrispettivo della prestazione» di cui alla suddetta disposizione.

59 Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in tal senso, citate sentenze Parking Brixen, punto 40; 18 luglio 2007, Commissione/Italia, punto 34, e 13 novembre 2008, Commissione/Italia, punto 29).

60 Gli interessati che hanno presentato osservazioni hanno espresso su tale aspetto, in via principale o in via subordinata, posizioni divergenti.

61 Il WAZV Gotha ritiene che il fatto che la controparte contrattuale si assuma il rischio legato alla gestione sia sufficiente, nel contesto concreto della causa principale, a caratterizzare una concessione di servizi.

62 Per la Stadtwirtschaft, la WAL ed il governo ceco, la controparte contrattuale non dovrebbe necessariamente assumersi il rischio a carico completo. Sarebbe sufficiente che se lo assumesse a carico pressoché completo.

63 Il governo tedesco osserva che sussiste una concessione di servizi alloché la controparte contrattuale si assume un rischio legato alla gestione che non sia del tutto irrilevante.

64 L'Eurawasser ritiene che, nell'operazione oggetto della causa principale, non sussista alcun rischio significativo che possa essere trasferito alla controparte contrattuale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, detta operazione dovrebbe essere qualificata come appalto e non già come concessione.

65 La Commissione osserva che deve sussistere un rischio di gestione rilevante, il quale, tuttavia, non deve necessariamente corrispondere al rischio economico che di norma si corre in un mercato libero. Un appalto di servizi il cui rischio economico sia ridotto al minimo ad opera delle amministrazioni pubbliche non può essere qualificato come concessione di servizi.

66 A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio.

67 Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatore all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla direttiva 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza.

68 In caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a., Racc. pag. I-9315, punto 22, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punti 35-37, nonché, per analogia, in un'ipotesi di concessione di lavori, sentenza 13 novembre 2008, Commissione/Italia, cit., punti 30

e 32-35). Come si è rilevato al punto 51 supra, in quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio.

69 Le questioni sottoposte muovono dal presupposto che la fornitura del servizio oggetto della causa principale comporti rischi economici molto limitati, anche nel caso in cui detto servizio sia fornito dall'amministrazione aggiudicatrice, e ciò sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame.

70 Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione de qua costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante.

71 In assoluto, queste tesi devono essere respinte.

72 È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono.

73 Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza.

74 Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

75 Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile.

76 Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

77 In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre.

78 Spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice.

79 A tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

80 Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione nel senso che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, alllorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale.

Sulla terza questione

81 Alla luce della soluzione data alla prima e alla seconda questione, non occorre risolvere la terza questione.

Sulle spese

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

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

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, allorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale.

Firme