

La Corte di giustizia UE dichiara l'inapplicabilità del regolamento n. 1370/2007/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia ai procedimenti di aggiudicazione svolti prima del 3 dicembre 2019.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 21 marzo 2019, C-350/17, C-351/17– Mobit, Autolinee Toscane s.p.a.

Servizi pubblici – Trasporto passeggeri – Affidamento del servizio – Regolamento n. 1370/2007/Ce – Condizioni di applicabilità

L'articolo 5 e l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, devono essere interpretati nel senso che l'articolo 5 di tale regolamento non è applicabile a un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019, cosicché un'autorità competente che, mediante una decisione di aggiudicazione conclusiva di una procedura di gara, attribuisca prima di tale data un contratto di concessione di un servizio pubblico di trasporto locale di passeggeri su strada non è tenuta a conformarsi a detto articolo 5 (1).

(1) I. – Con la sentenza in epigrafe, la Corte di giustizia UE ha precisato che gli artt. 5 e 8, par. 2, del regolamento n. 1370/2007/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, devono essere interpretati nel senso che l'articolo 5 di tale regolamento (specie per quanto concerne il divieto per un operatore interno, di partecipare a gare *extra moenia*) non è applicabile a un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019. 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. Con due ordinanze gemelle, il Consiglio di 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, sulla quale si veda *infra*) aveva, in particolare, rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della 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.

II. – Dopo aver ricostruito il quadro normativo italiano e il diritto dell’Unione in materia, il collegio osserva che:

con riferimento alla vicenda processuale:

- il procedimento principale riguarda l’aggiudicazione di un contratto di concessione di servizi pubblici di trasporto locale sul territorio della Regione Toscana; il procedimento è stato avviato con bando pubblicato il 5 ottobre 2013 e si è concluso con la decisione di aggiudicazione definitiva del 2 marzo 2016 a favore di Autolinee Toscane;
- secondo la ricorrente, il procedimento di aggiudicazione era illegittimo per violazione dell’art. 5, par. 2, lett. b) e d), del regolamento n. 1370/2007/CE, a causa della partecipazione di Autolinee Toscane, controllata interamente dalla RATP;
- l’art. 5, par. 2, lett. b) e d), del citato regolamento prevede che: *“A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un’autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all’aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l’autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un’autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni: ... b) il presente paragrafo si applica a condizione che l’operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un’influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all’interno del territorio dell’autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell’autorità competente a livello locale; ... d) in mancanza di un’autorità competente a livello locale, le lettere a), b) e c) si applicano a un’autorità nazionale per una zona geografica non nazionale, a condizione che l’operatore interno non partecipi a gare pubbliche indette per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori della zona per la quale è stato aggiudicato il contratto di servizio pubblico”*;
- preliminare alla definizione della questione pregiudiziale è l’esame dell’ambito applicativo *ratione temporis* dell’art. 5 del regolamento n. 1370/2007/CE e, quindi, del regime transitorio previsto dallo stesso regolamento:
 - in base all’art. 12, il regolamento è entrato in vigore il 3 dicembre 2009, ossia in una data precedente a quella di avvio del procedimento di aggiudicazione del contratto di concessione di servizi pubblici di trasporto locale;

- l'art. 8 dello stesso regolamento, rubricato "*Transizione*", prevede, al paragrafo 2, primo comma, che l'aggiudicazione di contratti di servizi pubblici di trasporto su strada si conformi all'articolo 5 di quest'ultimo a decorrere dal 3 dicembre 2019;
- l'art. 8 stabilisce un periodo transitorio di dieci anni che inizia a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento fino al 2 dicembre 2019, nel corso del quale le autorità competenti degli Stati membri, quando procedano all'aggiudicazione di un contratto di concessione di servizi pubblici di trasporto su strada, non sono ancora tenute a conformarsi all'art. 5 del regolamento;
- i termini "*aggiudicazione di contratti*", contenuti nell'art. 8, par. 2, del regolamento, ricomprendono la decisione di concludere un contratto di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada con una società, indipendentemente dal fatto che la scadenza di tale contratto possa essere successiva alla data di scadenza del periodo transitorio, salvo il rispetto delle norme relative alla limitazione della durata dei contratti di cui all'art. 4, par. 3 e 4, del regolamento;
 - b5) pertanto, una decisione di aggiudicazione definitiva può essere adottata da un'autorità competente, nel corso di tale periodo transitorio, senza dover rispettare l'art. 5 del regolamento;
- il risultato interpretativo descritto è confermato, tra l'altro:
 - dal *considerando* n. 31 del regolamento, da cui risulta che il legislatore dell'Unione ha sostenuto l'opportunità di prevedere regimi transitori perché le autorità competenti e gli operatori del servizio pubblico hanno bisogno di tempo per adeguarsi alle disposizioni del regolamento;
 - dai lavori preparatori del regolamento, nel corso dei quali la Commissione suggeriva di prevedere che la metà dei contratti di trasporto, in valore, dovesse essere aggiudicata da ciascuna autorità competente conformemente al regolamento entro un termine di quattro o cinque anni a decorrere dalla sua entrata in vigore. Dal testo finale dell'art. 8 del citato regolamento risulta, poi, che il legislatore dell'Unione, avendo deciso di prescindere da tale riferimento quantitativo nella versione definitiva della disposizione, ha preferito introdurre una certa flessibilità agli Stati membri per quanto concerne l'applicazione dell'art. 5 del regolamento durante il periodo transitorio;
- l'art. 8, par. 2, del regolamento consente di differire unicamente l'applicabilità dell'art. 5 del regolamento alle aggiudicazioni di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada. Pertanto:

- è applicabile l'art. 4, par. 3, dello stesso regolamento, in base al quale la durata di un contratto di servizio pubblico di trasporto mediante autobus non può eccedere dieci anni, salve le ipotesi di proroga previste dallo stesso regolamento;
- nel caso di specie, il contratto di concessione concluso è della durata di nove anni e, pertanto, rispetta la previsione dell'art. 4.

III. – Il cuore della vicenda – al di là dell'esito del giudizio innanzi alla Corte UE – consiste:

- nello stabilire il delicato punto di equilibrio fra intervento della mano pubblica (da parte dei singoli Stati) nell'economia (attraverso i SIG e i SIEG) e disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato, in violazione o elusione sostanziale delle norme costituzionali (quanto meno artt. 1, 3, 4, 41 e 43) e di quelle europee (specie art. 5 TUE, 14, 93, 106 e 107 FUE e protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale);
- nell'analizzare gli effetti derivanti dall'apertura del trasporto pubblico locale alle regole del libero mercato con tutte le connesse difficoltà di organizzazione del servizio pubblico a carico delle regioni e degli enti locali con aumento esponenziale del contenzioso;

Tanto emerge dal contenuto delle puntuali ordinanze di rimessione (che hanno condotto alla sentenza in rassegna, rese da Cons. Stato, sez. V, ordinanze 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 cit.), secondo cui:

- vanno rimessi alla Corte di giustizia i seguenti quesiti: *“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”;

- la normativa europea 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*;
- rispetto alla nozione di “operatore interno” rileva 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*;
- rispetto all'individuazione dell'autorità competente, cui riferire il “controllo analogo”, l'ampiezza della definizione datane dal regolamento europeo 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 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 continui a sussistere.

IV. – In dottrina, in generale, in tema di concessioni di servizi e di concessioni di trasporto pubblico locale alla luce del Regolamento CE n. 1370 del 2007, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 2017 ss., e, con particolare riguardo alle concessioni di trasporto pubblico locale, 2095 ss., dove si ricorda che, per tali concessioni, l'art. 18, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 50 del 2016 esclude l'applicazione delle regole generali del nuovo codice appalti, trovando diretta applicazione il Regolamento (CE) n. 1370 del 2007. L'A., peraltro (*ivi*, 2098 s.), dà

conto anche dell'art. 4-bis del decreto-legge n. 78 del 2009, aggiunto dalla legge di conversione n. 102 del 2009, con cui il legislatore nazionale ha imposto l'obbligo di affidamento mediante gara di una percentuale minima di servizi di trasporto pubblico locale, ponendo così un limite alla possibilità (prevista, come detto, dall'art. 5, par. n. 2, del Regolamento CE n. 1370 del 2007) di affidamento diretto a società su cui l'autorità pubblica eserciti un controllo analogo: si tratta, evidentemente, di un caso esplicito di "divieto nazionale"; più in particolare, sulla possibilità di affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri, a norma del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007, v. di recente, L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa" - Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, fasc. 2, 256 ss., a commento della Segnalazione congiunta, del 25 ottobre 2017, dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato - A.G.C.M., dell'Autorità Nazionale Anticorruzione - A.N.A.C. e dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti - A.R.T., riguardante le procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale (le quali, laddove consentite, a norma dell'art. 5, par. n. 6, del Regolamento n. 1370 del 2007, sono parimenti sottoposte alla clausola "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale").

