CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE VERICA TRSTENJAK presentate l'11 febbraio 2010[1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 3719

II — Contesto normativo ..... I - 3719

A — Direttiva 92/50 ..... I - 3719

B — Direttiva 2004/18 ..... I - 3720

III — Fatti ..... I - 3721

IV — Procedimento precontenzioso ..... I - 3722

V — Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti ..... I - 3722

VI — Principali argomenti delle parti ..... I - 3723

VII — Valutazione giuridica ..... I - 3725

A — Ricevibilità ..... I - 3725

1. I servizi di soccorso quali servizi a carattere misto nel sistema delle direttive sugli appalti ..... I - 3726

2. Riformulazione delle conclusioni presentate con l'atto di ricorso ..... I - 3727

3. Conclusione ..... I - 3730

B — Fondatezza ..... I - 3730

1. Inapplicabilità della deroga settoriale di cui all'art. 45, primo comma, CE I - 3730

2. Insussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 86, n. 2, CE ..... I - 3736

1 — Lingua originale: il tedesco.

3. Analisi delle nove procedure di affidamento censurate ..... I - 3739

a) Affidamento di appalti da parte della città di Magdeburgo (Sassonia-Anhalt) ..... I - 3739

i) Violazione dell'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero dell'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18 ..... I - 3739

ii) Assenza di violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dal diritto primario ..... I - 3740

— Esame della fondatezza sul presupposto della parziale irricevibilità del motivo relativo alla violazione del diritto primario ..... I - 3740

— In via subordinata: analisi della fondatezza nel caso in cui il motivo relativo alla violazione del diritto primario fosse dichiarato integralmente ricevibile ..... I - 3741

Principio del primato applicativo del diritto derivato ..... I - 3742

Dimostrazione di un interesse transfrontaliero all'affidamento in appalto di servizi secondari ..... I - 3747

iii) Conclusione ..... I - 3749

b) I casi di affidamento di appalti da parte delle città di Bonn (Renania settentrionale-Vestfalia) e Witten (Renania settentrionale-Vestfalia), della regione di Hannover (Bassa Sassonia) e del Landkreis di Hameln-Pyrmont (Bassa Sassonia) ..... I - 3749

c) Affidamento di appalti da parte del Landkreis di Uelzen (Bassa Sassonia) ..... I - 3750

d) I casi di affidamento di appalti da parte dei Rettungszweckverbände di Westsachsen (Sassonia), Chemnitz/Stollberg (Sassonia) e Vogtland (Sassonia) ..... I - 3752

e) Conclusione ..... I - 3754

4. Prassi di affidamento illegittima nella Repubblica federale di Germania ... I - 3754

VIII — Spese ..... I - 3757

IX — Conclusione ..... I - 3757

I — Introduzione

1. La presente causa verte su un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione ai sensi dell'art. 226 CE, con cui quest'ultima ha chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi[2], e della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi[3], nonché i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 43 CE e 49 CE), per il fatto che vari appalti di servizi nel settore del servizio pubblico di soccorso nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia non sono stati assegnati previa indizione di pubblica gara ovvero non sono stati aggiudicati in modo trasparente, e che non sono stati pubblicati gli avvisi di aggiudicazione relativi agli appalti assegnati.

2 — GU L 209, pag. 1.
3 — GU L 134, pag. 114.

II — Contesto normativo

A — *Direttiva 92/50*

2. Ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50, le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi.

3. L'art. 10 della direttiva 92/50 stabilisce quanto segue:

«Gli appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato I A risulti superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato I B. In caso contrario l'appalto viene aggiudicato conformemente agli articoli 14 e 16».

4. L'art. 16 della direttiva 92/50 ha il seguente tenore:

«1. Le amministrazioni che abbiano aggiudicato un appalto pubblico di servizi o espletato

un concorso di progettazione inviano all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee un avviso in merito ai risultati della procedura d'aggiudicazione.

2. I bandi o avvisi sono pubblicati:

(…)».

B — *Direttiva 2004/18*

5. Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2004/18, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza.

6. L'art. 22 della direttiva 2004/18 stabilisce quanto segue:

«Gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A sia servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55 allorché il valore dei servizi elencati nell'allegato II A risulta superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II B. Negli altri casi sono aggiudicati conformemente all'articolo 23 e all'articolo 35, paragrafo 4».

7. L'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18 ha il seguente tenore:

«Le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato un appalto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione entro 48 giorni dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

(…)

Nel caso degli appalti pubblici di servizi elencati nell'allegato II B, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione. Per tali appalti di servizi la Commissione stabilisce, secondo la procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2, le norme relative all'elaborazione di relazioni statistiche basate su tali avvisi ed alla pubblicazione di tali relazioni.

(…)».

III — Fatti

8. Nella Repubblica federale di Germania la disciplina dei servizi di soccorso rientra nella competenza legislativa dei Länder, i quali si sono avvalsi in vario modo delle proprie potestà di organizzazione normativa.

9. Nella maggior parte dei Länder tedeschi i servizi di soccorso sono forniti secondo un regime dualistico, che distingue tra servizio pubblico di soccorso e prestazione di servizi di soccorso sulla base di autorizzazioni ai sensi delle leggi regionali in materia.

10. Il servizio pubblico di soccorso comprende solitamente sia servizi di trasporto d'urgenza sia servizi qualificati di trasporto di infermi. Il trasporto d'urgenza riguarda lo spostamento di persone infortunate o inferme in pericolo di vita, effettuato con adeguata assistenza medica mediante un'ambulanza semplice o un'ambulanza con medico a bordo. Il trasporto qualificato di infermi consiste nello spostamento in autoambulanza con adeguata assistenza medica di persone malate, infortunate o comunque bisognose di ausilio, ma non qualificabili come pazienti in emergenza.

11. Vari Länder hanno deciso di affidare la scelta dei prestatori di servizi nell'ambito del servizio pubblico di soccorso alle singole città, ai Landkreise [distretti territoriali], ai Rettungszweckverbände [consorzi locali per la prestazione di pronto soccorso], ecc. A tal fine i suddetti enti locali stipulano di norma con singoli prestatori di servizi contratti relativi alla fornitura sull'intero territorio di servizi di soccorso alla popolazione. Qualora la retribuzione dei servizi sia effettuata direttamente dall'ente locale, lo schema contrattuale pertinente è definito «Submissionsmodell» [modello concorsuale a corrispettivo diretto]. Qualora, invece, la retribuzione abbia luogo mediante la riscossione diretta, da parte dell'aggiudicatario, di corrispettivi a carico dei pazienti o delle Krankenkassen [casse malattia], trova attuazione il cosiddetto «Konzessionsmodell» [modello concessorio].

12. Con il suo ricorso la Commissione contesta l'affidamento di appalti di servizi nel settore del servizio pubblico di soccorso nei Länder Bassa Sassonia, Renania settentrionale-Vestfalia, Sassonia e Sassonia-Anhalt, nei quali viene costantemente applicato il «Submissionsmodell». La Commissione eccepisce in particolare che in questi Länder gli appalti nel settore del servizio pubblico di soccorso, soggetti alle direttive in materia di appalti pubblici, non sono stati di norma assegnati previa indizione di pubblica gara né aggiudicati in modo trasparente.

IV — Procedimento precontenzioso

13. Dopo che alla Commissione erano pervenute diverse denunce, quest'ultima informava la Repubblica federale di Germania, con nota 10 aprile 2006, della presunta violazione da parte di tale Stato delle direttive in materia di appalti pubblici e del diritto primario in occasione dell'affidamento di appalti a titolo oneroso riguardanti la prestazione di servizi di soccorso nei Länder Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia, Sassonia e Sassonia-Anhalt. Al contempo la Commissione informava la Repubblica federale di Germania del fatto che, nell'affidare concessioni di servizi riguardanti prestazioni di soccorso, essa poteva aver violato i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. Il governo della Repubblica federale di Germania veniva pertanto invitato, ai sensi dell'art. 226 CE, a presentare entro due mesi le proprie osservazioni riguardo alla valutazione formulata dalla Commissione.

14. Nella sua comunicazione 10 luglio 2006 la Repubblica federale di Germania negava le asserite violazioni del diritto comunitario. Essa aggiungeva che in Sassonia era stata adottata nel 2005 una modifica legislativa, per cui anche in questo Land, al più tardi dal 1º gennaio 2009, i servizi di soccorso sarebbero stati aggiudicati mediante una procedura di selezione in cui sarebbero stati rispettati i principi di una concorrenza priva di discriminazioni.

15. Con nota 15 dicembre 2006 la Commissione trasmetteva alla Repubblica federale di Germania il parere motivato, in cui concludeva che tale Stato era venuto meno e continuava a venir meno agli obblighi ad esso incombenti in forza delle direttive 92/50 e 2004/18 nonché ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. La Commissione invitava pertanto la Repubblica federale di Germania ad adottare le misure necessarie per conformarsi al parere motivato entro due mesi dalla ricezione dello stesso.

16. Nella sua comunicazione 22 febbraio 2007 la Repubblica federale di Germania respingeva nuovamente la posizione della Commissione, ribadendo l'assenza di violazioni del diritto comunitario in ciascuno dei casi citati dall'Istituzione.

V — Procedimento dinanzi alla Corte e conclusioni delle parti

17. Dal momento che la Repubblica federale di Germania non si è conformata al parere motivato, il 15 aprile 2008 la Commissione ha proposto un ricorso ai sensi dell'art. 226 CE.

18. La Commissione chiede che la Corte voglia:

— dichiarare che la Repubblica federale di Germania, non avendo pubblicato gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati e avendo aggiudicato appalti di servizi nell'ambito del servizio pubblico di soccorso senza previa indizione di una pubblica gara ovvero in modo non trasparente, ha violato gli obblighi ad essa incombenti in forza delle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE, nonché i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (artt. 43 CE e 49 CE);

— condannare la Repubblica federale di Germania alle spese.

19. La Repubblica federale di Germania chiede di respingere il ricorso e di condannare la Commissione alle spese.

20. Con ordinanza 16 dicembre 2008 del presidente della Corte, il Regno dei Paesi Bassi è stato autorizzato ad intervenire a sostegno della Repubblica federale di Germania. Il Regno dei Paesi Bassi chiede, a sostegno di quest'ultima, di respingere il ricorso della Commissione.

VI — Principali argomenti delle parti

21. La Commissione è dell'avviso che in diversi Länder tedeschi, ai fini dell'affidamento di appalti nel settore dei servizi pubblici di trasporto d'urgenza e di trasporto qualificato di infermi, si sia affermata la prassi di assegnare gli appalti ad offerenti ivi residenti in violazione delle norme sugli appalti pubblici, senza indire una gara a livello comunitario ovvero senza garantire un'adeguata trasparenza.

22. Facendo riferimento a nove casi concreti di affidamento di appalti nei Länder tedeschi di Bassa Sassonia, Renania settentrionale-Vestfalia, Sassonia e Sassonia-Anhalt, la Commissione sottolinea innanzi tutto che le città, i Landkreise e i Rettungszweckverbände responsabili dei vari affidamenti dovrebbero essere qualificati come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici. Inoltre, gli appalti affidati nell'ambito del servizio pubblico di soccorso dovrebbero essere qualificati come appalti pubblici a titolo oneroso, il cui valore — nei casi di cui trattasi — supera sensibilmente le

soglie finanziarie rilevanti per l'applicazione delle direttive 92/50 e 2004/18.

23. La parte di appalti pubblici stipulati prima del 31 gennaio 2006 sarebbe soggetta alla direttiva 92/50. Dal momento che i suddetti appalti riguarderebbero servizi misti, essi avrebbero dovuto essere aggiudicati nel rispetto delle disposizioni dei titoli da III a VI ovvero degli artt. 14 e 16 della direttiva 92/50, a seconda che risultasse prevalente il valore dei servizi di trasporto o quello dei servizi medico-sanitari. Per gli appalti stipulati dopo il decorso del termine di trasposizione della direttiva 2004/18, quest'ultima detterebbe un'analoga disciplina.

