

Publicato il 29/05/2017

N. 02554/2017 REG.PROV.COLL.
N. 09624/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9624 del 2016, proposto da:

Mobit società consortile a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Luigi Santoro, Alberto Bianchi, Mario Siragusa, Pietro Merlino e Massimo Malena, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Ovidio, 32;

contro

Regione Toscana, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucia Bora e Luciana Caso, con domicilio eletto presso lo studio legale Marcello Cecchetti in Roma, piazza Barberini, 12;

nei confronti di

Autolinee Toscane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Lombardo, Giannalberto Mazzei e Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Taro, 56;

Régie Autonome des Transports Parisiens - RATP, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano

Macchi Di Cellere, Philippe Delelis ed Eric Morgan De Rivery, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Giuseppe Cuboni, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE III n. 01548/2016, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana, di Autolinee Toscane s.p.a. e di Régie Autonome des Transports Parisiens - RATP;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Bianchi, Malena, Siragusa, Merlino, Riccardo Farnetani (su delega di Santoro), Bora, Caso, Macchi di Cellere, Lombardo, Mazzei e Morbidelli;

1. ASPETTI GENERALI DELLA QUESTIONE.

La presente ordinanza di rimessione ha ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione, ai fini della loro attuazione nell'ordinamento nazionale, delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, che istituisce un quadro normativo comune per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, abrogando altresì i precedenti regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

Più in particolare, la presente ordinanza mira a individuare quattro questioni principali, ossia:

A) se l'articolo 5, par. 2 del regolamento (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;

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, direttamente collegata a quest'ultima 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 suddetto regolamento, il fatto che, successivamente all'affidamento, la medesima Autorità statale 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;

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 automaticamente la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero debba considerarsi automaticamente ridotta, ad ogni fine giuridico, a tale termine trentennale.

2. IL CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE RILEVANTE AI FINI DELLA DECISIONE.

2.1. A prescindere dalla diretta applicabilità del regolamento nell'ordinamento nazionale, che autonomamente giustifica la necessità di risolvere i dubbi interpretativi di cui si è detto, nel caso di specie viene altresì in questione la disciplina dettata dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (“*Conferimento alle regioni*

ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”).

L'articolo 18, comma 2, lettera A) prevede, in particolare, che *“Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare:*

a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio. Alle gare possono partecipare i soggetti in possesso dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti, ai sensi della normativa vigente, per il conseguimento della prescritta abilitazione all'autotrasporto di viaggiatori su strada. Le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata. L'esclusione non si applica alle imprese affidatarie del servizio oggetto di procedura concorsuale. [...]”.

In sintesi, la disposizione in questione (articolo 18, recante *“Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale”*) ha un duplice contenuto:

- da un lato (1° comma) mira ad escludere, per quanto più possibile, gli affidamenti diretti dei servizi di trasporto regionale e locale, considerandoli tendenzialmente un ostacolo alla trasparenza ed efficienza del mercato, imponendo la stipula di contratti di servizio (di durata non superiore a nove anni) ed il rispetto di criteri di economicità ed efficienza;
- dall'altro (2° comma) mira a conseguire un analogo risultato circoscrivendo la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti beneficiari di precedenti affidamenti diretti, consentendola solo laddove questi ultimi siano

rispondenti ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento;

3. LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA CHE RILEVANO NEL CASO IN ESAME.

3.1. Il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, istituisce un quadro normativo comune per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, abrogando contestualmente i precedenti regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

3.1.1. Il “*Considerando*” 9 del regolamento (CE) n. 1370/2007 stabilisce che “*Per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico, tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità prescritte dal presente regolamento. Per garantire l'applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità, qualora vengano accordati compensazioni o diritti di esclusiva, è indispensabile definire in un contratto di servizio pubblico stipulato dall'autorità competente con l'operatore di servizio pubblico prescelto la natura degli obblighi di servizio pubblico e il compenso concordato. La forma o la denominazione di tale contratto possono variare in funzione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri*”.

3.1.2. Il successivo “*Considerando*” 18 prevede, a sua volta, che “*Fatte salve le pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, ogni autorità locale o, in assenza di questa, ogni autorità nazionale può decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli a un operatore interno senza ricorrere a procedure di gara. Tuttavia, per garantire eque condizioni di concorrenza, questa facoltà di autoprestazione deve essere soggetta a controlli rigorosi. Il necessario controllo dovrebbe essere esercitato dall'autorità competente o da un gruppo di autorità competenti che forniscano servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri in modo collettivo o tramite i propri membri. Inoltre, un'autorità competente che fornisca i propri servizi di trasporto o un operatore interno non dovrebbero poter partecipare a procedure di gara al di fuori del*

territorio della suddetta autorità. L'autorità che controlla l'operatore interno dovrebbe anche poter vietare a quest'ultimo di partecipare a gare organizzate nel suo territorio. Le restrizioni delle attività di un operatore interno non interferiscono con la possibilità dell'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico qualora questi riguardino il trasporto ferroviario, eccettuati altri tipi di trasporto su rotaia quali metropolitana e tram.

