

Legittimo l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale mediante il ricorso alla modalità in house

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 30-7-2020

Nel settore del trasporto pubblico locale, il modello del c.d. "in house providing" è una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato; a tal fine, le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa né a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha chiarito che, secondo consolidati principi giurisprudenziali, **è legittima la scelta della S.A. di ricorrere al sistema dell'*in house providing*** per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Ciò in quanto, secondo i giudici di Palazzo Spada, nel settore del trasporto pubblico locale *"l'in house providing sarebbe una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato"*. Più nel dettaglio, tale principio sarebbe desumibile:

(i) dall'art. 5, comma 2, del regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007, relativo ai **servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia**, secondo cui, salvo 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»*.

(ii) dall'art. 18, lett. a), del d. lgs. n. 50/2016, che esclude dalla propria applicazione le **«concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007»**;

(iii) dall'art. 192, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, a mente della quale ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la **valutazione sulla congruità economica dell'offerta** dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, «*dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*».

A sostegno delle proprie argomentazioni, il Consiglio di Stato ha richiamato altresì un precedente della Corte di Giustizia Europea secondo cui il menzionato regolamento n. 1370 del 2007 deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale «*non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte*» (sentenza 24 ottobre 2019, C-515/18).

In conclusione, alla luce del suddetto ragionamento giuridico, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la scelta della S.A. di affidare il servizio di trasporto pubblico locale nel territorio ad una propria società *in house*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10189 del 2019, proposto dalla Busitalia Sita Nord s.r.l., in persona dell'istitutore dottor Guido Santocono, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pelizzo e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via del Mascherino 72;

contro

Città Metropolitana Genova, in persona del sindaco metropolitano, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valentina Manzone, Carlo Scaglia e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Giulio Cesare 14; Regione Liguria, non costituita in giudizio;

nei confronti

Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a., in persona dell'amministratore unico in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Ferrando, Riccardo Maoli e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Parioli 180;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 753/2019, resa tra le parti, concernente gli atti relativi all'affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale dell'ambito territoriale di competenza della Città metropolitana di Genova, per il lotto 1, concernente l'ambito urbano;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città metropolitana di Genova e dell'Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 4 giugno 2020, svoltasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Busitalia Sita Nord s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso, integrato da tre atti di motivi aggiunti, per l'annullamento degli atti di affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale nell'ambito territoriale di competenza della Città Metropolitana di Genova.

2. Quest'ultima aveva inizialmente individuato quale modalità di affidamento il dialogo competitivo ex art. 64 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Era pertanto stato pubblicato in data 29 dicembre 2017 il bando di gara della

Regione Liguria, quale stazione unica appaltante, nell'ambito del quale il servizio era suddiviso in due lotti: il primo relativo al trasporto in "ambito urbano", relativo al territorio del Comune di Genova, per un valore totale stimato in € 592.000.000,00 per la durata prevista di otto anni; ed il secondo al trasporto in ambito extra urbano, nell'area della Città Metropolitana, per un valore totale stimato in € 144.000.000,00. Con il proprio ricorso la Busitalia Sita Nord contestava il tipo di procedura prescelta e i requisiti di partecipazione per essa previste, perché ritenuti sproporzionati.

3. In seguito ad una rettifica di questi ultimi la ricorrente poteva presentare domanda di partecipazione alla procedura di gara. Tuttavia, successivamente la Regione Liguria si determinava nel senso di revocare la gara relativamente al lotto 1, concernente il trasporto nel territorio del Comune di Genova, al quale la Busitalia Sita Nord aveva partecipato, a causa della limitatezza del confronto concorrenziale derivante dalla presentazione di sole due domande di partecipazione (decreto dirigenziale del 21 settembre 2018, n. 1380, emesso su richiesta della Città metropolitana, di cui alla nota di prot. n. 42051 del 7 agosto 2018).

4. Seguivano gli atti con cui la Città metropolitana decideva di affidare il servizio *in house*, e rendeva pertanto nota tale intenzione con gli avvisi di preinformazione pubblicati il 9 ottobre 2018, cui dava corso con l'affidamento alla AMT - Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a. (deliberazione del consiglio metropolitano n. 44 del 14 dicembre 2018 e determinazione dirigenziale n. 2588 del 18 dicembre 2018). Contro questi nuovi atti la Busitalia Sita Nord proponeva motivi aggiunti, con i quali censurava la scelta della Città Metropolitana di non percorrere una soluzione di mercato e i presupposti dell'*in house providing*.