In tale segnalazione, come riferisce l'A., si raccomanda alle autorità competenti, quando decidono di procedere tramite affidamento diretto, di esternare una motivazione più estesa e completa rispetto a quella prevista in caso di attribuzione concorsuale (con procedura aperta, ristretta, competitiva con negoziazione o dialogo competitivo): si tratta di un obbligo di motivazione rinforzato che riguarda tanto la decisione sulla procedura (non competitiva), quanto la concreta scelta dell'affidatario, tanto più nelle ipotesi in cui, a seguito dell'avviso di pre-informazione (che, in caso di affidamento diretto, è richiesto dall'art. 7, par. n. 2, del Regolamento cit.), siano emerse manifestazioni d'interesse alternative (*"l'ente affidante deve giustificare, anzitutto, perché ritiene che gli obiettivi di servizio pubblico siano garantiti meglio in termini di efficacia ed efficienza da un affidamento diretto rispetto a una procedura aperta e come ciò superi il test di proporzionalità, e poi la scelta dell'affidatario, chiarendo, in particolare, come siano rispettati i principi di imparzialità e di parità di trattamento. Nel caso in cui siano state presentate manifestazioni d'interesse alternative, quindi, l'obbligo di motivazione deve comprendere anche le ragioni del preferire un gestore a un altro"*). Deve parimenti ricordarsi che, a norma dell'art. 7, par. n. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007, l'autorità competente è tenuta a trasmettere la motivazione della propria decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico, quando sia richiesta da una parte interessata.

V. – Si registra un intenso dialogo fra giudice amministrativo e Corte di giustizia UE in materia di trasporti pubblici locali, di cui sono esempio:

- Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 16 luglio 2018, n. 4303 (oggetto della News US, in data 30 luglio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui *"Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione se l'art. 5, comma 4, del*

Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria”;

- Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 24 maggio 2018, n. 3123 (oggetto della News US, in data 30 maggio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: *“Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale se una misura consistente nello stanziamento per legge di 70 mln di euro a favore di un operatore del settore del trasporto ferroviario, alle condizioni stabilite dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208 (art. 1, comma 867), come modificata dal decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, e il successivo trasferimento dello stesso ad altro operatore economico, senza gara e per un corrispettivo pari a zero, costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; in caso affermativo occorre stabilire se l'aiuto in questione sia comunque compatibile con il diritto dell'UE e quali siano le conseguenze della sua mancata notifica ai sensi dell'articolo 108 par. 3 del TFUE”;* non è di immediata evidenza l'esistenza di un aiuto di stato in ipotesi di trasferimento dell'asset aziendale di un operatore del settore ferroviario ad altro operatore economico dello stesso settore, senza gara e corrispettivo, e dello stanziamento per legge di 70 milioni di euro per rimuovere la situazione di grave squilibrio patrimoniale del soggetto ceduto, ha rimesso la relativa questione all'esame della Corte di Giustizia UE;
- T.a.r. per il Lazio, Latina, sez. I, ordinanza, 14 maggio 2018, n. 255 (in *Giur. it.*, 2018, 2465 (m), con nota di GIUSTI, nonché oggetto della News US, in data 21 maggio 2018, cui si rinvia per approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali), ha rimesso alla Corte di giustizia UE dei quesiti sovrapponibili a quelli formulati da Cons. Stato, sez. V, ordinanze 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 (cit.);
- T.a.r. per il Piemonte, sez. II, ordinanza, 11 gennaio 2018, n. 54 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 399, con nota di CABAZZI, nonché oggetto della News US, in data 1 marzo 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui *“È rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 41 e 117, primo e secondo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, primo e secondo comma, della legge regionale del Piemonte 26 giugno 2006, n. 22, nella parte in cui vieta alle imprese esercenti servizi di noleggio autobus con conducente “l'utilizzo di veicoli di età superiore a quindici anni qualora essi abbiano raggiunto una percorrenza di un milione di chilometri”;*
- T.a.r. per la Sardegna, sez. I, ordinanza, 25 luglio 2018, n. 682 (oggetto della News US, in data 6 agosto 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui: *“Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali: se l'art. 7,*

paragrafo 2, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole; se l'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento (CE), 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, paragrafo 4".

VI. – Sull'ambito di applicazione dell'art. 5 del regolamento 1370/2007/Ce, con particolare riferimento alla differenza fra appalti di servizi di trasporto e affidamenti di servizi pubblici di trasporto sotto l'egida delle direttive del 2004 e del 2014, si veda Corte di giustizia UE, sez. IV, 21 marzo 2019, C-266/17 e C-267/17, *Rhein-Sieg-Kreis, Rhenus Veniro GmbH & Co. KG*, secondo cui, tra l'altro:

- in entrambe le cause riunite, i giudici di rinvio chiedono se l'articolo 5, par. 2, del regolamento n. 1370/2007/Ce si applichi all'aggiudicazione diretta di contratti aventi ad oggetto servizi pubblici di trasporto passeggeri con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18;
- è vero che l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 prevede, alla prima frase, che i contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento, ma, alla seconda frase, esso aggiunge che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17 o 2004/18 per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui alle dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive, e precisa che se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17 o 2004/18, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano;
- secondo il giudice di rinvio di entrambi i procedimenti, l'aggiudicazione diretta dei contratti relativi a servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus è disciplinata, nel caso in cui tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi, non dalle norme sulla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive 2004/17 e 2004/18, bensì da quelle dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007, dal momento che queste ultime disposizioni, in quanto leggi speciali, sono dirette a sostituirsi al regime generale delle aggiudicazioni dirette;

- tuttavia, l'impianto sistematico generale e la genesi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non possono condurre a tale interpretazione, in quanto: *"ai sensi degli articoli 5 e 31 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'allegato XVII A, categoria 2, di tale direttiva, nonché degli articoli 12 e 20 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'allegato II A, categoria 2, di detta direttiva, i contratti di servizi di trasporto con autobus e tram sono soggetti integralmente alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici previste da tali direttive. Per contro, i servizi di trasporto per ferrovia e mediante metropolitana, ai sensi degli articoli 5 e 32 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'allegato XVII B, categoria 18, di detta direttiva, e dell'articolo 21 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'allegato II B, categoria 18, della stessa direttiva, sono soggetti soltanto a un numero assai limitato di disposizioni di tali direttive, segnatamente gli articoli 34 e 43 della direttiva 2004/17 e gli articoli 23 e 35 della direttiva 2004/18. Per quanto concerne i contratti di concessione di servizi di trasporto, essi non sono soggetti ad alcuna disposizione della direttiva 2004/17, in virtù dell'articolo 18 di tale direttiva, e sono soggetti soltanto all'articolo 3 della direttiva 2004/18, in applicazione dell'articolo 17 di quest'ultima"* (par. 70);
- per i contratti di servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia e mediante metropolitana, che l'art. 5, par. 1 del regolamento assoggetta al regime istituito dai paragrafi da 2 a 6 della stessa disposizione, in assenza di norme nelle direttive 2004/17 e 2004/18, che disciplinino l'aggiudicazione di appalti pubblici relativi ai citati contratti, nonché l'aggiudicazione di contratti che assumono la forma di concessione di servizi, il legislatore dell'Unione ha istituito un *corpus* specifico di norme in materia di aggiudicazione applicabili a tali appalti e concessioni, anche per quanto concerne l'aggiudicazione diretta di siffatti contratti;
- poiché i contratti di servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus e tram non aventi ad oggetto concessioni erano già disciplinati dalle direttive 2004/17 e 2004/18 prima dell'adozione del regolamento n. 1370/2007, non si è avvertita la necessità di una nuova regolamentazione per le aggiudicazioni di contratti di questo tipo che, di conseguenza, rimangono di norma assoggettati, a seconda del caso, all'applicazione della direttiva 2004/17 o a quella della direttiva 2004/18;
- secondo la giurisprudenza della Corte, il regime delle aggiudicazioni dirette applicabili alle situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17 e 2004/18 costituisce un'eccezione all'applicazione delle procedure previste in tali direttive;
- le direttive 2014/24 e 2014/25, che hanno abrogato e sostituito, rispettivamente, le direttive 2004/18 e 2004/17, hanno entrambe codificato e precisato la giurisprudenza della Corte in materia di aggiudicazione diretta;

- questa inclusione del regime dell'aggiudicazione diretta nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici implica che, in pratica, ogni ricorso a tale tipologia di assegnazione presuppone l'applicazione di tali direttive;
- ne consegue che l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 non si applica all'aggiudicazione diretta di contratti relativi a servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione di servizi.

