

Trasporto pubblico locale: rimessa alla Corte di Giustizia UE la questione relativa all'affidamento diretto o con gara dei servizi minimi

di Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 27-9-2018

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4303 del 16 luglio 2018, ha sollevato alla Corte di Giustizia Europea la questione della possibilità di affidamento diretto del Trasporto Pubblico Locale (TPL), sollevando la seguente questione pregiudiziale:

“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”.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4303 del 16 luglio 2018, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale insorta in una fattispecie in cui si controverteva circa l'affidamento del trasporto pubblico locale (cd. TPL) nella Regione Molise. Nello specifico, la società ricorrente in primo grado impugnava il provvedimento di affidamento del servizio lamentando la violazione dell'art. 18 d.lgs. n. 422 del 19 novembre 1997, per avere la Regione Molise disposto l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale in via diretta senza l'attivazione di procedura di evidenza pubblica tra le imprese interessate all'esercizio dei servizi, sull'assunto che la società avrebbe avuto interesse a partecipare a tale procedura in quanto operatrice del settore e già precedentemente affidataria di servizi di TPL per conto della Regione.

Il TAR Molise accoglieva la domanda di annullamento ritenendo che, sebbene il servizio in esame rientrasse tra quelli affidabili in via diretta ex art 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007 n. 1370/2007, tale facoltà fosse preclusa dalla previsione dell'art. 18 d.lgs. 422 del 1997 che prevede la gara aperta quale regola generale per l'affidamento delle concessioni di servizio TPL.

Avverso la sentenza del giudice di primo grado proponeva quindi ricorso in appello la società affidataria del servizio.

In particolare, ai fini che qui interessano, le contestazioni della società ricorrente si appuntavano sulla ritenuta impossibilità di procedere all'affidamento diretto benchè il servizio da aggiudicare rientrasse pacificamente tra quelli che, a norma dell'art. 5 del Regolamento CE

n. 1370/2007, l'ente pubblico ha facoltà di affidare in via diretta. Più nello specifico, secondo la società appellante, il giudice di primo grado aveva errato nell'interpretazione della normativa interna, la quale non porrebbe affatto quel divieto assoluto di affidamento diretto del servizio TPL in presenza del quale la disciplina comunitaria impone l'attivazione, in ogni caso, della gara aperta.

Si poneva così una questione di interpretazione della suddetta norma comunitaria nel contesto della disciplina nazionale.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, "Il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l'art. 5, comma 4 del Regolamento 1370/2007 prima trascritto) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. de minimis) ivi previste qualora ciò "sia vietato dalla legislazione nazionale". Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato articolo 18, comma 2, d.lgs. 422 cit.) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l'affidamento diretto".

Il Consiglio di Stato formula così, la seguente questione pregiudiziale "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".

La comprensione della problematica sollevata dal Consiglio di Stato richiede necessariamente una breve ricostruzione del quadro normativo vigente in tema di servizi di trasporto pubblico locale.

Con l'intervento normativo di cui al d.lgs. n. 442 del 19 novembre 1997, il legislatore ha scelto come modello applicabile alla gestione del servizio quello della concorrenza "per il mercato", realizzata attraverso lo strumento della gara: la procedura di evidenza pubblica è divenuta così la regola generale di affidamento del TPL.

A fronte di questa normativa settoriale rimasta sostanzialmente immutata sino ad oggi, si sono succedute nel corso degli anni varie "riforme" dei servizi pubblici locali, che hanno dato luogo a svariate frizioni nel rapporto tra disciplina generale e settoriale, sollevando dubbi in ordine alla compatibilità delle modalità di affidamento previste per il TPL con i modelli organizzativi delineati dalla disciplina generale per i servizi pubblici locali. Problematica risolta nel senso della compatibilità dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, poi come noto abrogato, e che non ha ancora trovato ad oggi una chiara e definitiva soluzione visto che lo schema di testo unico adottato in attuazione della Legge Madia e che prevedeva la prevalenza della disciplina settoriale dettata dal d.lgs. n. 442 del 19 novembre 1997 su quella generale, è stato ritirato dal Governo all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale n. 251 del 2016.