5. Tutte le censure proposte venivano respinte con la sentenza in epigrafe e sono riproposte dalla Busitalia Sita Nord con il presente appello, per resistere al quale si sono costituiti la Città Metropolitana di Genova e la controinteressata Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello è riproposta la censura di sviamento di potere da cui la Busitalia Sita Nord reputa affetta l'intera sequenza degli atti di gara impugnati, perché, a dire dell'originaria ricorrente, emessi al solo scopo di dissimulare l'originaria intenzione della Città Metropolitana di affidare il servizio di trasporto pubblico locale in via diretta alla Azienda Mobilità e Trasporti, pur in difetto dei relativi presupposti. In particolare si sostiene che la procedura di dialogo competitivo sarebbe stata indetta al solo scopo di evitare la decurtazione del 15% dei trasferimenti statali, previsto nei confronti delle amministrazioni che, entro fine dicembre 2017, non avessero pubblicato un bando per l'affidamento al mercato del servizio [art. 27, comma 2, lett. d), del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50; *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*; convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96]; e che allo scopo di scoraggiare la risposta del mercato erano stati inizialmente previsti requisiti di partecipazione «*abnormi*». La Busitalia Sita Nord desume lo sviamento di potere anche dal fatto che in pendenza della procedura di dialogo competitivo sono state deliberate modifiche statutarie finalizzate a rendere la Azienda Mobilità e Trasporti ente *in house*; ed inoltre dall'intrinseca contraddittorietà della decisione di affidare il servizio di trasporto pubblico con

tale modalità, anziché ricorrere alla procedura aperta, dopo la revoca della gara per il lotto 1 determinata dalla ridotta competizione derivante dalle sole due domande di partecipazione; ed ancora dal comportamento tenuto dall'amministrazione in relazione alla revoca dell'altro lotto di gara, in cui la revoca è stata ugualmente disposta malgrado fossero state presentate cinque domande di partecipazione. A conclusione del motivo d'appello la Busitalia Sita Nord lamenta che la sentenza di primo grado non abbia apprezzato nel loro complesso le circostanze dalla quale desumere l'iniziale volontà della Città Metropolitana.

2. Con il secondo motivo d'appello sono riproposte le censure di carenza di motivazione e presupposti della revoca del dialogo competitivo per il lotto 1 e del successivo affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico ad esso relativi alla Azienda Mobilità e Trasporti. Secondo Busitalia Sita Nord non costituirebbero ragioni sufficienti al riguardo la limitata partecipazione alla procedura (due operatori) e l'emergenza venutasi a creare a Genova dopo il crollo del ponte Morandi.

3. Con il terzo motivo d'appello la Busitalia Sita Nord contesta la scelta del modello dell'*in house providing*, per la quale sostiene che la Città Metropolitana non avrebbe ponderato l'alternativa del ricorso al mercato, come invece avrebbe dovuto fare per conseguire gli obiettivi di economicità e qualità del servizio di trasporto pubblico locale, secondo i «*principi desumibili dall'ordinamento euro-unitario in materia di affidamento di servizi di interesse economico generale*» e i precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento ex art. 97, comma 2, della Carta fondamentale. L'appellante censura inoltre le ragioni del rigetto del motivo addotte dalla sentenza di primo grado ed incentrate sul rilievo che in base alla disciplina di settore [Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70] l'*in house providing* costituisce forma ordinaria di affidamento del servizio. In contrario l'originaria ricorrente sottolinea che la comparazione rispetto al ricorso al mercato si porrebbe come presupposto necessario di ogni scelta dell'amministrazione e che nell'ambito di tale confronto quest'ultima dovrebbe esporre le ragioni per cui con l'affidamento *in house* sarebbero assicurati «*il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori (e) l'economicità della gestione*», ai sensi dell'art. 34, comma 20, del decreto-legge (recante *ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*; convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221). A quest'ultimo riguardo, per l'originaria ricorrente le ragioni della scelta previo confronto comparativo tra le diverse forme di gestione del servizio non sarebbero ricavabili dalla relazione a tal fine approvata dalla Città metropolitana con i le sopra citate delibera del consiglio metropolitano n. 44 del 14 dicembre 2018 e determinazione dirigenziale n. 2588 del 18 dicembre 2018.