VII. – Merita uno speciale approfondimento il delicato tema dell'intervento pubblico nell'economia come disciplinato dai sistemi costituzionali degli Stati membri dell'UE in relazione al diritto europeo originario (Trattati) e derivato (regolamenti e direttive di settore).

Il quadro regolatorio (di interesse) dell'Unione europea:

- a) il Trattato Ue prevede, all'art. 4, che *"1. In conformità dell'art. 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. 3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. 4. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. 5. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione"*;
- b) il Trattato sul funzionamento UE, prevede:
 - all'art. 14 (ex articolo 16 del TCE) che *"Fatti salvi l'articolo 4 del Trattato sull'Unione Europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali"*

- principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”;*
- *all’art. 93 (ex art. 73 del TCE) che “Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”;*
 - *all’art. 106 (ex art. 86 del TCE) che “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione. 3. La Commissione vigila sull’applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”;*
 - *all’art. 107 (ex art. 87 del TCE) che “1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. 2. Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall’origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all’economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l’entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera. 3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all’articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e*

la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione";

- c) il Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale prevede che *"le alte parti contraenti, desiderando sottolineare l'importanza dei servizi di interesse generale, hanno convenuto le disposizioni interpretative seguenti, che sono allegate al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea: Articolo 1 I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente; Articolo 2 Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico";*
- d) le fonti derivate.
- Comunicazione 20 novembre 2007 su *"I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo"*, secondo cui *"in pratica, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, che ai sensi dell'art. 45 del trattato Ce [oggi 51 FUE] sono escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, ne consegue che la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata attività economica ai sensi delle norme del trattato Ce in materia di mercato interno";*
 - Decisione Commissione 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'art. 106, par. 2, FUE (ex 86, par. 2, CE) agli aiuti di stato sotto forma di compensazione di oneri servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione dei SIEG (Servizi interesse economico generale);
 - Libro bianco della Commissione 12 maggio 2004 sui SIG (Servizi interesse generale);
 - Libro verde Commissione 21 maggio 2003 sui SIG;
 - Comunicazione della Commissione 19 gennaio 2001 sui SIG.

VIII. – I Sieg e gli aiuti di stato nella prassi della Commissione.

La disciplina vigente in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale è fondata sull'articolo 106 FUE e sugli atti adottati

dalla Commissione europea nel 2005, a seguito della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Altmark* (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). Con la sentenza *Altmark* del 24 luglio 2003, la Corte di giustizia, interpretando l'articolo del Trattato in questione, ha stabilito che la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, par. 1, TCE (attuale art. 107, par. 1, del TFUE), purché siano rispettati quattro criteri cumulativi:

- e) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- f) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- g) la compensazione non può eccedere l'importo necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole;
- h) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto, avrebbe dovuto sostenere.

Qualora anche uno solo dei criteri fissati nella sentenza *Altmark* non sia soddisfatto, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato. In coerenza con i principi indicati nella sentenza, la Commissione europea ha adottato, nel luglio 2005, il c.d. "pacchetto Monti" che comprende:

- i) la decisione 2005/842/CE della Commissione, riguardante l'applicazione dell'art. 86 par. 2 del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di Servizi di interesse economico generale (GUUE L 312 del 29 novembre 2005). La decisione specifica le condizioni alle quali la compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese è ritenuta compatibile con le norme sugli aiuti di Stato e non vi è obbligo di notifica alla Commissione. La decisione dispensa in particolare dall'obbligo di notifica: le compensazioni di importo annuo inferiore a 30 milioni di Euro concesse ad imprese con un fatturato annuo inferiore a 100 milioni di Euro; le compensazioni concesse ad ospedali e ad imprese aventi incarichi di edilizia popolare che svolgono attività considerate dallo Stato membro come servizi d'interesse

economico generale; le compensazioni concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole con traffico annuale non superiore a 300mila passeggeri; e le compensazioni concesse ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a un milione di passeggeri per gli aeroporti e a 300mila passeggeri per i porti;

- j) la direttiva 2006/11/CE della Commissione del 16 novembre 2006 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (GUUE L 318 del 17 novembre 2006) (versione consolidata della direttiva 2005/81/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, che, modificando la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, prevede la separazione contabile per le imprese beneficiarie di compensazioni di obblighi di servizio pubblico);
- k) la disciplina degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (comunicazione 2005/C 297/04), che specifica le condizioni alle quali la Commissione può valutare compatibili le rimanenti compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non contemplate dalla decisione e che devono pertanto essere notificate.

Tali condizioni prevedono l'esistenza di un atto d'incarico (avente natura legislativa o amministrativa) contenente una definizione precisa e corretta del servizio d'interesse economico generale, la definizione dei parametri sulla base dei quali viene calcolato l'importo esatto della compensazione, l'assenza di sovra compensazione e le modalità di salvaguardia volte a evitare eventuali sovra compensazioni.

IX. – I SIEG e gli aiuti di stato nella giurisprudenza dell'UE.

La giurisprudenza europea ammette che i SIEG sono una manifestazione della sovranità degli Stati membri in materia economica al punto da giustificare l'esistenza di un monopolio.

Sulla esclusione totale dei SIEG dalle regole della concorrenza e del mercato unico se l'applicazione di tali regole incidono sulla missione fondamentale attribuita al SIEG dal singolo Stato, sul rapporto corrente fra SIEG e monopoli di Stato, da un lato, e norme e principi dei trattati e delle direttive di settore, dall'altro, si vedano, di recente:

- 1) Corte giustizia UE, 7 novembre 2018, C-171/17 (in *Foro it.*, 2018, IV, 561), secondo cui *"L'Ungheria, avendo introdotto e mantenuto in vigore un sistema nazionale di pagamento mobile gestito da un'unica impresa, controllata dallo stato, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 15, par. 2, lett. d), direttiva 2006/123/Ce e dell'art. 56 Tfu"*;

- m) Corte giustizia CE, sez. I, 6 marzo 2008, C-287/06, C-292/06 (in *Foro it.*, 2008, IV, 248, con nota di DE HIPPOLYTIS, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 693, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 1491, con nota di ZINZI, e in *Raccolta*, 2008, I, 1243), secondo cui *“L’art. 12, quinto trattino, direttiva 97/67/Ce, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, come modificata dalla direttiva 2002/39/Ce, deve essere interpretato nel senso che osta a che alle imprese che raggruppano, a titolo commerciale e in nome proprio, gli invii postali di più mittenti sia rifiutato il beneficio di tariffe speciali che il fornitore nazionale del servizio postale universale accorda, nel settore di sua esclusiva licenza, a clienti imprese per il deposito nei suoi centri postali di quantitativi minimi di invii presmistati”*;
- n) Corte giustizia CE, sez. I, 15 novembre 2007, C-162/06 (in *Foro it.*, 2008, IV, 248, con nota di DE HIPPOLYTIS, e in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2984), secondo cui *“L’art. 7, n. 2, direttiva 97/67/Ce, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, deve essere interpretato nel senso che esso consente agli stati membri di riservare la posta transfrontaliera al prestatore del servizio postale universale solo qualora dimostrino: che, in mancanza di una tale riserva, sarebbe pregiudicato l’adempimento di tale servizio universale, o che tale riserva è necessaria affinché tale servizio possa essere fornito in condizioni economicamente accettabili”*; *“L’art. 7, n. 2, dir. parlamento europeo e consiglio 15 dicembre 1997, 97/67/Ce, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, deve essere interpretato nel senso che esso consente agli stati membri di riservare la posta transfrontaliera al prestatore del servizio postale universale solo qualora dimostrino - che, in mancanza di una tale riserva, sarebbe pregiudicato l’adempimento di tale servizio universale, o - che tale riserva è necessaria affinché tale servizio possa essere fornito in condizioni economicamente accettabili”*;
- o) Corte giustizia CE, 17 maggio 2001, C-340/99, *Traco* (in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 21, 88, con nota di CORRADO), secondo cui *“Nella misura in cui può derivarne un pregiudizio al commercio tra stati membri, contrasta con il combinato disposto degli art. 86 e 90 del trattato Ce la normativa italiana laddove, conferendo alle poste italiane spa la gestione a titolo esclusivo del servizio postale universale, subordina il diritto di altri operatori di fornire un servizio che esorbita dal servizio universale (nella specie, il servizio di un corriere espresso) alla condizione del pagamento alla Poste italiane spa di un diritto postale (nella specie, equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta), salvo che l’introito derivante dal pagamento del diritto sia necessario ad assicurare l’espletamento del servizio universale e che l’affidataria di questo paghi lo stesso diritto nel caso in cui sia essa a fornire quel servizio non rientrante in quello universale”*;

p) Corte giustizia CE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau* (cit.), secondo cui *“L’art. 90 trattato Cee osta a che una regolamentazione di uno stato membro, che conferisca ad un ente il diritto esclusivo di raccogliere, trasportare e distribuire la corrispondenza, vieti, con sanzione penale, ad un operatore economico residente in tale stato di offrire certi servizi specifici, dissociabili dal servizio d’interesse generale, che rispondano a bisogni particolari degli operatori economici e che richiedano talune prestazioni supplementari non offerte dal servizio postale tradizionale, nella misura in cui detti servizi non pregiudicano l’equilibrio economico del servizio d’interesse economico generale assunto dal titolare del diritto esclusivo”*.

