

**La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE una serie di questioni interpretative in tema di affidamento *in house* del servizio di trasporto passeggeri**

Cons. St., sez. V, ordinanze 29 maggio 2017, [n. 2554](#) e [2555](#) – Pres. Severini, Est. Perotti

**Servizi pubblici – Trasporto passeggeri – Affidamento del servizio - Compatibilità con il diritto comunitario – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE**

*Vanno rimessi alla Corte di giustizia i seguenti quesiti interpretativi:*

*a) se l'art. 5, par. 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lett. “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;*

*b) 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);*

*c) 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'art. 5, par. 2, del regolamento;*

*d) 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 artt. 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata. (1)*

---

(1) I. - *Inquadramento.*

Con due ordinanze gemelle la quinta sezione del Consiglio di Stato, rimette alla Corte di giustizia dell'UE una articolata questione concernente l'interpretazione e

l'applicazione, nell'ordinamento nazionale, di alcune delle disposizioni regolamentari europee che istituiscono un quadro normativo comune per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

La questione è sorta nell'ambito di una controversia avviata da un'impresa consortile operante nel settore, che impugnava l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale sul territorio regionale in favore di una concorrente. All'esito del giudizio di primo grado venivano accolti sia il ricorso principale che quello incidentale, con conseguente esclusione di entrambe le offerte.

Oggetto della rimessione è, in particolare, la possibilità o meno, in base alla normativa europea, per i soggetti che beneficino di affidamenti diretti di servizi pubblici di trasporto, di prendere parte alle gare relative a bacini territoriali diversi da quelli in cui già operano in siffatte condizioni di vantaggio non concorrenziale (c.d. *extra moenia*).

## II.- I quesiti.

In merito ai singoli quesiti, riassunti in massima, l'ordinanza ha in primo luogo affermato che la normativa europea invocata si limita a chiarire che gli affidamenti in questione, anche ove assegnati senza il ricorso a procedure di gara, potranno continuare ad operare anche dopo il 3 dicembre 2019 (alla scadenza cioè del periodo transitorio decennale entro il quale gli Stati membri dovranno adeguare la propria legislazione interna al fine di prevedere l'aggiudicazione dei servizi di trasporto tramite gara), non potendo quindi tale disposizione interpretarsi come idonea a legittimare il diritto di tali operatori a partecipare alle gare *extra moenia*.

In secondo luogo, rispetto alla nozione di "operatore interno", l'ordinanza evidenzia il legame con i caratteri costitutivi della figura dell'*in house providing*, pur rimarcando come non vi sia una perfetta sovrapposizione, attesa la particolarità dei servizi pubblici di trasporto in esame, aventi eminente attitudine alla redditività. In tale direzione, il divieto di partecipazione a gare *extra moenia* sarebbe rispondente alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di *in house providing*.

In terzo luogo, rispetto all'individuazione dell'autorità competente, cui riferire il "controllo analogo", l'ampiezza della definizione datane dal regolamento europeo ("un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere"), non consente di escludere che, pur in presenza di organismi amministrativi di organizzazione e controllo, rientri in tale contesto l'Amministrazione titolare del reale potere concessorio, tanto più quanto i predetti organismi amministrativi non dispongono di poteri in grado di conformare ad un pubblico interesse (modificandone, se del caso, titolarità, modalità, oggetto ed attribuzioni) il rapporto su cui si verte.

In quarto luogo, in ordine alla portata del termine massimo trentennale di durata degli affidamenti diretti che siano rimasti in vita al momento dell'entrata in vigore del regolamento, la questione sollevata riguarda la verifica se un affidamento diretto di durata maggiore possa in qualche modo dirsi successivamente "sanato" da tale vizio in ragione dell'automatica "riduzione" *ope legis* del termine di efficacia, ovvero se tale contrarietà – in quanto tale – continui a sussistere.

III.- Per completezza si segnala:

a) in materia di trasporto passeggeri Corte giustizia UE, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 292, in *Foro Amministrativo* (II) 2016, 10, 2298: "Ai sensi dell'art. 4, par. 7, Reg. n. 1370/2007, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus. Tale disposizione prevede infatti che l'operatore cui sono affidate la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto pubblico di passeggeri sia tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio stesso, attribuendo alle autorità competenti un potere ampiamente discrezionale sui limiti del subappalto". Cfr. altresì Consiglio di Stato sez. IV 22 marzo 2017 n. 1297: "Il servizio di trasporto (in particolare, di passeggeri) - che è svolto nelle stazioni di accesso ai mezzi di trasporto e si avvale di uffici, impianti ed officine a queste ed alla rete connessi - non può prescindere da un servizio di pulizia, che assicuri condizioni igienico-sanitarie adeguate non solo a coloro che operano nel servizio trasporti medesimo, ma anche a tutti coloro (i passeggeri) che del servizio trasporti costituiscono gli utenti; in effetti le condizioni igienico-sanitarie degli ambienti connessi all'espletamento del servizio di trasporto passeggeri e merci costituiscono una condizione imprescindibile del corretto espletamento del servizio medesimo, con la conseguenza che il servizio di pulizia, volto ad assicurare tali condizioni di "praticabilità" del servizio, risulta legato al servizio di trasporto da un imprescindibile nesso di strumentalità; tali considerazioni comportano, quindi, che all'appalto del servizio di pulizia in esame, sussistendo i criteri soggettivo ed oggettivo perché lo stesso possa essere ricondotto alla disciplina dei settori speciali, non risulta applicabile l'istituto della revisione periodica prezzi ex art. 115 del Codice dei contratti non richiamato, per i settori speciali, dal successivo art. 206";

b) sull'*in house providing*, all'interno di una giurisprudenza sterminata, cfr. da ultimo [Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15](#) oggetto della [News US in data 14 dicembre 2016](#) ivi gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza;

c) sul requisito della prevalenza nell'*in house*, v. di recente T.a.r. per la Liguria, sez. II, 10 giugno 2016, n. 606, secondo cui "La normativa UE prevede all'art. 12 della direttiva 24/2014 che la società in house debba svolgere più dell'80% della propria attività a favore

*dell'amministrazione controllante. Ne consegue, a contrario, che è legittima nei limiti sopraindicati la attività extra moenia di una società in house";*

d) sugli accordi fra amministrazioni pubbliche ai fini della applicazione della disciplina degli appalti, [Corte di giustizia dell'UE, Sez. III, 21 dicembre 2016, C- 51/15](#) oggetto della [News US in data 3 gennaio 2017](#);

e) sui limiti che incontrano le società affidatarie dirette di servizi pubblici a partecipare a gare ulteriori *extra moenia*, v. da ultimo, nel particolare settore della distribuzione del gas, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it.*, 2015, III, 345.