4. Con il quarto motivo d'appello sono riproposte le censure dirette a contestare i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente con riguardo all'affidataria *in house* Azienda Mobilità e Trasporti, a causa del ruolo di socio dominante del Comune di Genova, in virtù della sua partecipazione di maggioranza assoluta nel capitale sociale dell'affidataria diretta, pari al 94,94%, e come tale in grado di nominare la maggioranza degli amministratori e dei sindaci di quest'ultima, senza alcuna riserva statutaria di competenza a favore dell'assemblea dei soci; e per converso dell'impossibilità sulla base di ciò di configurare un controllo congiunto con la Città Metropolitana di Genova, partecipante al capitale nella misura del 4,69%, nei termini

stabili dalla giurisprudenza europea (sentenza della Corte di giustizia 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; *Econord s.p.a.*). Secondo la Busitalia Sita Nord il controllo analogo congiunto non sarebbe configurabile nemmeno in virtù dei patti parasociali *ex adverso* prodotti in giudizio, menzionati nella citata relazione ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, dal momento che anche le modalità di coordinamento tra i soci pubblici in esse previste sarebbero tali da assegnare al solo Comune di Genova un potere decisionale determinante.

5. Nessuna delle censure così sintetizzate è fondata.

6. E' innanzitutto da respingere l'ipotesi dello sviamento di potere asseritamente ricavabile dalla scelta della Città metropolitana di Genova di affidare il servizio sulla base di un dialogo competitivo, dissimulante l'originaria volontà della stessa amministrazione di affidare il servizio *in house*, e che sarebbe stata nondimeno adottata al solo scopo di evitare la riduzione dei trasferimenti statali.

Sul punto occorre precisare che l'*in house providing* è stata sin dall'origine individuata dalla Città metropolitana di Genova come modello di gestione del servizio di trasporto pubblico locale «più confacente al soddisfacimento del pubblico interesse». La dichiarazione ora riportata figura nella motivazione e nel dispositivo della delibera di indirizzo del consiglio metropolitano del 27 settembre 2017, n. 20.

In senso conforme si registrano anche le ammissioni rese in questo giudizio dalla medesima amministrazione resistente nelle proprie difese. Quest'ultima ha anche riconosciuto che la procedura di dialogo competitivo è stata indetta per evitare la riduzione dei trasferimenti dallo Stato prevista dal sopra citato art. 27, comma 2, lett. d), del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, oltre che a causa dell'incertezza sulla percorribilità dell'affidamento *in house*, e delle incertezze legate alla copertura finanziaria del servizio, per la quale a quell'epoca non era stato ancora raggiunto tra le amministrazioni interessate l'accordo di programma previsto dalla legislazione regionale di settore (art. 12 della legge regionale della Liguria 7 novembre 2013, n. 33 - *Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale*).

7. Lo sviamento va nondimeno escluso innanzitutto sulla base degli impedimenti oggettivi ora descritti, ed all'epoca effettivamente esistenti, ed inoltre sulla base della riserva di revoca previste nel disciplinare di gara della procedura di dialogo competitivo in caso di domande di partecipazione inferiori a 3 (punto 3.1).

Quest'ultima è infatti una clausola che non solo non è estranea alla prassi delle procedure di affidamento di contratti pubblici, come affermato nella sentenza appellata, ma che, oltre a non essere stata impugnata dall'originaria ricorrente, come *ex adverso* eccepito, non denota comunque la mancanza di serietà dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice. Essa casomai incrementa la trasparenza circa le prospettive di definizione della gara, a beneficio degli operatori economici che alla stessa abbiano partecipato.

8. La mancanza di serietà da cui la Busitalia Sita Nord desume, quale sintomo di sviamento di potere, l'intenzione della Città Metropolitana di Genova di non portare a compimento la procedura di dialogo competitivo, a vantaggio della scelta dell'*in house providing*, non può

nemmeno essere argomentata, come invece fa l'appellante, sulla base dei requisiti di partecipazione e del tipo di procedura prescelta.