Inoltre, l'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico per il trasporto ferroviario pesante lascia impregiudicata la possibilità per le autorità competenti di aggiudicare a un operatore interno contratti di servizio pubblico per i servizi di trasporto pubblico di passeggeri su altri tipi di trasporto su rotaia quali metropolitana e tram”;

3.1.3. L'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 stabilisce che, ai fini del suddetto regolamento, si intende per: (lett. “B”) “*«autorità competente»: un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere*”; (lett. “C”) “*«autorità competente a livello locale»: qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale*”; (lett. “H”) “*«aggiudicazione diretta»: l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara*”; (lett. “J”) “*«operatore interno»: un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*”

3.1.4. L'articolo 5, par. 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 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: [...]*”.

3.1.4.1. In particolare, la lettera “A” di tale articolo prevede che *“al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”*.

3.1.4.2. La successiva lettera “B” prevede il divieto di partecipazione alle gare *extra moenia* nei seguenti termini: *“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”*.

3.1.4.3. Ancora, la successiva lettera “D” precisa che *“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”*.

3.1.5. L'articolo 8, par. 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 prevede che *“Fatto salvo il paragrafo 3, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto”*.

3.1.6. L'articolo 8, par. 3 del regolamento (CE) n. 1370/2007 precisa infine che *“Ai fini dell'applicazione del paragrafo 2, non si tiene conto dei contratti di servizio pubblico aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale:*

a) prima del 26 luglio 2000, in base a un'equa procedura di gara;

b) prima del 26 luglio 2000, in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara;

c) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009, in base a un'equa procedura di gara;

d) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009 in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara.

I contratti di cui alla lettera a) possono restare in vigore fino alla loro scadenza. I contratti di cui alle lettere b) e c) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni. I contratti di cui alla lettera d) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, purché abbiano durata limitata comparabile a quelle di cui all'articolo 4.

I contratti di servizio pubblico possono restare in vigore fino alla loro scadenza qualora la loro risoluzione comporti indebite conseguenze giuridiche o economiche e a condizione che la Commissione abbia dato il suo assenso”.

4. I FATTI ALL'ORIGINE DELLA CONTROVERSIA E LE RAGIONI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE.

4.1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Toscana, Mobit, società consortile che riunisce diverse imprese operanti nel settore, impugnava l'aggiudicazione definitiva, ad Autolinee Toscane s.p.a., di una procedura indetta dalla Regione Toscana, con avviso pubblicato in G.U.C.E. il 5 ottobre 2013 e lettera di invito del 13 novembre 2014, per l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale sul suo territorio.

Con l'avvio della gara la Regione aveva inteso dare attuazione a quanto da esso previsto dalla sua legge regionale 29 dicembre 2010, n. 65 (*Legge finanziaria per l'anno 2011*), la quale stabilisce che, a decorrere dal 1 gennaio 2012, l'ambito territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni in

materia di trasporti pubblici locali coincide con l'intero territorio regionale, così superando i precedenti ambiti territoriali su base provinciale.

Gli inviti a presentare le offerte venivano indirizzati dalla Regione agli unici due soggetti che avevano manifestato interesse a partecipare alla procedura, vale a dire la stessa Mobit ed Autolinee Toscane s.p.a..

Il 24 novembre 2015 la gara veniva provvisoriamente aggiudicata ad Autolinee Toscane, con il punteggio totale di 99,53870936 contro i 94,02686996 di Mobit; i punteggi parziali vedevano Autolinee Toscane prevalere per l'offerta economica (40 punti contro 34,02686996) e Mobit, invece, per quella tecnica (60 punti contro 59,53870936).

L'aggiudicazione definitiva veniva disposta il 2 marzo 2016.

Con il ricorso Mobit contestava la legittimità della procedura, sulla scorta di dodici motivi in diritto, volti a far valere l'illegittimità della partecipazione alla gara della controinteressata

Autolinee Toscane ed i vizi dell'offerta vincitrice (motivi I – VII), nonché, in subordine, l'illegittimità dell'intera procedura (motivi VIII – XII).

Con ordinanza 5 maggio 2016, n. 218 il primo giudice respingeva la preliminare istanza cautelare della ricorrente, non essendo stato ritenuto sussistente, allo stato degli atti, il pericolo nel ritardo.

In esito ad un supplemento di trattazione in sede camerale, disposto allo scopo di tenere conto del ricorso incidentale frattanto depositato dalla controinteressata ed avente, al pari del ricorso principale, effetti potenzialmente escludenti dell'offerta avversaria, con ordinanza 13 giugno 2016, n. 996, il Tribunale amministrativo adito stabiliva procedersi a consulenza tecnica d'ufficio, nonché all'acquisizione, nella forma del deposito congiunto ad opera delle parti, delle norme di diritto straniero di interesse ai fini della decisione, con relativa traduzione.

Esperita la consulenza tecnica ed eseguito il deposito ordinato dal Tribunale amministrativo, la causa veniva discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 21 settembre 2016, preceduta dall'intervento in giudizio,

ad opponendum, della Régie Autonome des Transports Parisiens - RATP, ente pubblico istituito e controllato dallo Stato francese che, attraverso RATP DEV S.A. e RATP DEV Italia S.r.l., controllava (e tuttora controlla), a sua volta, la controinteressata Autolinee Toscane s.p.a..