Al contempo, però, la giurisprudenza europea:

- q) sottopone le singole misure attuative del SIEG ad un controllo incentrato sul rispetto delle regole del mercato unico e degli aiuti di stato facendo applicazione del principio europeo di indifferenza della natura pubblica o privata delle imprese e di una nozione amplissima di attività economica;
- r) pone l’onere della prova della compatibilità del SIEG con la disciplina europea del mercato unico e degli aiuti di stato a carico dello Stato membro (sia pure con alcune attenuazioni);
- s) limita il controllo giurisdizionale sulle decisioni della Commissione ai profili procedurali e motivazionali sebbene richieda alla Commissione di non valersi di presunzioni nel vagliare la compatibilità dell’aiuto con la missione che è chiamato a svolgere il soggetto incaricato del SIEG; in questo senso si veda: Corte giustizia Unione europea, 2 settembre 2010, C-399/08 (in *Raccolta*, 2010, I, 7831), secondo cui *“Il controllo che i giudici comunitari esercitano sulle valutazioni economiche complesse effettuate dalla commissione deve necessariamente limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell’esattezza materiale dei fatti, dell’insussistenza di errore manifesto nella valutazione dei fatti e di sviamento di potere; si procede a siffatte complesse valutazioni di ordine economico qualora la commissione esamini la validità di un sistema di finanziamento di un servizio di interesse economico generale sotto il profilo dell’art. 87 Ce, il che implica la verifica delle condizioni enunciate nella sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*; il tribunale non è tenuto a verificare tutti i criteri enunciati dalla corte nella sentenza *Altmark*, una volta constatata l’illegittimità della decisione della commissione rispetto ad uno di essi”*;
- t) con riferimento alla qualificazione di una misura come aiuto di stato, in relazione all’esigenza di interpretare in modo flessibile le condizioni della sentenza *Altmark*, secondo Tribunale Unione europea, 7 novembre 2012, C-137/10, *“considerata la natura particolare della funzione di servizio d’interesse economico generale in taluni settori, occorre dare prova di flessibilità nell’applicazione della sentenza «Altmark» e dei criteri ivi esposti ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di*

stato; riguardo al servizio pubblico ospedaliero occorre, all'atto dell'applicazione dell'art. 86, par. 2, Ce, e dei criteri elaborati nella sentenza Altmark, prendere in considerazione l'assenza di dimensione commerciale del servizio pubblico in esame, mentre la sua qualificazione come servizio di interesse economico generale si spiega piuttosto con l'impatto che esso produce sul settore concorrenziale e commerciale";

u) sulla funzione delle condizioni poste dalla sentenza *Altmark* e sulle differenze tra la definizione di una misura quale aiuto al fine di verificare la sussistenza dell'obbligo di notifica e la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, si vedano:

u1) Tribunale Unione europea, 16 dicembre 2010, C-231/06, C-237/06 (in *Raccolta*, 2010, II, 5993), secondo cui *"Le quattro condizioni definite al punto 95 della sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark, hanno come solo e unico obiettivo la qualificazione della misura di cui trattasi come aiuto di stato, per la determinazione dell'esistenza di un obbligo di notifica di tale misura alla commissione, nell'ipotesi di un nuovo aiuto, o di cooperazione con tale istituzione nel caso di un aiuto esistente; infatti, il criterio Altmark, inteso a stabilire l'esistenza di un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, Ce, non va confuso con il criterio dell'art. 86, n. 2, Ce, che consente di stabilire se una misura costitutiva di un aiuto possa essere considerata compatibile con il mercato comune";*

u2) Tribunale Unione europea, 1 luglio 2010, n. 568/08, 573/08 (in *Raccolta*, 2010, II, 3397), secondo cui *"La quarta condizione stabilita dalla sentenza «Altmark», relativa all'analisi dei costi rispetto ad un'impresa media, gestita in modo efficiente ed adeguatamente attrezzata, che va applicata per stabilire, nell'ipotesi in cui la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della compensazione necessaria e, quindi, evidenziare l'esistenza di un eventuale aiuto di stato non viene in considerazione nella valutazione della compatibilità delle misure di aiuto in forza dell'art. 86, par. 2, Ce";*

v) sulla nozione e sulla funzione del criterio della c.d. compensazione si veda Corte giustizia Unione europea, 2 settembre 2010, C-399/08 (cit.), secondo cui *"Sono considerati aiuti di stato, purché siano soddisfatte le altre condizioni previste dall'art. 87 n. 1 Ce, gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente alcune imprese o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato; in tale contesto, nei confronti delle imprese incaricate di un servizio di interesse economico generale, nei limiti in cui un intervento statale debba essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, di modo che tali imprese*

non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocare tali imprese in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto alle imprese concorrenti, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87 n. 1 Ce; tuttavia, affinché, in un caso concreto, una compensazione possa non essere qualificata aiuto di stato, devono ricorrere determinati presupposti, enunciati nella sent. 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark; in particolare, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti corrispondenti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di questi obblighi; ne consegue che, quando la commissione deve esaminare la validità di un sistema di finanziamento di un servizio di interesse economico generale sotto il profilo dell'art. 87 Ce, essa è specificamente tenuta a verificare se detto presupposto sia soddisfatto; la commissione è tenuta pertanto ad esaminare le prove che possono rivelarsi pertinenti nel contesto dell'indagine relativa all'esistenza di un «vantaggio» ai sensi dell'art. 87 n. 1 Ce che le parti del procedimento amministrativo le presentano; la commissione potrebbe ricorrere all'utilizzo di un metodo diverso da quello che discende dall'applicazione dei criteri sviluppati nella sentenza Altmark, nel caso in cui le sia impedito, per ragioni oggettive, di procedere all'esame delle informazioni fornite dalle parti; nel caso di trasferimento di risorse di stato a un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale, la commissione non può presumere che tali trasferimenti costituiscano un vantaggio ai sensi dell'art. 87 n. 1 Ce, qualora essa ometta di esaminare, da un lato, se l'importo complessivo dei trasferimenti ecceda l'ammontare totale dei costi aggiuntivi sostenuti dall'impresa beneficiaria e, dall'altro, se quest'ultima non abbia registrato altri costi aggiuntivi netti, connessi allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale per i quali possa legittimamente pretendere una compensazione con la totalità dei trasferimenti, alle condizioni previste dalla sentenza Altmark”;

w) amplia la nozione di attività economica anche se svolta dalla pubblica amministrazione:

w1) Corte giustizia CE, sez. V, sentenza 22 gennaio 2002, C-218/00, Soc. Cisal (in *Foro it.*, 2003, IV, 331, con nota di CERBO, in *Raccolta*, 2002, I, 691, in *Argomenti dir. lav.*, 2003, 343, con nota di FASSINA, in *Resp. civ.*, 2002, 1311, con nota di COGGIOLA, in *European Legal Forum*, 2002, 143, e in *Orient. giur. lav.*, 2002, III, 51), secondo cui, tra l'altro, “La nozione di impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità di finanziamento; non esercita un'attività economica un ente incaricato dalla legge della gestione di un regime di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, quale l'Inail: infatti l'importo delle prestazioni e

quello dei contribuiti - che costituiscono i due elementi essenziali del regime gestito - sono soggetti al controllo dello stato e l'iscrizione obbligatoria che caratterizza il regime assicurativo è indispensabile per l'equilibrio finanziario e per l'attuazione del principio di solidarietà, il quale implica che le prestazioni erogate all'assicurato non sono proporzionate ai contributi da questo versati"; "La nozione d'impresa, ai sensi degli art. 85 e 86 trattato Ce (divenuti art. 81 e 82 Ce), non comprende un ente incaricato dalla legge della gestione di un regime di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, quale l'istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail)";