In merito al TPL, i momenti di frizione non si limitano, tuttavia, ai soli rapporti tra la disciplina generale e quella settoriale, ma coinvolgono anche i rapporti tra quest'ultima e la normativa comunitaria di cui al Regolamento (CE) n.1370/2007 che, per la prima volta, ha disciplinato l'organizzazione del servizio, delineando una normativa quadro di armonizzazione minima per il settore.

Appare evidente, infatti, come la pluralità di fonti che si sovrappongono nel regolare il medesimo settore richieda all'interprete uno sforzo ermeneutico e di coordinamento delle normative coinvolte. Nel caso specifico posto all'esame del Consiglio di Stato e nell'immediato futuro della Corte di Giustizia, il corretto coordinamento delle due normative, comunitaria e nazionale, richiede una attenta ermeneusi dell'art. 5 del Regolamento, che non potrà esimersi dal ricostruire la *ratio* e gli obiettivi di tutela perseguiti dal legislatore comunitario.

Al momento attuale, quindi, nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia si può solamente ipotizzare qualche ipotesi ricostruttiva.

Dopo una prima fase in cui le istituzioni comunitarie non si sono preoccupate delle modalità attraverso le quali i contratti di servizio venivano stipulati nel sistema del trasporto pubblico locale, considerando che il settore era caratterizzato da mercati nazionali chiusi e dalla conseguente assenza di una concorrenza transnazionale, la situazione è mutata allorchè i mercati di alcuni Stati membri hanno iniziato ad aprirsi alla concorrenza e diversi operatori economici hanno cominciato a lamentare la violazione dei principi di trasparenza e non discriminazione con denunce alla Commissione europea. Tali circostanze hanno quindi spinto quest'ultima a proporre l'adozione di una apposita disciplina che garantisse la trasparenza nella fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di servizio. Ciò conduceva all'emanazione del Regolamento (CE) n.1370/2007 del 23 ottobre 2007.

Lo scopo cui mira tale atto normativo è quello di assicurare la qualità, la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto, obiettivi che gli Stati membri devono perseguire, secondo il legislatore comunitario, tenendo conto, in particolare, dei fattori di coesione sociale e territoriale, di sostenibilità ambientale e di sviluppo regionale (considerando n. 4 del Regolamento).

In questo quadro, per quanto attiene alle modalità di affidamento del TPL, il Regolamento riconosce alla Autorità nazionale una facoltà di scelta tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio, senza che sia possibile individuare una qualche forma di gerarchia tra le due modalità. In merito alla prima forma di gestione, l'art. 5, par. 2, stabilisce che le pubbliche Autorità hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture: si tratta delle fattispecie, rispettivamente, della produzione del servizio in economia e dell'*in house providing*.

Con riguardo alla seconda modalità di gestione prevista dal Regolamento, ovvero l'esternalizzazione, questa si può attuare non soltanto attraverso lo strumento della gara, ma

anche, in alcune tassative ipotesi, tramite l'affidamento diretto ad un operatore "terzo". E' quanto stabilisce il par. 4 dell'art. 5 del Regolamento, il quale prevede la possibilità di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato sia inferiore a 1.000.000 di euro, oppure che riguardano la fornitura di servizi il cui ammontare sia inferiore a 300.000 km annui. Il par. 4 dell'art. 5 del Regolamento prevede, altresì, la facoltà di affidare in via diretta i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, in questo caso senza previsione di alcuna soglia di valore o dimensionale.