24. In considerazione del fatto che tutti gli esempi citati riguardano appalti che presentano un interesse transfrontaliero, la Repubblica federale di Germania avrebbe del pari violato il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

25. Secondo la Commissione, le violazioni censurate non rappresenterebbero casi isolati, bensì sarebbero sintomatiche di una prassi generalizzata di affidamento di appalti in contrasto col diritto comunitario. La Commissione si vede confortata in questa valutazione dal numero estremamente ridotto di gare per i servizi di soccorso indette a livello comunitario ovvero di avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

26. Il governo tedesco considera inammissibile la pretesa della Commissione di pervenire ad una condanna globale della prassi in materia di affidamento di appalti seguita nella Repubblica federale di Germania esponendo fatti relativi a singole procedure di affidamento in quattro Länder su sedici. Inoltre, numerose affermazioni in punto di fatto della Commissione non sarebbero corrette.

27. Il governo tedesco invoca inoltre la deroga settoriale di cui all'art. 45, primo comma, CE, letto in collegamento con l'art. 55 CE, a norma della quale i capi del Trattato CE sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi non si applicano alle attività che in uno Stato membro partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, come si verificherebbe nel caso dei servizi di soccorso in questione. Atteso che le direttive sugli appalti pubblici avrebbero il proprio fondamento normativo in questi due capi del Trattato CE, neanch'esse si applicherebbero ai casi di specie.

28. Il governo tedesco asserisce, in via subordinata, che i servizi di soccorso in questione soddisfano i requisiti per un trattamento privilegiato ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE. Atteso che tale norma contiene una deroga non solo alla disciplina della concorrenza, ma anche a tutte le altre disposizioni del Trattato CE, il ricorso della Commissione sarebbe infondato anche sotto questo profilo. Il governo tedesco, infine, fa riferimento a due ordinanze del Bundesgerichtshof [Corte federale di cassazione tedesca] del 1° dicembre 2008, secondo cui la disciplina in materia di appalti pubblici deve ormai essere applicata anche nel caso di affidamento di contratti relativi a servizi di soccorso.

29. Il governo olandese parte dall'assunto che la Repubblica federale di Germania non abbia violato né le direttive sugli appalti pubblici né gli artt. 43 CE e 49 CE. I servizi pubblici di soccorso di cui trattasi dovrebbero essere qualificati come servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE. Al riguardo si dovrebbe tenere presente che la deroga prevista da tale disposizione sarebbe valida anche nel settore delle libertà fondamentali. Infine, il governo olandese esamina la possibilità di un'applicazione della deroga settoriale di cui agli artt. 45 CE e 55 CE. A questo riguardo il governo olandese propende per la tesi secondo cui i presupposti applicativi delle suddette deroghe potrebbero risultare soddisfatti nel caso dei servizi di soccorso di cui trattasi.

VII — Valutazione giuridica

A — *Ricevibilità*

30. La caratteristica speciale dei procedimenti per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE risiede nel fatto che la determinazione dell'oggetto del procedimento nella fase precontenziosa delimita l'oggetto ammissibile della successiva fase giurisdizionale. Secondo una giurisprudenza consolidata, il parere motivato e il successivo ricorso per inadempimento devono essere basati sui medesimi motivi e mezzi, di modo che la Corte non può esaminare una censura che non sia stata sollevata nel parere motivato[4].

31. Questo requisito di ricevibilità, con cui è fatto divieto di ampliare nel ricorso le censure già dedotte nell'ambito del parere motivato, assolve lo scopo di tutelare i diritti della difesa dello Stato membro interessato, al quale deve essere offerta la possibilità di adempiere agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario e di far valere utilmente i propri motivi di difesa contro gli addebiti formulati dalla Commissione. Al contempo, questo requisito rispecchia la regola procedurale

4 — V., ad esempio, sentenze 26 marzo 2009, causa C-326/07, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2291, punto 29); 24 giugno 2004, causa C-350/02, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-6213, punto 20); 11 maggio 1989, causa 76/86, Commissione/Germania (Racc. pag. 1021, punto 8), e 7 maggio 1987, causa 186/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 2029, punto 13).

fondamentale a carattere generale secondo cui l'eventuale procedimento contenzioso deve vertere su una controversia chiaramente definita[5].

32. A mio avviso, nel presente procedimento la Commissione, nel formulare le conclusioni del ricorso, ha illegittimamente travalicato gli addebiti formulati nel parere motivato. Per chiarire e delimitare questo inammissibile ampliamento del ricorso tratterò in primo luogo dell'inquadramento dei servizi di soccorso in questione nell'ambito del sistema delle direttive sugli appalti pubblici. Successivamente mostrerò come la Commissione abbia riformulato nel ricorso le proprie precedenti conclusioni contenute nel parere motivato e in che modo questa riformulazione abbia modificato anche l'oggetto del procedimento.

33. Per contro, la circostanza che la Repubblica federale di Germania non abbia espressamente dedotto l'inammissibilità dell'ampliamento del ricorso non è rilevante. Dal momento che il divieto di ampliare la materia del contendere è una garanzia basilare voluta dal Trattato CE, la cui osservanza costituisce un requisito formale essenziale per la regolarità del procedimento volto ad accertare l'inadempimento di uno Stato membro[6], il rispetto di tale divieto può essere accertato d'ufficio dalla Corte anche in assenza di specifica contestazione da parte della Repubblica federale di Germania[7].

1. I servizi di soccorso quali servizi a carattere misto nel sistema delle direttive sugli appalti

34. Sia la direttiva 92/50 sia la direttiva 2004/18 operano una distinzione fra cosiddetti servizi primari e servizi secondari. I primi sono elencati nell'allegato I A della direttiva 92/50 nonché nell'omologo allegato II A della direttiva 2004/18 e comprendono, fra l'altro, i servizi nel settore del trasporto terrestre. I secondi sono elencati nell'allegato I B della direttiva 92/50 nonché nell'omologo allegato II B della direttiva 2004/18 e comprendono, fra l'altro, i servizi nel settore sanitario. La differenza più rilevante, sotto il profilo della normativa sugli appalti, fra i servizi primari di cui agli allegati I A e II A e i servizi secondari di cui agli allegati I B e II B consiste nel fatto che solo i servizi primari sono soggetti all'applicazione integrale della pertinente direttiva sugli appalti[8]. Relativamente ai servizi secondari,

5 — V. sentenze 22 marzo 2007, causa C-437/04, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2513, punti 39 e segg.), e Commissione/Paesi Bassi, cit. alla nota 4 (punti 18 e segg.).

6 — V., ad esempio, sentenza 27 aprile 2006, causa C-441/02, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3449, punto 59).

7 — Argumentum a fortiori discendente dall'art. 92, n. 1, del regolamento di procedura della Corte. In tal senso anche Karpenstein/Karpenstein, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, art. 226 TCE, punto 82 (39° aggiornamento, situazione al luglio 2009).

8 — Art. 8 della direttiva 92/50 nonché art. 20 della direttiva 2004/18.

invece, è prevista solo l'applicazione delle norme sulle specifiche tecniche e sulla comunicazione obbligatoria alla Commissione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dell'avvenuta aggiudicazione degli appalti[9].

35. Nel presente procedimento è pacifico che i servizi di soccorso di cui trattasi devono essere inquadrati come servizi misti contenenti componenti di servizi sia primari che secondari. Tale inquadramento discende direttamente dalla sentenza Tögel[10], in cui i trasporti di infortunati e di infermi con assistenza di un infermiere sono stati qualificati come servizi misti ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/50[11]. A tale riguardo, il trasporto di persone deve essere considerato come servizio primario, mentre l'assistenza medica durante il trasporto come servizio secondario.

36. Ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/50 ovvero dell'art. 22 della direttiva 2004/18, gli appalti misti di servizi primari e secondari sono soggetti all'applicazione integrale della corrispondente direttiva sugli appalti qualora il valore dei servizi primari risulti superiore a quello dei servizi secondari. In caso contrario, gli appalti misti devono essere trattati come appalti di servizi secondari.

2. Riformulazione delle conclusioni presentate con l'atto di ricorso

37. Nel parere motivato la Commissione ha preso espressamente in considerazione la natura mista dei servizi di soccorso di cui trattasi, tanto nel contesto della sua analisi giuridica quanto nella formulazione dei singoli addebiti.

38. Nel parere motivato la Commissione ha invocato soprattutto il fatto che nei servizi di soccorso in questione prevarrebbero le prestazioni di trasporto di cui all'allegato I A della direttiva 92/50 ovvero all'allegato II A della direttiva 2004/18, per cui la Repubblica federale di Germania nell'aggiudicare tali appalti sarebbe incorsa in una violazione del combinato disposto dell'art. 10 e dei titoli da III a VI della direttiva 92/50 e, a partire dal 1º febbraio 2006, del combinato disposto dell'art. 22 e degli artt. 23-55 della direttiva 2004/18. In subordine, qualora in singoli casi fra quelli citati dovessero risultare prevalenti le prestazioni medico-sanitarie di cui

9 — Art. 9 della direttiva 92/50 nonché art. 21 della direttiva 2004/18.

10 — Sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel (Racc. pag. I-5357, punto 40).

11 — Il trasporto di persone ricade sotto la voce «trasporto terrestre» di cui all'allegato I A, categoria 2, della direttiva 92/50 ovvero all'allegato II A, categoria 2, della direttiva 2004/18. L'assistenza medica rientra nella voce «servizi sanitari» di cui all'allegato I B, categoria 25, della direttiva 92/50 o all'allegato II B, categoria 25, della direttiva 2004/18.

all'allegato I B della direttiva 92/50 ovvero all'allegato II B della direttiva 2004/18, la Commissione ha contestato una violazione del combinato disposto degli artt. 10 e 16 della direttiva 92/50 e, a partire dal 1° febbraio 2006, del combinato disposto degli artt. 22 e 35, n. 4, della direttiva 2004/18, e comunque una violazione dei principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE nonché del principio di non discriminazione inerente ai citati principi.

39. Nel suo ricorso la Commissione ha volutamente lasciato irrisolta la questione se i servizi di soccorso di cui trattasi riguardassero in via prioritaria il trasporto di persone o piuttosto l'assistenza medica. La Commissione sostiene che tale questione potrebbe essere tralasciata, atteso che nelle procedure di affidamento contestate si sarebbe comunque verificata la violazione delle norme sull'obbligo di comunicare gli appalti aggiudicati, ex art. 16 della direttiva 92/50 o art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18, nonché del principio di non discriminazione inerente alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

40. Con questa riformulazione della domanda giudiziale la Commissione ha modificato in modo illegittimo l'oggetto del ricorso.

41. Mentre la Commissione nel suo parere motivato è partita dall'assunto che con l'affidamento dei servizi di soccorso il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza sanciti dal diritto primario fossero stati violati solo nei casi in cui prevaleva l'aspetto dell'assistenza medica, nel suo ricorso essa parte dal diverso presupposto secondo cui il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza avrebbero dovuto essere sempre rispettati nell'affidamento dei suddetti servizi. Ciò tuttavia presuppone necessariamente che il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza possano essere violati direttamente anche nel caso dell'affidamento di servizi di soccorso in cui prevalga l'elemento del trasporto, circostanza questa che non è stata dedotta né esplicitamente né implicitamente nel parere motivato.

42. L'ampliamento dell'oggetto del procedimento risiede pertanto nel fatto che viene ora contestata una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi anche riguardo all'affidamento di servizi di soccorso misti con prevalenza dell'elemento del trasporto. Entro questi limiti, il presente ricorso deve essere dichiarato irricevibile.

43. A ciò non si può controbattere che gli obblighi di pubblicità e comunicazione

previsti nelle direttive sugli appalti rappresentano in ultima analisi un'esplicitazione, a livello di diritto derivato, del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza sanciti dal diritto primario, e che dunque la Commissione, fondando ora la propria domanda sul diritto primario, non ha nella sostanza esorbitato dalle censure formulate nel parere motivato. Ciò che conta, infatti, è che la Commissione nel suo ricorso contesta una violazione del diritto primario relativamente a servizi misti primari, pur avendo già affermato nel parere motivato che tali servizi sono integralmente soggetti alle direttive sugli appalti, e pur avendo — di conseguenza — contestato soltanto una violazione di tali direttive. Ne consegue che la Repubblica federale di Germania nella fase precontenziosa non ha potuto affrontare la questione se l'affidamento di appalti relativi alla prestazione di servizi di soccorso riguardanti in via prioritaria il trasporto di persone, e pertanto soggetti integralmente alle direttive sugli appalti pubblici, possa in generale essere direttamente valutato alla luce del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza sanciti dal diritto primario[12].