Con sentenza 28 ottobre 2016, n. 1548, il Tribunale amministrativo della Toscana accoglieva tanto il ricorso principale (quarto motivo) che quello incidentale (quinto motivo), per l'effetto annullando gli atti ed i provvedimenti impugnati, a partire dall'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata Autolinee Toscane s.p.a., la cui offerta non sarebbe stata corrispondente ai requisiti stabiliti dalla legge di gara. Lo stesso dicasi per l'offerta presentata dalla ricorrente principale Mobit, la quale avrebbe dovuto essere a sua volta esclusa non potendo, pertanto, subentrare nell'aggiudicazione.

Con successivo atto d'appello, Mobit impugnava la predetta sentenza, deducendone l'illegittimità sotto molteplici profili.

In particolare, per quanto qui interessa, eccepiva (secondo e quarto motivo) la violazione e falsa applicazione degli articoli 2, lettere B e J, e 5, par. 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007, nonché (terzo motivo) dell'articolo 8, par. 3 del medesimo regolamento.

Con autonomi atti difensivi si costituivano in giudizio le appellate Autolinee Toscane s.p.a. e Regione Toscana, che proponevano altresì appello incidentale. A sua volta, anche l'intervenuta RATP depositava memoria *ex* articolo 101, comma 2 Cod. proc. amm. con appello incidentale.

Autolinee Toscane proponeva inoltre un separato appello avverso la predetta sentenza 1548 del 2016, relativo ai capi che l'avevano vista soccombente.

Seguiva quindi il deposito, ad opera di tutte le parti costituite, di note difensive e repliche.

5. LE RAGIONI PER CUI SI RENDE NECESSARIO DISPORRE IL RINVIO PREGIUDIZIALE.

5.1. Come già anticipato, nel caso controverso trova diretta applicazione la disciplina dettata dal regolamento (CE) n. 1370/2007, in particolare per quanto concerne la possibilità o meno, per i soggetti che beneficino di affidamenti diretti di servizi pubblici di trasporto, di prendere parte alle gare relative a bacini territoriali diversi da quelli in cui già operano in siffatte condizioni di vantaggio non concorrenziale (c.d. *extra moenia*).

In particolare, ad avviso dell'appellante Mobit, la aggiudicataria Autolinee Toscane s.p.a. avrebbe dovuto essere fin dall'inizio esclusa dalla procedura poiché incorrente nella condizione ostativa di cui all'articolo 5, par. 2 lettere b) e d) del suddetto regolamento (espressamente richiamato dalla *lex specialis* di gara), tale per cui sarebbero soggetti al divieto di partecipare a gare *extra moenia* sia gli operatori interni, sia i soggetti sui quali questi ultimi esercitino un'influenza anche minima.

Nel caso di specie, il controllo esercitato sarebbe peraltro totalitario.

Ad avviso dell'appellante Mobit, il divieto di partecipazione si applicherebbe all'aggiudicataria Autolinee Toscane s.p.a. poiché la sua controllante RATP, ente pubblico a carattere industriale e commerciale, interamente controllato dallo Stato francese, è titolare di un affidamento diretto per lo svolgimento di servizi di trasporto passeggeri nella regione parigina (*Île de France*) ad essa conferito *ex lege* dal medesimo Stato francese.

Secondo Mobit, dunque, RATP dovrebbe essere considerata "operatore interno" ai sensi del regolamento (CE) 1370/2007.

Il giudice di prime cure, avanti al quale era stata proposta analoga eccezione, l'aveva respinta sul presupposto che il divieto di cui all'articolo 5, par. 2 lettere "B" e "D" del regolamento si applicherebbe solo agli affidamenti aggiudicati in applicazione del regolamento medesimo, ossia successivamente alla sua entrata in vigore il 3 dicembre 2009 e non anche agli affidamenti già in essere a tale data (tra cui, appunto, quello di cui è titolare RATP, risalente al 1948), a prescindere dal fatto che presentino o meno le caratteristiche tipiche degli affidamenti *in house*.

Ad avviso di questo giudice di ultima istanza, la questione non è pacifica, perché occorre chiarire l'esatta portata della disposizione europea di cui trattasi alla luce di un'interpretazione sistematica e complessiva del regolamento medesimo, nonché dei più generali principi di quel diritto sovranazionale in materia di tutela della concorrenza.

Invero, in base alla lettera del regolamento, la sola disposizione la cui applicabilità risulta espressamente differita al termine di durata del periodo transitorio (decennale) di cui all'articolo 8, par. 2 del regolamento medesimo, può apparire essere il paragrafo 3 dell'articolo 5, dove viene sancito l'obbligo generale di aggiudicare i contratti *“mediante una procedura di gara, ad esclusione dei casi contemplati nei paragrafi 4, 5 e 6”*.

Per l'effetto, non appare fuor di logica ritenere che il diverso paragrafo 2 (e, segnatamente, le previsioni di cui alle lettere “B” e “D” circa i divieti di partecipazione alle gare *extra moenia* per gli “operatori interni”) debba invece considerarsi, per esclusione, immediatamente operativo a seguito dell'entrata in vigore del regolamento.