Da tale breve sintesi del quadro normativo regolante le modalità di affidamento del servizio si evince agevolmente come il Regolamento CE n.1370/2007 consenta agli Stati membri un ampio spettro di scelte organizzative del servizio di TPL, senza stabilire alcuna gerarchia tra di esse e lasciando così una certa discrezionalità all'Autorità nazionale nella scelta delle modalità di intervento nel settore. Il che si iscrive nel quadro degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario che mirano alla promozione di un servizio dal carattere universale, di cui siano garantite qualità, continuità ed efficienza. Al fine di realizzare tali obiettivi le Autorità pubbliche possono utilizzare tutti i modelli organizzativi che l'ordinamento comunitario prevede e promuove, cosicché la concorrenza, in quest'ottica, non rileva più come valore in sé ma diviene, semmai, uno degli strumenti per il conseguimento dei predetti fini.

Una conferma in tal senso può rinvenirsi in diverse disposizioni del Regolamento, a cominciare dall'art. 1, par. 1, laddove si enuncia che lo scopo della normativa comunitaria è quello di delimitare la sfera dell'intervento pubblico per "garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire".

Pur riconoscendo che "l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti" (considerando n. 7 Reg.), d'altro canto il legislatore comunitario prende atto della circostanza che "attualmente, molti servizi di trasporto terrestre di passeggeri che rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale" (considerando n. 5 Reg.), e che quindi molti stati membri hanno adottato una legislazione che prevede la concessione di diritti di esclusiva e la stipulazione di contratti di servizio pubblico (considerando n. 6 Reg.).

Questo spiega le ragioni per le quali il legislatore comunitario ha lasciato agli Stati membri un ventaglio di scelta tra diverse opzioni organizzative, ben conoscendo il diverso stato d'apertura dei mercati nazionali nel settore del TPL e senza voler imporre, al contempo, alcun arretramento generalizzato delle liberalizzazioni nei paesi in cui tali processi erano già in atto.

Il che spiega anche perché l'art. 5, parr. 2, 4 e 6 del Regolamento, nel delineare le modalità d'affidamento diverse dalla gara, stabilisce altresì il principio che esse sono esperibili "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale".

Se, quindi, il legislatore comunitario ha lasciato una certa discrezionalità agli Stati membri nella scelta della modalità di gestione del TPL, è però necessario che la scelta ricada su un mezzo idoneo a garantire la fornitura di un servizio sicuro, di qualità ed efficiente e che il mezzo di

gestione prescelto per il perseguimento di tali fini sia anche, al contempo, il più idoneo a valorizzare quei fattori di coesione sociale e territoriale, di sostenibilità ambientale e di sviluppo regionale che il Regolamento vuole promuovere.

Per tali motivi, a parere di chi scrive, si potrebbe forse privilegiare una interpretazione della normativa comunitaria secondo cui il legislatore nazionale dovrebbe scegliere in maniera chiara e senza ambiguità tra le opzioni normative fornite dal Regolamento 1370/2007, formulando un divieto esplicito di ricorso ad altri mezzi qualora ritenga che solamente la procedura di evidenza pubblica costituisca lo strumento più idoneo a garantire un servizio di qualità ed efficiente e a valorizzare i fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale che l'ordinamento comunitario intende promuovere.

Certamente la decisione della Corte di Giustizia costituirà un valido ausilio nel dirimere i dubbi che ormai da anni inducono gli enti locali, proprio per l'incertezza normativa in materia, a procedere per lo più mediante proroghe nei confronti dei soggetti gestori esistenti, a meno che la Corte di Giustizia non ritenga che si tratti, piuttosto, di una questione di interpretazione dell'ordinamento interno, e segnatamente dell'art. 18 d.lgs. n. 422/1997, e non di omogenea interpretazione del diritto europeo.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7676 del 2017, proposto da

SATI - Società Autocooperative Trasporti Italiani s.p.a, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Francario e Giuseppe Reale, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Francario in Roma, piazza Paganica, n. 13;

contro

Azienda di Trasporti Molisana – A.T.M. s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanna De Santis, Andrea Marega e Roberto Leccese, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto Leccese in Roma, via XX Settembre, n. 1;

nei confronti

Regione Molise, in persona del Presidente della Regione in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, Sez. I, n. 278/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda di Trasporti Molisana – A.T.M. S.p.A. e della Regione Molise;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Fabio Francario, Andrea Marega e l'avvocato dello Stato Pio G. Marrone;