44. Qualora la modifica del fondamento della domanda giudiziale, da me sopra evidenziata, dovesse essere dichiarata ammissibile, ciò infliggerebbe un inaccettabile vulnus ai diritti della difesa della Repubblica federale di Germania, in quanto tale Stato verrebbe così privato della possibilità di affrontare già nella fase precontenziosa la questione fondamentale se e in che misura la Commissione potesse basare direttamente su un fondamento di diritto primario le proprie conclusioni del ricorso relative all'affidamento di servizi primari misti.

45. Mi si consenta a questo punto di evidenziare altresì che la Commissione, in alcuni punti del suo ricorso, sembra contestare una violazione dell'art. 2 della direttiva 2004/18 e mirare ad una conseguente condanna della Repubblica federale di Germania[13]. Qualora le conclusioni del ricorso dovessero essere intese in tal senso, si dovrebbe respingere in quanto irricevibile anche tale capo della domanda, atteso che nel parere motivato non è stata contestata espressamente una violazione dell'art. 2 della direttiva 2004/18.

12 — In questo contesto si pone soprattutto la questione se un esame dell'affidamento degli appalti in questione alla luce del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza sanciti dal diritto primario sia compatibile con il principio del primato applicativo del diritto derivato, nonché con la ratio della procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 226 CE. Sul punto, v. paragrafi 95 e segg. delle presenti conclusioni.

13 — Sotto il titolo «Violazione dell'art. 16 della direttiva 92/50/CEE e dell'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18/CE» la Commissione, al punto 39 del suo ricorso datato 15 aprile 2008, sostiene che sarebbero comunque applicabili alla specie gli artt. 14 e 16 della direttiva 92/50 nonché gli artt. 23 e 35, n. 4, della direttiva 2004/18. Al punto 40 essa contesta poi una violazione dell'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero dell'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18. Al punto 41 la Commissione sostiene che l'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 nonché l'art. 2 della direttiva 2004/18 sarebbero del pari applicabili alla specie, senza tuttavia contestarne esplicitamente la violazione o svolgere ulteriori considerazioni in relazione a questi due articoli. Tuttavia, nella sintesi delle proprie conclusioni, al punto 72, la Commissione censura una violazione del combinato disposto degli artt. 10 e 16 della direttiva 92/50 nonché di quello degli artt. 2, 22 e, in combinato disposto, 35, n. 4, della direttiva 2004/18.

3. Conclusione

46. Alla luce delle suddette considerazioni, ritengo in conclusione che il presente ricorso per inadempimento debba essere respinto in quanto irricevibile nella parte in cui con esso si contesta una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi anche nel caso di affidamento di servizi di soccorso in cui prevalga l'elemento del trasporto.

47. Qualora la Corte dovesse ritenere che la Commissione con il proprio ricorso chiede anche l'accertamento di una violazione dell'art. 2 della direttiva 2004/18, tale capo della domanda deve del pari essere respinto in quanto irricevibile.

B — *Fondatezza*

48. La Repubblica federale di Germania resiste al ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione con tre ordini di argomenti. Il governo tedesco invoca in primo luogo la deroga settoriale prevista dall'art. 45 CE e, in subordine, la causa di giustificazione di cui all'art. 86, n. 2, CE. In secondo luogo, il medesimo governo contesta taluni fatti dedotti dalla Commissione. In terzo luogo, esso respinge la richiesta della Commissione di dichiarare l'esistenza di una prassi contraria alla disciplina sugli appalti.

49. In questo contesto, affronterò in prima battuta la problematica dell'affidamento di appalti relativi a servizi di soccorso alla luce del combinato disposto degli artt. 45, primo comma, CE e 55 CE e, poi, alla luce dell'art. 86, n. 2, CE. Successivamente esaminerò singolarmente le nove procedure di affidamento contestate dalla Commissione. Infine tratterò la questione se i risultati di tale esame giustifichino la constatazione di una prassi contraria alla disciplina sugli appalti.

1. Inapplicabilità della deroga settoriale di cui all'art. 45, primo comma, CE

50. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 45, primo comma, CE e 55 CE, le disposizioni di diritto primario relative al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi non si applicano alle attività che in uno Stato membro partecipino, sia pure

occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. Qualora un'attività partecipi in uno Stato membro all'esercizio dei pubblici poteri è dunque esclusa dall'applicazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

51. Lo stesso deve valere per le disposizioni di diritto derivato adottate per attuare i capitoli del Trattato relativi al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Qualora tali atti di diritto derivato disciplinino anche un'attività che partecipa all'esercizio dei pubblici poteri, occorre constatare, mediante un'interpretazione conforme al Trattato della normativa derivata, che le suddette attività negli Stati membri interessati sono escluse dall'applicazione di tale normativa [14].

52. Qualora i servizi di trasporto d'emergenza e per gli infermi, che costituiscono l'oggetto degli appalti controversi, partecipino all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, primo comma, CE, la censura relativa alla violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi dedotta dalla Commissione dovrebbe essere respinta in quanto infondata. Atteso inoltre che sia la direttiva 92/50 sia la direttiva 2004/18 sono state adottate sul fondamento degli artt. 47, n. 2, CE e 55 CE, e dunque nell'esercizio delle norme di diritto primario sulla competenza contenute nei capi dedicati al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, dovrebbe in tal caso essere respinto in quanto infondato anche il motivo di ricorso relativo alla violazione di tali direttive sugli appalti.

53. Dubito tuttavia che l'esecuzione di prestazioni di trasporto d'emergenza e di infermi possa essere qualificata come attività ricadente sotto l'art. 45, primo comma, CE, la quale partecipi, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.

54. Occorre innanzi tutto ricordare che l'interpretazione della nozione di «esercizio dei pubblici poteri» di cui all'art. 45, primo comma, CE rientra nell'ambito del diritto comunitario. Infatti, in via di principio, l'ordinamento giuridico comunitario non intende definire le proprie nozioni ispirandosi ad uno o più ordinamenti giuridici nazionali, ove manchi un'espressa previsione in tal senso [15].

14 — V. conclusioni dell'avvocato generale Lenz presentate il 19 settembre 1991 nella causa C-306/89, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-5863, paragrafo 28). V., inoltre, Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, art. 45 TCE, punto 14 (39° supplemento, aggiornato al luglio 2009).

15 — V. sentenze 18 dicembre 2007, causa C-314/06, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (Racc. pag. I-12273, punto 21); 22 maggio 2003, Commissione/Germania causa C-103/01 (Racc. pag. I-5369, punto 33), e 2 aprile 1998, causa C-296/95, EMU Tabac e a. (Racc. pag. I-1605, punto 30).

55. Per risolvere la questione se un'attività partecipi all'esercizio dei pubblici poteri ex art. 45, primo comma, CE occorre dunque basarsi sulla definizione, ai sensi del diritto comunitario, dei «pubblici poteri» di cui a tale norma.

56. Il presupposto per ritenere sussistente un esercizio (una partecipazione all'esercizio) dei pubblici poteri nell'accezione di cui all'art. 45 CE è la possibilità di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi, cui i privati devono sottomettersi[16].

57. In considerazione dell'importanza basilare delle libertà fondamentali per il mercato interno, l'art. 45, primo comma, CE — eventualmente in combinato disposto con l'art. 55 CE — deve essere interpretato restrittivamente in quanto deroga al principio della libertà di stabilimento ovvero della libera prestazione dei servizi[17]. Pertanto, la deroga di cui all'art. 45, primo comma, CE non è applicabile a tutte le attività nel cui contesto ci si può avvalere di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi, cui i privati devono sottomettersi. Piuttosto, è necessario che questa partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri mostri un'intensità e un carattere diretto sufficienti.

58. L'elemento della fattispecie costituito dall'«esercizio dei pubblici poteri» nell'accezione dell'art. 45, primo comma, CE presuppone in altri termini un esercizio sufficientemente qualificato di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi o di poteri coercitivi. Questa valutazione qualitativa della partecipazione alle attribuzioni sovrane è stata sintetizzata dalla Corte nel requisito secondo cui l'applicazione dell'art. 45, primo comma, CE — in combinato disposto, se del caso, con l'art. 55 CE — presuppone una partecipazione «diretta» e «specifica» all'esercizio dei pubblici poteri[18].

59. Così la Corte, nella sentenza 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna[19], analizzando la questione se le attività svolte da imprese di sorveglianza private in Spagna partecipassero all'esercizio dei pubblici poteri, ha evidenziato che tali corpi di vigilanza privati, persino quando, in circostanze ben definite, sono chiamati ad assistere le forze dell'ordine, svolgono solo funzioni ausiliarie. Pertanto, secondo la Corte, le imprese di sorveglianza

16 — Conclusioni presentate dall'avvocato generale Mayras il 28 maggio 1974 nella causa 2/74, Reyners (Racc. pag. 665).

17 — La Corte conferma questo approccio restrittivo in una giurisprudenza ormai consolidata, evidenziando che la valutazione delle deroghe alla libertà di stabilimento previste dall'art. 45 CE deve tener conto del carattere comunitario dei limiti imposti da tale articolo alle eccezioni a detta libertà. V., ad esempio, sentenza 22 ottobre 2009, causa C-438/08, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-10219, punto 35).

18 — V., ad esempio, sentenze Commissione/Portogallo, cit. alla nota 17 (punto 36), nonché 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (Racc. pag. I-2941, punto 46), e 13 luglio 1993, causa C-42/92, Thijssen (Racc. pag. I-4047, punto 22).

19 — Causa C-114/97 (Racc. pag. I-6717, punti 38 e segg.).

private non partecipano «direttamente e specificamente» all'esercizio dei pubblici poteri. Questa soluzione era stata suggerita dall'avvocato generale Alber nelle conclusioni da lui presentate in quella causa, in uno con il rilievo che la differenziazione fra funzioni principali e ausiliarie deve essere considerata come un criterio non quantitativo, bensì qualitativo, e che esiste una differenza fra il livello di competenze delle forze dell'ordine e quello dei servizi privati di sorveglianza [20].

60. La Corte si è dimostrata analogamente rigorosa da ultimo nella sentenza 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo [21], in cui ha affermato che le attività di revisione tecnica di veicoli svolte da organismi privati — esaminate in quella causa — non rientravano nella deroga prevista dall'art. 45 CE, sebbene i suddetti organismi rilasciassero certificazioni sui controlli tecnici da essi effettuati e, sotto questo profilo, esercitassero anche prerogative proprie dei pubblici poteri. Tuttavia, a giudizio della Corte, tale esercizio di poteri non soddisfa il criterio qualitativo della partecipazione «diretta e specifica» all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45 CE. A questo riguardo, la Corte ha evidenziato, da un lato, che con l'emissione della certificazione si traggono solo le conseguenze del controllo tecnico previste dalla normativa, senza che ai centri di controllo tecnico sia attribuita un'effettiva autonomia decisionale, e, dall'altro, che le decisioni di certificare positivamente o meno il controllo tecnico vengono adottate nell'ambito di una sorveglianza statale diretta [22].

61. Precedentemente la Corte, già in occasione della verifica dell'applicabilità della deroga settoriale di cui all'art. 45 CE relativamente a commissari operanti presso imprese di assicurazione ed enti previdenziali privati, aveva affermato che la prestazione di compiti meramente ausiliari e preparatori per un ente che, adottando la decisione finale, esercita effettivamente pubblici poteri, non può essere considerata come partecipazione all'esercizio di pubblici poteri nell'accezione di cui alla suddetta norma derogatoria [23].

62. Si deve in conclusione affermare che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, perché sussista un «esercizio dei pubblici poteri» nel senso di cui all'art. 45, primo comma, CE debbono essere soddisfatti

20 — Conclusioni presentate dall'avvocato generale Alber il 7 maggio 1998 nella causa C-114/97, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-6717, paragrafi 27 e segg.). L'affermazione secondo cui l'attività delle imprese di vigilanza o sicurezza privata non costituisce di regola una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri è stata confermata nelle sentenze 13 dicembre 2007, causa C-465/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-11091, punti 31 e segg.); 31 maggio 2001, causa C-283/99, Commissione/Italia (Racc. pag. I-4363, punti 20 e segg.), e 9 marzo 2000, causa C-355/98, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1221, punti 25 e segg.).