- w2) Tribunale di primo grado CE, sezione I ampliata, sentenza, 4 marzo 2003, T-319/99 (in *Foro it.*, 2003, IV, 334, con nota di CERBO, in *Cons. Stato*, 2003, II, 565, con nota di ANTONUCCI, e in *Ragiusan*, 2003, fasc. 231, 197), secondo cui *"La nozione di impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità di finanziamento; per attività economica si intende l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro: perciò, allorché un soggetto acquista un prodotto non per offrire beni o servizi su un mercato, ma per impiegarlo nell'ambito di un'altra attività (puramente sociale, come quella di offrire servizi sanitari gratuiti agli iscritti ad un sistema sanitario nazionale), esso non agisce in qualità di impresa";*
- x) sull'onere della prova dell'obiettivo legittimo perseguito dallo Stato da porre a base delle restrizioni delle libertà riconosciute dal diritto europeo si veda Corte di giustizia UE, sez. I, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet Ltd (in www.curia.europa.eu, 2017, in *Foro it., Rep.*, 2017, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 980, in *Foro it.*, 2018, IV, 424, con nota di FORTUNATO, nonché oggetto della News US, in data 11 gennaio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali), secondo cui, tra l'altro: il relativo onere della prova grava sullo Stato membro, ma la mancata analisi degli effetti della misura *ex se* non costituisce inadempimento alla dimostrazione della presenza del motivo imperativo di interesse generale e del fatto che la misura rispetti il criterio di proporzionalità; *"Gli art. 49 e 56 Tfeue nonché il principio del legittimo affidamento devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale imponga a soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito nuove condizioni per l'esercizio della loro attività mediante un atto di integrazione della convenzione accessiva alla concessione esistente, laddove il giudice del rinvio concluda che tale normativa può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, è idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non eccede quanto è necessario per raggiungerli";*

y) sull'onere della prova in materia di aiuti di stato si veda Tribunale Ue, terza sezione ampliata, sentenza 19 marzo 2019, T-98/16, che ha annullato la decisione (UE) 2016/1208 della Commissione Ue, del 23 dicembre 2015, relativa all'asserito aiuto di stato che l'Italia avrebbe erogato in favore della Banca Tercas, per mancanza della prima condizione relativa alla qualificazione come aiuto, ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE, e, in particolare, perché la Commissione ha erroneamente ritenuto che le misure controverse presupponessero l'uso di risorse statali e fossero imputabili allo Stato. Secondo il collegio:

- y1) la qualifica di «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE presuppone che ricorrano quattro condizioni, ovvero che sussista un intervento dello Stato o mediante risorse statali, che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che esso conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza;
- y2) per quanto riguarda la prima condizione relativa all'esistenza di un intervento dello Stato o mediante risorse statali, per poter essere qualificati come «aiuti» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, determinati vantaggi devono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato. Sul punto, non occorre distinguere, a priori, i casi in cui l'aiuto è concesso direttamente dallo Stato da quelli in cui è concesso tramite un ente pubblico o privato, in quanto l'inclusione di vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato mira a preservare l'efficacia pratica delle norme relative agli aiuti concessi dagli Stati. Il diritto dell'Unione non può quindi tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le norme in materia di aiuti di Stato;
- y3) tuttavia, la decisione di includere i vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato fa emergere un rischio particolare di sovra-inclusione, qualora si comprendano vantaggi che non siano imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse statali;
- y4) qualora l'ente sia dotato di uno *status* privato o di un'autonomia, incluso quanto alla gestione dei suoi fondi, rispetto agli interventi dei pubblici poteri e delle finanze pubbliche, in senso stretto, la Commissione è soggetta, sotto il completo controllo del giudice dell'Unione, a un obbligo ancora più significativo di precisare e motivare le ragioni che le consentono di concludere nel senso di un controllo pubblico sulle risorse utilizzate e dell'imputabilità delle misure allo Stato e, di conseguenza, dell'esistenza di un aiuto. L'onere a carico della Commissione è particolarmente stringente nelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, la misura è concessa da un ente

privato, in quanto, in questo caso, non è possibile presumere che lo Stato sia in grado di controllare tale impresa e di esercitare un'influenza dominante sulle sue operazioni, a motivo del vincolo di capitale e delle prerogative ad esso correlate, con la conseguenza che *"Spetta dunque alla Commissione provare, in modo giuridicamente adeguato, un sufficiente grado di coinvolgimento dello Stato nella concessione della misura in oggetto, dimostrando non solo che lo Stato ha la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'ente erogatore ma, altresì, che esso era in grado di esercitare tale controllo nel caso concreto"*;

- y5) dopo aver esaminato gli elementi presi in considerazione nella decisione impugnata dalla Commissione Ue, per stabilire l'origine delle misure, per valutare l'imputabilità di una misura allo Stato, occorre esaminare se le autorità pubbliche siano state coinvolte nell'adozione di tale misura. In altri precedenti giurisprudenziali si è ritenuto che la misura poteva essere dedotta da un insieme di indizi risultanti *"dalle circostanze della fattispecie e dal contesto nel quale tale misura era stata adottata, tra cui il fatto che l'organismo in questione non poteva adottare la decisione contestata senza tener conto delle esigenze dei pubblici poteri o che, oltre a elementi di natura organica che legavano le imprese pubbliche allo Stato, esse, grazie alla cui intermediazione gli aiuti erano stati concessi, dovevano tener conto delle direttive impartite da un comitato interministeriale per la programmazione economica"*. Altri indizi possono essere rilevanti per affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato dall'impresa pubblica, quali l'integrazione della misura nelle strutture dell'amministrazione pubblica, *"la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta"*;
- y6) il fattore determinante per valutare il criterio relativo all'imputabilità della misura allo Stato è il grado di intervento delle autorità pubbliche nella definizione delle misure di cui si tratta e le loro modalità di finanziamento, in quanto solo un grado sufficientemente elevato di intervento consente di concludere nel senso dell'imputabilità delle misura di cui trattasi allo Stato italiano;

- y7) nel caso di specie, l'intervento di sostegno è stato effettuato da un consorzio interbancario che mira a perseguire principalmente gli interessi privati delle banche che ne sono membri. In particolare per i membri del consorzio, gli interventi di sostegno mirano innanzitutto a evitare le conseguenze economiche più onerose di un rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa. Infatti, in base allo statuto, gli interventi di sostegno sono subordinati a due condizioni cumulative: devono esistere prospettive di risanamento della banca in difficoltà che beneficia dell'intervento, per evitare che il consorzio sia chiamato nuovamente a intervenire in futuro; gli interventi di sostegno devono costituire un onere finanziario meno oneroso per le banche consorziate rispetto all'attuazione dell'obbligo legale di rimborso dei prestiti. Da tale ultima condizione, in particolare, si desume che il consorzio privilegia gli interessi privati delle banche rispetto ad ogni altra considerazione legata alla tutela del risparmio, infatti lo statuto osta a qualsiasi intervento che comporti un eccessivo onere finanziario per i membri, anche nel caso in cui siffatto intervento di sostegno consentisse una migliore tutela del risparmio;
- y8) per i membri del consorzio, gli interventi di sostegno mirano altresì a evitare le conseguenze negative nei loro confronti e per l'intero settore bancario, soprattutto in termini di reputazione e di rischio di panico tra i depositanti, che comporterebbe la liquidazione coatta amministrativa di una banca in difficoltà e il fatto che un settore istituisca un sistema privato di mutua assistenza non costituisce di per sé un indizio del coinvolgimento dello Stato;
- y9) *“gli interessi privati delle banche consorziate possono coincidere con l'interesse pubblico. Tuttavia, dalla giurisprudenza emerge che il fatto che, in certi casi, gli obiettivi di interesse generale concordino con l'interesse degli enti privati – quali un consorzio di diritto privato, come nella fattispecie – non fornisce, di per sé solo, alcuna indicazione circa l'eventuale coinvolgimento o assenza di coinvolgimento dei poteri pubblici, in un modo oppure in un altro, nell'adozione della misura di cui trattasi”* (par. 99);
- y10) inoltre, gli interventi di sostegno non attuano un qualche mandato pubblico conferito dalla normativa italiana. Dall'art. 96 bis, comma 1, del d.lgs. n. 385 del 1993 si evince che il mandato pubblico conferito al consorzio consiste unicamente nel rimborsare i depositanti in quanto sistema di garanzia quando una banca membro del consorzio è oggetto di liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, il mandato pubblico ai sistemi di garanzia è soggetto a un tetto massimo corrispondente a 100 mila euro per ciascun

depositante. Al di fuori di tale ambito il consorzio non agisce in esecuzione di una finalità pubblica imposta da norme italiane. Inoltre, la normativa italiana non obbliga il consorzio, né nessun altro sistema di garanzia dei depositi, a effettuare interventi di sostegno. Nel caso di specie, l'intervento di sostegno è pertanto frutto di una decisione autonoma delle banche consorziate di introdurre una siffatta possibilità nello statuto. L'intervento di sostegno ha, pertanto, una finalità diversa da quella dei rimborsi dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa e non costituisce l'esecuzione di un mandato pubblico;