Il giudice di prime cure aveva ritenuto di poter superare la questione *“non tanto in via di interpretazione della norma europea, quanto in ragione delle scelte tradotte in norme di diritto positivo dal legislatore nazionale a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento”*; ciò, in particolare, alla luce dell'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), a quale ha stabilito, con il dichiarato fine di armonizzare la disciplina interna a quella europea, che *“le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007... Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatari di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”*.

Sempre ad avviso del primo giudice, per quanto qui rileva, *“La circostanza che l’art. 61 l. n. 99/2009 e l’art. 4-bis D. L. n. 78/2009 abbiano anticipato l’entrata in vigore delle disposizioni di cui all’art. 5 par. 2 del Regolamento (o meglio, abbiano preso atto della loro immediata operatività), non autorizza, tuttavia, a concludere per l’applicabilità a R.A.T.P., e per essa ad Autolinee Toscane, del divieto di partecipazione di cui al più volte ricordato art. 5 par. 2 lett. b) del Regolamento. Il divieto inerisce, infatti, alla disciplina regolamentare a regime e vale, pertanto, solo per il futuro, riferendosi cioè agli affidamenti diretti disposti dalle autorità competenti (nella specie, quelle che gestiscono il servizio di TPL nell’area parigina) in applicazione del Regolamento, vale a dire dopo la sua entrata in vigore.*

Conferma se ne ha nella normativa nazionale, e, segnatamente, nei citati artt. 61 e 4-bis, i quali riferiscono il divieto di partecipazione alle gare extra moenia alle società che risultino aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure a evidenza pubblica “ai sensi delle previsioni di cui all’articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all’articolo 8 paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007”, e tali società non possono che essere quelle i cui affidamenti sono posteriori al Regolamento”.

Premesso che non appare corretto il criterio secondo cui la portata e l’efficacia di una norma comunitaria (per di più di immediata applicazione, quale un regolamento) andrebbero desunti alla luce della normativa nazionale di esecuzione, atteso che ciò finirebbe col contraddire il principio del primato del diritto europeo nei settori di sua competenza, ritiene questo giudice che la questione vada invece risolta, effettivamente, all’interno del medesimo ordinamento sovranazionale, tramite una sua interpretazione sistematica.

Sempre nella sentenza appellata si legge (par. 3.2.3) che *“La (lenta) transizione verso il nuovo regime di concorrenza regolamentata nel settore dei trasporti pubblici è analiticamente governata dallo stesso Regolamento n. 1370/2007. All’art. 8, paragrafo 2, esso stabilisce infatti che “Fatto salvo il paragrafo 3, l’aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all’articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per*

conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto”.

Di conseguenza, RATP (e, dunque, la controllata Autolinee Toscane s.p.a.) non ricadrebbe nel divieto di partecipazione di cui all'articolo 5 par. 2 del regolamento, poiché *“il contratto di servizio di cui essa è titolare in Francia, risalendo ad epoca remota, ricade nella disciplina transitoria di cui all'art. 8 par. 3 lett. b) del Regolamento ed è, perciò, destinato a restare in vigore quantomeno fino al 3 dicembre 2039, senza che questo impedisca la partecipazione a gare extraterritoriali”.*

Per l'effetto, nell'ottica interpretativa della sentenza impugnata, sembrerebbe doversi desumere che il legislatore europeo abbia in qualche modo equiparato gli operatori monopolistici beneficiari di affidamenti diretti (che per tutta la durata del predetto regime transitorio, di gran lunga superiore a quella standard di un affidamento concorrenziale, potranno continuare ad avvalersi di una posizione di mercato assolutamente privilegiata) ai normali operatori economici, da sempre invece obbligati a confrontarsi con le regole della concorrenza e privi, pertanto, delle conseguenti rendite di privilegio.

In estrema sintesi, una volta dato atto che l'affidamento non concorrenziale è avvenuto in data anteriore all'entrata in vigore del regolamento ed in conformità alla normativa allora vigente (secondo i criteri di cui all'articolo 8 par. 3), secondo questa chiave interpretativa l'operatore economico *de quo*, anche per tutta la residua durata della sua posizione di privilegio anti-concorrenziale potrebbe essere ammesso – in condizioni di formalistica parità con gli altri concorrenti alla gara – ad eventualmente sfruttare tale posizione iniziale di maggior forza nel mercato dei servizi pubblici.

Ciò, a maggior ragione, allorché lo stesso possa essere qualificato come “operatore interno” ai sensi del regolamento in esame.

Premesso quanto sopra, pare invece ravvisabile una seconda opzione interpretativa, secondo cui il divieto di partecipazione di cui all'articolo 5, par. 2 lettere “B” e “D” del regolamento sia applicabile anche agli affidamenti diretti già in essere alla data della sua entrata in vigore, che pertanto non

sarebbero disciplinati solamente dal regime transitorio speciale di cui all'articolo 8, paragrafo 3 del regolamento.

