

Il T.a.r. per il Lazio, sezione staccata di Latina, rimette alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative sulla nozione di “operatore interno” e sui presupposti e i limiti applicativi della disciplina del servizio pubblico di trasporto di passeggeri contenuta nel Regolamento CE, 23 ottobre 2007, n. 1370/2007.

T.a.r. per il Lazio, Latina, sezione I, ordinanza, 14 maggio 2018 n. 255 – Pres. Est. Vinciguerra

Servizi pubblici – Trasporto passeggeri – Affidamento del servizio – Operatore interno – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

Vanno rimessi alla Corte di giustizia i seguenti quesiti interpretativi:

- 1. Se l'articolo 5, par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lettere “b” e “d” – per un operatore interno, di partecipare a gare extra moenia), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all'entrata in vigore del medesimo regolamento;*
- 2. Se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di ‘operatore interno’ – ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'istituto dell'in house providing – una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici);*
- 3. Se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell'ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all'affidamento, l'Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l'esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) – ente che non esercita alcun “controllo analogo” sull'affidatario diretto dei servizi – sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l'affidamento in questione al regime dell'articolo 5, par. 2, del regolamento;*
- 4. Se l'originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento CE 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione ex lege (articolo 8, par. 3 cpv) a tale termine trentennale (1).*

(1) I. - Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per il Lazio, sezione staccata di Latina, ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative sulla nozione di “operatore interno”, contenuta nel regolamento CE n. 1370/2007, e sui presupposti per l'applicabilità

della disciplina regolamentare. In particolare, la normativa europea consente, alle autorità competenti a livello locale che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, di fornire esse stesse il servizio o di procedere all'affidamento diretto a un soggetto distinto, sul quale l'autorità eserciti un controllo analogo a quello svolto sulle proprie strutture, purché l'attività sia svolta all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale. Il collegio ha rimesso alla Corte di giustizia UE:

- a) la questione dell'applicabilità del divieto di svolgimento di attività *extra moenia* agli affidamenti aggiudicati in epoca antecedente all'entrata in vigore del regolamento;
- b) l'esatta determinazione della nozione di "operatore interno", richiamata dal regolamento, con specifico riferimento all'ipotesi in cui una persona giuridica di diritto pubblico, titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'autorità statale, sia direttamente collegata alla stessa autorità statale, sotto il profilo organizzativo e di controllo, e il suo capitale sociale sia detenuto dallo Stato;
- c) la questione della possibilità di escludere l'applicazione dell'art. 5, par. 2, del Regolamento CE n. 1370/2007 qualora, successivamente all'affidamento diretto, l'autorità statale istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi affidati;
- d) il tema delle conseguenze derivanti dalla fissazione di un termine di scadenza dell'affidamento diretto superiore al trentennio (3 dicembre 2039) e, in particolare, se tale violazione della normativa europea si traduca in una non conformità dell'affidamento al regolamento ovvero se detta irregolarità debba ritenersi automaticamente sanata, con riduzione *ex lege* del termine fissato.

Occorre infatti precisare al riguardo che il regolamento, entrato in vigore il 3.12.2009, prevede che dal 3.12.2019 (art. 8 comma 2) i contratti devono essere aggiudicati in conformità al regolamento; inoltre (art. 8 comma 3 capoverso) i contratti aggiudicati prima del 2000 o tra 2000 e 2009 possono restare in vigore fino alla loro scadenza ma per non più di 30 anni quindi sino al 3.12.2039.

II. - Nel caso esaminato dalla pronuncia in commento, parte ricorrente riteneva che la diretta affidataria del servizio avrebbe dovuto essere esclusa fin dall'inizio dalla procedura perché incorrente nella condizione ostativa di cui all'art. 5, par. 2, lett. b) e d) del regolamento CE. In particolare, la controllante dell'affidataria, ente pubblico a carattere industriale e commerciale, interamente controllato dallo Stato francese, era titolare in Francia di un affidamento diretto per lo svolgimento del servizio di trasporto passeggeri conferito dal medesimo Stato francese. Ne derivava il dubbio sulla attribuibilità all'affidataria della qualifica di "operatore interno".