Osta alla ricostruzione dei fatti operata dall'originaria ricorrente innanzitutto la circostanza che tali requisiti sono stati modificati una volta esperito il ricorso da cui ha tratto origine il presente giudizio, con decreto dirigenziale della Regione Liguria del 12 aprile 2018, n. 1769, cosicché la medesima Busitalia Sita Nord ha potuto partecipare al dialogo competitivo; ed in secondo luogo la circostanza che il tipo di procedura in questione non comporta alcuna restrizione del mercato. A smentire gli assunti dell'appellante è sufficiente richiamare l'art. 64, comma 2, del codice dei contratti pubblici, secondo cui nel dialogo competitivo *«qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, per la selezione qualitativa»*, per cui a ragione essa è stata definita dalla sentenza di primo grado come *«procedura ad evidenza pubblica»*.

9. Le ragioni per il ricorso a tale procedura sono poi state poi chiarite nei termini poc'anzi esposti e sono consistite nel fatto che tra le amministrazioni interessate non era stato raggiunto l'accordo per il finanziamento dei servizi della normativa regionale di settore, per cui si era deciso di definire l'entità degli stessi sulla base di una negoziazione con gli operatori di mercato e che l'alternativa dell'*in house providing*, pure originariamente ritenuta maggiormente conforme all'interesse pubblico dalla Città metropolitana di Genova nella citata delibera di indirizzo del consiglio metropolitano n. 20 del 27 settembre 2017, avrebbe comportato la decurtazione dei trasferimenti statali, ai sensi del parimenti sopra citato art. 27, comma 2, lett. d), del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, e dunque reso maggiormente difficoltosa la conclusione dell'accordo di programma tra gli enti locali competenti.

10. Come sopra accennato la revoca della gara per il lotto relativo all'ambito urbano del Comune di Genova è stata poi disposta in applicazione della citata riserva prevista nel bando per il dialogo competitivo.

Ogni contestazione in ordine alle motivazioni con cui la Città metropolitana di Genova ha deciso di avvalersi della riserva non sono fondate, poiché con quest'ultima era stata già determinata in via preventiva la risposta del mercato minima per avviare la negoziazione con i relativi operatori economici, rispetto all'ipotesi dell'affidamento *in house*, prefigurata come principale. Sulla base della riserva contenuta nel bando di gara la sola discrezionalità residua era circoscritta alla scelta se avvalersene o meno, senza che sul punto i partecipanti alla gara potessero esigere il corredo delle ragioni dell'esercizio di tale facoltà. Come inoltre esposto in precedenza la riserva di revoca prevista nel disciplinare di gara, lungi dall'essere sintomatica di sviamento di potere, ha invece incrementato il tasso di trasparenza dell'operato della Città metropolitana, perché ha reso edotti preventivamente i partecipanti alla gara della possibilità del suo ritiro al solo ricorrere del presupposto oggettivo dato dal limitato numero di questi ultimi.

11. In questa prospettiva lo sviamento di potere non può essere desunto nemmeno dal fatto che parallelamente alla procedura di dialogo competitivo la Azienda Mobilità e Trasporti è stata interessata, nel giugno del 2018, da operazioni di aumento di capitale e modifiche statutarie

finalizzate a rafforzarne il carattere di ente *in house* dei soci pubblici.

Tali operazioni, trovano infatti la loro giustificazione nella possibilità di risposta del mercato insufficiente, per la scadenza della quale il bando della procedura di dialogo competitivo, come in seguito rettificato, era stata fissata la successiva data del 20 luglio 2018, e che dunque potesse concretizzarsi l'eventualità di avvalersi della sopra menzionata clausola di riserva di revoca prevista dal disciplinare di gara ed il ritorno alla scelta originariamente prefigurata come principale per la gestione del servizio di trasporto pubblico locale, consistente nell'*in house providing*.

12. Sono inoltre infondate le censure relative alla scelta di affidare il servizio nelle forme proprie di quest'ultimo modello alla controinteressata Azienda Mobilità e Trasporti.