A sostegno di tale ipotesi ermeneutica, oltre al dato letterale della norma, militerebbe anche il contenuto degli “*Orientamenti*” interpretativi resi dalla Commissione europea (pubblicati su GUCE - C 92 del 29 marzo 2014), resi giustappunto sulla base di un'interpretazione sistematica del regolamento, anche alla luce dei suoi “*Considerando*”, in virtù dei quali dovrebbe ritenersi che la sola disposizione dell'articolo 5 del regolamento destinata ad entrare in vigore al termine del periodo transitorio di cui all'articolo 8 par. 2 sarebbe il paragrafo 3 (recante, come già detto, l'obbligo generale di aggiudicare i contratti di servizio pubblico di trasporto mediante procedure di gara), tutto il resto, invece, essendo applicabile – senza distinzioni – sin dall'entrata in vigore del regolamento.

In particolare, la Commissione europea (p.to 2.6.1) precisa che, sebbene “*L'articolo 8, paragrafo 2, fa riferimento all'articolo 5 nel suo complesso. Tuttavia la Commissione ritiene che in tale contesto sia rilevante soltanto l'articolo 5, paragrafo 3, riguardante l'obbligo di applicare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette ai fini dell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico. Come recita il considerando 31, l'obiettivo delle disposizioni transitorie è dare ad autorità competenti e operatori di servizio pubblico tempo sufficiente per conformarsi al regolamento (CE) n. 1370/2007*”.

Invero, anche sotto il profilo logico “*L'obbligo imposto agli Stati membri di conformarsi gradualmente all'articolo 5 pare ragionevole solo se riferito all'obbligo di adottare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette nell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico. Non ha infatti senso che gli Stati membri applichino «gradualmente» il concetto di operatore interno o le eccezioni definite ai paragrafi 4, 5 e 6 dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 se introducono disposizioni più accomodanti rispetto ai principi generali del trattato e alla giurisprudenza in materia. Non sembra inoltre logico affermare che il legislatore abbia voluto posporre la piena attuazione*

dell'articolo 5, paragrafo 7, relativo alle garanzie procedurali e al controllo giurisdizionale fino al 3 dicembre 2019”.

Non vi sono, per contro, altre specifiche indicazioni, nelle suddette “Osservazioni”, circa la portata dell'articolo 5.

Sulla base di tali premesse, sembra doversi altresì ritenere che il paragrafo 3 dell'articolo 8 del regolamento (CE) n. 1370/2007 – nel momento in cui dispone che, ai fini dell'applicazione del paragrafo 2, non si tiene conto degli affidamenti già in essere all'entrata in vigore del regolamento medesimo, laddove soddisfino le condizioni poste dal medesimo paragrafo 3 – semplicemente si limiti a chiarire che tali affidamenti (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).

A tal fine il regolamento prevede, comunque, un termine massimo di durata trentennale (articolo 8, par. 3).

Per contro, la disposizione in esame non potrebbe altresì interpretarsi come idonea a legittimare il diritto di tali operatori a partecipare alle gare *extra moenia*, come invece sembra avere ipotizzato il primo giudice, laddove gli stessi possano qualificarsi come “operatori interni”.

5.2. Va a questo punto individuata l'ulteriore questione oggetto del presente rinvio pregiudiziale, strettamente connessa alle precedenti, ossia quella del contenuto da attribuire alla nozione di “operatore interno” di cui all'articolo 2, lettera “J” del regolamento.

Tale figura pare mutuare i propri caratteri costitutivi essenziali sulla figura – inizialmente di creazione giurisprudenziale – dell'*in house providing* – seppure non possa parlarsi di una perfetta ed integrale sovrapposizione, attesa la particolarità dei servizi pubblici di trasporto cui si riferisce il regolamento, aventi eminente attitudine alla redditività.

Se così è, il divieto di partecipazione a gare *extra moenia* appare rispondente alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di *in house providing*, il che ancor più giustificherebbe l'immediata applicabilità del divieto di cui si è detto, ancor più alla luce degli "Orientamenti" interpretativi della Commissione.

Questi ultimi, sul punto (2.3.1, n. III) chiariscono infatti che *"Per ridurre le distorsioni della concorrenza, l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), stabilisce che le attività di trasporto degli operatori interni e dell'organismo o degli organismi che operano sotto il loro controllo dovrebbero essere limitate al territorio dell'autorità competente o controllate congiuntamente dall'autorità competente a livello locale. Pertanto, tali operatori o organismi non possono partecipare a gare di appalto relative alla fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri bandite al di fuori del territorio dell'autorità competente. L'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), è intenzionalmente redatto in termini più ampi per evitare che si creino strutture societarie il cui obiettivo è aggirare tali limiti geografici. Fatte salve le disposizioni relative alle linee in uscita, come menzionato al punto (v), la Commissione sarà particolarmente rigorosa nell'applicazione della citata disposizione sui limiti geografici, in particolare quando l'operatore interno e un altro organismo che forniscono servizi di trasporto sono controllati entrambi da una autorità locale competente"*.

Ad ogni buon conto, l'articolo 2 lettera "J" qualifica "operatore interno" il soggetto *"giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi"*.

A sua volta è "autorità competente" (lettera "B") *"un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere"*.