Il Collegio, nel sottolineare che le questioni sottoposte al suo esame sono state oggetto di precedente rimessione alla Corte di giustizia UE, osserva che:

e) occorre chiarire se l'applicabilità del divieto posto dall'art. 5, par. 2, lett. b), del regolamento sia o meno differita, ai sensi dell'art. 8, par. 2, alla scadenza del periodo transitorio decennale decorrente dal 31 dicembre 2009, precisando che, a sostegno della immediata efficacia del divieto:

e1) si esprimono gli "Orientamenti" interpretativi resi dalla Commissione europea (pubblicati su GUCE - C 92 del 29 marzo 2014), in base ai quali solo il par. 3 dell'art. 5 sarebbe destinato a trovare applicazione al termine del periodo transitorio, mentre gli altri paragrafi dell'art. 5 sarebbero di immediata applicazione;

e2) malgrado non si possa riscontrare una perfetta sovrapposizione tra la nozione di "operatore interno" e l'*in house providing*, in considerazione della particolare attitudine alla redditività del servizio di trasporto oggetto del regolamento, la figura sembra mutuarne i caratteri essenziali, con la conseguenza che l'immediata applicabilità del divieto appare rispondente alle indicazioni della giurisprudenza europea in tema di *in house providing*;

f) sembra astrattamente ascrivibile alla nozione di "operatore interno" un operatore economico interamente posseduto e controllato dallo Stato o da altri enti pubblici, che ne nomina in tutto o in parte rilevante gli organi sociali ovvero esercita un potere tutorio, e che sia beneficiario di affidamenti diretti disposti con atto unilaterale d'imperio, di natura amministrativa o legislativa;

g) l'ampiezza della nozione di "operatore interno" contenuta nel regolamento, anche alla luce dei *Considerando* nn. 9 e 18, non consente di escludere che, pur in presenza di organismi amministrativi di organizzazione e controllo, rientri in tale definizione l'amministrazione titolare del potere concessorio, specie nel caso in cui tali organismi amministrativi non dispongano di poteri in grado di conformare a un pubblico interesse il rapporto su cui verte;

h) la scadenza, unilateralmente fissata dallo Stato francese, supera il termine trentennale previsto dall'art. 8, terzo comma, capoverso, del Regolamento CE n. 1370/2007, con la conseguenza che occorre verificare se tale irregolarità possa dirsi sanata e ricondotta nel termine di cui al regolamento ovvero se si tratti di irregolarità non emendabile.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

i) il Cons. Stato, sez. V, ordinanze, 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 (in *Foro amm.*, 2017, 1047, in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 6, 66, nonché oggetto della News US, in data 1 giugno 2017, allegata, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali) ha rimesso alla Corte di giustizia UE dei quesiti interpretativi sovrapponibili a quelli proposti con l'ordinanza in commento;