Sul punto è corretta la statuizione della sentenza di primo grado secondo cui nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* è una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato. Ciò si desume innanzitutto dall'art. 5, comma 2, del regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 [*relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70*], secondo cui, salvo 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*». In secondo luogo si ricava dal fatto che l'art. 18, lett. a), del codice dei contratti pubblici esclude dalla propria applicazione le «*concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007*».

13. Come pertanto sottolineano l'amministrazione resistente e la medesima controinteressata, la disciplina ora richiamata impedisce di applicare la regola prevista dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici ed incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house providing* e del ricorso al mercato, a mente della quale: «*(a) i fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*».

La regola enunciata dalla disposizione ora richiamata - la cui violazione è stata dedotta in primo grado dalla Busitalia Sita Nord come motivo aggiunto di impugnazione - postula infatti come forma principale di affidamento di servizi pubblici quella del ricorso al mercato, rispetto alla quale l'amministrazione interessata deve indicare le ragioni per la sua deroga, fondata su ragioni tecniche e di convenienza economica (cfr. in questo senso, di recente: Cons. Stato, V,

27 gennaio 2020, n. 681). Un rapporto di regola ed eccezione non è invece previsto per il servizio di trasporto pubblico locale, in forza della disposizione sovranazionale sopra menzionata e dell'esclusione sul piano interno dal codice dei contratti pubblici di cui all'art. 18, lett. a) parimenti richiamata in precedenza, cosicché difettano le basi logico-giuridiche della comparazione invece pretesa dalla Busitalia Sita Nord.

14. In questo senso si pone del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui il regolamento n. 1370 del 2007 più volte richiamato deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte (sentenza 24 ottobre 2019, C-515/18; *Autorità garante della concorrenza e del mercato*; cfr. in particolare i §§ 27 - 30). Benché la pronuncia ora richiamata sia stata resa con riguardo al trasporto ferroviario le considerazioni in essa svolte sono pacificamente estensibili al trasporto su strada, anch'esso contraddistinto da una limitata apertura al mercato e pertanto accomunato al primo dal regolamento n. 1370 del 2007.

15. Come ulteriormente deducono le parti resistenti, la regola è confermata a livello nazionale dall'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), secondo cui «anche in deroga alla disciplina di settore» le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale «possono avvalersi delle previsioni» di cui al citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370 del 2007.

A ciò si è aggiunto lo *ius singulare* consistente nella legislazione di carattere emergenziale emanata all'indomani del crollo del ponte Morandi, nell'ambito della quale per il trasporto pubblico nel Comune di Genova è stata legittimata la scelta dell'*in house providing* senza la perdita dei trasferimenti statali previste dal già richiamato art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50 del 2017, attraverso il differimento di quest'ultima disposizione al 31 dicembre 2019, previsto dall'art. 5, comma 4, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*; convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130).

A tale differimento si è successivamente aggiunto, per l'intero territorio nazionale, un ulteriore previsione normativa legittimante in termini generali il modello dell'*in house providing* per i servizi di trasporto pubblico locale, dato dall'espressa non applicabilità del medesimo art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50 del 2017 ai contratti di servizio «affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007...» (art. 21-bis del decreto-legge 3 ottobre 2018, n. 119 - *Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria*; inserito dalla legge di conversione 17 dicembre 2018, n. 136).

16. Nondimeno, nel presente appello l'originaria ricorrente ripropone l'assunto secondo cui la comparazione tra le diverse forme di gestione del servizio costituirebbe comunque un

presupposto di legittimità dell'affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale, perché sarebbe tale da garantire di raggiungere gli obiettivi di matrice euro-unitaria di qualità ed accessibilità dei servizi di interesse economico generale, oltre che, sul piano del diritto nazionale, da consentire la doverosa verifica ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012 della parità di trattamento tra gli operatori del settore e l'economicità della gestione. A quest'ultimo riguardo – aggiunge la Busitalia Sita Nord – la relazione approvata dalla Città metropolitana di Genova ai sensi di quest'ultima disposizione di legge sarebbe insufficiente.