- y11) l'autorizzazione della Banca d'Italia dell'intervento del consorzio in favore della Tercas non costituisce indizio che consenta di imputare la misura allo Stato, in quanto: dalla normativa italiana emerge che l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia degli interventi di sostegno avviene solo al termine di un controllo di conformità della misura con il quadro normativo, effettuato nell'ambito della missione prudenziale di quest'ultima; la Banca d'Italia non può in alcun modo obbligare il consorzio a intervenire a sostegno di una banca in difficoltà. Al tempo stesso non costituisce indizio idoneo la presenza di rappresentanti della Banca d'Italia alle riunioni del comitato di gestione e del consiglio del consorzio, svolgendo un ruolo di mero osservatore senza alcun diritto di voto neppure consultivo;
- y12) la Commissione non ha pertanto provato, in modo giuridicamente sufficiente, il coinvolgimento delle autorità pubbliche italiane nell'adozione della misura in questione, né l'imputabilità di tale misura allo Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, Tfeue;
- y13) la Commissione non ha sufficientemente dimostrato, inoltre, che le risorse di cui trattasi fossero controllate dalle autorità pubbliche italiane e che esse fossero di conseguenza a disposizione di queste ultime. La Commissione non poteva quindi concludere che, nonostante il fatto che l'intervento del consorzio a favore di Tercas sia stato effettuato in conformità allo statuto di tale consorzio e nell'interesse dei suoi membri, utilizzando fondi esclusivamente privati, sarebbero in realtà le autorità pubbliche che, attraverso l'esercizio di un'influenza dominante sul consorzio, avrebbero deciso di indirizzare l'uso di tali risorse per finanziare un siffatto intervento;

X. – L'ambito applicativo dell'art. 14 TUE e i suoi rapporti con la Costituzione economica italiana.

Per disvelare il reale significato, dunque la *ratio* e la conseguente portata applicativa dell'art. 14, occorre effettuare una lettura non atomistica dell'art. 14 TUE. Esso deve essere

analizzato in sistema con gli articoli 4 UE e con il protocollo interpretativo n. 26 (allegato ai Trattati UE e FUE). Dal punto di vista storico, l'art. 14, nei suoi ellittici enunciati, serve a dare una copertura alle politiche degli stati con forte tradizione interventista (come la Francia o la stessa Germania). Tali disposizioni:

- z) si basano sul riconoscimento della competenza esclusiva degli Stati membri a perseguire quelle finalità di interesse generale riconosciute come fondamentali e coerenti con l'identità costituzionale (conclusione coerente col principio di tassatività delle competenze dell'UE e della sussidiarietà nel loro esercizio, ex art. 5 UE);
- aa) non indicano le finalità di interesse generale, lasciando agli Stati ogni scelta sul punto;
- bb) configurano gli interessi dell'UE come limiti esterni al potere degli Stati membri di istituire un SIEG (o un SIG).

Conseguentemente tale disciplina:

- cc) evidenzia che la missione insita nel SIEG (o SIG) non può essere pregiudicata dalla adesione dello Stato alla UE, tanto è vero che la applicazione della disciplina generale sugli aiuti di Stato è testualmente recessiva rispetto al buon funzionamento del SIEG o SIG;
- dd) consente che lo Stato membro, anche intervenendo successivamente alla liberalizzazione di un settore, sia legittimato a istituire un SIEG (ad esempio gli Stati membri a prevedere che il servizio di trasporto, con qualunque mezzo realizzato, merci, passeggeri e poste, sia considerato un SIEG o addirittura un SIG);
- ee) autorizza la Commissione a sindacare la scelta dello Stato membro, in attuazione del principio di sussidiarietà, solo in presenza di "errore manifesto" nella decisione di istituire un SIEG;
- ff) conferma che l'UE non è titolare del potere di valutare quale sia, per il singolo Stato, un interesse fondamentale da perseguire attraverso un SIEG o un SIG; in ogni caso, pur volendosi ammettere un controllo della UE sulle scelte in materia dei singoli Stati membri, esso sarebbe confinato ad una valutazione *ab externo* nei limiti della abnormità.

La Costituzione economica italiana.

Essa riconosce il ruolo centrale dello Stato per attuare gli obiettivi fondamentali della prosperità sociale, della piena realizzazione della persona umana attraverso il lavoro, di una società pluriclasse aperta (che consente il funzionamento effettivo del c.d. ascensore sociale). Il fatto che nel sistema delineato dalla Costituzione l'attività economica privata possa coesistere con quella pubblica non vuol dire che entrambe non debbano necessariamente concorrere a realizzare i valori fondativi (sociali ed economici e di benessere collettivo) della

medesima Costituzione. L'art. 43 Cost., in armonia con il quadro regolatorio dell'UE (se di esso non si assume una lettura distopica come quella praticata dalla Commissione e, in misura minore, dalla giurisprudenza):

- gg) fonda il potere dello Stato di creare, *ex novo*, riserve di attività economiche, monopoli e di nazionalizzare settori dell'economia considerati strategici (esempi più famosi: nazionalizzazione settore elettrico con creazione Enel; riserva coltivazione e ricerca idrocarburi nella pianura padana);
- hh) consente di ritenere legittimi i monopoli e le private precedenti la Costituzione (ad esempio, il servizio postale o quello ferroviario, in origine erogati attraverso aziende autonome incardinate presso i ministeri). I valori costituzionali fondamentali (tali cioè da assurgere al rango di contro limiti alla penetrazione del diritto UE) possono consentire la creazione di un servizio pubblico anche a fronte di un mercato liberalizzato.

In particolare, il principio laburista, dal punto di vista formale, si atteggia come espressione di un precetto programmatico privo del requisito della coattività nei rapporti privatistici; tuttavia, la sua indole di valore costitutivo del patto fondativo su cui riposa l'intero ordinamento nazionale, fa sì che esso: integra il nucleo fondamentale di una sorta di ordine pubblico costituzionale; come tale, agisce nell'ordinamento giuridico quale criterio esegetico risolutore dei conflitti fra norme anche di rango costituzionale (ad es. il novellato art. 81 Cost. non potrebbe mai essere letto in chiave anti laburista); limita la penetrazione di norme di derivazione internazionale con esso confliggenti; agisce da argine a revisioni della Costituzione (ai sensi dell'art. 139 Cost.); sul piano istituzionale ed economico obbliga tutti gli organi costituzionali a non tradirne l'essenza, ma, al contrario, a porre in essere nelle sedi proprie (parlamentari, di governo, giudiziarie, ovvero nel contesto internazionale) coerenti azioni politiche, normative, amministrative, societarie, culturali (ferma l'ampissima discrezionalità nella scelta dei mezzi).