Alla luce di tali indicazioni, pare astrattamente ascrivibile – fermi ovviamente i concreti riscontri del caso, di competenza del giudice nazionale – alla nozione di "operatore interno" un operatore economico interamente posseduto e controllato dallo Stato (ovvero, *pro quota*, anche da altri enti pubblici), che ne

nomina in tutto o in parte (rilevante) gli organi sociali, ovvero esercita un potere tutorio, nonché beneficiario di affidamenti diretti disposti con atto unilaterale d'imperio (di natura amministrativa o legislativa, tal ultima ipotesi essendo riconosciuta dall'articolo 2, lettera "P" del regolamento).

Nel caso di specie, a riprova della rilevanza della questione, poi però non ulteriormente sviluppata, il giudice di prime cure aveva preliminarmente dato atto che, nell'ordinamento francese, i c.d. EPIC (*"Établissements publics à caractère industriel et commercial"*) *"sono persone giuridiche di diritto pubblico dotate di autonomia amministrativa e finanziaria (tipicamente finanziaria, nel caso delle Régie autonome) e operanti in regime di diritto privato sotto il controllo dello Stato. La disciplina del controllo su RATP è contenuta, da ultimo, nel decreto n. 2002-573 del 18 aprile 2002, ove si prevede che l'organismo di controllo economico e finanziario istituito sin dal 1949 (la mission de contrôle économique et financier des transports) esercita le proprie funzioni sotto l'autorità e per conto dei ministri responsabili dell'economia e del bilancio, ed è incaricato di un ruolo di informazione, consultivo e di controllo non solo nei confronti della RATP, ma anche delle società nelle quali essa – da sola o insieme a società aventi con essa un legame di filiazione diretto o indiretto – detenga più del 50% del capitale.*

La mission de contrôle esprime pareri su tutte le questioni e i progetti aventi incidenza sull'equilibrio finanziario di RATP e su tutte le proposte relative al bilancio operativo, al budget degli investimenti e ai conti di esercizio, nonché sui progetti di creazione di filiali, di acquisti e cessioni di partecipazioni finanziarie. Assicura, inoltre, l'applicazione delle convenzioni e dei contratti conclusi tra RATP e lo Stato o altre collettività pubbliche, e procede al controllo delle somme che lo Stato o altre collettività pubbliche versano alla RATP in applicazione di norme o convenzioni?"

Sempre il primo giudice rileva, in argomento, come *"il Codice dei trasporti francese che, da un lato (artt. L 1241-1 e seguenti), disciplina i compiti, la composizione e il funzionamento dello S.T.I.F., definito come autorità organizzatrice dei servizi di trasporto nella regione dell'Île-de-France; e, dall'altro (artt. L 2142-1 e seguenti), conferma*

in capo a R.A.T.P. la titolarità della gestione delle reti e delle linee di trasporto collettivo di persone ad essa già affidate”.

Su tali premesse, peraltro, non risulta essere stato svolto un obiettivo giudizio circa l'effettiva riconducibilità, o meno, dell'aggiudicataria (o, per meglio dire, della sua controllante) alla categoria di cui all'articolo 2 lettera “J” del regolamento, né un sistematico riscontro della problematica sovra enunciata (oggetto di specifica domanda di parte).

La sentenza appellata si limita infatti a rilevare che *“RATP, in definitiva, è ente pubblico economico operante dal 1948 in regime di monopolio legale, non vietato dall'ordinamento europeo fino all'avvento del Regolamento n. 1370/2007, con il quale, come detto, si è inteso porre fine alle situazioni monopolistiche di affidamento diretto ancora esistenti per virare verso un sistema connotato dalla concorrenza per il mercato, con l'alternativa dell'autoproduzione rappresentata dall'amministrazione diretta o dall'affidamento in house.*

Da quanto precede, e, in particolare, dal tempo e modi di affidamento del servizio di TPL, si ricava che la fattispecie di cui è protagonista la Régie non può ricondursi alle previsioni di cui agli artt. 5 par. 2 e 8 par. 2 del Regolamento n. 1370/2007, bensì a quella di cui alla norma transitoria dell'art. 8 par. 3 lett. b), in quanto risalente ad epoca ben anteriore al 26 luglio 2000 e non conseguente a un'equa procedura di gara, ma pur sempre conforme sia al diritto nazionale francese, sia al diritto europeo dell'epoca”.

5.3. Ulteriore questione sulla quale viene proposto il rinvio pregiudiziale interpretativo è poi l'individuazione dell'autorità competente ai sensi del regolamento, cui riferire il “controllo analogo”.

Nel caso controverso era sorta questione se tale dovesse essere inteso lo Stato francese, in quanto titolare effettivo del rapporto concessorio oggetto di affidamento diretto (essendo l'unico in grado di conformarlo – tramite modifica, revoca o altro – agli interessi di cui è portatore), ovvero lo STIF (acronimo di *Syndicat des Transports d'Île de France*), un ente pubblico amministrativo cui sono devolute funzioni organizzative del trasporto della regione parigina, dal 2004 non più controllato dallo Stato ma del tutto privo

di attribuzioni con cui incidere su titolarità, modalità, oggetto ed attribuzioni della concessione assegnata, *ex lege*, a RATP.

Tale prospettazione era stata respinta dalla stazione appaltante e dall'aggiudicataria, ad avviso delle quali il servizio di trasporto pubblico locale nell'area dell'*Île-de-France* sarebbe svolta non in favore dello Stato francese, bensì dello STIF, unica autorità regolatrice del servizio di trasporto pubblico locale nell'*Île de-France* (e dunque qualificabile, ai fini del regolamento, quale "autorità locale"). Poiché STIF non eserciterebbe alcuna forma di controllo analogo su RATP, quest'ultimo non potrebbe qualificarsi come "operatore interno" a norma della disciplina europea invocata dalla ricorrente.

La questione, nonostante sia stata oggetto di puntuale contraddittorio tra le parti, non risulta espressamente risolta dal giudice di prime cure.

La sua importanza discende invece dalle questioni precedentemente poste all'interpretazione della Corte di Giustizia, trattandosi di un presupposto logico imprescindibile per poter correttamente deliberare in merito all'applicabilità o meno, nel caso di specie, del divieto di partecipazione alle gare *extra moenia* di cui all'articolo 5 del regolamento.

Ad avviso di questo giudice di ultima istanza, l'ampiezza della definizione datane dal regolamento all'articolo 2, lettera "B" ("*un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere*") non consente di escludere che, pur in presenza di organismi amministrativi di organizzazione e controllo, rientri in tale contesto l'Amministrazione titolare del reale potere concessorio, tanto più quanto i predetti organismi amministrativi non dispongono di poteri in grado di conformare ad un pubblico interesse (modificandone, se del caso, titolarità, modalità, oggetto ed attribuzioni) il rapporto su cui si verte.

Tanto più alla luce del "Considerando" 9 del regolamento, dal quale si evince che nel novero delle "autorità competenti" rientrano i titolari della "*facoltà di*

scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico” (facoltà del tutto sottratta a STIF).

Il successivo “*Considerando*” 18, inoltre, ribadisce come “*ogni autorità locale o, in assenza di questa, ogni autorità nazionale*” – come sarebbe avvenuto nel caso di specie – “*può decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli a un operatore interno senza ricorrere a procedure di gara*”; lo stesso “*Considerando*” prosegue, significativamente, evidenziando come “*un’autorità competente che fornisca i propri servizi di trasporto o un operatore interno non dovrebbero poter partecipare a procedure di gara al di fuori del territorio della suddetta autorità*”.

Inoltre, proprio la natura (e funzione) di ente regolatore assunta da STIF (cfr. l’articolo L1241-1 del *Code des transports* francese, nella versione applicabile *ratione temporis*) fa dubitare che si possa obiettivamente qualificare quest’ultima come “beneficiaria” o “destinataria” dei servizi di trasporto svolti dai soggetti affidatari (oltre a RATP, almeno anche le ferrovie francesi).

5.4. Infine, si reputa necessario disporre rinvio pregiudiziale circa la portata del termine massimo trentennale di durata degli affidamenti diretti che siano rimasti in vita al momento dell’entrata in vigore del regolamento.

L’articolo 8, par. 3 prevede – per quanto rileva ai fini del contenzioso nazionale – che “*i contratti di cui alle lettere b) e c) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni*”.

Il quesito che si pone alla Corte di Giustizia non concerne l’individuazione della durata massima dell’affidamento (che sicuramente non potrebbe eccedere i trenta anni, stante l’inequivoco tenore della norma regolamentare), bensì se un affidamento diretto di durata maggiore – e come tale formalmente in contrasto con i principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3, del regolamento – possa in qualche modo dirsi successivamente “sanato” da tale vizio in ragione dell’automatica “riduzione” *ope legis* del termine di efficacia, ovvero se tale contrarietà – in quanto tale – continui a

sussistere (a prescindere dal fatto che poi, in concreto, l'affidamento non potrà più dispiegare effetti dopo una certa data).

Il dubbio, a maggior ragione, si pone in quei casi nei quali un termine di scadenza eccedente il trentennio sia stato fissato, con atto dell'Autorità pubblica competente, dopo che già era entrato in vigore il regolamento (CE) 1370/2007.

La questione è rilevante nel giudizio nazionale, nel quale si tratta altresì di applicare l'articolo 18, comma 2 lett. "A" del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, a mente del quale "*... Le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata*".

Essendo pacifico che la scadenza dell'affidamento diretto a RATP è posteriore alla data del 3 dicembre 2019 (entro la quale anche gli affidamenti posti in essere in violazione del combinato disposto delle norme di cui trattasi sarebbero comunque, ad ogni effetto, fatti salvi), diventa necessario verificare se la scadenza (unilateralmente fissata dallo Stato francese al 31 dicembre 2039) eccedente il termine trentennale possa dirsi automaticamente "sanata" e ricondotta nel termine di cui al regolamento, ovvero se i tratti di un'irregolarità non emendabile, sebbene i suoi effetti siano destinati, *de facto*, a cessare il 3 dicembre 2039.

Il primo giudice sembra aver accolto la tesi secondo cui l'inefficacia del maggior termine di durata comporterebbe una "sostituzione automatica sanante" di quest'ultimo con quello del 3 dicembre 2039, con la conseguenza che l'affidamento in questione non incorrerebbe comunque "*nel divieto di partecipazione posto dall'art. 18, co. 2 lett. a) del D.Lgs. n. 422/1997*" (così la sentenza appellata, par. 3.2.5).

Interpretazione che però viene condotta sulla base della normativa nazionale applicata anziché sull'interpretazione sistematica del diritto europeo da questa richiamato e che, ad avviso del Collegio remittente, potrebbe dilatare oltremodo le tutele accordate, per il solo periodo transitorio ed in via eccezionale, ai soggetti beneficiari di affidamenti non concorrenziali.

5.5. E' innegabile che le questioni in parte sollevate dall'appellante Mobit (che comunque non risultano manifestamente infondate), in parte rilevate d'ufficio dal Collegio, siano rilevanti ai fini della decisione finale.

Ed infatti, laddove emergesse che il regolamento (CE) n. 1370/2007 vada interpretato nel senso di escludere dalle gare *extra moenia* i soggetti titolari di affidamenti diretti che, seppur rientranti nei parametri di cui all'articolo 8, par. 3 del medesimo regolamento, siano qualificabili come "operatori interni" in ragione dei rapporti con l'ente statale affidante, la conseguenza sarebbe nel senso di obbligare questo giudice di ultima istanza – impregiudicate le sue ulteriori valutazioni di merito – a riformare la sentenza di primo grado, dichiarando comunque l'impossibilità per l'aggiudicataria Autolinee Toscane s.p.a. di essere tale.

Aggiudicataria che, come è emerso nel corso del giudizio, seppur inizialmente esclusa dalla gara per effetto della sentenza appellata, è risultata nuovamente vincitrice della medesima procedura di gara, successivamente riattivata (con parziale rinnovazione degli atti) dalla stazione appaltante.

Del resto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, qualora non esista alcun ricorso in via ordinaria avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte di sensi dell'articolo 267, terzo comma del TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del diritto europeo primario e derivato (in tal senso, fra le molte: CGUE, sentenza 18 luglio 2013 in causa C-136/12; sentenza 4 novembre 1997 in causa C-337/95).

Siccome nel caso in esame la questione di interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione risulta rilevante ai fini della decisione finale, questo giudice

di ultima istanza ritiene che essa debba comunque essere sottoposta alla Corte, a prescindere dal suo maggiore o minore grado di opinabilità.

Del resto, conformemente alla giurisprudenza sul caso ‘Cilfit’, laddove un giudice nazionale di ultima istanza accerti la necessità di ricorrere al diritto dell’Unione al fine di risolvere la controversia di cui è investito, l’articolo 267 del TFUE impone in via di principio a tale giudice di sottoporre la questione di interpretazione ed applicazione che egli sia chiamato a risolvere (in tal senso: CGUE, sentenza 6 ottobre 1982, in causa C-283/81).

5.6. Ai fini del presente giudizio risulta necessario stabilire l’esatta portata delle richiamate disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007, in quanto immediatamente applicabili alla disciplina di gara controversa, stante altresì il loro espresso richiamo ad opera della *lex specialis* di gara.

Come si è esposto in precedenza, sono da un lato ipotizzabili delle letture contrapposte, le quali variamente si fondano – oltre che sul tenore testuale della parte precettiva della norma – sui suoi preliminari “*Considerando*” e su sull’interpretazione fornite (seppur parzialmente) dalla Commissione europea.

Nel caso di specie, si è in presenza di norme comunitarie ad effetto diretto, a fronte delle quali non vi sono disposizioni nazionali da disapplicare, bensì un obiettivo dubbio circa il reale significato da attribuire alle norme comunitarie medesime.

Le ragioni poste a fondamento dei dubbi circa il significato da attribuire alle richiamate disposizioni del regolamento comunitario sono già state esposte, seppur sommariamente, nei precedenti p.ti 5.1., 5.2, 5.3 e 5.4 della presente ordinanza di rimessione, cui si rinvia.

Allo stesso modo, pur non potendosi certo devolvere alla Corte di giustizia la soluzione, nel merito, del caso concreto, nei richiamati p.ti 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4 dell’ordinanza si è data altresì indicazione degli elementi che fondano la rilevanza, nel caso concreto, dei suddetti rilievi.

6. CONCLUSIONI.

Per le ragioni sin qui esaminate, si ritiene di sospendere il presente giudizio e di rimettere alla Corte di giustizia i seguenti quattro quesiti interpretativi:

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando sull’appello in epigrafe n. 9624 del 2016;

Visto l’art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia delle UE;

Visto l'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204;

Viste le *'Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale'* pubblicate sulla G.U.C.E. del 6 novembre 2012;

DISPONE la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea delle questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

DISPONE, nelle more, la sospensione del giudizio;

RISERVA la liquidazione delle spese di lite al definitivo;

MANDA alla Segreteria della Sezione tutti gli adempimenti di competenza e in particolare:

- la comunicazione della presente ordinanza alla Corte di giustizia dell'Unione europea;
- l'invio, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea (L-2925, Lussemburgo) della presente ordinanza, insieme a copia di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa, relativi al primo e al secondo grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