17. Sennonché, con riguardo al primo profilo, nella misura in cui vengono evocati nuovi parametri di legittimità a sostegno delle censure originariamente dedotte esso si traduce innanzitutto in un mutamento della *causa petendi* tra primo e secondo grado, non consentito ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., come eccepito dalla Città metropolitana di Genova.

Nel merito deve peraltro ribadirsi che in presenza di una modalità di affidamento qualificata dalla stessa sovraordinata normativa euro-unitaria come ordinaria, ovvero dal citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370 del 2007, e dalla conforme normativa nazionale (art. 61 della legge n. 99 del 2009) la comparazione rispetto alle possibili alternative non refluisce sulla legittimità della scelta, che altrimenti perderebbe il suo carattere di soluzione posta su un piano di parità con queste ultime.

18. Nel prisma dei rapporti tra *in house providing* e ricorso al mercato nel settore dei servizi di trasporto pubblico locale finora delineati va inoltre esaminata la censura di non conformità della relazione approvata dalla Città metropolitana di Genova rispetto all'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012. Le contestazioni sul punto sono infondate laddove lamentano la mancata comparazione tra le due forme di gestione del servizio, per le considerazioni in precedenza esposte.

Per il resto la medesima relazione motiva in modo diffuso sui presupposti dell'*in house providing*, sulla convenienza e sostenibilità economica dell'offerta della Azienda Mobilità e Trasporti alla luce del piano economico e finanziario appositamente elaborato per la gestione del servizio e sugli obiettivi di accessibilità e qualità in relazione alle specificità del territorio urbano di Genova e alla situazione infrastrutturale, al crollo del ponte Morandi, e al piano urbano per la mobilità sostenibile in corso di approvazione. Le contrapposte censure della Busitalia Sita Nord sono per contro generiche e comunque rivolte a censurare valutazioni di merito non sindacabili nella presente sede di legittimità.

19. Residuano le questioni poste dall'originaria ricorrente sul requisito tipico dell'*in house providing* consistente nel "controllo analogo", che sono tuttavia anch'esse infondate.

Il più volte citato art. 5, comma 2, del regolamento europeo n. 1370 del 2007 prevede richiede infatti al riguardo la seguente alternativa: «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».

Nel caso di specie ricorre l'ipotesi, già ravvisata dalla sentenza di primo grado, del «gruppo di

autorità», una delle quali esercita il controllo analogo a quello svolto sulle proprie strutture. L'autorità in questione è il Comune di Genova, titolare di una partecipazione pressoché totalitaria (94,94%) al capitale sociale della Azienda Mobilità e Trasporti e del potere di nomina della maggioranza degli amministratori della società partecipata.

20. Quest'ultimo è il destinatario del servizio di trasporto pubblico in contestazione, oggetto del lotto 1 della procedura di dialogo competitivo poi revocata e del successivo affidamento *in house* e come tale titolare della funzione di organizzazione dello stesso. Ciò in virtù di quanto stabilito dalla legislazione nazionale, e precisamente dall'art. 14, comma 27, lett. b), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (recante *misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*; convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), e dalla conforme legislazione regionale ligure di settore, ai sensi dell'art. 8 della sopra citata legge regionale n. 33 del 2013, per cui sotto il profilo ora rilevato è senz'altro rispettato il presupposto previsto dall'art. 5, comma 2, del regolamento europeo.

21. Come ulteriormente affermato in modo puntuale dalla sentenza di primo grado, le competenze da quest'ultima invece riconosciute alla Città metropolitana consistono invece, secondo gli artt. 7 e 9, nell'organizzazione e gestione delle procedure di affidamento dei servizi di trasporto a livello di ambito territoriale ottimale, circostanza che tuttavia non impedisce per un verso di considerare tra il gruppo di autorità all'interno delle quali almeno una deve esercitare il controllo analogo il Comune di Genova, nel cui interesse il servizio contestato nel presente giudizio è destinato ad essere svolto, come finora rilevato, e per altro verso palesa l'erroneità dell'assunto dell'appellante secondo cui «*unica titolare*» dei servizi di trasporto affidati in via diretta alla controinteressata Azienda Mobilità e Trasporti sarebbe la Città Metropolitana.

22. L'appello deve essere respinto ma per la complessità delle questioni controverse le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di causa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 ex art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.