In giurisprudenza, sul tema dei controlimiti alla penetrazione nell'ordinamento italiano di norme internazionali ed europee in contrasto con i valori fondamentali della Costituzione italiana, si vedano, tra gli altri:

- ii) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115 (in *Foro it.*, 2018, I, 2219, con nota di ROMBOLI, in *Giust. pen.*, 2018, I, 161, con nota di DELLI PRISCOLI, in *Fisco*, 2018, 2463, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 1281, con nota di LUCIANI, PULITANÒ, in *Bollettino trib.*, 2018, 842, con nota di MANES, AZZONI, in *Riv. giur. trib.*, 2018, 649, con nota di CORSO), secondo cui "È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 l. 2 agosto 2008 n. 130, nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 Tfu come interpretato dalla sentenza della grande sezione della corte di giustizia 8 settembre 2015, causa C-105/14, «Taricco», comporta l'omessa applicazione degli art. 160, 3° comma, e 161, 2° comma, c.p., allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in

materia di imposta sul valore aggiunto (iva), in riferimento agli art. 3, 11, 24, 25, 2° comma, 27, 3° comma, e 101, 2° comma, cost.”;

- jj) Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238 (in *Foro it.*, 2015, I, 1152, con note di PALMIERI E SANDULLI, in *Giur. it.*, 2015, 339 (m), con nota di GIRARDI, in *Dir. uomo*, 2014, 445, con note di BERNARDINI, CAPONI, DE SENA, DI BERNARDINI, VENTRELLA, ZOPPO, in *Int'l Lis*, 2015, 12 (m), con note di CANNIAZZARO, CIAMPI, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 367 (m), con nota di BATTINI, in *Giur. costit.*, 2014, 3853, con nota di CONFORTI, PINELLI, BRANCA, CAPONI, RIMOLI, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 237, in *Cass. pen.*, 2015, 1048 (m), con nota di RIVELLO, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 799, con nota di PERSANO, in *Riv. polizia*, 2015, 719, con nota di PINTO, in *Cass. pen.*, 2016, 4253 (m), con nota di FRANCESCHELLI, in *Giusto processo civ.*, 2016, 719 (m), con nota di PERLINGIERI, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2016, 162), secondo cui, tra l'altro: “È incostituzionale l'art. 3 l. 14 gennaio 2013 n. 5, che, nel disciplinare l'obbligo dello stato italiano di conformarsi a tutte le decisioni con le quali la corte internazionale di giustizia abbia escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro stato alla giurisdizione civile, impone al giudice di rilevare d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, il difetto di giurisdizione e individua un ulteriore caso di impugnazione per revocazione delle sentenze passate in giudicato, rese in contrasto con la decisione della corte internazionale di giustizia”; “È infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, cost., della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli stati dalla giurisdizione civile degli altri stati, in riferimento agli art. 2 e 24 cost.”; “È incostituzionale l'art. 1 l. 17 agosto 1957 n. 848, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della carta delle Nazioni Unite ed esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona”; “L'art. 3 l. 14 gennaio 2013 n. 5, contenente l'espressa esclusione della giurisdizione italiana per i crimini di guerra commessi dal Terzo Reich tedesco è incostituzionale”; “L'art. 1 l. 17 agosto 1957 n. 848, nella parte in cui, dando esecuzione alla carta delle Nazioni Unite, prescrive che «ciascun membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della corte internazionale di giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte», imponendo espressamente all'ordinamento interno di adeguarsi alla pronuncia della cig anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di quello stato che consistano in violazioni gravi del

diritto internazionale umanitario e dei diritti fondamentali quali i crimini di guerra e contro l'umanità, è incostituzionale”;

Alla stregua dei più recenti contributi di dottrina sulla nozione di servizio pubblico, SIG e SIEG, nel diritto europeo e in quello nazionale (specie tenuto conto dei risvolti costituzionali) - si vedano, tra gli altri: G. SALERNO, in *Commentario breve alla costituzione*, a cura di CRISAFULLI – PALADIN, Padova, 1990, 303 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, II, 139; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 784 ss., 792 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, 320 ss.; F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106; L. BARRA CARACCILO e V. POLI, *Imperialismo mercantilista e violazioni del trattato Ue*, in *Foro it.*, 2012, V, 347; T. MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 204 ss.; L. BARRA CARACCILO, *Euro e (o) democrazia costituzionale*, Roma, 2013, 17 ss., 63 ss.; V. POLI, *Il controllo della corte costituzionale (al tempo della crisi) sulle leggi in materia economica*, in *Foro it.*, 2014, V, 19; V. POLI, *Il modello socio-economico trasposto dal costituente nella c.d. costituzione economica e le vicende conseguite al trattato di Maastricht*, in *Giurisdiz. amm.*, 2014, IV, 79; L. BARRA CARACCILO, *La democrazia nella palude*, Reggio Emilia, 2015, 58 ss.; V. POLI, *La costituzione economica italiana: l'ultima speranza dopo il trattato di Maastricht*, in *Foro it.*, 2015, V, 175; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 89 ss; 222 ss., 306 ss., 1779 ss., 1990 ss.; M. ALLENA – P. GIUGLIANO, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 112 ss. (con particolare riferimento all'art. 2 del testo unico sulle società pubbliche, ivi ulteriore bibliografia) – è possibile sintetizzare un insieme di considerazioni critiche alla prassi della Commissione e della Corte UE; effettivamente la prassi della Commissione e (in misura forse minore anche se fortemente ambigua) quella della Corte UE, appare in contrasto:

kk) con i con i valori fondamentali del programma costituzionale italiano costitutivi dello Stato italiano;

ll) con la stessa disciplina dei Trattati relativa ai SIG e SIEG.

Sul primo punto, si evidenzia che la prassi europea (ma, in questa parte, anche la disciplina positiva dei Trattati e del diritto derivato, costruiti intorno al cardine di una economia sociale di mercato fortemente competitiva ex art. 3, § 3, TUE) contrasta con i valori costitutivi della nostra Costituzione perché mentre quest'ultima riconosce il mercato (e l'iniziativa economica che in esso si esplica) solo se e nella misura in cui contribuiscono a conseguire i fini fondamentali della nostra Costituzione, la prima si ispira a una logica e ad un canone inverso: la regola generale è il mercato e la competitività sfrenata (di matrice ordo liberista), mentre la presenza della mano pubblica nell'economia (quale che sia la forma che assume) rappresenta una eccezione da valutare con estrema circospezione. In quest'ottica non deve trarre in inganno la regola sancita dall'art. 345 FUE, secondo cui il diritto europeo si assume

neutrale rispetto al regime pubblico o privato della proprietà prescelto dai singoli Stati membri: tale neutralità è, infatti, null'altro che una trappola essendo intesa come indifferenza, da parte della UE, alle ragioni di fondo della proprietà pubblica dei mezzi di produzione economica e, più in generale, dell'intervento della mano pubblica nell'economia: le imprese pubbliche devono sottostare a tutte le regole di quelle private e dunque alla disciplina del mercato unico e degli aiuti di Stato.

Sul secondo punto si evidenzia che la prassi europea non rispetta neppure quanto sancito dai Trattati (nella disciplina dedicata ai SIEG e ai SIG) come compromesso fra istanze ordo liberiste e le diverse identità economiche costituzionali dei singoli Stati membri, infatti:

- mm) dà per scontato che l'UE abbia competenza diretta in materia di SIEG e SIG quando, al contrario, essa riconosce agli Stati ogni potere in merito (tanto in violazione del principio di tassatività delle attribuzioni dell'UE);
- nn) non essendo stata dettata una disciplina attuativa dell'art. 14 FUE che fungesse da leale paradigma normativo (come imposto dal medesimo articolo 14), si utilizza (quella creata ad altri fini per) lo strumento degli aiuti di Stato onde esercitare un improprio controllo di merito sulle decisioni fondamentali di politica economica di ciascuno Stato membro, prendendo ad oggetto (e decontestualizzando) singoli aspetti organizzatori del servizio;
- oo) non tiene conto del fatto che, se è vero che qualunque attività gestita dalla mano pubblica può avere un connotato economico e che la natura giuridica pubblica o privata dell'impresa è irrilevante in linea generale ai fini dell'applicazione del Trattato, è lo stesso diritto UE che impedisce di assoggettare i SIEG e i SIG alla disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato;
- pp) ribalta il rapporto regola – eccezione, imponendo agli Stati di dimostrare (innanzi alla Commissione e poi davanti alla Corte UE) che l'istituzione del SIEG o del SIG non violi le libertà fondamentali del Trattato specie quando il SIEG è gestito con strumenti privatistici (società pubblica, impresa pubblica ecc.).

XI. – Per completezza si evidenzia come il testo unico delle società a partecipazione pubblica, d.lgs. n. 175 del 2016, interviene espressamente sui limiti entro i quali le società pubbliche possono essere costituite ovvero continuare a esistere, facendo espresso riferimento, oltre che al tipo societario, anche all'attività esercitata ai sensi dell'art. 4 del medesimo decreto. In particolare, l'esigenza, variamente posta in risalto in giurisprudenza e dottrina, è quella di non confondere la costituzione di una società *in house*, che si presenta come un modulo organizzativo neutrale rientrante nell'autonomia organizzativa dell'ente pubblico, necessariamente servente al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo, con la costituzione di una società che opera sul mercato, in concorrenza con operatori privati, accettando commesse sia da enti pubblici che da privati. Le società

rientranti nella categoria da ultimo menzionata necessitano di previsioni legislative espresse e non possono ritenersi consentite in termini generali.

