

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE una questione interpretativa concernente l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, nelle ipotesi c.d. *de minimis* di cui all'art. 5, par. n. 4, del Regolamento CE 23 ottobre 2017, n. 1370.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303 – Pres. Saltelli, Est. Di Matteo

Servizi pubblici – Trasporto passeggeri – Affidamento diretto nelle ipotesi «*de minimis*» – Divieto implicito imposto dalla legislazione nazionale – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

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 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia UE di chiarire la nozione di “divieto posto dalla legislazione nazionale” contemplato dall'art. 5, par. n. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007 per consentire agli Stati membri di prevedere l'obbligo della gara anche nelle ipotesi di affidamenti sotto soglia (c.d. ipotesi *de minimis*). Come è noto, in materia di servizio di trasporto pubblico locale, la normativa euro-unitaria consente – in alcuni casi specificamente individuati in base alle soglie di rilevanza dell'appalto (c.d. *de minimis*) – di derogare alla regola dell'affidamento con gara, ammettendo la facoltà dell'autorità amministrativa di aggiudicare il contratto in via diretta: ciò, tuttavia, “*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*” (così l'*incipit* del par. n. 4 dell'art. 5 cit.). Secondo il Consiglio di Stato, questa disposizione non chiarisce se il divieto di affidamento diretto, che discenda da una previsione nazionale, debba essere esplicito (debba, cioè, risultare da una specifica ed espressa clausola di divieto contenuta nella legge nazionale) oppure possa essere anche desunto, implicitamente, dalla circostanza che la legge nazionale, pur senza imporre a chiare lettere un simile divieto, si limiti a stabilire la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del servizio.

E' quanto accade con l'art. 18, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 422 del 1997 il quale, nel disciplinare le modalità di organizzazione del trasporto pubblico regionale e locale, prescrive, quale regola generale e senza eccezioni, quella del “*ricorso alle procedure concorsuali*

per la scelta del gestore del servizio”, ma nulla aggiunge di esplicito in merito ad un (eventuale) “divieto” di affidamento diretto per le ipotesi c.d. *de minimis*.

Nell’interpretare questa disposizione, il Giudice di primo grado (T.a.r. per il Molise, sentenza 3 agosto 2017, n. 278) aveva ritenuto che – non diversamente dalla legislazione regionale di settore, avente analogo tenore – essa, pur non recando un esplicito divieto, comunque “preclude la possibilità di un affidamento diretto, avendo l’art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997 previsto la gara come regola generale”. Veniva quindi annullata (su ricorso di un’impresa interessata) la deliberazione con cui la giunta regionale del Molise aveva rimodulato la rete dei servizi minimi regionali di trasporto pubblico locale, affidandone la gestione, in via diretta, ad un’impresa che già gestiva altre tratte regionali: nella decisione, in particolare, si specificava che il servizio sulle nuove tratte di trasporto, pur astrattamente rientrante, secondo la previsione euro-unitaria, tra quelle affidabili in via diretta, necessitava comunque della gara a norma della clausola generale di cui alla menzionata disposizione nazionale, pedissequamente recepita dalla legislazione regionale.

II. – L’ordinanza di rimessione, dopo aver richiamato il testo dell’art. 5, par. n. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007, solleva il problema della corretta interpretazione della norma nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto per le ipotesi marginali (c.d. *de minimis*) ivi previste qualora ciò “sia vietato dalla legislazione nazionale”.

Il rimettente precisa che la risoluzione del dubbio interpretativo è decisivo per la decisione della controversia: “se si ritiene necessario un divieto specifico, riferito pure ai casi per i quali nella normativa euro-unitaria è consentito l’affidamento diretto, in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione non potrebbe essere censurata”. Diversamente, qualora la previsione di un divieto specifico ed espresso non sia considerata necessaria per l’operatività del divieto di affidamento diretto nelle ipotesi *de minimis*, a tal fine dovrebbe ritenersi sufficiente anche l’esistenza di un divieto implicito desumibile dall’obbligo generalizzato della gara, senza eccezioni, previsto dalla legislazione nazionale e regionale, come accade per la normativa italiana di settore.

III. – A fini di completezza, sul tema del servizio di trasporto pubblico locale, si segnala quanto segue:

- a) T.a.r. per il Lazio – Latina, ordinanza 14 maggio 2018, n. 255, (oggetto della News US in data 21 maggio 2018) ha rimesso alla Corte di giustizia UE altre questioni pregiudiziali afferenti alla materia del trasporto pubblico locale ed al Regolamento (CE) n. 1370 del 2007, con riguardo, in particolare, alla disciplina di cui all’art. 54, par. n. 2, del Regolamento, relativamente alla nozione di “operatore interno” (per la quale il T.a.r. ha richiamato l’“eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formata sull’istituto dell’in house providing”) ed ai presupposti e limiti applicativi della

disciplina euro-unitaria del servizio pubblico di trasporto di passeggeri. Il T.a.r., in particolare, ha chiesto alla Corte di giustizia Ue se: “1. Se l’articolo 5, par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lettere “b” e “d” – per un operatore interno, di partecipare a gare extra moenia), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all’entrata in vigore del medesimo regolamento; 2. Se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di ‘operatore interno’ – ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull’istituto dell’in house providing – una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell’Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici); 3. Se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell’ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all’affidamento, l’Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l’esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) – ente che non esercita alcun “controllo analogo” sull’affidatario diretto dei servizi – sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l’affidamento in questione al regime dell’articolo 5, par. 2, del regolamento; 4. Se l’originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento CE 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell’affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione ex lege (articolo 8, par. 3 cpv) a tale termine trentennale”;

- b) tali questioni pregiudiziali, tra l’altro, sono sovrapponibili ai quesiti interpretativi che, già in precedenza, erano stati rimessi alla Corte di giustizia dal 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, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali);
- c) T.a.r. per il Piemonte, sez. II, ordinanza 11 gennaio 2018, n. 54 (oggetto della News US in data 1 marzo 2018 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali) ha rimesso alla Corte costituzionale la legge regionale del Piemonte sul noleggio autobus con conducente nella parte in cui impone prescrizioni più restrittive di quella statale sui requisiti dei mezzi utilizzabili; in particolare ha ritenuto “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";*
- d) Corte di giustizia UE, sez. IV, 27 ottobre 2016, causa C-292/15 (oggetto della News US in data 8 novembre 2016 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali) circa la possibilità di limitare il ricorso al subappalto nelle procedure di affidamento di appalti di trasporto pubblico di passeggeri ha chiarito che: *"L'articolo 5, paragrafo 1, 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, deve essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento - che prevede la limitazione del ricorso al subappalto (commisurata in funzione dei chilometri tabellari) - deve ritenersi applicabile a tale appalto. L'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quello oggetto del procedimento principale";*
- e) in dottrina, in generale, in tema di concessioni di servizi e di concessioni trasporto pubblico locale alla luce del Regolamento CE n. 1370 del 2007, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 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";
- f) 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 ne sia richiesta da una parte interessata.