21 — Cit. alla nota 17.

22 — La Corte era già pervenuta ad una conclusione analoga nelle sentenze 29 novembre 2007, causa C-404/05, Commissione/Germania (Racc. pag. I-10239, punti 39 e segg.), e causa C-393/05, Commissione/Austria (Racc. pag. I-10195, punti 37 e segg.), nel contesto dell'esame delle attività svolte da organismi privati di controllo dei prodotti dell'agricoltura biologica.

23 — Sentenza Thijssen, cit. alla nota 18 (punti 17 e segg.). V., del pari, sentenza Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, cit. alla nota 18 (punti 44 e segg.), relativamente a talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale esercitate dai centri di assistenza fiscale in Italia.

requisiti qualitativi elevati, contro i quali, sino ad oggi, si è quasi sempre infranto qualsiasi tentativo di invocare utilmente l'articolo suddetto[24].

63. Anche nel presente procedimento mi sembra che, sebbene i prestatori di servizi di trasporto per infortunati e infermi partecipino in misura limitata all'esercizio dei pubblici poteri, tale partecipazione, tuttavia, non presenti le caratteristiche qualitative necessarie per consentire l'applicazione dell'art. 45 CE.

64. La Repubblica federale di Germania ritiene sussistere una partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri in primo luogo in base al fatto che i contratti di cui trattasi sono qualificabili, secondo la normativa tedesca, come contratti di diritto pubblico. In secondo luogo, lo Stato membro evidenzia i diritti speciali dei servizi di soccorso secondo la normativa in materia di strade e di circolazione stradale, consistenti soprattutto nel potere di impartire ordini ad altri utenti della strada mediante l'utilizzo di luce blu e sirena, ordini che devono essere eseguiti da questi ultimi pena l'inflizione di un'ammenda. La Repubblica federale di Germania deduce, in terzo luogo, che i servizi di soccorso partecipano spesso all'organizzazione del servizio di soccorso nonché all'espletamento di funzioni autoritative nel campo della protezione antincendi e della protezione civile e che contribuiscono anche alle operazioni di polizia per la prevenzione dei rischi predisponendo strumenti di soccorso nell'ambito della sfera d'azione delle forze dell'ordine. In quarto luogo, la Repubblica federale di Germania sottolinea che la normativa regionale prevede sovente che gli addetti del servizio di soccorso siano nominati funzionari esecutivi dell'amministrazione.

65. I suddetti argomenti non sono convincenti.

66. Con il primo argomento, la Repubblica federale di Germania disconosce il principio secondo cui l'ordinamento giuridico comunitario non intende, in via di principio, definire le sue nozioni ispirandosi ad uno o più ordinamenti giuridici nazionali[25]. La circostanza che, secondo la normativa tedesca, i servizi di soccorso di cui trattasi debbano essere organizzati su base giuspubblicistica non è rilevante per stabilire se i suddetti servizi rientrino o meno nel campo di applicazione dell'art. 45 CE.

67. Sebbene la Repubblica federale di Germania presupponga poi correttamente che l'utilizzo di luce blu e sirena da parte dei servizi

24 — Oltre alle già cit. sentenze, v., ad esempio, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-281/06, Jundt (Racc. pag. I-12231, punti 35 e segg.), relativamente allo svolgimento di attività di insegnamento per conto di un'università.

25 — V. paragrafi 54 e segg. delle presenti conclusioni.

di soccorso debba essere considerato come esercizio di una prerogativa che esorbita dal diritto comune, mi sembra che il concreto atteggiarsi di tale prerogativa non raggiunga l'intensità necessaria, secondo una giurisprudenza costante, per consentire l'applicazione dell'art. 45 CE. Infatti, le suddette prerogative speciali si esauriscono, da un lato, nell'equipaggiamento particolare dei veicoli del servizio di soccorso e nella dotazione degli stessi di luce blu e sirena e, dall'altro, nell'assegnazione della precedenza a questi veicoli nei confronti degli altri conducenti in presenza di circostanze particolari nella circolazione stradale, là dove, peraltro, la mancata osservanza delle suddette prerogative speciali da parte degli altri utenti della strada dovrebbe essere considerata alla stregua di un'infrazione sanzionata da un'ammenda. Queste prerogative speciali, dalle caratteristiche piuttosto blande, non soddisfano a mio avviso i rigorosi requisiti qualitativi per l'esercizio dei pubblici poteri nell'accezione dell'art. 45 CE, di cui si è già discusso.

68. In questo contesto non risultano convincenti nemmeno gli elementi dedotti dal governo tedesco riguardanti la partecipazione dei servizi di soccorso all'organizzazione del servizio di soccorso, alla tutela antincendi e alla protezione civile, nonché la predisposizione di strumenti di soccorso a sostegno delle autorità di pubblica sicurezza e dei vigili del fuoco. A questo proposito si deve considerare, da un lato, che la predisposizione di strumenti di soccorso a sostegno delle autorità di pubblica sicurezza è valutabile di regola come un'attività meramente ausiliaria o preparatoria che, secondo la giurisprudenza già illustrata, non può costituire una partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri. Persino qualora gli esempi di partecipazione dei servizi di soccorso all'organizzazione del servizio di soccorso nonché alla protezione antincendi e alla protezione civile[26], citati dalla Repubblica federale di Germania, dovessero esorbitare da mere attività ausiliarie o preparatorie, neppure tali attività soddisferebbero i rigorosi requisiti qualitativi per l'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45 CE, di cui si è già discusso.

69. Infine, l'argomento relativo alla possibilità, spesso prevista dalle normative regionali, che gli addetti ai servizi di soccorso siano nominati funzionari esecutivi dell'amministrazione non può essere accolto già solo se si considera che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, la deroga di cui agli artt. 45 CE e 55 CE non può essere estesa a un'intera professione quando le attività eventualmente partecipanti all'esercizio dei pubblici poteri rappresentino un elemento scindibile dall'insieme dell'attività professionale di cui trattasi[27].

70. In base alle considerazioni che precedono, pervengo alla conclusione che nell'attività

26 — Come esempi di attribuzioni pubbliche espletate dai prestatori di servizi di soccorso, la Repubblica federale fa riferimento alle misure di sgombero, messa in sicurezza e perimetrazione dei luoghi in caso di emergenza e, in generale, alla partecipazione dei suddetti prestatori di servizi di soccorso alla pianificazione, organizzazione e amministrazione del servizio di soccorso, nel cui ambito essi avrebbero, ad esempio, il diritto di imporre a terzi obblighi di informazione e comunicazione o potrebbero decidere circa l'intervento di altri servizi specializzati.

27 — Sentenze Commissione/Germania, cit. alla nota 22 (punto 47), e Commissione/Austria, cit. alla nota 22 (punto 45).

di prestazione di servizi di soccorso di cui trattasi non è di per sé ravvisabile una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Nel presente procedimento la deroga settoriale di cui all'art. 45 CE non è dunque pertinente.

2. Insussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 86, n. 2, CE

71. Facendo riferimento alla sentenza Ambulanz Glöckner[28], la Repubblica federale di Germania afferma in subordine che i servizi di soccorso dovrebbero essere inquadrati come servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE, là dove in tale contesto la causa di giustificazione prevista da tale disposizione potrebbe essere trasposta senza limitazioni al settore della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

72. Tale tesi non mi convince.

73. Si deve convenire con la Repubblica federale di Germania là dove afferma che la Corte, nelle sentenze 23 ottobre 1997, Commissione/Paesi Bassi[29], e 18 giugno 1998, Corsica Ferries France[30], ha dichiarato applicabile la causa di giustificazione di cui all'art. 86, n. 2, CE anche a provvedimenti statali contrari alle disposizioni del Trattato CE sulla libera circolazione delle merci o dei servizi, confermando dunque che l'art. 86, n. 2, CE può essere addotto a giustificazione di violazioni dell'art. 86, n. 1, CE in connessione alle libertà fondamentali[31].

74. Tuttavia, considerando i recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte, si pone in primo luogo la questione se le sentenze Commissione/Paesi Bassi e Corsica Ferries France possano ancora vantare una validità assoluta su tale punto. Infatti, secondo la più recente giurisprudenza, la circostanza che un'attività, in considerazione del suo concreto atteggiarsi, esuli dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza non comporta necessariamente che essa sia altresì esclusa dal campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione[32].

75. Si pone pertanto la questione se l'orientamento giurisprudenziale formato dalle sentenze Commissione/Paesi Bassi e Corsica Ferries in merito all'applicabilità dell'art. 86,

28 — Sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner (Racc. pag. I-8089).

29 — Causa C-157/94 (Racc. pag. I-5699, punti 27 e segg.).

30 — Causa C-266/96 (Racc. pag. I-3949, punto 59).

31 — In tal senso anche Mestmäcker/Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4ª ed., Monaco di Baviera, 2007, art. 86, n. 2, TCE, punto 42; Pernice/Wernicke, in Grabitz/Hilf, op. cit. alla nota 14, art. 86 TCE, punto 53.

32 — Sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, «Viking Line» (Racc. pag. I-10779, punto 53). V. anche sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina (Racc. pag. I-6991, punti 31-34).

n. 2, CE nel settore delle libertà fondamentali non debba essere oggetto di ripensamento, tanto più che la Corte, nella sua giurisprudenza più risalente, sembrava ancora escludere una siffatta applicabilità [33].

76. Tuttavia, nel presente procedimento la suddetta questione non necessita di essere ulteriormente discussa, dato che la Repubblica federale di Germania già fallisce nella dimostrazione che siano di per sé soddisfatti i presupposti per l'applicazione dell'art. 86, n. 2, CE.

77. Spetta allo Stato membro che si richiami all'art. 86, n. 2, CE dimostrare che ricorrono i presupposti per la sua applicazione [34].

78. Quanto a tali presupposti, l'art. 86, n. 2, CE esige nella specie la prova del fatto che i servizi di soccorso in questione devono essere qualificati come servizi di interesse economico generale, che una modifica della contestata prassi di affidamento di appalti in senso conforme al diritto comunitario impedirebbe o pregiudicherebbe, in fatto o in diritto, la prestazione dei suddetti servizi, e che lo sviluppo degli scambi commerciali non è stato compromesso dalla prassi censurata in misura inconciliabile con gli interessi della Comunità.

79. Mentre l'inquadramento dei servizi di trasporto d'urgenza come servizi di interesse economico generale nell'accezione dell'art. 86, n. 2, CE potrebbe essere pacifico [35], la Repubblica federale di Germania omette di dimostrare, nel presente procedimento, che la prassi di affidamento di appalti contestata è assolutamente necessaria e che l'adempimento della missione di erogare i servizi di soccorso in questione non può pertanto essere garantito con altri strumenti più rispettosi del diritto comunitario.

80. Sotto questo profilo la Repubblica federale di Germania si limita a dedurre che l'integrazione di sempre nuovi prestatori di servizi di soccorso nel sistema di soccorso di una regione potrebbe ostacolare o impedire il sovvenzionamento incrociato fra zone altamente urbanizzate, in cui la prestazione di servizi di soccorso è più redditizia, e zone molto meno redditizie, con una minore densità abitativa. Inoltre, la tutela delle organizzazioni di

33 — Sentenza 10 luglio 1984, causa 72/83, Campus Oil e a. (Racc. pag. 2727, punto 19).

34 — V., ex multis, sentenza 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5815, punto 101).

35 — V., ad esempio, sentenza Ambulanz Glöckner, cit. alla nota 28 (punto 55).

assistenza operanti in Germania ed organizzate su base associativa, inerente all'attuale prassi di affidamento, sarebbe necessaria poiché a queste organizzazioni incomberebbe un obbligo di soccorso in caso di calamità. Solo queste organizzazioni garantirebbero quindi la possibilità di fare ricorso, nel caso di disastri, ad una pluralità di volontari residenti in prossimità del luogo di intervento, tenendo peraltro presente che questi operatori avrebbero la necessità di maturare regolarmente esperienza pratica nel servizio di soccorso.