Posta tale premessa:

qq) il TUSP introduce un duplice vincolo. Un primo vincolo, "di scopo" o "funzionale", che - riformulando (con la sostanziale estensione anche alle partecipazioni indirette) il comma 27 dell'art. 3 della L. 24 dicembre 2007, n. 244 - impedisce alle pubbliche amministrazioni di costituire (o detenere partecipazioni, anche di minoranza, in) società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Un secondo vincolo, c.d. "di attività", è destinato, invece, a perimetrare, appunto, le attività che - nel rispetto del vincolo di scopo - possono essere lecitamente svolte dalle pubbliche amministrazioni ricorrendo a una società di capitali. L'elenco di cui all'art. 4 è tassativo e consente, mediante la costituzione di una società di capitali o la detenzione di partecipazioni nella stessa:

- la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali al servizio medesimo;
- la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, sulla base di un accordo di programma, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50 del 2016;
- la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero produzione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016 con un imprenditore selezionato con procedure a evidenza pubblica;
- l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti partecipanti, nel rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici;
- i servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016. Rilevano sul punto i concetti di stretta indispensabilità dello svolgimento dell'attività e il numero "quasi chiuso" di attività ammissibili (in questi termini, nonché per un'analisi della tematica si veda A. POLICE – S. LUCATTINI, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 165 ss.). A regime, quindi, non sarà possibile, per le pubbliche amministrazioni, costituire società o detenere partecipazioni in società di capitali che svolgano attività in regime di mercato e, cioè, producano beni e servizi destinati alla vendita a soggetti diversi dalle amministrazioni socie e al di fuori del perimetro delle attività

istituzionali delle medesime; allo stesso modo, non sarà compatibile la presenza di capitale pubblico in società che, pur producendo servizi d'interesse generale, lo facciano al di fuori di un vincolo funzionale con le amministrazioni socie. Le conseguenze derivanti dalla violazione del divieto sono, in parte, disciplinate dallo stesso decreto legislativo, in parte desumibili dai rinvii contenuti nel testo unico al codice civile. In ogni caso, il legislatore, all'art. 1, comma 4, lett. a), mantiene ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse;

rr) il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 968 del 21 aprile 2016 (oggetto della News US, in data 27 aprile 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), reso in sede di analisi dello schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica:

- ricostruisce il complesso contesto europeo e costituzionale in cui si colloca l'intervento di riforma, al fine di proporre modifiche al testo conformi ai principi di concorrenza e alle regole che presiedono al riparto delle funzioni legislative tra Stato e Regioni; riassume i modelli di società esistenti prima della riforma, distinguendosi società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente privatistica (società a partecipazione pubblica) e società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente pubblicistica (società *in house*, le società strumentali e l'organismo di diritto pubblico in forma societaria);
- rileva che gli Stati membri possono imporre alle imprese pubbliche o private l'assolvimento di specifici obblighi di servizio che siano strettamente proporzionati al fine di assicurare l'interesse pubblico alla tutela di tutti gli utenti dei servizi stessi. L'art. 14 del TFUE attribuisce alla competenza degli Stati membri il compito di «fornire, fare eseguire e finanziare» servizi di interesse economico generale. Rientra, dunque, nell'autonomia degli Stati membri individuare gli ambiti in cui è necessario un intervento pubblico nel mercato per assicurare l'assolvimento della «specifica missione». La Commissione europea può sindacare la scelta degli Stati membri, in attuazione del principio di sussidiarietà, soltanto in caso di "errore manifesto". *“La regola generale è che il finanziamento sia assicurato dall'autorità pubblica. Il “costo” del servizio di interesse economico generale non può gravare sull'impresa pubblica (o privata)*

in quanto essa, senza l'imposizione dell'obbligo, non avrebbe reso quella prestazione nel rispetto delle specifiche modalità previste. Se tale costo fosse posto a carico dell'erogatore del servizio si realizzerebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto ad altri, eventuali, operatori del medesimo settore che non sono gravati da analoghi obblighi. Le diverse discipline prevedono, pertanto, che il costo del servizio venga assunto dalla pubblica amministrazione oppure ripartito proquota fra le imprese concorrenti in modo da ristabilire, quando è imposto ad una soltanto di esse, la par condicio tra gli operatori economici. Le descritte regole di finanziamento dei SIEG costituiscono la "deroga" all'applicazione delle "regole della concorrenza" che il diritto europeo consente proprio per assicurare che i singoli Stati adempiano alla «specifica missione» nell'interesse pubblico e cioè nell'interesse dei cittadini all'erogazione di quel servizio. La mancanza, infatti, di tale ragione di interesse pubblico comporterebbe la qualificazione delle "compensazioni economiche" quali illegittimi aiuti di stato. Se il diritto europeo lascia ampia discrezionalità, salvo il caso dell'"errore manifesto", agli Stati membri di individuare la tipologia di prestazioni da inserire nell'ambito dei SIEG, esso impone poi il rispetto di precisi requisiti nella fase del finanziamento al fine di assicurare che vi sia un rapporto di stretta proporzionalità tra entità degli obblighi e misura della compensazione... In definitiva, il diritto europeo, nella cornice dei processi di liberalizzazione economica e senza interferire direttamente nei processi di privatizzazione, consente alle società private e pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse generale, economico o non, purché si rispettino le regole antitrust e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio".

In dottrina si veda:

- ss) F. PATRONI GRIFFI, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Incontri di studio della S.N.A., a cura di F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017;
- tt) sulle limitazioni di capacità contrattuale delle società pubbliche ai sensi dell'art. 4 t.u. n. 175 del 2016, A. POLICE – S. LUCATTINI, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit.; ai sensi dell'art. 16 del medesimo t.u., S. FANTINI, *ibidem*, 372; ai sensi dell'abrogato art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007, E. RAGANELLA, *ibidem*, 563 ss.;
- uu) sulla disciplina del TUSP in relazione alla costituzione e capacità operativa di imprese *spin off* da parte di Università ed enti ricerca, si veda Autorità nazionale anticorruzione, delibera 12 luglio 2018, n. 620 (in *Foro it.*, 2018, III; 661, con nota di M. GRANIERI), secondo cui "Ai fini della costituzione di società c.d. *spin-off* di università o di enti pubblici di ricerca, nella forma di società di capitali cui partecipi

anche un soggetto privato, l'individuazione di quest'ultimo deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica, come previsto dalle disposizioni del t.u. delle società partecipate, che fanno rinvio alle norme sui contratti pubblici e a quelle sugli obblighi di trasparenza".

GRANIERI, nella nota a commento, osserva che:

- il ragionamento dell'Anac è basato su un sillogismo estremo: le società partecipate dalla pubblica amministrazione sono disciplinate dal testo unico e poiché l'impresa *spin off* è soggetta al testo unico e alle norme in esso richiamate, comprese quelle sull'evidenza pubblica, allora anche a queste si applica la citata procedura;
- l'art. 7, quinto comma, del testo unico, nel prevedere il ricorso all'evidenza pubblica per la scelta dei privati che partecipano all'atto costitutivo della società, richiama l'art. 5, nono comma, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che, nei casi in cui le norme vigenti consentano la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica. La disposizione è diretta a disciplinare un fenomeno diverso dalle imprese *spin off* perché queste non sono dirette alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, ma hanno un compito ben definito e assolutamente circoscritto;
- lo *spin off* partecipato è società nella quale il pubblico e il privato concorrono, ma non si può ritenere che lo si possa qualificare come società a partecipazione mista pubblico-privata ai sensi del testo unico, fattispecie disciplinata dall'art. 17, dove si fa riferimento a soggetto nel quale la quota di partecipazione del soggetto privato non è inferiore al trenta per cento;

Sulla capacità per le società *in house* di agire *extra moenia*, si vedano:

- vv) Cons. Stato, Sez. V – ordinanze 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555 (cit.), che, nel rimettere alla Corte di giustizia Ue alcuni quesiti interpretativi, ha affermato che la normativa europea 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*;

- ww) T.a.r. per il Lazio – Latina, ordinanza 14 maggio 2018, n. 255, (cit.), ha rimesso alla Corte di giustizia UE una questione analoga a quella del citato Consiglio di Stato, Sez. V – ordinanze 29 maggio 2017, nn. 2554 e 2555;
- xx) sul requisito della prevalenza nell'*in house*, v. 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”*;
- yy) sui limiti che incontrano le società affidatarie dirette di servizi pubblici a partecipare a gare ulteriori *extra moenia*, si veda, nel particolare settore della distribuzione del gas, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272 (in *Foro it.*, 2015, III, 345);
- zz) in dottrina 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*, cit., 228 ss., 2017 ss., e 2095 ss.