I. FATTO

1. La Regione Molise, con deliberazione della Giunta regionale 30 giugno 2015, modificava la rete dei servizi minimi regionali di trasporto pubblico locale (TPL), disponendo un incremento chilometrico pari a Km 149.939,750 su base annua, con corrispondente aumento di spesa di € 330.000,00, oltre IVA.

1.1. Nel documento istruttorio allegato alla deliberazione era specificato che l'incremento della rete dei servizi regionale di TPL avveniva in via d'urgenza e con carattere provvisorio in attesa di procedere alla rivisitazione e parziale riorganizzazione dell'intero programma dei servizi di TPL regionale. Essa si era resa necessaria per le numerose richieste di modifica degli orari di alcune corse, integrazioni di linee, istituzione di nuovi collegamenti pervenute all'Assessorato ai trasporti e agli atti del Servizio Mobilità.

1.2. Gli incrementi chilometrici disposti erano affidati in via diretta alle società con le quali erano già in corso contratto di servizio per le stesse tratte o per altre tratte; in particolare, gran parte dei nuovi servizi erano, così, affidati alla SATI – Società Autocooperative Trasporti Italiani s.p.a.

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Molise, A.T.M. – Azienda di Trasporti Molisana s.p.a. impugnava il predetto provvedimento regionale sulla base di tre motivi.

2.1. Con il primo motivo lamentava la violazione dell'art. 18 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e dell'art. 15 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 per aver la Regione disposto l'affidamento dei servizi di nuova istituzione in via diretta senza l'attivazione di procedura di evidenza pubblica tra le imprese interessate all'esercizio dei servizi; a tale procedura la ricorrente dichiarava avrebbe avuto interesse a partecipare in quanto operatrice del settore e, comunque, gestore di servizi di TPL per conto della Regione fino al 2013.

2.2. Con il secondo e il terzo motivo lamentava la violazione dell'art. 16 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, dell'art. 11 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 e dell'art. 34 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per aver la Regione disposto le modifiche alla rete di TPL senza alcuna istruttoria finalizzata a verificare la sussistenza di ragione di interesse pubblico e senza la previa intesa con gli enti locali interessati, espressamente richiesta dall'art. 16 cit.

3. Si costituivano in giudizio la Regione Molise e la SATI s.p.a. che domandavano il rigetto del ricorso.

3.1. Il giudizio si concludeva con la sentenza 3 agosto 2017, n. 278, con la quale era accolto il ricorso con conseguente annullamento della deliberazione regionale impugnata e condanna della Regione al risarcimento del danno in favore di A.T.M. s.p.a., oltre spese di lite.

3.2. Il Tribunale accoglieva la domanda di annullamento sulla base del seguente ragionamento:

- l'art. 5 del Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia stabilisce che l'affidamento ad un soggetto terzo del servizio deve avvenire mediante procedura di gara;

- la stessa disposizione prevede, tuttavia, una deroga alla gara aperta in presenza di talune specifiche condizioni ivi esattamente individuate, precisando, però, che l'affidamento diretto è consentito *“a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale”*;

- nella vicenda in esame, pur rientrando il servizio in esame tra quelli affidabili in via diretta, tale facoltà è preclusa dalla previsione dell'art. 18 d.lgs. 422 del 1997 che prevede la gara aperta quale regola generale per l'affidamento delle concessioni di servizio TPL;

- la regola della gara aperta è ribadita anche dalla legislazione regionale (la legge regionale n.

19 del 2000 e la legge regionale n. 9 del 2015) e risponde ai principi del Trattato UE, per come espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000.