81. Alla tesi del sovvenzionamento incrociato la Commissione ha obiettato, nella sua replica, che l'asserzione secondo cui le organizzazioni che erogano servizi di soccorso necessiterebbero di tale sovvenzionamento per organizzare in modo remunerativo la fornitura dei servizi in zone meno redditizie non costituisce un valido argomento contro l'indizione di gare d'appalto per i servizi di soccorso conformemente ai dettami del diritto comunitario. Della diversa redditività di talune zone potrebbe essere tenuto conto aumentando il corrispettivo per quelle meno remunerative. In alternativa, si potrebbe prevedere di affidare congiuntamente servizi di soccorso d'emergenza e di trasporto di infermi per territori geograficamente circoscritti comprendenti sia zone più redditizie che zone meno redditizie.

82. Nella sua controreplica la Repubblica federale di Germania non ha sostenuto che, alla luce del pertinente contesto di fatto e di diritto, le suddette alternative in materia di affidamento degli appalti suggerite dalla Commissione renderebbero più difficile o addirittura impossibile l'adempimento della missione di prestare servizi di trasporto d'urgenza. Alla luce di ciò, l'argomento secondo cui la prassi di affidamento di appalti contestata sarebbe necessaria per via del sovvenzionamento incrociato che essa comporta deve essere respinto in quanto non sufficientemente circostanziato.

83. Lo stesso dicasi per l'argomento relativo alla molteplicità di operatori volontari residenti vicino al luogo di intervento. A questo riguardo, la Commissione ha menzionato, come alternativa conforme alla disciplina sugli appalti, la possibilità di organizzare gare d'appalto in cui la reperibilità in loco costituisca un criterio di selezione. Nella propria controreplica la Repubblica federale di Germania non ha contestato in maniera circostanziata neanche questa possibilità.

84. Alla luce delle suesposte considerazioni, concludo che la Repubblica federale di Germania non ha fornito la prova, ad essa incombente, che la prassi di affidamento di servizi di soccorso contestata nel presente procedimento soddisfi i presupposti di applicazione

dell'art. 86, n. 2, CE. Già solo per questo motivo il richiamo dello Stato convenuto a tale norma deve essere respinto in quanto infondato.

3. Analisi delle nove procedure di affidamento censurate

85. La Commissione contesta nove procedure di affidamento relative alla prestazione di servizi di soccorso in quattro Länder. Su questo fondamento essa mira a far dichiarare l'esistenza di un'illegittima prassi di affidamento di appalti nella Repubblica federale di Germania. Poiché una prassi illegittima può sussistere solo nella misura in cui si sia verificata un'effettiva violazione del diritto comunitario nell'ambito dell'espletamento delle singole procedure di affidamento censurate, verificherò innanzi tutto se ed in che misura siano riscontrabili nell'ambito dei singoli affidamenti violazioni delle norme e dei principi fatti valere dalla Commissione.

a) Affidamento di appalti da parte della città di Magdeburgo (Sassonia-Anhalt)

86. Secondo quanto affermato dalla Commissione, a partire dall'ottobre 2005 la città di Magdeburgo avrebbe espletato, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, una cosiddetta «procedura di autorizzazione» per l'attribuzione di contratti a titolo oneroso relativi a servizi di soccorso. Oggetto delle prestazioni sarebbero stati la messa a disposizione di veicoli e di personale per il soccorso d'emergenza e/o il trasporto qualificato di infermi per il periodo compreso fra il 2007 e il 2011, per un valore di appalto superiore ad EUR 7 milioni annui. Non risulta che sia stata svolta una gara d'appalto a livello comunitario.

87. I suddetti fatti non sono contestati dalla Repubblica federale di Germania.

88. Secondo la Commissione, in questo affidamento di appalto è ravvisabile una violazione, da parte della Repubblica federale di Germania, dell'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero dell'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18. Con il suddetto affidamento, inoltre, sarebbero stati violati anche il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

i) Violazione dell'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero dell'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18

89. Convengo con la Commissione quando sostiene che con la contestata attribuzione di appalti da parte della città di Magdeburgo è

stato comunque violato l'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero l'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18.

a valore — la componente del trasporto o, invece, la componente dell'assistenza medica.

ii) Assenza di violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dal diritto primario

90. La Commissione ha affermato — senza essere contraddetta sul punto — che la città di Magdeburgo, nella veste di amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle direttive sugli appalti, ha stipulato per iscritto con un prestatore di servizi un contratto a titolo oneroso relativo alla prestazione di servizi di soccorso, il cui valore stimato supera le soglie di cui alla direttiva 92/50 ovvero alla direttiva 2004/18. Sebbene non sia stato accertato con precisione come e quando si sono svolti i fatti che hanno portato all'affidamento dell'appalto (secondo la Commissione il procedimento si è svolto a partire dall'ottobre 2005), e malgrado dunque non sia chiaro se la procedura controversa debba essere esaminata, in tutto o in parte, alla luce della direttiva 92/50 oppure della direttiva 2004/18[36], la mancanza di informazioni più precise circa la cronologia della procedura di attribuzione nel presente caso non può indurre a negare la violazione della disciplina sugli appalti. Infatti, sia che fosse applicabile la direttiva 92/50 sia che lo fosse la direttiva 2004/18, la città di Magdeburgo avrebbe dovuto comunque osservare l'obbligo di comunicazione degli appalti aggiudicati (art. 16 della direttiva 92/50 ovvero art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18), e ciò indipendentemente dalla questione se nei servizi di soccorso fosse prevalente — quanto

— Esame della fondatezza sul presupposto della parziale irricevibilità del motivo relativo alla violazione del diritto primario

91. Come ho già chiarito nel contesto della verifica della ricevibilità, il presente ricorso deve essere respinto in quanto irricevibile nella parte in cui si chiede di accertare che l'attribuzione di appalti relativi alla prestazione di servizi di soccorso riguardanti in via prioritaria il trasporto di persone ha rappresentato una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi[37].

92. Il motivo di ricorso attinente alla violazione dei suddetti principi di diritto primario è dunque ricevibile solo nella misura in cui con esso si contesta l'attribuzione di servizi di

36 — La normativa applicabile è quella in vigore nel momento in cui l'atto deve essere compiuto od omesso. V., a tale proposito, Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, punto 416. V. anche sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8377, punti 38 e segg.).

37 — V. paragrafi 30 e segg. delle presenti conclusioni.

soccorso riguardanti in via prioritaria l'assistenza medica.

93. Perché questo motivo — circoscritto in tal guisa — possa essere dichiarato fondato, la Commissione dovrebbe innanzi tutto dimostrare che le procedure di affidamento da essa contestate avevano ad oggetto servizi di soccorso riguardanti in via prioritaria l'assistenza medica. Nel presente procedimento la Commissione, tuttavia, non ha dedotto — né tanto meno dimostrato — questo punto. Invece, a suo avviso, può soprassedersi all'esame della questione se i servizi di cui trattasi riguardino in via prioritaria il trasporto di persone o piuttosto l'assistenza medica.

94. Considerato che nell'ambito di un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE incombe alla Commissione provare la sussistenza dell'asserito inadempimento e fornire alla Corte tutti gli elementi necessari per pronunciarsi sul caso[38], e che, alla luce delle suesposte osservazioni, la Commissione non ha adempiuto a tale onere di allegazione e di prova, il motivo di ricorso relativo alla violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza, inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi, deve — nella misura in cui è ricevibile — essere respinto in quanto infondato.

— In via subordinata: analisi della fondatezza nel caso in cui il motivo relativo alla violazione del diritto primario fosse dichiarato integralmente ricevibile

95. Qualora la Corte, diversamente da quanto sostenuto nelle presenti conclusioni, dovesse dichiarare integralmente ricevibile il motivo relativo alla violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, del pari integralmente esso dovrebbe essere esaminato sotto il profilo della sua fondatezza.

96. Punto di partenza per l'analisi della fondatezza è, in tale ipotesi, la constatazione che la Commissione ha volutamente lasciato irrisolta la questione se le prestazioni di servizi di soccorso in esame riguardino in via prioritaria il trasporto di persone o piuttosto l'assistenza medica. Per tale motivo non si può accertare se tali prestazioni di servizi — in quanto prestazioni di servizi miste nell'accezione della direttiva 92/50 ovvero della direttiva 2004/18 — siano soggette alla piena

38 — V. sentenze 29 ottobre 2009, causa C-246/08, Commissione/Finlandia (Racc. pag. I-10605, punto 52); 6 ottobre 2009, causa C-438/07, Commissione/Svezia (Racc. pag. I-9517, punto 49), e 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-9777, punto 33).

applicazione delle direttive sugli appalti[39] e se esse, pertanto, avrebbero dovuto essere oggetto di gara conformemente alle procedure di affidamento previste nelle suddette direttive. La Commissione ha cercato di eludere il problema contestando globalmente nel suo ricorso una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

Principio del primato applicativo del diritto derivato

97. Tuttavia, a seguito di questa decisione di tattica processuale della Commissione, nel presente procedimento sorge la questione di principio se la Commissione, maturato il convincimento che la condotta di uno Stato membro possa costituire una violazione tanto del diritto primario quanto complessivamente delle direttive 92/50 ovvero 2004/18, sia libera di decidere, nel contesto di un procedimento ai sensi dell'art. 226 CE, se fondare la domanda del proprio ricorso sul diritto primario oppure sulle direttive in materia di appalti. Di seguito tratterò tale questione chiamando in gioco il principio del primato applicativo del diritto derivato e prendendo in esame la ratio del procedimento di cui all'art. 226 CE.

98. Successivamente analizzerò i rigorosi requisiti di diritto primario che, secondo la più recente giurisprudenza, sono applicabili alla prova dell'esistenza di un interesse transfrontaliero all'affidamento di servizi secondari, e illustrerò le conclusioni che si possono trarre da tale giurisprudenza per giudicare il caso di specie.

99. Secondo una costante giurisprudenza, il principio del primato applicativo del diritto derivato stabilisce che l'armonizzazione esaustiva di un determinato settore attuata a livello comunitario mediante norme secondarie comporta che qualsiasi misura nazionale relativa a tale settore debba essere valutata in rapporto alle disposizioni dell'atto di diritto derivato e non di quelle del Trattato CE[40].

100. Nel presente procedimento la Commissione censura sostanzialmente, a livello di diritto primario, una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

39 — Al riguardo, v. paragrafi 34 e segg. delle presenti conclusioni.

40 — V., ad esempio, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-322/01, Deutscher Apothekerverband (Racc. pag. I-14887, punto 64).

101. Secondo una costante giurisprudenza, il principio di diritto primario della parità di trattamento nel settore dell'attribuzione degli appalti pubblici implica che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità[41]. Da questo obbligo di parità di trattamento e dal divieto di discriminazione per motivi di nazionalità discende un obbligo di trasparenza, consistente nel dovere di garantire ad ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura alla concorrenza dell'affidamento di appalto, nonché il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione[42].

102. Questo obbligo di parità di trattamento e di realizzazione di una trasparenza sufficiente, sancito dal diritto primario, è stato oggetto della più ampia armonizzazione all'interno delle direttive 92/50 e 2004/18, attraverso una regolamentazione estremamente dettagliata dei più svariati obblighi di informazione, comunicazione e pubblicità. Tali obblighi di trasparenza sanciti dal diritto derivato si caratterizzano per il dettaglio con cui vengono uniformati, ciò che per vari profili deve ritenersi costituire un'armonizzazione integrale[43].

103. Pertanto, alla luce del primato applicativo del diritto derivato, nel presente procedimento si pone la questione se la Commissione possa contestare una violazione del principio di non discriminazione sancito dal diritto primario e del conseguente obbligo di trasparenza, quantunque l'attribuzione degli appalti in questione sia integralmente soggetta alle direttive sugli appalti in caso di prevalenza per valore dell'elemento del trasporto[44] e sebbene nelle suddette direttive sugli appalti tale principio di non discriminazione e tale obbligo

41 — Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 48).

42 — Sentenze 15 ottobre 2009, causa C-196/08, Acoset (Racc. pag. I-9913, punto 49), e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 21). Su questo rapporto fra principio di non discriminazione e obbligo di trasparenza, v. sentenze Commissione/Irlanda, cit. alla nota 38 (punti 30 e segg.); 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia (Racc. pag. I-619, punto 66); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punti 17 e segg.), e 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punti 60 e segg.).

43 — Si deve ritenere in generale che le direttive 92/50 e 2004/18 non fossero di per sé finalizzate all'armonizzazione completa degli affidamenti di appalti pubblici rientranti nei rispettivi ambiti di applicazione. Ciò si evince già dai titoli delle suddette direttive, in cui si menziona il «coordinamento» delle procedure di aggiudicazione degli appalti. La circostanza che lo scopo di queste direttive fosse un'armonizzazione minima non esclude tuttavia che taluni settori siano stati nondimeno armonizzati esaustivamente. Attesa la regolamentazione estremamente dettagliata operata dalle suddette direttive relativamente agli obblighi di informazione, comunicazione e pubblicità nelle singole procedure di affidamento, soprattutto in questo settore è estremamente difficile tracciare un confine fra un'armonizzazione minima — molto dettagliata — ed un'armonizzazione integrale ed esaustiva. Come ha correttamente evidenziato l'avvocato generale Mazák nelle conclusioni da lui presentate il 22 settembre 2009 nella causa C-299/08, Commissione/Francia (paragrafi 12 e segg.), e come ha ribadito la Corte nella sentenza 10 dicembre 2009, causa C-299/08, Commissione/Francia (Racc. pag. I-11587, punti 28 e segg.), l'elencazione delle singole procedure di affidamento di cui agli artt. 28 e segg. della direttiva 2004/18 deve comunque considerarsi esaustiva. Da ciò discende direttamente che quanto meno anche singole disposizioni riguardanti tali procedure debbono essere considerate quale espressione di un'armonizzazione integrale.

44 — Qualora la Commissione avesse invece dimostrato che i servizi di soccorso devono essere trattati come contratti di servizi secondari e, pertanto, devono essere soggetti solo parzialmente alle direttive sugli appalti, sarebbe possibile, secondo una costante giurisprudenza, nel caso di esistenza di un interesse transfrontaliero certo, applicare i principi discendenti dagli artt. 43 CE e 49 CE. V., ad esempio, sentenza Commissione/Irlanda, cit. alla nota 38 (punti 29 e segg.).

di trasparenza inerenti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi siano stati disciplinati in dettaglio e, in taluni settori, persino armonizzati esaustivamente.

104. Sino ad oggi tale questione non è ancora stata risolta in modo definitivo nella giurisprudenza della Corte.

105. È assodato che il primato applicativo del diritto derivato impedisce di invocare cause di giustificazione sancite dal diritto primario per legittimare lesioni delle libertà fondamentali, qualora il pregiudizio riguardi un settore in cui le cause di giustificazione sono soggette ad un'armonizzazione integrale[45]. Viceversa, una disposizione nazionale con cui uno Stato membro adempie i propri obblighi derivanti da un atto di diritto derivato non può essere qualificata come violazione di una libertà fondamentale[46]. Infatti, se fosse possibile contrapporre una facoltà concessa dal diritto primario ad un divieto sancito dal diritto derivato o un divieto stabilito dal diritto primario ad un precetto dettato dal diritto derivato, verrebbe compromesso l'ambito applicativo delle norme secondarie[47].

106. Sebbene in molteplici pronunce pregiudiziali sia stato del pari ribadito che le misure nazionali non possono più essere valutate secondo il metro delle libertà fondamentali se e nella misura in cui esista una disciplina esaustiva di diritto derivato[48], a tutt'oggi regna ancora vasta incertezza sulla questione se il mancato rispetto delle libertà suddette non possa più essere contestato direttamente neppure nell'ambito di un procedimento per inadempimento qualora la condotta censurata costituisca o possa costituire al contempo una violazione di una normativa di diritto derivato con cui è stato armonizzato completamente un settore soggetto a tali libertà fondamentali[49].

107. A mio avviso, l'inosservanza del principio di non discriminazione e dell'obbligo di

45 — Sentenze 24 marzo 2009, causa C-445/06, Danske Slagterier (Racc. pag. I-2119, punto 25); 11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, Bristol-Myers Squibb e a. (Racc. pag. I-3457, punto 25); 30 novembre 1983, causa 227/82, Van Bennekom (Racc. pag. 3883, punto 35), e 5 ottobre 1977, causa 5/77, Tedeschi (Racc. pag. 1555, punti 33 e segg.).

46 — V., ad esempio, sentenza Deutscher Apothekenverband, cit. alla nota 40 (punti 52 e segg.).

47 — In questo senso, Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, op. cit. alla nota 14, prima di artt. 39-55 TCE, punto 149.

48 — Come riferimento fondamentale si può citare la sentenza 12 ottobre 1993, causa C-37/92, Vanacker e Lesage (Racc. pag. I-4947). V. anche sentenze 17 aprile 2007, causa C-470/03, AGM-COS.MET (Racc. pag. I-2749, punti 50 e segg.); 13 gennaio 2005, causa C-145/02, Denkavit (Racc. pag. I-51, punti 22 e segg.); 14 dicembre 2004, causa C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft (Racc. pag. I-11763, punti 52 e segg.), e 13 dicembre 2001, causa C-324/99, Daimler Chrysler (Racc. pag. I-9897, punti 32 e segg.).

49 — Per una restrizione del campo di applicazione delle libertà fondamentali mediante atti di diritto derivato che introducono un'armonizzazione completa, v. Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (a cura di Calliess, C./Ruffert, M.), 3ª ed., 2007, artt. 28-30 TCE, punto 18.

trasparenza derivanti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi non può più essere contestata direttamente nell'ambito di un ricorso per inadempimento qualora la condotta censurata rappresenti al contempo una violazione di una disciplina di diritto derivato fondata su tali libertà fondamentali e mirante ad un'armonizzazione completa. Qualora invece, in un caso siffatto, alla Commissione venisse concessa la possibilità di scegliere se contestare una violazione della libertà fondamentale oppure una violazione della disciplina di diritto derivato completamente armonizzata, ciò minerebbe alla radice l'efficacia applicativa del diritto derivato.

108. La peculiarità degli atti di diritto derivato che introducono una piena armonizzazione risiede nel fatto che gli Stati membri non possono discostarsi per eccesso o per difetto dai pertinenti precetti di diritto comunitario in essi contenuti. In questo contesto, le normative che creano un'armonizzazione piena sono formulate, in linea di principio, in termini molto concreti. Di conseguenza, quando un settore soggetto ad una libertà fondamentale diviene oggetto di una piena armonizzazione ad opera del diritto derivato, è pressoché escluso che il diritto primario e il diritto secondario impongano agli Stati membri esattamente gli stessi obblighi. Con la disciplina di diritto derivato, infatti, le disposizioni relative alle libertà fondamentali ricevono una formulazione dettagliata, precisandosi in diritti e doveri concreti. I precetti di diritto primario, invece, sono formulati in termini molto più generali e, pertanto, in linea di principio possono essere rispettati con diverse modalità. Questa diversa incisività normativa determina necessariamente una situazione di tensione, sotto il profilo dei contenuti, fra diritto primario e norme secondarie di piena armonizzazione, soprattutto fra una «facoltà di diritto primario» e un «divieto di diritto derivato», o viceversa.

109. Nella già citata giurisprudenza riguardante l'inapplicabilità delle cause di giustificazione di diritto primario qualora queste siano oggetto di un'armonizzazione piena, la suddetta contrapposizione fra la «facoltà di diritto primario» e il «divieto di diritto derivato» si risolve a favore di quest'ultimo, cui viene così concesso un primato applicativo. In base al medesimo contemperamento di interessi, anche la generale contrapposizione fra la libertà fondamentale di diritto primario, dal contenuto più astratto e indefinito, ed una normativa secondaria di piena armonizzazione fondata su tale libertà, dal contenuto più concreto e netto, si deve risolvere a favore di quest'ultima[50], come la Corte ha ribadito in sede di rinvio pregiudiziale in una giurisprudenza ormai consolidata[51].

50 — Sebbene nella sentenza Danske Slagterier, cit. alla nota 45 (punti 18 e segg.), sia stata ribadita la possibilità per i cittadini di invocare il diritto alla libera circolazione delle merci a dispetto dell'esistenza di due direttive di armonizzazione, la Corte in quella sentenza non si è però pronunciata contro il primato applicativo del diritto derivato quale tratteggiato nelle presenti conclusioni. Infatti, come ho evidenziato nella conclusioni presentate il 4 settembre 2008 nella medesima causa (paragrafo 82), nulla indica che il legislatore comunitario con queste direttive abbia voluto disciplinare anche i diritti dei cittadini dell'Unione e privarli così della possibilità di invocare il loro diritto alla libera circolazione delle merci ex art. 28 CE.

51 — V., in proposito, le sentenze cit. alla nota 48.

110. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Commissione, qualora accerti che la condotta di uno Stato membro potrebbe costituire una violazione tanto di disposizioni di diritto primario quanto di norme secondarie di piena armonizzazione basate su queste ultime, non si può limitare, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, a contestare globalmente una violazione del diritto primario.

111. Lo stesso deve valere in un caso, come quello di specie, in cui si contesta una violazione del principio di non discriminazione derivante dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi nonché del conseguente obbligo di trasparenza, malgrado che le direttive sugli appalti potrebbero essere pienamente applicate e che proprio l'obbligo di trasparenza sia disciplinato in queste direttive in modo dettagliato e, in taluni punti, esaustivo. Infatti, a causa della regolamentazione estremamente dettagliata degli obblighi di trasparenza operata con norme secondarie nelle direttive sugli appalti, si pone anche in questo caso il problema di una situazione di contrapposizione fra una «facoltà di diritto primario» e un «divieto di diritto derivato», e viceversa, la quale, alla luce delle osservazioni suesposte, deve essere risolta in favore della normativa di diritto derivato[52].

112. In base a queste considerazioni, la Commissione non si può limitare, in un caso come quello di specie, a contestare globalmente una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

113. Tale constatazione è confermata da un'analisi più puntuale della ratio del procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE. Questo procedimento ha sostanzialmente una funzione di tipo giuridico-oggettivo, ossia applicare e garantire in modo uniforme il diritto comunitario[53]. Il procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, dunque, non mira a sanzionare uno Stato membro. La constatazione della contrarietà al diritto comunitario di un determinato fatto o situazione non è un

52 — In questo contesto merita ricordare che nel caso di un'armonizzazione minima vengono stabiliti gli standard minimi che gli Stati membri sono tenuti a raggiungere. Laddove questi standard minimi fissino regole rigorose circa procedure e termini da rispettare, che devono essere osservate per adempiere all'obbligo di parità di trattamento e di trasparenza, può sorgere un conflitto con i precetti di diritto primario, dal carattere non meno evidente che nel caso di un'armonizzazione integrale.

53 — Gaitanides, C., in von der Groeben, H., Schwarze, J. (a cura di), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6ª ed., Baden-Baden, 2003, art. 226 CE, punto 2. V. anche Rengeling, H.W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2 ª ed., Monaco di Baviera, 2003, § 6, punto 2.

fine a sé stesso, bensì mira anzitutto a creare certezza circa l'esistenza di una situazione contraria al diritto comunitario e la portata di questa. L'accertamento giudiziario di un inadempimento di uno Stato membro mira al contempo ad individuare quali provvedimenti si impongano, in forza del diritto comunitario, per (ri)creare una situazione conforme a quest'ultimo[54].

114. Se, in un procedimento come quello presente, si dovesse constatare in linea generale che la Repubblica federale di Germania tramite i controversi affidamenti di appalti ha violato il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza sanciti dal diritto primario, senza però chiarire se i servizi misti di cui trattasi presentino in via prioritaria elementi propri di servizi primari e se, conseguentemente, le direttive sugli appalti siano pienamente applicabili, non si potrebbe successivamente stabilire con certezza quali misure si impongano, in forza del diritto comunitario, per (ri)creare una situazione conforme a quest'ultimo. Infatti, qualora i servizi di soccorso fossero completamente soggetti alle direttive sugli appalti, non sarebbe sufficiente rispettare l'obbligo di trasparenza sancito — in forma meno nitida e definita nella sostanza — dal diritto primario, per soddisfare le prescrizioni estremamente dettagliate delle direttive suddette[55].

115. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, concludo che, alla luce del primato applicativo del diritto derivato nonché dello scopo del procedimento per inadempimento di cui all'art. 226 CE, il controverso affidamento di appalto da parte della città di Magdeburgo, censurato dalla Commissione, non può essere valutato assumendo a parametro il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

Dimostrazione di un interesse transfrontaliero all'affidamento in appalto di servizi secondari

116. Fattispecie meramente nazionali non rientrano, in linea di principio, nel campo d'applicazione delle libertà fondamentali.

54 — V. Gaitanides, C., op. cit. alla nota 53, punto 12, secondo cui il procedimento ai sensi dell'art. 226 CE non riguarda né l'affermazione di una responsabilità degli Stati membri nell'accezione del diritto internazionale generale né una condanna, bensì la constatazione oggettiva di una situazione. Il procedimento avrebbe una funzione meramente definitoria e perseguirebbe solo lo scopo di costringere gli Stati membri a far cessare le attuali violazioni del Trattato. La stigmatizzazione dello Stato inadempiente potrebbe eventualmente costituire un effetto collaterale, giammai lo scopo del procedimento.

55 — Secondo una giurisprudenza costante, infatti, l'obbligo di trasparenza impone di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, ma non comporta necessariamente un obbligo di far ricorso ad una gara; v. sentenze 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant (Racc. pag. I-8457, punto 25), e Coname, cit. alla nota 42 (punto 21). In questo contesto Egger, A., op. cit. alla nota 36 (punti 147 e segg.), sottolinea che i precetti di diritto primario lasciano agli Stati membri un margine di azione più ampio rispetto alle direttive sugli appalti. A questo proposito, tale autore sottolinea giustamente che non solo vi è un diverso rigore nello svolgimento dell'analisi, ma che i precetti di diritto primario sono più generici e, pertanto, complessivamente meno rigorosi e dettagliati. V. I.J. van den Berge, «De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies», *NTER* 2005, pagg. 241 e 243, secondo cui gli artt. 28 CE, 43 CE e 49 CE quasi non consentono asserzioni con validità generale circa gli obblighi di trasparenza che devono essere osservati.

Conseguentemente la Commissione, quando contesta una violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, deve fornire la prova di un interesse transfrontaliero all'affidamento degli appalti in questione.

117. Nella sua sentenza 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda[56], la Corte, con riferimento all'affidamento di servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50, ha sottolineato che, sebbene tali servizi siano in linea generale soggetti ai principi del Trattato CE nel campo del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, la Commissione è tuttavia tenuta sempre a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo all'appalto in questione. In questo contesto, la mera indicazione, da parte della Commissione, dell'esistenza di una denuncia che le è stata rivolta in relazione all'appalto in esame non è sufficiente a dimostrare che l'appalto presentava un interesse transfrontaliero certo e non basta dunque per constatare l'esistenza di un inadempimento[57].

118. Questa verifica rigorosa della sussistenza di un interesse transfrontaliero all'affidamento di servizi secondari si spiega — almeno in parte — con il fatto che, secondo il legislatore comunitario, gli appalti relativi ai servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50 ovvero all'allegato II B della direttiva 2004/18 non presentano a priori una rilevanza transfrontaliera. Pertanto, le direttive 92/50 e 2004/18 prescrivono, per questa categoria di servizi, solo una pubblicità ex post[58].

119. Poiché nel contesto di un procedimento per inadempimento spetta alla Commissione fornire alla Corte tutti gli elementi necessari per pronunciarsi sul caso, la Commissione non può eludere i requisiti più rigorosi stabiliti dal diritto primario per la prova dell'esistenza di un interesse transfrontaliero — applicabili all'affidamento di servizi misti connotati prevalentemente come servizi secondari — lasciando di proposito irrisolta la questione dell'inquadramento di tali servizi in base alla disciplina sugli appalti. Pertanto, la Commissione è tenuta, anche in un caso come quello di specie, a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero all'affidamento dei servizi in questione conformemente alle regole rigorose stabilite dalla Corte nella citata sentenza 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda, in materia di servizi secondari.

120. Per provare l'esistenza di un interesse transfrontaliero all'attribuzione di appalti effettuata dalla città di Magdeburgo, la Commissione si limita a fare riferimento ad una

56 — Sentenza Commissione/Irlanda, cit. alla nota 38 (punti 29 e segg.).

57 — Ibidem, punto 34.

58 — Ibidem, punto 25. V., del pari, Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlino e a., 2007, punto 2116.

denuncia generica relativa all'affidamento di servizi di soccorso in Germania nonché alla rilevanza economica dei servizi in questione, per cui, data l'entità cospicua degli appalti, si dovrebbe necessariamente presumere un vivo interesse da parte dei prestatori di servizi stranieri. Queste considerazioni generiche della Commissione, che non si riferiscono minimamente all'affidamento dei contratti da parte della città di Magdeburgo e che, inoltre, sono in parte basate su supposizioni, non soddisfano i requisiti rigorosi necessari per dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero all'affidamento di servizi secondari.

121. In assenza di prova di una rilevanza transfrontaliera, gli argomenti della Commissione, secondo cui con l'affidamento degli appalti da parte della città di Magdeburgo sarebbero stati altresì violati il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza derivanti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, devono essere respinti in quanto infondati.

iii) Conclusione

122. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che nei casi contestati di affidamento di appalti da parte della città di Magdeburgo la Repubblica federale di Germania abbia violato l'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero l'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18. I restanti argomenti della Commissione relativi all'attribuzione degli appalti da parte della città di Magdeburgo devono essere respinti in quanto irricevibili o, quanto meno, infondati.

b) I casi di affidamento di appalti da parte delle città di Bonn (Renania settentrionale-Vestfalia) e Witten (Renania settentrionale-Vestfalia), della regione di Hannover (Bassa Sassonia) e del Landkreis di Hameln-Pyrmont (Bassa Sassonia)

123. In merito ai casi contestati di affidamento di appalti da parte delle città di Bonn e di Witten, della regione di Hannover e del Landkreis di Hameln-Pyrmont, la Commissione sostiene quanto segue.

124. Nel 2004 la città di Bonn, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe attribuito, senza indire una gara a livello comunitario, un appalto relativo a servizi di soccorso per il periodo compreso fra il 1º gennaio 2005 e il 31 dicembre 2008. Il contratto avrebbe avuto ad oggetto, fra l'altro, la gestione di quattro centri di soccorso. Il valore del contratto sarebbe pari ad almeno EUR 5,28 milioni.

125. Almeno a partire dal 2005 la città di Witten, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe attribuito, senza indire una gara a livello comunitario, appalti relativi a servizi di soccorso per un valore di EUR 945 753 annui. Gli appalti avrebbero ad oggetto la gestione di un centro di soccorso.

126. Nel 2004 la regione di Hannover, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe effettuato una gara d'appalto relativa alla prestazione di servizi di soccorso sul proprio territorio, alla quale erano ammessi a partecipare esclusivamente i soggetti già incaricati sino a quel momento, ossia l'Arbeiter-Samariter-Bund (in prosieguo: l'«ASB»), il Deutsches Rotes Kreuz (in prosieguo: il «DRK»), la Johanniter-Unfallhilfe (in prosieguo: la «JUH») e la RKT GmbH. L'appalto avrebbe riguardato il periodo compreso fra il 1º gennaio 2005 e il 31 dicembre 2009, per un valore complessivo di EUR 65 milioni circa.

127. Nel 1993 il Landkreis di Hameln-Pyrmont avrebbe affidato al comitato provinciale del DRK la prestazione di servizi di soccorso sul proprio territorio. Il contratto, avente inizialmente una durata decennale, non sarebbe stato risolto, bensì — nel 2003 — sarebbe stato prorogato per altri dieci anni senza indire una gara d'appalto. Nel 1999, inoltre, sarebbe stato istituito un nuovo centro di soccorso nel comune di Emmerthal, la cui gestione sarebbe stata affidata — sempre senza gara — al DRK. Il valore delle suddette procedure di affidamento sarebbe pari a EUR 7,2 milioni annui.

128. I suddetti fatti non sono contestati dalla Repubblica federale di Germania.

129. La Commissione addebita in tutti i suddetti casi una violazione delle norme sull'obbligo di comunicazione degli appalti aggiudicati (art. 16 della direttiva 92/50 ovvero art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18). È pacifico che queste violazioni sono state commesse.

130. Ritengo invece che la violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, del pari contestata in tutti i casi suddetti dalla Commissione, non sia stata dimostrata. Questo motivo di ricorso non può essere accolto a motivo delle stesse perplessità di ordine dogmatico-giuridico e probatorio che ho già illustrato nel contesto dell'analisi dell'attribuzione degli appalti da parte della città di Magdeburgo[59].

c) Affidamento di appalti da parte del Landkreis di Uelzen (Bassa Sassonia)

131. Per quanto riguarda l'attribuzione degli appalti da parte del Landkreis di Uelzen, la Commissione ha affermato che il DRK

59 — V. paragrafi 91 e segg. delle presenti conclusioni.

avrebbe prestato servizi di soccorso nel territorio di tale Landkreis, ad eccezione del distretto di Bevensen-Bienenbüttel, in forza di un contratto datato 10 luglio 1984. Nel 2004 sarebbero state apportate modifiche sostanziali al suddetto contratto, che sarebbero qualificabili come nuovo affidamento di appalto. Nell'ambito di questo nuovo affidamento non sarebbe stato osservato l'art. 16 della direttiva 92/50. Inoltre, in tale contesto sarebbero stati violati il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

132. La Repubblica federale di Germania afferma che la modifica contrattuale intervenuta nel 2004 è riconducibile al fatto che, nel 1984, il Landkreis di Uelzen avrebbe delegato alla Samtgemeinde di Bevensen i servizi di soccorso nel distretto di Bevensen-Bienenbüttel. Nel 2002 il DRK avrebbe rilevato l'intero servizio di soccorso della Samtgemeinde di Bevensen attraverso un'acquisizione di azienda. Ciò spiegherebbe le modifiche contrattuali negoziate nel 2004 fra il Landkreis di Uelzen ed il DRK, che non sarebbero così determinanti da rappresentare una nuova procedura di affidamento rilevante sotto il profilo della disciplina sugli appalti. Pertanto, secondo lo Stato convenuto, poiché in ultima analisi l'affidamento degli appalti contestato risale al 1984 e dunque ha avuto luogo anteriormente al termine per la trasposizione della direttiva 92/50, non sarebbe più possibile contestare l'inosservanza di tale direttiva.

133. La questione delle condizioni alle quali modifiche apportate ad un contratto esistente possono essere considerate come un autonomo affidamento di appalto nell'accezione delle direttive sugli appalti è stata risolta dalla Corte nella sentenza 19 giugno 2008, Pressetext Nachrichtenagentur[60]. In tale sentenza, la Corte ha evidenziato in particolare che modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico durante il periodo di validità dello stesso costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto[61]. Una modifica si considera sostanziale segnatamente allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti[62].

134. Dalla documentazione presentata dal governo tedesco e dalle osservazioni dello stesso risulta che nel 2004 l'appalto pubblico è stato esteso fino a ricomprendervi la fornitura di servizi pubblici di soccorso nel territorio del centro di soccorso di Bevensen, che comprende circa un quarto della superficie complessiva del Landkreis. La Repubblica federale di Germania riconosce inoltre che il valore dell'appalto per l'intero Landkreis di Uelzen si attesta a circa EUR 4450000 annui e che il valore dei servizi di soccorso

60 — Sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur (Racc. pag. I-4401, punti 28 e segg.).

61 — Ibidem, punto 34.

62 — Ibidem, punto 36.

da prestare nella zona di intervento del centro di soccorso di Bevensen ammonta ad almeno EUR 670 000 annui[63].

135. Le modifiche contrattuali negoziate nel 2004 fra il Landkreis di Uelzen ed il DRK hanno pertanto comportato l'estensione dell'appalto relativo alla prestazione di servizi di soccorso ad un ulteriore distretto nel Landkreis, per cui la superficie complessiva della zona di intervento è aumentata del 25% circa ed il valore totale dell'appalto è cresciuto almeno del 15%. Le modifiche del contratto negoziate nel 2004 devono dunque essere qualificate come sostanziali, per cui questa procedura deve essere considerata come una nuova attribuzione degli appalti pubblici di servizi di soccorso nell'intero Landkreis, la quale era soggetta alla direttiva 92/50. Le affermazioni — non documentate — della Repubblica federale di Germania circa l'acquisizione delle attività di soccorso di un altro prestatore di servizi non modificano in alcun modo tale valutazione.

136. In questo contesto risulta pacifico che, con la nuova attribuzione nel 2004, non è stato rispettato l'art. 16 della direttiva 92/50. La violazione di tale disposizione da parte della Repubblica federale di Germania è pertanto dimostrata.

137. Per contro, non ritengo dimostrata la violazione, pure addebitata dalla Commissione, del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza risultanti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi. Questo motivo di ricorso non può essere accolto per i medesimi rilievi di ordine dogmatico-giuridico e probatorio che ho già illustrato nel contesto dell'analisi dell'attribuzione degli appalti da parte della città di Magdeburgo[64].

d) I casi di affidamento di appalti da parte dei Rettungszweckverbände di Westsachsen (Sassonia), Chemnitz/Stollberg (Sassonia) e Vogtland (Sassonia)

138. In merito ai casi contestati di affidamento di appalti da parte dei Rettungszweckverbände di Westsachsen, Chemnitz/Stollberg e Vogtland, la Commissione espone quanto segue.

139. Il Rettungszweckverband di Westsachsen avrebbe stipulato, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, con l'ASB, il DRK, la JUH e la Berufsfeuerwehr Zwickau, contratti per la prestazione di servizi di soccorso

63 — Controricorso della Repubblica federale di Germania del 4 settembre 2008, punto 22.

64 — V. paragrafi 91 e segg. delle presenti conclusioni.

di durata quadriennale e di valore complessivo pari a EUR 7,9 milioni annui. Nel 2003 questi contratti sarebbero stati prorogati di quattro anni senza gara. Alla scadenza, i suddetti contratti sarebbero stati prorogati fino al 31 dicembre 2008.

140. Il Rettungszweckverband di Chemnitz/Stollberg avrebbe stipulato in qualità di amministrazione aggiudicatrice, con l'ASB, il DRK, la JUH e la Berufsfeuerwehr Chemniz, contratti per la prestazione di servizi di soccorso di durata quadriennale e di valore complessivo pari a EUR 3,3 milioni annui. Nel 2002 questi contratti sarebbero stati prorogati di quattro anni senza gara. Alla scadenza, i suddetti contratti sarebbero stati prorogati fino al 31 dicembre 2008.

141. Nel 2002 ovvero nel 2004 il Rettungszweckverband di Vogtland, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe stipulato senza gara, con l'ASB, il DRK, la JUH, la Private Rettungsdienstgesellschaft di Plauen e la Berufsfeuerwehr di Plauen, contratti per la prestazione di servizi di soccorso di durata quadriennale e di valore complessivo pari a EUR 3,9 milioni annui. Questi contratti avrebbero avuto una durata quadriennale e alla scadenza sarebbero stati prorogati senza gara fino al 31 dicembre 2008.

142. La Commissione contesta in tutti i suddetti casi una violazione delle norme sull'obbligo di comunicazione degli appalti aggiudicati (art. 16 della direttiva 92/50 ovvero art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18). Queste violazioni sono state commesse.

143. A tale conclusione non osta l'argomento della Repubblica federale di Germania secondo cui, a partire dall'entrata in vigore del Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz [legge sassone sulla protezione antincendio, il servizio di soccorso e la protezione civile] del 1º gennaio 2005, un affidamento di appalti nel campo dei servizi di soccorso deve essere preceduto da una procedura di selezione. In particolare, la Repubblica federale di Germania non è riuscita a confutare l'affermazione della Commissione secondo cui l'affidamento degli appalti, in tutti i casi contestati, è stato prorogato nella vigenza della vecchia normativa fino al 31 dicembre 2008.

144. Secondo una giurisprudenza costante, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in base alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato[65]. Nel presente procedimento, pertanto, occorre fare riferimento alla situazione esistente alla data del 16 febbraio 2007. A questa data la

65 — Sentenze 6 ottobre 2009, causa C-562/07, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-9553, punto 23); 19 maggio 2009, causa C-531/06, Commissione/Italia (Racc. pag. I-4103olta, punto 98), e 19 giugno 2008, causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-4323, punto 72).

contestata violazione delle direttive sugli appalti sussisteva.

145. Ritengo invece che la violazione del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, del pari contestata in tutti i casi suddetti dalla Commissione, non sia stata dimostrata. Questo motivo di ricorso non può essere accolto per i medesimi rilievi di ordine dogmatico-giuridico e probatorio che ho già illustrato nel contesto dell'analisi dell'attribuzione degli appalti da parte della città di Magdeburgo[66].

e) Conclusione

146. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che nei casi contestati di affidamento di appalti da parte delle città di Magdeburgo, Bonn e Witten, della regione di Hannover, del Landkreis di Uelzen e del Landkreis di Hameln-Pyrmont, nonché dei Rettungszweckverbände di Westsachsen, Chemnitz/Stollberg e Vogtland, la Repubblica federale di Germania abbia violato l'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero l'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18. Al contrario, la Commissione non ha dimostrato che siano stati altresì violati il principio di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

4. Prassi di affidamento illegittima nella Repubblica federale di Germania

147. Nel presente procedimento la Commissione fa valere che le procedure di affidamento da essa contestate sarebbero indicative dell'esistenza di una prassi di affidamento di appalti costante e generale. Essa pertanto intende far dichiarare che la Repubblica federale di Germania ha violato il diritto comunitario a motivo di una prassi illegittima nell'attribuzione degli appalti pubblici.

148. Qualora venga dimostrata l'esistenza in uno Stato membro di una prassi in materia di affidamento di appalti contraria alla disciplina comunitaria, questa prassi può essere oggetto di specifica contestazione nell'ambito del procedimento di cui all'art. 226 CE[67]. A questo proposito la Commissione deve, in una prima fase, esporre in modo circostanziato ripetuti inadempimenti indicativi dell'esistenza di una prassi. Spetta poi allo Stato membro

66 — V. paragrafi 91 e segg. delle presenti conclusioni.

67 — In questo contesto è sufficiente ricordare la giurisprudenza costante secondo cui, persino quando la normativa nazionale applicabile sia compatibile con il diritto comunitario, una violazione degli obblighi discendenti da quest'ultimo può derivare anche da una prassi amministrativa. V. sentenza 10 settembre 2009, causa C-416/07, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-7883, punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

contestare in modo concreto le asserite violazioni. In una seconda fase si deve quindi verificare se le violazioni provate possano essere considerate quale dimostrazione sufficientemente documentata e circostanziata dell'esistenza della prassi contestata[68].

149. Nel caso di specie, la Commissione ha dimostrato che le città di Magdeburgo (Sassonia-Anhalt), Bonn (Renania settentrionale-Vestfalia) e Witten (Renania settentrionale-Vestfalia), la regione di Hannover (Bassa Sassonia), il Landkreis di Uelzen (Bassa Sassonia) e il Landkreis di Pyrmont-Hameln (Bassa Sassonia), nonché i Rettungszweckverbände di Westsachsen (Sassonia), Chemnitz/Stollberg (Sassonia) e Vogtland (Sassonia) non hanno osservato, nelle procedure di affidamento relative a servizi di soccorso, le prescrizioni sull'obbligo di comunicazione di cui all'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero all'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18.

150. La Commissione ha inoltre affermato che da proprie ricerche emergerebbe che, nel periodo compreso fra il 2001 e il 2006, per l'intera Repubblica federale di Germania sarebbero stati oggetto di pubblicità solo due appalti aggiudicati. Questo fatto non è stato contestato dalla Repubblica federale di Germania.

68 — V. sentenza 19 marzo 2009, causa C-489/06, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-1797, punti 40 e segg.)

151. Sulla base delle considerazioni che precedono, si deve pertanto affermare che nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia vige una prassi costante e generale di affidamento dei servizi di soccorso, con la quale vengono disattese le prescrizioni relative all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 16 della direttiva 92/50 ovvero all'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18.

152. All'affermazione dell'esistenza di una siffatta prassi contraria alla disciplina sugli appalti nei Länder suddetti non osta nemmeno l'argomento addotto dalla Repubblica federale di Germania secondo cui, in virtù di due ordinanze del Bundesgerichtshof del 1° dicembre 2008[69], i Länder devono rivedere le procedure di affidamento dei servizi di soccorso sinora adottate e riorganizzarle nel rispetto della disciplina sugli appalti.

153. Come ho già esposto, secondo una giurisprudenza costante l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in base alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato[70]. Nel presente procedimento, pertanto, è determinante la situazione alla data del 16 febbraio 2007. In tale

69 — Ordinanza del Bundesgerichtshof 1° dicembre 2008, X ZB 31/08. In proposito, v. paragrafo 28 delle presenti conclusioni.

70 — V. paragrafo 144 delle presenti conclusioni.

momento sussistevano le contestate violazioni delle direttive sugli appalti.

154. Per la medesima ragione, anche le considerazioni della Repubblica federale di Germania circa il mutamento della normativa nel Land Sassonia, per cui il «Submissionsmodell» sarebbe stato abbandonato a partire dal 1º gennaio 2009, sono prive di rilievo ai fini del presente procedimento.

155. Non è tuttavia chiaro se la Commissione abbia contestato solo la prassi di affidamento di appalti osservata nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia, o se abbia assunto la prassi seguita in questi quattro Länder come esempio di una prassi in materia di appalti diffusa in maniera costante e generale in tutti i Länder.

156. Sotto questo profilo gli argomenti della Commissione sono contraddittori, in quanto questa nel suo ricorso ha espressamente affermato che la presente domanda è circoscritta alla prassi in materia di affidamenti in Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia, sebbene la prassi oggetto di contestazione sia riscontrabile anche in altri Länder tedeschi[71]. Nella propria replica la Commissione chiede invece che sia accertata la contrarietà alla disciplina sugli appalti della suddetta prassi per l'intero territorio della Repubblica federale di Germania[72].

157. In questo contesto occorre ricordare che, in linea di principio, è vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa[73]. Nell'ambito della presente causa occorre pertanto mantenersi entro i limiti, geograficamente circoscritti, della domanda presentata con l'atto di ricorso, con cui la Commissione ha contestato solamente la prassi di affidamento di cui trattasi nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia.

158. Sulla base delle considerazioni che precedono concludo pertanto che la Repubblica federale di Germania, nell'affidare appalti a titolo oneroso relativi alla prestazione di servizi di soccorso nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia, ha violato, fino al 31 gennaio

71 — V. punto 10 del ricorso della Commissione datato 15 aprile 2008. Al punto 5 del medesimo ricorso la Commissione aveva già affermato che la propria domanda era limitata alla prassi seguita nell'affidamento di appalti di servizi di soccorso secondo il «Submissionsmodell», valido nella maggior parte dei Länder tedeschi.

72 — V. punti 17 e segg. della replica della Commissione in data 21 novembre 2008.

73 — V. art. 42, n. 2, del regolamento di procedura della Corte.

2006, l'art. 10 in combinato disposto con l'art. 16 della direttiva 92/50 e, a partire dal 1º febbraio 2006, l'art. 22 in combinato disposto con l'art. 35, n. 4, della direttiva 2004/18.

fatta domanda. Tuttavia, ai sensi dell'art. 69, n. 3, primo comma, del regolamento di procedura, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, ovvero per motivi eccezionali, la Corte può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie.

VIII — Spese

159. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura della Corte, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata

160. Nella presente causa la Commissione è risultata soccombente solo in parte. Pertanto, suggerisco che la Corte condanni la Commissione e la Repubblica federale di Germania alle rispettive spese.

IX — Conclusione

161. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco che la Corte voglia:

1) dichiarare che la Repubblica federale di Germania, nell'affidare appalti a titolo oneroso relativi alla prestazione di servizi di soccorso nei Länder Sassonia-Anhalt, Renania settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia e Sassonia, ha violato, fino al 31 gennaio 2006, l'art. 10 in combinato disposto con l'art. 16 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e, a partire dal 1º febbraio 2006, l'art. 22 in combinato disposto con l'art. 35, n. 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;

2) respingere il ricorso quanto al resto;

3) condannare la Commissione europea e la Repubblica federale di Germania a sopportare ciascuna le proprie spese.