- j) sulla disciplina dei contributi alle aziende di trasporto pubblico locale, si veda Corte cost., 16 settembre 2016, n. 211, in *Foro it.*, 2016, I, 3392, secondo cui *“è incostituzionale l’art. 1, 224^o comma l. 23 dicembre 2014 n. 190, nella parte in cui prevede che le modalità di attuazione dei commi da 223 a 227, in tema di rinnovo dei parchi automobilistici destinati ai servizi di trasporto pubblico locale, e la ripartizione delle risorse su base regionale siano stabilite con decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il ministro dell’economia e delle finanze, adottato «sentita» la conferenza permanente per i rapporti tra lo stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, anziché «d’intesa» con la conferenza stessa”*;
- k) sul riparto di giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto i contributi alle aziende di trasporto pubblico locale, si vedano: Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9690, in *Rep. Foro it.*, 2013, *Giurisdizione civile*, n. 162, secondo cui *“la controversia relativa alla domanda proposta da un’impresa concessionaria del servizio di trasporto pubblico locale, volta ad ottenere non solo l’annullamento di una deliberazione regionale di ripartizione di fondi, ma anche la conseguenziale condanna dell’ente territoriale al pagamento delle differenze dovute rispetto alle somme corrisposte, in osservanza degli operanti criteri legali di derivazione comunitaria, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice amministrativo, non attenendo al mancato o illegittimo esercizio di un potere discrezionale dell’amministrazione concedente, bensì alla radicale negazione delle condizioni normativamente previste per l’insorgenza della pretesa pecuniaria, connotante il petitum, vantata dalla concessionaria”*; Cass. civ., sez. un., 14 novembre 2012, n. 19828, in *Rep. Foro it.*, 2012, *Giurisdizione civile*, n. 141, secondo cui *“la domanda dell’impresa concessionaria di servizi di trasporto pubblico, volta a ottenere l’adeguamento dei contributi pubblici secondo il criterio dei costi effettivamente sostenuti, anziché dei costi standardizzati o forfetari, in quanto fondata sulla richiesta di diretta applicazione del regolamento 1191/69/Cee, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non alla giurisdizione del giudice amministrativo, non ricorrendo elementi di discrezionalità amministrativa, bensì parametri normativi predeterminati, in relazione ai quali la concessionaria risulta titolare di un diritto soggettivo («diritto alla compensazione» ex art. 6 regolamento; la circostanza che il rapporto di concessione amministrativa non sia stato contrattualizzato, come pure imposto dal d.leg. n. 422 del 1997, non sottrae alla giurisdizione ordinaria una controversia che le appartiene, riguardando «indennità, canoni ed altri corrispettivi», ai sensi dell’art. 133, lett. c), d.leg. n. 104 del 2010”*; Cass. civ., sez. un., 26 aprile 2012, n. 6494, in *Rep. Foro it.*, 2012, *Economia nazionale*, n. 122, secondo cui *“l’approvazione dello stanziamento di bilancio da parte della commissione europea costituisce il presupposto del riconoscimento del diritto delle imprese a beneficiare degli aiuti pubblici, mentre ininfluente è, a tali fini, la presenza di somme sui capitoli autorizzati, in quanto l’approvazione dello stanziamento non*

attinge al momento di concreta spettanza del credito, rimesso all'accertamento del giudice ordinario, ma autorizza la disponibilità finanziaria";

- l) la Corte di giustizia UE, 24 luglio 2003, C-280/2000, *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in *Guida al dir.*, 31, 87, con nota di CASTELLANETA e in *Cons. Stato*, II, 1355, con nota di ANTONUCCI, ha precisato che *"uno stato membro che corrisponde a un'azienda incaricata di svolgere un servizio di interesse generale una compensazione economica non viola le disposizioni comunitarie che pongono un divieto di fornire aiuti di stato in grado di alterare le regole di concorrenza se, nell'attribuire la compensazione, sono rispettate quattro condizioni: l'intervento statale è sottratto alla qualificazione di aiuto se l'impresa che deve effettuare il pubblico servizio è effettivamente incaricata di svolgere una specifica attività; se i parametri per stabilire la compensazione sono definiti in modo trasparente; se la compensazione non eccede quanto necessario a coprire i costi dell'azienda e se, qualora la scelta della società avvenga al di fuori di una procedura di appalto, la compensazione sia stabilita analizzando i costi, gli introiti e il margine di utile ragionevole";*
- m) sulla individuazione dei principi (recati dalla disciplina codicistica ed europea per i settori ordinari e speciali) applicabili alle concessioni di servizi, nonché sulle concessioni di trasporto pubblico locale alla luce del regolamento CE n. 1370/2007, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 2017 ss., e 2095 ss.