3.3. Il Tribunale riteneva fondato anche il secondo e il terzo motivo di ricorso: la Regione non poteva sottrarsi, nella istituzione di servizi aggiuntivi di TPL, alla procedura prevista dall'art. 16 d.lgs. 422 cit., e, precisamente, dall'effettuare una completa istruttoria che tenesse conto di tutti i parametri ivi indicati (quali l'integrazione tra le reti di trasporto, il pendolarismo scolastico e lavorativo, la fruibilità dei servizi da parte degli utenti, le esigenze di riduzione della congestione e dell'inquinamento), e dal coinvolgere gli enti locali nella determinazione dei servizi minimi.

III. I MOTIVI DI APPELLO.

4. SATI S.p.A. propone appello e chiede la riforma della citata sentenza in base a cinque motivi. Si sono costituiti in giudizio A.T.M. Molise e la Regione Molise.

5. I motivi di appello rivolgono critiche alle statuizioni della sentenza di primo grado.

5.1. In particolare, ai fini che qui interessano, le contestazioni si appuntano sulla ritenuta impossibilità di procedere all'affidamento diretto benchè il servizio da aggiudicare rientrasse pacificamente tra quelli che, a norma dell'art. 5 del Regolamento europeo, l'ente pubblico ha facoltà di affidare in via diretta.

5.2. La società appellante sostiene, più in particolare, che il giudice di primo grado abbia errato nell'interpretazione della normativa interna, la quale non porrebbe affatto quel divieto assoluto di affidamento diretto del servizio TPL in presenza del quale la disciplina comunitaria impone l'attivazione, in ogni caso, della gara aperta.

5.3. Negli altri motivi è contestata anche la parte della sentenza in cui è censurata la condotta dell'amministrazione per aver disatteso la procedura stabilita dalla legislazione nazionale e regionale ai fini della determinazioni dei servizi minimi regionali di TPL.

6. Il Collegio ritiene che i motivi di appello sono in grado di condurre alla riforma integrale della sentenza di primo grado, poiché mettono in discussione, con critiche ragionevoli, tutte le considerazioni che hanno indotto all'accoglimento del ricorso di primo grado e che, per questa ragione, assume rilevanza ai fini della decisione del giudizio innanzitutto il primo motivo di appello ove si prospetta la questione dell'affidabilità dei servizi di nuova istituzione in via diretta.

IV. IL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE

7. L'art. 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007 n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/91 e (CEE) n. 1107/70, prevede al comma 4,

che: “A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico:

a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure

b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno.

Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno.”.

8. L'art. 18 (Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale) del 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] dispone, al primo comma, 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. La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite. Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica.”

V. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE

EUROPEA

9. Il Collegio, anche alla luce delle difese delle parti in giudizio, rileva l'esistenza di un dubbio interpretativo che giustifica il rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE.

10. Il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l'art. 5, comma 4 del Regolamento 1370/2007 prima trascritto) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. de minimis) ivi previste qualora ciò "sia vietato dalla legislazione nazionale".

10.1 Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato articolo 18, comma 2, d.lgs. 422 cit.) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l'affidamento diretto.

10.2. La risposta al dubbio interpretativo è decisiva ai fini della risoluzione della controversia portata dinanzi a questo Consiglio di Stato: 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.

10.3. Lo specifico divieto all'affidamento diretto, d'altronde, non risulta presente neanche nella legislazione regionale citata dalla sentenza di primo grado: né l'art. 13, comma 1, l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 che riproduce il contenuto dell'art. 18, comma 1, d.lgs. 422 del 1997, né l'art. 9, comma 1, l. reg. Molise 4 maggio 2015, n. 9 che si limita a prevedere che l'affidamento dei servizi di nuova istituzione deve avvenire nel rispetto delle regole poste dal d.lgs. 422 del 1997 e dalla legge regionale n. 19 del 2000.

VI. FORMULAZIONE DELLA QUESTIONE.

11. Alla luce delle considerazioni svolte è formulata la seguente questione pregiudiziale:

"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".

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra

decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO