

Pubblicato il 07/03/2022

N. 01620/2022 REG.PROV.COLL.

N. 10005/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10005 del 2021, proposto da

Sad Trasporto Locale S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Guido Greco e prof. Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avvocati Laura Fadanelli, Michele Purrello, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Lukas Plancker, Luca Graziani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. A.G., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato prof. Pierluigi Mantini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione Autonoma di Bolzano n. 00242/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e di Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. A.G.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Guido Greco, Maria Alessandra Sandulli, Luca Graziani e Pierluigi Mantini;

I. LA CONTROVERSIA NELLA CAUSA PRINCIPALE

1. La SAD Trasporto Locale s.p.a. (per brevità, anche SAD) è una società operante nel settore del servizio di trasporto pubblico locale, incaricata della gestione di alcune linee di trasporto di passeggeri nell'ambito della Provincia autonoma di Bolzano – Altro Adige (per brevità, anche Provincia di Bolzano).

2. La Provincia di Bolzano, in particolare, ha affidato alla società SAD, con provvedimento n. 132 del 30 dicembre 1991, il servizio di trasporto persone con impianti fissi “*Funicolare della Mendola*”, “*Funivia Bolzano – Soprabolzano*” e “*Tramvia Assunta – Soprabolzano – Collalbo*”; nonché con provvedimento n. 114 del 15 giugno 2001, il servizio di trasporto pubblico di persone della Funivia “*Bolzano – S. Genesio*” (entrambi i provvedimenti sono richiamati nel decreto n. 585 del 2009).

3. La stessa Provincia di Bolzano:

a) con decreto n. 585 del 25 novembre 2009 (doc. 1), ravvisata (tra l'altro) l'insussistenza di elementi ostativi al rilascio di affidamenti del servizio in via diretta fino alla data del 3 dicembre 2009, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 3, lett. d), regolamento (CE) n. 1370/2007, ha disposto la proroga per nove anni delle concessioni affidate con provvedimenti del 30 dicembre 1991 e 15 giugno 2001, con nuova scadenza fissata per il giorno 24 novembre 2018;

b) con deliberazioni n. 1154 del 13 novembre 2018 (doc. 2) e n. 969 del 19 novembre 2019 (doc. 3), ritenendo sussistenti i requisiti di cui all'articolo 5, paragrafo 5, Regolamento (CE) n. 1370/2007, ha disposto la proroga della concessione per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico di cui al decreto n. 585 del 2009 cit., dapprima, per il periodo dal 25 novembre 2018 - 31 dicembre 2019 (deliberazione n. 1154 del 2018), successivamente, per il periodo 1 gennaio 2020 - 24 novembre 2020 (deliberazione n. 969 del 2019);

c) con deliberazione n. 897 del 17 novembre 2020 (doc. 4), rilevato che era in corso una procedura per l'affidamento ad una società *in house* dell'esercizio del servizio di trasporto pubblico su impianti fissi di competenza della Provincia di Bolzano, ha disposto nelle more la proroga tecnica della concessione per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico di linea sulla funivia e tramvia del Renon e sulla funicolare della Mendola (eccettuata la funivia Bolzano – S. Genesio) per il periodo dal 25 novembre 2020 al 19 marzo 2021.

4. Con deliberazione n. 243 del 16 marzo 2021 (doc. 5) la Provincia di Bolzano ha disposto, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007, dell'art. 7, comma 9, della L.P. n. 16 del 2015 e dell'art. 5 D. Lgs. n. 50 del 2016, l'affidamento *in house* a favore di STA – Strutture Trasporti Alto Adige s.p.a. (per brevità, anche STA) dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti

fissi della Funicolare e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola per il periodo dal 19 maggio 2021 al 30 aprile 2030. Con la stessa deliberazione la Provincia ha approvato lo schema di contratto di servizio regolante il rapporto con l'affidatario con il relativo piano economico finanziario, nonché ha imposto, ai sensi dell'art. 7, comma 8, Legge Provinciale n. 16 del 1985 e dell'art. 17 bis Legge Provinciale n. 15 del 2015, al concessionario uscente, SAD s.p.a., il trasferimento in favore della STA s.p.a. dei beni funzionali alla gestione del servizio affidato, compresa l'attrezzatura minuta e il magazzino, acquistati con risorse pubbliche.

5. Con deliberazione n. 244 del 16 marzo 2021 (doc. 6) la Provincia di Bolzano ha disposto, nelle more del trasferimento dei beni funzionali allo svolgimento del servizio come previsto con la delibera n. 243 del 16 marzo 2021, di imporre alla SAD s.p.a., ai sensi dell'art. 6 della Legge Provinciale n. 16 del 1985 e ai sensi dell'art. 17 bis della Legge Provinciale n. 15 del 2015, la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore per il periodo dal 20 marzo 2021 fino al termine massimo del 18 maggio 2021.

6. La società SAD s.p.a., ricorrendo dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige, Sezione Autonoma di Bolzano, ha chiesto l'annullamento delle delibere nn. 243 e 244 del 16 marzo 2021 e dei relativi atti connessi, ivi compresi la relazione di affidamento *in house*, il contratto di servizio e il relativo piano economico finanziario.

7. La ricorrente, in particolare, per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno rinvio pregiudiziale, ha dedotto l'illegittimità degli atti impugnati, tenuto conto che:

- non poteva essere applicato nella specie l'art. 5, paragrafi 2-6, Regolamento (CE) n. 1370/2007, trattandosi di disposizioni operanti soltanto per gli affidamenti in concessione aventi ad oggetto il trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia e su strada; la controversia nazionale riguardava, invece, un contratto di servizi che, da un lato, non assumeva la forma della concessione, dall'altro, aveva ad oggetto un servizio di trasporto "a fune";

- di conseguenza, la controversia doveva essere definita in applicazione della normativa sui contratti pubblici dettata, in ambito nazionale, dal D. Lgs. n. 50 del 2016, il cui art. 192, comma 2, condizionava l'affidamento *in house* alla sussistenza di puntuali presupposti (in specie, una motivazione rafforzata in ordine all'impossibilità di indire una gara d'appalto e la prova dei vantaggi per la collettività discendenti dall'autoproduzione), che nella specie non risultavano soddisfatti.

8. Nel corso del giudizio la ricorrente, mediante il deposito di memoria difensiva (in data 21 giugno 2021), pure ribadendo l'inapplicabilità del regolamento (CE) n. 1370/2007, ha comunque rilevato che il considerando n. 33 di tale regolamento valorizzava l'importanza della giurisprudenza europea (sentenza del 24 luglio 2003 nella causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*) formatasi sul tema delle compensazioni di servizio pubblico e, in particolare, sull'individuazione delle condizioni da soddisfare per evitare la configurazione di aiuti di Stato. Alla luce di tali rilievi, la ricorrente ha evidenziato che nella specie l'affidamento *in house* disposto dalla Provincia di Bolzano non permetteva di soddisfare tali condizioni, in quanto l'Amministrazione non aveva determinato il livello della compensazione riconosciuta alla società STA s.p.a. sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto, avrebbe dovuto sopportare per adempiere gli obblighi di servizio sulla stessa gravanti.

9. La Provincia di Bolzano e la società STA s.p.a. si sono costituite in giudizio, resistendo alle censure svolte dalla parte ricorrente.

10. Il giudice di primo grado ha rigettato il ricorso, rilevando (per quanto di maggiore interesse ai fini del presente rinvio pregiudiziale) che:

- il settore del trasporto pubblico locale, quale settore speciale dei servizi pubblici, risultava sottratto all'applicazione dell'art. 192, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016, essendo soggetto all'applicazione del regolamento (CE) n. 1370 del 23 ottobre 2007, richiamato dall'art. 61 L. n. 99 del 2009 e integrato dall'art. 20 Legge Provinciale n. 15/2015;

- il regolamento n. 1370 del 23 ottobre 2007 doveva intendersi applicabile a tutti i modi di trasporto pubblico di passeggeri, ivi compreso il trasporto a fune, essendo sufficiente la preordinazione del servizio a soddisfare esigenze di mobilità generale della popolazione; peraltro, nella specie, il trasporto a fune costituiva una parte minoritaria (per il 47%) del servizio complessivamente affidato in via diretta alla STA s.p.a.;

- per l'effetto, in quanto il servizio per cui è controversia doveva ritenersi qualificabile come servizio pubblico, il ricorso all'*in house providing* per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale non poteva costituire un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali, configurando, ai sensi dell'art. 5, comma 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007 (e di quanto previsto nel suo 18° Considerando), una delle normali forme organizzative dei medesimi;

- di conseguenza, la decisione della Provincia di Bolzano di avvalersi dell'affidamento diretto *in house* doveva ritenersi il frutto di una scelta amministrativa ampiamente discrezionale, sindacabile dal giudice soltanto ove manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitarietà o macroscopico travisamento dei fatti;

- tali vizi nella specie dovevano essere esclusi, avendo l'Amministrazione fornito un'esauriente giustificazione delle ragioni della preferenza accordata al modello gestionale dell'*in house providing*;

- non risultava rilevante la classificazione del servizio in termini di appalto o concessione, in quanto l'affidamento *in house* poteva riscontrarsi anche a fronte di un contratto di appalto;

- la palese infondatezza dei motivi di ricorso impediva di ritenere integrati i presupposti per la rimessione alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, delle questioni pregiudiziali sollevate dalla ricorrente, genericamente nel ricorso e più specificatamente nella memoria conclusiva, questioni che – contrariamente a quanto eccepito dall'Amministrazione – avrebbero potuto in ogni caso essere sollevate d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio.

11. La società SAD ha appellato dinnanzi a questo Consiglio la sentenza di primo grado, deducendone l'erroneità con l'articolazione di plurimi motivi di impugnazione.

12. In particolare, per quanto di interesse ai fini del presente rinvio pregiudiziale, la società SAD ha censurato il capo decisorio con cui il primo giudice, escludendo l'applicabilità nel caso in esame della disciplina dettata dall'art. 192, comma 2, D. Lgs. n. 50/16, ha ritenuto che la scelta di ricorrere all'*in house providing* costituisse “il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere certamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti”.

13. Tale decisione, secondo la prospettazione attorea, sarebbe erronea, in quanto inficiata da un'omessa considerazione di alcune delle argomentazioni addotte a fondamento delle doglianze svolte in prime cure, nonché incentrata su una scorretta ricostruzione del quadro normativo applicabile in materia.

14. In particolare, secondo quanto contestato dalla ricorrente, il primo giudice avrebbe errato, da un lato, nel ritenere applicabile nella specie il regolamento (CE) n. 1370/07, invero non operante per la tipologia del servizio di trasporto per cui è causa ("a fune") e, comunque, per l'avvenuta aggiudicazione di un contratto non qualificabile come concessione di servizi; dall'altro, nell'escludere la configurazione di un aiuto di Stato, invero riscontrabile nella specie, non avendo l'Amministrazione motivato l'affidamento sulla base del parametro dell'impresa media, gestita in modo efficiente.

15. Richiedendo la soluzione della controversia la corretta interpretazione (anche) di disposizioni del diritto unionale, la società SAD ha insistito, tra l'altro, nella richiesta di rimessione alla Corte di Giustizia di alcuni quesiti pregiudiziali concernenti sia l'ambito di applicazione del regolamento n. 1370/2007, sia la configurabilità di un aiuto di Stato soggetto all'obbligo di previa notifica alle competenti Istituzioni europee.

16. La Provincia di Bolzano e la società STA s.p.a. si sono costituite in giudizio, resistendo all'appello ed evidenziando (per quanto di interesse) che:

a) non sarebbe rilevante classificare il servizio in contestazione in termini di appalto o di concessione, potendo il modello *in house* essere impiegato anche per l'affidamento di un appalto di servizi;

b) nella specie, in ogni caso, sarebbe posto a carico del gestore il rischio sul lato dell'offerta derivante dall'andamento del costo di produzione del servizio, nonché sarebbero previsti in suo favore premi collegati ad un sistema di incentivazione del personale (a fronte dell'incremento della soddisfazione dei viaggiatori e del numero di passeggeri trasportati in conseguenza della buona qualità e affidabilità del servizio);

c) il sistema di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, definito sulla base di parametri espressi in termini di costo per ora di trasporto (per la funivia del Renon e per la Funicolare della Mendola) o di costo per treno*km (per la Tramvia del Renon), avrebbe tenuto conto dei costi dei fattori produttivi necessari per l'assolvimento degli obblighi di servizio con il riconoscimento di un margine ragionevole di utile, definito pure attraverso il confronto con i parametri unitari di riferimento di settore (per quanto riguarda i costi della Tramvia del Renon) e con l'importo della contribuzione approvato dalla Provincia per l'anno 2020 (per i costi della Funivia e della Funicolare);

d) il regolamento (CE) 1370/2007 avrebbe dovuto intendersi applicabile al servizio pubblico di trasporto passeggeri, a prescindere dalla natura dei mezzi di prestazione del servizio, maggiormente piegata a logiche ed esigenze di tipo orografiche, geografiche, demografiche e sociologiche, con la conseguenza che nella specie, trattandosi di trasporto a fune dedicato alla soddisfazione di esigenze generali della collettività, avrebbe dovuto essere applicata la disciplina dettata dal regolamento n. 1370 del 2007 cit.

II. LA NORMATIVA UNIONALE RILEVANTE

17. L'art. 93 TFUE prevede che: *“Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”*.

18. L'art. 106, paragrafo 2, TFUE prevede che: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*.

19. L'art. 107, paragrafo 1, TFUE prevede che: *“1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*.

20. L'art. 108, paragrafo 3, TFUE prevede che: *“Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale”*.

21. Il Considerando n. 9 del regolamento (CE) 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 (per brevità, anche regolamento n. 1370), prevede 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”*.

22. Il Considerando n. 10 del regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: *“Contrariamente al regolamento (CEE) n. 1191/69, nel cui ambito di applicazione ricadono anche i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile, non si reputa opportuno disciplinare, nel presente regolamento, l'affidamento di contratti di servizio pubblico in questo specifico settore. L'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e, nella misura in cui non siano disciplinati da una specifica normativa comunitaria, per acque marine nazionali resta quindi soggetta all'osservanza dei principi generali del trattato, a meno che gli Stati membri non decidano di applicare il presente regolamento a tali specifici settori. Le disposizioni del presente regolamento non impediscono di integrare i servizi per via navigabile interna e per acque marine nazionali in una più vasta rete urbana, suburbana o regionale di trasporto pubblico di passeggeri”*.

23. Il Considerando n. 18 del regolamento n. 1370/2007 cit. prevede 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...”.

24. Il Considerando n. 20 del regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: *“Quando l’autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio d’interesse generale, la scelta dell’operatore di servizio pubblico deve avvenire nell’osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni, quale risulta dagli articoli da 43 a 49 del trattato, nonché nell’osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. In particolare, le disposizioni del presente regolamento devono lasciare impregiudicati gli obblighi applicabili alle pubbliche autorità in forza delle direttive sull’aggiudicazione degli appalti pubblici, quando i contratti di servizio pubblico rientrano nel loro ambito di applicazione”.*

25. I Considerando nn. 33, 34 e 35 del regolamento n. 1370/2007 cit. prevedono che: *“Nei punti da 87 a 95 della sentenza del 24 luglio 2003 nella causa C-280/00, Altmark Trans GmbH (11), la Corte di giustizia delle Comunità europee ha statuito che le compensazioni di servizio pubblico non costituiscono vantaggi ai sensi dell’articolo 87 del trattato qualora soddisfino cumulativamente quattro criteri. Qualora questi criteri non siano soddisfatti e ricorrano i criteri generali per l’applicazione dell’articolo 87, paragrafo 1, del trattato, le compensazioni di servizio pubblico costituiscono aiuti di Stato e sono soggette agli articoli 73, 86, 87 e 88 del trattato. Nel settore dei trasporti di passeggeri per via terrestre possono risultare necessarie compensazioni di servizi pubblici allo scopo di consentire alle imprese incaricate della prestazione di servizi pubblici di funzionare secondo principi e condizioni che consentano loro di svolgere i propri compiti. Tali compensazioni, se ricorrono determinate condizioni, possono essere compatibili con il trattato in applicazione dell’articolo 73. In primo luogo, devono essere concesse per garantire la prestazione di servizi che siano servizi di interesse generale nel senso precisato dal trattato. In secondo luogo, al fine di evitare ingiustificate distorsioni della concorrenza, non possono eccedere quanto necessario per coprire i costi netti originati dall’assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei ricavi generati da tali obblighi, nonché di un congruo utile. Le compensazioni corrisposte dalle autorità competenti a norma delle disposizioni del presente regolamento possono quindi essere dispensate dall’obbligo di notifica preventiva di cui all’articolo 88, paragrafo 3, del trattato”.*

26. Il Considerando n. 36 del regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: *“... Qualsiasi compensazione concessa in relazione alla fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri diversi da quelli disciplinati dal presente regolamento e che rischi di implicare aiuti di Stato ai sensi dell’articolo 87, paragrafo 1, del trattato dovrebbe essere conforme alle disposizioni degli articoli 73, 86, 87 e 88 dello stesso, compresa ogni pertinente interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee e, in particolare, la sentenza nella causa C-280/00, Altmark Trans GmbH. Nell’esaminare casi del genere, la Commissione dovrebbe pertanto applicare principi simili a quelli stabiliti nel presente regolamento o, se del caso, in altre normative nel settore dei servizi d’interesse economico generale”.*

27. L’art. 1, paragrafi 1 e 2, regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: *“1. Il presente regolamento ha lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri 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. A tal fine, il presente regolamento stabilisce le condizioni alle quali le autorità competenti, allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell’assolvimento degli obblighi di servizio pubblico. 2. Il presente regolamento si applica all’esercizio di servizi*

nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico. Gli Stati membri possono applicare il presente regolamento anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e in acque marine nazionali, ferme restando le disposizioni del regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio, del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo)..."

28. L'art. 2, lettere a), c), d), e), f), g), h), i), j), regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: "Ai fini del presente regolamento si intende per: a) «trasporto pubblico di passeggeri»: i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa; c) «autorità competente a livello locale»: qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale; d) operatore di servizio pubblico»: un'impresa o un gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri; e) «obbligo di servizio pubblico»: l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso; f) «diritto di esclusiva»: il diritto in virtù del quale un operatore di servizio pubblico presta determinati servizi di trasporto pubblico di passeggeri su una linea o rete o in una zona determinata, con esclusione di qualsiasi altro operatore di servizio pubblico; g) «compensazione di servizio pubblico»: qualsiasi vantaggio, in particolare di natura finanziaria, erogato direttamente o indirettamente da un'autorità competente per mezzo di fondi pubblici durante il periodo di vigenza di un obbligo di servizio pubblico, ovvero connesso a tale periodo; 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; i) «contratto di servizio pubblico»: uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all'operatore stesso è affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico; il contratto può, altresì, secondo l'ordinamento giuridico degli Stati membri, consistere in una decisione adottata dall'autorità competente: - che assume la forma di un atto individuale di natura legislativa o regolamentare, oppure - che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno; 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".

29. L'art. 5, paragrafi 1 e 2, regolamento n. 1370/2007 cit., come modificato dal Regolamento (UE) n. 2016/2338, prevede che: "1 I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano. 2. 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 sui propri servizi...”.

30. L'art. 9, paragrafo 1, regolamento n. 1370/2007 cit. prevede che: *“1. Le compensazioni di servizio pubblico per l'esercizio di servizi di trasporto pubblico di passeggeri o per rispettare gli obblighi tariffari stabiliti da norme generali, erogate a norma del presente regolamento, sono compatibili con il mercato comune. Tali compensazioni sono dispensate dall'obbligo di notifica preventiva di cui all'articolo 88, paragrafo 3, del trattato”*.

31. Gli articoli 5, paragrafo 1, lett. b), e 10, paragrafo 3, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione prevedono che: *“«concessione di servizi» si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo”, nonché “La presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007”*.

32. L'art. 10, lett. i), Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE prevede che: *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi ... i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana”*.

33. L'art. 12, paragrafo 1, Direttiva 2014/24/UE prevede che: *“Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*.

34. Il Considerando n. 35 della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE prevede che: *“È opportuno ricordare che l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio prevede esplicitamente che le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE si applichino, rispettivamente, ai contratti di servizio e ai contratti di servizio pubblico per servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus o tram e che il regolamento (CE) n. 1370/2007 si applichi alle concessioni di servizi per il trasporto pubblico di passeggeri con autobus e tram. È inoltre opportuno ricordare che tale regolamento continua ad applicarsi ai contratti di servizio pubblico nonché alle concessioni di servizi per il trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana. Al fine di chiarire le relazioni tra la presente direttiva e il regolamento (CE) n. 1370/2007, è opportuno prevedere esplicitamente che la presente direttiva non sia applicabile ai contratti di servizio pubblico per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri per*

ferrovia o metropolitana, la cui aggiudicazione dovrebbe rimanere soggetta a tale regolamento. Nella misura in cui il regolamento (CE) n. 1370/2007 lascia al diritto nazionale la facoltà di distaccarsi dalle norme in esso fissate, gli Stati membri dovrebbero poter continuare a prevedere, nei rispettivi diritti nazionali, che gli appalti pubblici di servizi per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri per ferrovia o metropolitana debbano essere aggiudicati mediante una procedura di aggiudicazione secondo le rispettive regole generali in materia di appalti pubblici”.

35. L’art. 21, lett. g), Direttiva 2014/25/UE prevede che *“La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi: ... g) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana”.*

36. L’art. 28 Direttiva 2014/25/UE prevede che: *“1. Un appalto aggiudicato da un’amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell’ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 % delle attività di tale persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comporta controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.*

III. LA NORMATIVA NAZIONALE (STATALE E PROVINCIALE) RILEVANTE

37. L’art. 61 L. 23 luglio 2009, n. 99 (recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) prevede che: *“1. Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, 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 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici 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”.*

38. L’art. 5, comma 1, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) prevede che: *“1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.*

39. L'art. 17, comma 1, lett. i), Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 cit. prevede che: *“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: ... i) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana”*.

40. L'art. 18, comma 1, lett. a), Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 cit. prevede che *“Le disposizioni del presente codice non si applicano: a) alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007”*.

41. L'art. 192, comma 2, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 cit. prevede che: *“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”*.

42. L'art. 11 Legge Provinciale 23 novembre 2015, n. 15 in materia di mobilità pubblica prevede che: *“1. I servizi di trasporto pubblico di linea definiti nei bacini sono affidati secondo le procedure previste dall'Unione europea, tenendo conto in particolare, se possibile, delle esigenze delle piccole e medie imprese locali. 2. I servizi ferroviari, i servizi urbani e suburbani correlati, i servizi tranviari e funiviari, altri servizi su impianti fissi, i servizi di linea integrativi e i servizi con sistemi alternativi di trasporto possono essere affidati separatamente. 3. Il criterio di aggiudicazione è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

43. L'art. 14, comma 1, Legge Provinciale 23 novembre 2015, n. 15 prevede che: *“1. La Provincia di Bolzano può ricorrere a modelli di remunerazione a costo netto, costo lordo o forme miste incentivanti”*.

44. L'art. 20 Legge Provinciale 23 novembre 2015, n. 15 prevede che: *“I servizi possono essere forniti, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, dalle amministrazioni stesse o da un soggetto su cui le amministrazioni competenti a livello locale, o almeno un'amministrazione competente a livello locale nel caso di un gruppo di amministrazioni, esercitano un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture”*.

45. L'art. 7, comma 9, Legge Provinciale 17 dicembre 2015, n. 16 in materia di appalti pubblici, come introdotto dall'art. 4, comma 2, Legge Provinciale 9 luglio 2019, n. 3, prevede che *“Il servizio di trasporto pubblico locale è principalmente garantito dalla Provincia autonoma di Bolzano, anche attraverso un modello di gestione pubblica in house o azienda speciale, secondo i principi della mobilità sostenibile, nel rispetto della normativa unionale. Nelle more dell'individuazione della società o dell'azienda speciale la Provincia assicura con propri provvedimenti la prosecuzione del servizio all'utenza. Sono fatti salvi gli affidamenti con gara delle linee di trasporto minori e complementari nell'ambito di un sistema integrato della mobilità nonché gli interventi di promozione delle piccole e medie imprese nel trasporto locale”*.

IV. LE MOTIVAZIONI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

IV.1 Sulla sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

46. Con la sentenza del 6 ottobre 2021, resa a definizione della causa pregiudiziale C – 561/19, la Corte di Giustizia ha precisato le condizioni che devono sussistere perché, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il giudice nazionale di ultima istanza possa risolvere la controversia interna senza investire la Corte di Giustizia della soluzione di quesiti pregiudiziali relativi alla corretta interpretazione del diritto unionale.

47. In particolare, secondo quanto rilevato dalla Corte, il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno – quale deve intendersi il Consiglio di Stato italiano, organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 6, comma 1, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (recante il codice del processo amministrativo) - quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione, può essere esonerato dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (punto 33 sentenza cit.).

48. In primo luogo, la questione pregiudiziale afferente alla corretta interpretazione del diritto unionale deve ritenersi irrilevante nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (punto 34 sentenza cit.).

49. In secondo luogo, la questione pregiudiziale può ritenersi già oggetto di interpretazione da parte della Corte qualora sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale o nell'ambito del medesimo procedimento nazionale ovvero qualora una giurisprudenza consolidata della Corte risolva il punto di diritto di cui trattasi, quale che sia la natura dei procedimenti che hanno dato luogo a tale giurisprudenza, anche in mancanza di una stretta identità delle questioni controverse (punto 36 sentenza cit.); trattasi di circostanze idonee ad escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale, ma tali da non impedire al giudice nazionale di esercitare comunque la facoltà di adire la Corte qualora ritenuto opportuno.

50. In terzo luogo, l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi qualora il giudice nazionale maturi il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte (punto 40 sentenza cit.).

51. Sulla base di tali precisazioni devono ritenersi sussistenti nella specie le condizioni che impongono a questo Consiglio di Stato il rinvio pregiudiziale sui quesiti interpretativi che saranno di seguito specificati, scorrendosi, da un lato, dell'interpretazione del regolamento (CE) 1370/2007, con particolare riferimento alla definizione del suo ambito di applicazione, dall'altro, della nozione di aiuto di Stato.

52. In particolare, sotto il primo profilo, occorre chiarire se il regolamento n. 1370 cit. possa trovare applicazione anche all'aggiudicazione diretta, in favore di un operatore interno, di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri su rotaia e fune, connotato da una ripartizione dei rischi tale per cui l'operatore interno viene interamente remunerato dall'ente affidante e si limita ad assumere i rischi di variazione dei costi di fattori non controllabili, del costo del personale, dei costi per errate stime previsionali, nonché per eventi accidentali in corso di esercizio su beni funzionali all'erogazione del servizio.

53. Sotto il secondo profilo di indagine, occorre chiarire se la compensazione degli obblighi di servizio imposti all'operatore interno, in ragione delle peculiarità poste dalla controversia nazionale,

configuri un aiuto di Stato soggetto all'obbligo di previa notifica ai competenti organi dell'Unione ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, TFUE.

54. Le questioni pregiudiziali in esame vertono sull'interpretazione del regolamento n. 1370 cit. e del diritto unionale primario, nonché sono rilevanti nell'ambito della controversia nazionale.

55. Difatti, alcune delle censure impugnatorie svolte dalla società SAD sono incentrate, da un lato, sull'inapplicabilità nel caso di specie del regime previsto dall'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit., dall'altro sulla violazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza unionale in materia di aiuti di Stato.

56. Gli stessi atti impugnati in giudizio (determinazioni nn. del 243 e 244 del 2021 – docc. 1 e 2) richiamano, quale propria base giuridica, le previsioni del regolamento n. 1370 cit. (reso applicabile in ambito nazionale dall'art. 61 L. 23 luglio 2009, n. 99 e dall'art. 20 Legge Provinciale 23 novembre 2015, n. 15), al fine di giustificare l'aggiudicazione diretta del contratto di servizio pubblico e il calcolo delle compensazione per gli obblighi di servizio pubblico imposti alla società affidataria; con la conseguenza che la corretta interpretazione dei pertinenti parametri unionali incide sulla verifica, demandata a questo Consiglio di Stato, della legittimità degli atti per cui è controversia.

57. Difatti, se dovesse ritenersi applicabile nella specie la disciplina dettata dal regolamento n. 1370 cit. - avente nell'ordinamento nazionale, ai sensi dell'art. 61 L. 23 luglio 2009, n. 99, portata derogatoria rispetto alla disciplina generale (come recata, pure, dall'art. 192, comma 2, D. Lgs. n. 50/16) altrimenti applicabile in materia di aggiudicazione diretta dei contratti di servizio pubblico – allora dovrebbe affermarsi, come pure ritenuto da questo Consiglio di Stato (6 luglio 2020, n. 4310) e come desumibile dall'art. 5, comma 2, regolamento (CE) n. 1370/2007 (e da quanto previsto nei Considerando 9° e 18° dello stesso regolamento), che, 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 (come ritenuto dal giudice di primo grado). Pure la sussistenza di una violazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, come verrà specificato *infra*, dovrebbe essere prioritariamente valutata verificando la conformità delle compensazioni economiche in contestazione alle disposizioni del regolamento n. 1370 cit. – di cui occorre, dunque, chiarire la portata operativa – e, soltanto per il caso di sua inapplicabilità, dovrebbe vagliarsi la sussistenza di un aiuto di Stato sottoposto a previa notifica alla stregua di quanto previsto dagli artt. 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE, la cui corretta interpretazione rileva parimenti nel giudizio principale.

58. Ne deriva che la soluzione dei quesiti pregiudiziali sopra indicati – che saranno di seguito specificati - è idonea ad influire sull'esito della controversia nazionale, in quanto dal loro riscontro dipende l'accoglimento dell'appello proposto dalla società SAD.

59. I quesiti pregiudiziali in esame, inoltre, riguardano questioni che non sembrano materialmente identiche ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, già decisa dalla Corte di Giustizia o comunque sollevano specifici dubbi ermeneutici su cui si ritiene necessario chiedere un chiarimento al giudice unionale.

60. Infine, i quesiti pregiudiziali in esame pongono problemi interpretativi, in relazione ai quali non sembra possa ritenersi che “*l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*”, alla luce dei chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 6 ottobre 2021 cit.

IV.2 Il contratto di servizio pubblico aggiudicato in via diretta dalla Provincia di Bolzano.

61. Prima di specificare la portata dei quesiti su cui è chiesto il pronunciamento della Corte di Giustizia, giova ricostruire l'assetto amministrativo e negoziale attuato tra la Provincia di Bolzano e la società STA, oggetto del giudizio nazionale.

62. La Provincia di Bolzano ha aggiudicato alla società STA, in via diretta, un contratto di servizio pubblico avente ad oggetto "*l'esercizio del servizio di trasporto pubblico sugli impianti fissi della funivia e tramvia del Renon e della funicolare della Mendola*" (art. 3, comma 1, del contratto di servizio – doc. 7). Secondo quanto dedotto in giudizio dalla società STA e dalla Provincia di Bolzano, la parte maggioritaria del servizio riguarda il trasporto su rotaia e non su fune (31% tramvia; 22% funicolare, che viaggia su rotaia, e 47% funivia – pag. 18 memoria della Provincia del 10 gennaio 2022 e pag. 18 memoria della STA del 7 gennaio 2022).

63. Non è in contestazione tra le parti la sussistenza dei requisiti necessari per la qualificazione della società STA quale operatore interno ai sensi dell'art. 2, lettera j), regolamento n. 1370 cit.: trattasi, infatti, di una società giuridicamente distinta dall'autorità competente a livello locale (Provincia di Bolzano), sulla quale quest'ultima esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi; la società STA, inoltre, esercita la propria attività prevalentemente nei confronti della Provincia di Bolzano, suo socio unico, ed opera esclusivamente sul territorio provinciale (cfr. pagg. 6 e 7 relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, convertito dalla L. n. 221/2012 – doc. 8).

64. Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno rinvio pregiudiziale, il contratto di servizio per cui è causa prevede il riconoscimento in favore della società STA di un corrispettivo contrattuale (art. 5 del contratto di servizio), posto a carico della Provincia di Bolzano e determinato sulla base di un apposito piano economico finanziario, recante la definizione del corrispettivo complessivo e dei relativi corrispettivi unitari, riferiti all'ora di servizio per la funivia del Renon e per la funicolare della Mendola e ai tram*Km per la tramvia del Renon.

65. Il corrispettivo viene rivalutato per gli anni successivi al primo in misura pari alla variazione media annua dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati relativo all'anno precedente. Il 90% del corrispettivo annuo, calcolato sulla base della produzione (chilometrica ed oraria) programmata, viene corrisposto dall'ente affidante a titolo di acconto in rate mensili posticipate, mentre il saldo degli importi dovuti viene calcolato di norma entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento.

66. Una variazione nei volumi di servizio erogato rispetto a quanto previsto nel programma di esercizio annuale comporta un adeguamento del corrispettivo contrattuale, rapportato all'entità della variazione nei volumi di servizio erogato e alla tipologia dei servizi (art. 6, comma 4, contratto di servizio).

67. Ai sensi dell'art. 3, comma 5, del contratto di servizio, la titolarità dei ricavi tariffari è attribuita alla Provincia di Bolzano, mentre la titolarità degli eventuali introiti derivanti da altre attività commerciali, collaterali rispetto all'esercizio del servizio, è attribuita all'impresa affidataria. Al riguardo, il contratto prevede che l'impresa affidataria ha la facoltà di svolgere servizi integrativi previa specifica autorizzazione dell'ente affidante (art. 7, comma 7, contratto di servizio).

68. Il contratto prevede anche un sistema incentivante (art. 26), in forza del quale, in corrispondenza dell'incremento dei viaggiatori trasportati sulle vetture, viene riconosciuta all'impresa affidataria la compartecipazione ai maggiori introiti tariffari riconducibili ai titoli di viaggio del sistema tariffario

provinciale per cui è possibile rilevare l'origine e la destinazione del viaggio. Incentivi economici sono previsti pure in relazione all'incremento della soddisfazione dei viaggiatori.

IV.3. Sull'ambito di applicazione del regolamento (CE) 1370/2007.

IV.3.1 Sull'applicazione del Regolamento 1370/2007 ad un contratto di servizio pubblico misto, avente ad oggetto il trasporto di passeggeri con tramvia, funicolare e funivia.

69. L'art. 1, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit., nel definire il proprio ambito di applicazione, richiama espressamente l'esercizio "*di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada*", escludendo i servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico e le concessioni di lavori pubblici, nonché rimettendo alla discrezionalità degli Stati membri l'applicazione del regolamento anche in relazione al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e in acque marine nazionali.

70. Un primo dubbio interpretativo su cui si chiede l'intervento della Corte di Giustizia concerne la corretta perimetrazione della portata applicativa del regolamento n. 1370 cit., dubitandosi se lo stesso possa essere applicato in presenza di un contratto di servizio pubblico di natura mista, in cui accanto a servizi di trasporto di passeggeri su rotaia (tramvia e funicolare, quest'ultima pure condotta su impianto fisso a rotaia – cfr. pag. 18 memoria conclusionale della società STA, in cui si chiarisce che la funicolare "*viaggia su rotaia*"), sono previsti servizi di trasporto a fune.

71. La giurisprudenza unionale è ferma nel ritenere che nell'interpretazione del diritto europeo si deve tener conto non soltanto del tenore letterale delle disposizioni in analisi, ma anche del loro contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui esse fanno parte (Corte di Giustizia, 24 giugno 2021, in causa C -12/20, *DB Netz AG*, punto 47).

72. Nel caso di specie, sussistono indici interpretativi tra loro discordanti, che impongono di rimettere la questione ermeneutica alla Corte di giustizia.

73. Difatti, avuto riguardo all'elemento letterale, sembra che il regolamento n. 1370 cit. sia volto a disciplinare esclusivamente alcune tipologie di servizi pubblici di trasporto di passeggeri, avendo riguardo alle particolari modalità attraverso cui la prestazione viene eseguita. In particolare, l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento cit. prende in considerazione esclusivamente il trasporto su strada e su rotaia, operando un puntuale riferimento a specifiche infrastrutture e a determinati materiali e veicoli, pure rilevanti per definire l'entità degli investimenti richiesti o dei costi da sostenere per l'erogazione del servizio (cfr. Considerando n. 25 del regolamento).

74. Per l'effetto, sulla base del tenore letterale delle disposizioni in esame, dovrebbe escludersi dall'ambito di applicazione del regolamento n. 1370 cit. il servizio pubblico di trasporto di passeggeri attraverso veicoli e mezzi non condotti su strada o rotaia; con la conseguenza che dovrebbe ritenersi sottratto alle relative previsioni il trasporto su fune, pure rilevante nell'ambito della controversia nazionale.

75. Tale interpretazione sembra confortata dal dato sistematico, emergendo atti unionali che considerano separatamente i servizi di trasporto in ragione delle infrastrutture o dei mezzi utilizzati per le relative prestazioni.

76. Al riguardo, è possibile richiamare il regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella

Comunità, o la Comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato - regime di aiuti in favore degli impianti a fune (2002/C 172/02); è possibile pure valorizzare l'autonoma considerazione dei servizi di trasporto pubblico per via navigabile interna e in acque marine nazionali, per i quali non è prevista un'applicazione diretta del regolamento n. 1370 cit., essendo rimessa la relativa decisione alla discrezionalità degli Stati membri (cfr. anche considerando n. 10 del regolamento n. 1370 cit.).

77. Ne discende che le Istituzioni europee, da un lato, hanno ritenuto di potere considerare separatamente i servizi di trasporto dei passeggeri in ragione del particolare mezzo di trasporto all'uopo impiegato, dall'altro, hanno pure autonomamente valorizzato, seppure ai fini della disciplina in materia di aiuti di Stato, gli impianti a fune, segno delle peculiarità poste dal relativo settore economico, insuscettibile di una valutazione indifferenziata nell'ambito della categoria generale dei servizi pubblici di trasporto.

78. Il tenore letterale delle disposizioni recate nell'art. 1, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit. e il dato sistematico sembrano, dunque, fare propendere per una limitazione della sfera applicativa del regolamento n. 1370 ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri forniti con mezzi su rotaia o su ruota; il che pare conforme a quanto pure desumibile dalla comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento (CE) n. 1370/2007 (2014/C 92/01), con cui la Commissione ha valorizzato l'importanza di una disciplina regolamentare *“estremamente rilevante per l'organizzazione e il finanziamento dei servizi pubblici di trasporto tramite autobus, tram, metropolitana e ferrovia negli Stati membri”*, a dimostrazione della limitata applicazione del regolamento in analisi ai servizi pubblici forniti con mezzi operanti su rotaia (tram, metropolitana e treni) o su strada (autobus). La stessa Corte di Giustizia, seppure non pronunciando sulla questione pregiudiziale principale posta alla sua attenzione, in via meramente incidentale, ha evidenziato che il regolamento n. 1370/2007 *“riguarda esclusivamente i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia”* (Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2018, in causa C-518/17, *Rudigier*, punto 49).

79. L'elemento teleologico, parimenti rilevante nell'interpretazione del diritto unionale, sembra, tuttavia, fornire indicazioni opposte.

80. L'art. 1, paragrafo 1, del regolamento n. 1370 cit. prevede, infatti, che la disciplina regolamentare mira a definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, *“nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri 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”*.

81. Tali obiettivi di tutela non sembrano poter essere condizionati dalla tipologia di infrastrutture, impianti o mezzi utilizzati, ponendosi in via generale per la fornitura di tutti i servizi pubblici di trasporto (significativamente il paragrafo 1 cit. discorre in via generale del *“settore dei trasporti pubblici di passeggeri”*, senza distinzione alcuna), in cui risulta prevalente la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, attraverso la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico- professionale e qualità.

82. Peraltro, talvolta, per ragioni (in genere) orografiche o geografiche, le esigenze di trasporto dei passeggeri nell'ambito di un dato ambito territoriale possono essere soddisfatte soltanto mediante forme di trasporto multimodale, in cui si assiste ad un percorso unitario articolato in plurime tratte,

ciascuna caratterizzata dall'utilizzo di un mezzo di trasporto differente, operante su strada, rotaia e altra infrastruttura.

83. In tali ipotesi, l'interesse creditorio del passeggero viene soddisfatto soltanto attraverso l'utilizzo combinato di plurimi mezzi di trasporto, funzionale al raggiungimento del luogo di destinazione.

84. Ciò si verifica nel caso rilevante in ambito nazionale, in cui, in ragione della conformazione orografica del Passo della Mendola e dell'Altopiano del Renon, un efficace servizio pubblico di trasporto dei passeggeri ha richiesto l'utilizzo combinato, per ciascuna delle tratte di un percorso unitario, di differenti mezzi di trasporto, alcuni dei quali condotti su rotaia (funicolare e tramvia), altri (funivia) su fune; l'unitarietà del servizio, in particolare, è valorizzata nella relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/12 cit., in cui si evidenzia: a) l'integrazione delle infrastrutture e degli impianti della funivia e tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola; b) l'esistenza di servizi a tratti temporalmente complementari; c) la previsione di pacchetti unici; nonché d) un'integrazione imprescindibile tra la funivia e la tramvia del Renon *“sia per la contiguità tra la stazione di monte della funivia del Renon e la stazione di Soprabolzano, capolinea della tramvia, sia per la presenza di un unico biglietto (andata o andata/ritorno) per i due impianti”* (pag. 10 relazione cit.). Trattasi, inoltre, di un servizio pubblico di trasporto, in quanto fornito in favore dei passeggeri pendolari (oltre che dei turisti) e, dunque, preordinato alla soddisfazione di un'esigenza ascrivibile in maniera indifferenziata in capo alla collettività territoriale di riferimento, realizzata attraverso la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi di servizio a garanzia della continuità, della qualità e della economicità delle prestazioni commissionate (il servizio viene, in particolare, fornito durante tutto l'anno solare, è dedicato a tutta la popolazione e deve essere conforme ad apposito programma di esercizio – cfr. art. 6 del contratto di servizio).

85. Tenuto conto dell'elemento teleologico, sembra, dunque, che il regolamento n. 1370 cit. esprima una regolazione uniforme deputata alla realizzazione di obiettivi di interesse generale valevoli per tutti i servizi pubblici di trasporto di passeggeri, a prescindere dalle infrastrutture, impianti o mezzi utilizzati: tale regolamento, pertanto, salva l'esistenza di una disciplina derogatoria concernente una particolare tipologia di trasporto di passeggeri, potrebbe trovare un'applicazione generalizzata anche in relazione al trasporto pubblico di passeggeri con mezzi non operanti su strada o rotaia, onde garantirne in maniera uniforme la sicurezza, la qualità e l'economicità, a condizioni migliori rispetto a quelle che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire.

86. Quanto meno l'applicazione del regolamento n. 1370 cit. dovrebbe essere predicata per le forme di trasporto multimodale, in cui si assiste all'utilizzo di plurimi mezzi di trasporto, alcuni dei quali condotti su rotaia o strada (ipotesi, queste ultime, certamente riconducibili all'ambito di operatività dell'art. 1 regolamento n. 1370 cit.), altri con mezzi differenti (ad esempio, a fune, come rileva in ambito nazionale). In tali ipotesi, infatti, non sembra possibile, a fronte di un servizio pubblico deputato alla realizzazione di uno scopo unitario concretamente perseguito dal passeggero (raggiungimento di un dato luogo di destinazione), differenziare il regime giuridico in ragione della tratta (se percorsa con mezzi su rotaia o strada ovvero su altra infrastruttura, quale la fune) di volta in volta presa in considerazione, specie ove la tratta in ipotesi sottratta all'ambito di applicazione del regolamento cit. (perché caratterizzata dall'impiego di mezzi operanti su infrastrutture diverse dalla strada o dalla rotaia) sia minoritaria alla luce del complessivo servizio fornito dal gestore, come avviene nella specie, in cui la tratta su fune assorbe il 47% del servizio complessivamente affidato in via diretta alla STA s.p.a, per la maggior parte erogato su rotaia (tramvia e funicolare).

87. Si chiede, dunque, di chiarire se l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione del regolamento 1370/2007/CE all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore.

88. Il quesito rileva ai fini della soluzione della controversia nazionale, in quanto una sua risposta affermativa condurrebbe a privare l'affidamento diretto oggetto del procedimento principale della sua base giuridica, espressamente individuata nel regolamento n. 1370/2007.

IV.3.2 Sull'applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, regolamento 1370/2007 ad un contratto di servizio pubblico affidato in via diretta ad un operatore interno, a prescindere dalla forma del contratto concretamente rilevante.

89. In caso di riscontro negativo al precedente quesito – una volta ritenuto applicabile il regolamento n. 1370 cit. anche ad un contratto di servizio pubblico in cui, da un lato, il servizio di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore - occorrerebbe chiarire ulteriormente se l'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit. possa trovare applicazione all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto misto (con tramvia, funivia e funicolare), a prescindere dalla forma del contratto concretamente rilevante (appalto o concessione).

90. Al riguardo, si osserva che l'art. 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370 cit., nel trattare dei contratti di servizio pubblico di trasporto con tram o autobus (rilevanti nella controversia nazionale, in cui si fa questione pure di tramvia), sottopone ad un regime differenziato i contratti che “*non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive [nn. 17 e 18 del 2014, oggi nn. 24 e 25 del 2014]*”, prevedendo per questi ultimi, da un lato, l'aggiudicazione secondo le previsioni di cui alle direttive sugli appalti pubblici, dall'altro, l'inapplicabilità dei paragrafi da 2 a 6 dell'art. 5 (ferma rimanendo, comunque, l'applicazione delle rimanenti disposizioni del regolamento, come precisato da Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, in causa 292/15, *Hörmann Reisen GmbH*, punto 41, secondo cui “*ai fini dell'aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quella oggetto del procedimento principale, non debbano applicarsi soltanto le disposizioni di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del regolamento n. 1370/2007, mentre restano applicabili le altre disposizioni di tale regolamento*”).

91. Ai fini dell'applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. - rilevante nell'ambito della controversia nazionale, in cui si fa questione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico ad un operatore interno – a fronte di un contratto di servizio pubblico di trasporto con tram o autobus, sembra, dunque, necessario distinguere a seconda che l'affidamento afferisca a contratti di servizio (non aventi la forma di contratti di concessione) ovvero a concessioni di servizi, tenuto conto che l'art. 5, paragrafo 2, cit. potrebbe trovare applicazione soltanto in relazione a tale ultima categoria di contratti (cfr. Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 cit., punto 2.1.1).

92. Ai sensi dell'art. 2 direttive 2014/24/UE (paragrafo 1, n. 5) e 2014/25/UE (paragrafo 1, n. 5) gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra un'Amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi; ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b), Direttiva 2014/23/UE per

concessione di servizi si intende, invece, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

93. Tenuto conto di tali definizioni, che sembrano doversi applicare anche in relazione al regolamento n. 1370 cit. – sia perché riguardanti forme di negoziazione giuridica trasversalmente rilevanti in ambito unionale, sia perché ricavabili dalle stesse direttive nn. 17 e 18 del 2004 richiamate dall'art. 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370 cit. – alla luce della disciplina dettata dagli artt. 1 e 5 regolamento n. 1370 cit., 10, paragrafo 3, Direttiva 2014/23/UE, 10, lett. i), direttiva 2014/24/UE e 21, lett. g), direttiva 2014/25/UE, sembra, in definitiva, che i paragrafi 2-6 dell'art. 5 regolamento n. 1370 cit. possano trovare applicazione soltanto per l'aggiudicazione:

a) delle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri (espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva n. 23 del 2014);

b) degli appalti concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana (espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive nn. 24 e 25 del 2014).

94. Di contro, i paragrafi 2-6 cit. non sembrerebbero applicabili all'aggiudicazione degli appalti di servizio di trasporto pubblico di passeggeri con autobus o tram, essendosi in presenza di contratti che non assumono *“la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive [2004/17/CE e 2004/18/CE, oggi 2014/24/UE e 2014/25/UE]”*, come tali da aggiudicare *“secondo le procedure di cui a dette direttive”*, alla luce di quanto previsto dall'art. 5, par. 1, regolamento n. 1370 cit.

95. Tenuto conto che nella controversia nazionale viene in rilievo un contratto avente ad oggetto, altresì, l'erogazione del servizio pubblico di trasporto di passeggeri con tram, se si ritenesse di valorizzare la distinzione tra concessione e appalto di servizi anche in relazione all'aggiudicazione diretta in favore di un operatore interno, dovrebbe verificarsi se nel caso concreto il contratto di servizio pubblico affidato dalla Provincia di Bolzano alla società STA s.p.a. abbia dato luogo ad una concessione o ad un appalto di servizi: in tale ultima ipotesi, dovrebbe escludersi l'applicabilità dell'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit., risultando operanti le sole direttive nn. 24 e 25 del 2014.

96. La necessità di distinguere i contratti di servizio pubblico in ragione della forma assunta (concessione o appalto) anche nelle ipotesi in cui si faccia questione di aggiudicazioni dirette ad un operatore interno sembra essere stata affermata pure dalla giurisprudenza unionale, secondo cui *“per quanto concerne gli appalti rientranti nell'ambito di applicazione materiale e ratione temporis della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18, le aggiudicazioni dirette di contratti che hanno ad oggetto servizi di trasporto pubblico di passeggeri con autobus e che non assumono la forma di contratti di concessione ai sensi di queste direttive non sono soggette all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007, ma al regime delle aggiudicazioni dirette che si è sviluppato sulla base di tali direttive (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2019, V.H. e R.V., C-266/17 e C-267/17, EU:C:2019:241, punti da 73 a 76)”* (Corte di Giustizia U.E., 8 maggio 2019, in causa C-253/18, *Stadt Euskirchen*, punto 26).

97. Questo Consiglio di Stato, tuttavia, chiede al giudice unionale un ulteriore chiarimento in ordine alla effettiva possibilità di operare una distinzione tra contratti di appalto e contratti di concessione nei casi in cui il rapporto di servizio si instauri tra un'Amministrazione aggiudicatrice e un

operatore interno in presenza dei requisiti definiti dagli artt. 2, lett. j, e 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370 cit. (sussistenza di un controllo analogo da parte dell'autorità competente sull'affidatario e limitazione delle attività suscettibili di essere svolte dall'affidatario), analoghi a quelli definiti (dapprima) dalla giurisprudenza e (successivamente) dal diritto unionale in materia di *in house providing* (artt. 28 direttiva 2014/25/UE e 12 direttiva 2014/24/UE).

98. In tali ipotesi, infatti:

a) da un lato, non sembra ravvisabile un'alterità sostanziale tra le parti contrattuali, tale per cui sarebbe difficilmente riscontrabile quello scambio a titolo oneroso alla base della definizione dei contratti di appalto e di concessione (così come sarebbe arduo discorrere di un trasferimento del rischio operativo in capo all'aggiudicatario - come tipicamente avviene nelle concessioni - facendosi questione di investimenti e di rischi ascrivibili ad un gestore che, per quanto formalmente distinto, si attegga comunque quale articolazione organizzativa dell'ente affidante);

b) dall'altro, le direttive nn. 24 e 25 del 2014 non sarebbero comunque applicabili all'aggiudicazione diretta del contratto di servizio di trasporto pubblico di passeggeri con tram o autobus, emergendo un rapporto tra *“amministrazioni aggiudicatrici”* ex art. 28 direttiva 2014/25/UE o tra *“enti nell'ambito del settore pubblico”* ex art. 12 direttiva 2014/24/UE sottratto alle disposizioni di diritto derivato in materia di appalti pubblici, con la conseguenza che, risultando inapplicabili tali direttive, non sembrerebbe neppure porsi l'esigenza di limitare l'ambito di operatività dell'art. 5, par. 2, regolamento n. 1370 cit. per evitare di sottrarre l'aggiudicazione dei contratti *de quibus* alle procedure delineate dalle direttive nn. 24 e 25 del 2014.

99. Al riguardo, si osserva che, di regola, il contratto rappresenta uno strumento di composizione di un conflitto di interessi di carattere patrimoniale tra parti contrapposte, poste in relazione di alterità soggettiva non soltanto formale, ma anche sostanziale, risultando ciascuna parte espressione di un centro di imputazione di interessi unitario ed autonomo.

100. L'affidamento *in house*, invece, costituisce un modello organizzativo fondato sulla capacità dell'Amministrazione di autoproduzione del servizio, fornito mediante strutture soltanto formalmente distinte dall'autorità affidante, su cui la stessa ha un controllo di tipo organico analogo a quello svolto sui propri uffici.

101. Come precisato dalla Corte di Giustizia, *“in caso di aggiudicazione in house si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso alle proprie risorse. Infatti, anche se l'ente affidatario è giuridicamente da essa distinto, esso fa, in pratica, parte dei servizi interni di quest'ultima qualora siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sull'organismo affidatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. In secondo luogo, l'organismo deve svolgere la parte essenziale delle proprie attività a beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo detengono (v., in tal senso, sentenze del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50, nonché dell'11 maggio 2006, C. e Consorzio A., C-340/04, EU:C:2006:308, punto 33)”* (Corte di Giustizia U.E., 18 giugno 2020, in causa C-328/19, *Porin kaupunki*, punto 66).

102. Proprio l'assenza di una alterità sostanziale tra le parti giustifica la sottrazione dell'affidamento *in house* al previo confronto competitivo e, dunque, alla disciplina unionale in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; non si è infatti in presenza di un autentico contratto a titolo oneroso, funzionale alla composizione di un conflitto patrimoniale tra parti contrapposte, ma di un mero incarico o, comunque, di una missione che l'affidatario non può rifiutare, a prescindere dalla

veste formale assunta dalla relazione interna così costituita; con la conseguenza che, non emergendo un appalto, non potrebbero neppure applicarsi le procedure europee di affidamento previste per gli appalti pubblici (cfr. Conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, presentate il 27 aprile 2017 nella causa C-567/15, in cui si chiarisce che *“In base al regime in house, l'ente aggiudicatore non stipula un contratto, dalla prospettiva funzionale, con un'altra entità distinta bensì, in realtà, con sé stesso, dato il legame che mantiene con l'entità formalmente diversa. Non si può parlare di un'aggiudicazione di appalto in senso proprio, ma di un mero incarico o di una missione, che l'altra «parte» non può rifiutare, indipendentemente dalla formula in cui l'uno o l'altro si traducano”*). La necessità di un'autonoma valorizzazione dell'affidamento *in house* quale relazione organizzativa fondata su strumenti giuridici diversi dall'appalto emerge anche dal Considerando 5 della direttiva 2014/24, in cui si evidenzia la potestà delle Amministrazioni di organizzare la prestazioni di servizi *“con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”*, dunque anche ricorrendo ad un'operazione giuridica di natura interna quando siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 12, paragrafo 1, direttiva n. 24 del 2014 (Corte di Giustizia, 6 febbraio 2020, in causa C-89/19-C/91/19, *Rieco s.p.a.*, punto 35) .

103. Pertanto, posto che l'elemento caratterizzante i contratti di appalto e di concessione è rappresentato dalla natura onerosa dello scambio giuridico, implicante per propria natura la distribuzione di rispettivi sacrifici tra parti poste in relazione di alterità (anche) sostanziale - come tali titolari di interessi contrapposti - non sembra che possa discorrersi di contratto di appalto o di concessione in senso stretto in presenza di un affidamento ad operatore interno, in quanto l'Amministrazione:

a) da un lato, non pone in essere uno scambio oneroso a remunerazione di una controprestazione eseguita da un soggetto sostanzialmente e formalmente distinto, né trasferisce alla controparte alcun rischio di gestione (come ordinariamente accade in materia di concessioni), che comunque permane in capo all'ente competente (di cui l'affidatario costituisce una mera articolazione organizzativa);

b) dall'altro, si limita ad impiegare risorse proprie per l'autoproduzione di un servizio pubblico, fornito da un soggetto facente parte dei propri “servizi interni”, da essa distinto soltanto sotto un profilo giuridico-formale.

104. Per tali ragioni, quando l'art. 5, par. 1, regolamento n. 1370 cit. richiama la distinzione tra contratti di servizio e concessioni di servizi, sembra che una tale differenziazione possa operare nelle ipotesi in cui l'aggiudicazione (anche diretta) avvenga in favore di un operatore sostanzialmente e formalmente distinto dall'ente affidante, ma non anche qualora si faccia questione di aggiudicazione diretta ad un operatore “interno”, sul quale l'autorità competente esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

105. In tale ipotesi, non potendosi configurare un autentico contratto di appalto o di concessione, emergerebbe un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizi comunque soggetta alle previsioni di cui all'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit.; il che sarebbe pure coerente con il dato positivo che, discorrendo di *“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 sui propri servizi”*, non differenzia tale contratto di servizio pubblico in ragione della forma dallo stesso assunta (concessione o appalto).

106. Una tale conclusione sembra, inoltre, avvalorata dall'art. 2, lett. i, regolamento n. 1370 cit., che definisce come *“contratto di servizio pubblico”* non soltanto l'atto che formalizza *“l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all'operatore stesso è*

affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico”, ma anche, secondo l'ordinamento giuridico degli Stati membri, l'atto “individuale di natura legislativa o regolamentare” oppure l'atto “che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno”.

107. La distinzione tra le tipologie di atti integranti gli estremi del contratto di servizio pubblico, a seconda che l'affidamento avvenga in favore di un operatore di servizio pubblico o di un operatore interno, conferma la diversa natura giuridica delle relazioni suscettibili di instaurarsi tra le parti, a dimostrazione di come, qualora si discorra di affidamento ad un operatore interno, non si sia in presenza di un rapporto costituito da un atto bilaterale oneroso, di scambio tra l'autorità competente ed un operatore di servizio pubblico (incentrato su *“l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico”*, per il quale soltanto sembra configurabile la distinzione tra appalto e concessione), bensì di una relazione organizzativa originata da un atto di incarico, affidato ad un soggetto distinto dall'ente affidante solo sotto un profilo formale, attraverso cui vengono specificate *“le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno”*.

108. La necessità di assoggettare all'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit. l'aggiudicazione diretta del contratto di servizio ad un operatore interno, senza possibilità di distinguere tra appalti e concessioni, sembra derivare, altresì, dall'esclusione degli affidamenti *in house* (cui sono assimilabili gli affidamenti diretti ad operatore interno ex art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit.) dall'ambito di applicazione delle direttive nn. 24 e 25 del 2014.

109. L'esigenza di differenziare i contratti di trasporto di passeggeri con tram o autobus in appalti e concessioni di servizi sembra, infatti, discendere dalla necessità di evitare una indebita compressione dell'ambito di applicazione delle direttive nn. 24 e 25 del 2014, in maniera da non sottoporre alla disciplina dettata dal regolamento n. 1370 cit. fattispecie negoziali da aggiudicare secondo le direttive in materia di appalti pubblici.

110. Una tale esigenza non sembra porsi per gli affidamenti *in house*, comunque esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive nn. 24 e 25 del 2014 (art. 28 direttiva 2014/25/UE e art. 12 direttiva 2014/24/UE): in tali casi, se si sottraesse l'aggiudicazione diretta ad un operatore interno alle previsioni dell'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit. non si otterrebbe – come, invece avviene per gli appalti di servizi affidati ad un operatore esterno – l'applicazione ai relativi affidamenti delle procedure di gara delineate dalle direttive nn. 24 e 25 del 2014, bensì si determinerebbe un vuoto di regolazione, che sembra incompatibile con la disciplina omnicomprensiva dell'art. 5, paragrafo 2, regolamento n. 1370 cit., riferibile indistintamente a tutte le aggiudicazioni dirette dei contratti di servizio ad operatori interni.

111. Del resto, l'art. 5, paragrafo 1, regolamento n. 1370 cit., quando opera un rinvio ai *“contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive [2004/17] o [2004/18] per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram”*, da un lato, introduce una disposizione derogatoria rispetto alla regola generale stabilita all'articolo 5, paragrafo 1, prima frase, di tale regolamento (cfr. Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, in causa C-292/15, *Hörmann Reisen GmbH*, punto 39) - di applicabilità del regolamento n. 1370 cit. all'aggiudicazione di tutti i contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri - come tale da interpretare restrittivamente, dall'altro, richiama i contratti che *“non assumano la forma di contratti di concessione di servizi”* da aggiudicare *“secondo le procedure di cui a dette direttive”*, riferendosi, dunque, soltanto a quei contratti comunque soggetti all'applicazione delle direttive nn. 17 e 18 del 2004 (oggi nn. 24 e 25 del 2014), in quanto da aggiudicare nel rispetto delle relative previsioni.

112. Il che conferma ulteriormente come la sottrazione all'applicazione del regolamento n. 1370 cit. sembri predicabile solo per gli autentici appalti di servizi di trasporto con tram o autobus, aggiudicati ad operatori esterni nel rispetto delle previsioni dettate dalle direttive in materia di appalti pubblici, ma non anche in relazione agli affidamenti diretti ad operatori interni, sottratti all'applicazione delle direttive nn. 24 e 25 del 2014, come tali da ritenere interamente assoggettati all'art. 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370 cit.

113. In conclusione, in ragione delle importanti differenze intercorrenti tra l'aggiudicazione previa gara e l'aggiudicazione diretta ad un operatore interno, percepibili anche in ordine alla natura della relazione instaurata tra le parti, sembra che tutti i contratti di servizio pubblico di trasporto di passeggeri aggiudicati direttamente ad un operatore interno siano indifferentemente assoggettati alle previsioni di cui all'art. 5, paragrafo 2, regolamento 1370/2007.

114. Alla luce di tali rilievi, si chiede di chiarire se l'art. 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso di imporre, anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio pubblico comprendente il trasporto di passeggeri con tram, una verifica sulla forma giuridica assunta dall'atto di affidamento, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. gli atti che non assumano la forma di contratti di concessione di servizi.

IV.3.3 Sulla definizione della concessione di servizi ai sensi dell'art. 5, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE.

115. Qualora codesta Corte di Giustizia dovesse ritenere necessaria una distinzione tra appalti e concessioni anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad operatori interni, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 2, regolamento n. 1370 cit. gli appalti di servizio di trasporto pubblico con autobus o tram, dovrebbe allora verificarsi se l'affidamento diretto controverso in ambito nazionale - disposto dalla Provincia di Bolzano in favore della società STA, proprio operatore interno, avente ad oggetto, altresì, un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con tram - dia luogo ad un appalto o ad una concessione di servizi, tenuto conto che nel primo caso dovrebbe escludersi l'applicabilità dell'art. 5, par. 2, regolamento n. 1370 cit. e, dunque, dovrebbe ritenersi illegittimo il rinvio a tale previsione operato nell'atto di affidamento per cui è causa: si pone, pertanto, un ulteriore dubbio interpretativo in ordine alla nozione di concessione di servizi delineata dall'art. 5, par. 1, lett. b), direttiva n. 23 del 2014 cit.

116. La giurisprudenza unionale ha chiarito che si è di fronte ad una concessione di servizi, qualora la remunerazione dell'affidatario provenga non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi fruitori del servizio in affidamento: *“tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi”* (Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, punto 40; cfr. anche Corte di Giustizia, 25 maggio 2020, in causa C-643/19, punto 25).

117. Sotto la vigenza delle direttive nn. 17 e 18 del 2004, la giurisprudenza unionale ha precisato pure che, *“ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre [...] il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato (v., in tal senso, sentenza Eurawasser, cit., punti 66 e 67), il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale*

delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03, *Contse e a.*, Racc. pag. I-9315, punto 22, nonché *Hans & Christophorus Oymanns*, cit., punto 74). Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi" (Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, punti 29, 37 e 38).

118. La giurisprudenza unionale sembra essere stata recepita dal legislatore con l'art. 5, paragrafo 1, direttiva n. 23 del 2014, essendosi chiarito che il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

119. Sebbene non spetti alla Corte di Giustizia qualificare concretamente l'operazione oggetto della causa principale, la Corte ha comunque la possibilità di fornire al giudice nazionale un'interpretazione del diritto dell'Unione utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta (sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 32). La qualificazione concreta del contratto rientra poi nella competenza del giudice nazionale che deve verificare se le circostanze accertate corrispondano ai criteri generali stabiliti dalla Corte.

120. Avuto riguardo al caso di specie, sembra che il contratto di servizio affidato dalla Provincia di Bolzano alla società STA non sia idoneo ad integrare gli estremi della concessione di servizi; il che impedirebbe l'applicazione dell'art. 5, par. 2, cit. all'affidamento diretto oggetto del procedimento principale (vertendosi in tema di contratto di servizio pubblico, avente ad oggetto anche il trasporto di passeggeri con tram, non avente la forma di un contratto di concessione di servizi).

121. La remunerazione dell'operatore economico non è infatti condizionata al rischio di domanda, essendo posta interamente a carico dell'autorità competente, attraverso la previsione di un corrispettivo, peraltro erogato per la gran parte in acconto, soggetto a rivalutazione annuale.

122. La stessa Provincia di Bolzano ha evidenziato come l'affidamento si basi sul *gross cost*, "ovvero con la titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante" (cfr. premessa del piano economico finanziario, pag. 1 – doc. 9), il che "toglie all'operatore il rischio di mercato e conferisce una forte connotazione sociale del sistema" (pag. 9 relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/12 cit.). Come confermato dal punto 4 del piano economico finanziario, inoltre, "i ricavi di gestione sono unicamente costituiti dal corrispettivo percepito dall'Ente affidante".

123. La tematica del riparto dei rischi tra la Provincia di Bolzano e la società STA è approfondita nel piano economico finanziario (punto 2), in cui si precisa che sono allocati a carico dell'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio).

124. Sono, invece, allocati a carico dell'impresa affidataria il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore - energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio). Rimangono, comunque, a carico dell'ente affidante, come previsto dal punto 2 del piano economico finanziario, gli investimenti o i costi operativi legati alla transizione ecologica e gli eventuali impatti sul programma di esercizio (in termini di interruzioni oltre a quanto già previsto). Sembrano, invece, trascurabili ai fini del presente quesito gli incentivi erogati in favore del gestore, in quanto idonei ad incrementare i ricavi della gestione, senza influire sulla capacità dell'operatore affidatario di coprire interamente i costi di gestione maggiorati di un utile di esercizio.

125. Nell'ambito di un tale assetto negoziale sembra, dunque, che il concessionario non assuma il rischio operativo, tenuto conto che, in condizioni operative normali, è comunque garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi forniti. I rischi assunti dall'affidatario, correlati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico, non sembrano infatti determinanti ai fini qualificatori, trattandosi di rischi insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi. La variazione del costo dei fattori produttivi impiegati nella commessa, parimenti, non sembra dirimente, tenuto conto pure della previsione di una periodica rivalutazione del corrispettivo riconosciuto al gestore.

126. Si chiede, pertanto, se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b), e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: a) si basi sul *gross cost*, con l'imputazione della titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante; b) preveda in favore del gestore, quali ricavi di gestione, unicamente un corrispettivo versato dall'Ente affittante, commisurato ai volumi di esercizio erogato (con esclusione, dunque, del rischio di domanda); c) lasci in capo all'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio); nonché d) trasferisca all'ente affidatario il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore - energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio).

IV.4 Sulla configurazione di un aiuto di Stato soggetto all'obbligo di previa notifica.

127. Un ultimo dubbio interpretativo, rilevante per definire il giudizio nazionale, posto dalla società ricorrente, concerne la possibilità di configurare nella specie un aiuto di Stato sottoposto ad un obbligo di previa notifica.

128. Al riguardo, si osserva che, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza unionale, in presenza di un regolamento settoriale appositamente dedicato alla definizione di un quadro

giuridico per le compensazioni e/o i diritti di esclusiva per i contratti di servizio pubblico, quale deve ritenersi il regolamento n. 1370/2007 (Corte di Giustizia, 24 ottobre 2019, in causa C-515/18, AGCM, punto 31), la possibilità per il giudice nazionale di interrogarsi sull'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi delle disposizioni primarie del diritto unionale (107, paragrafo 1, TFUE), richiede preventivamente di stabilire se il relativo regolamento sia applicabile al caso di specie, tenuto conto che, in tale ipotesi, *“occorrerà verificare che le concessioni di cui trattasi nella causa principale siano state rilasciate in conformità a tale regolamento e, in caso affermativo, accertare se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale siano state concesse in conformità a quest'ultimo. Qualora tali concessioni e sovvenzioni non rispondano alle condizioni stabilite dal suddetto regolamento, il giudice nazionale dovrà concludere che non sono compatibili con il diritto comunitario senza che occorra esaminarle alla luce delle disposizioni del Trattato”* (Corte di Giustizia, sentenza del 24 luglio 2003, in causa C 280/00, *Altmark*, punto 65, intervenuta sul regolamento CEE n. 1191/69, abrogato proprio dal regolamento n. 1370/2007 per cui è causa).

129. Solo qualora si pervenga alla conclusione per cui il regolamento settoriale non sia applicabile, si *“dovrà esaminare se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale siano state concesse in conformità alle disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato”* (Corte di Giustizia, *Altmark cit.*, punto 66).

130. Nel giudizio nazionale risulta controversa tra le parti la sussistenza di un aiuto di Stato sottoposto all'obbligo di previa notifica ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, TFUE: una tale questione, alla luce delle indicazioni ritraibili dalla giurisprudenza europea, sembra possa rilevare per l'ipotesi in cui, all'esito del riscontro fornito al primo quesito, dovesse pervenirsi alla conclusione dell'inapplicabilità nella specie del regolamento n. 1370/2007, nel qual caso la possibilità che le compensazioni economiche di obblighi di servizio pubblico previste dalla Provincia di Bolzano configurino un aiuto di Stato dovrebbe essere effettivamente valutata sulla base delle pertinenti previsioni del diritto europeo primario.

131. Al riguardo, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza unionale, la Corte non è competente a statuire sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell'Unione. Essa non può neppure pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato o di un regime di aiuti con il mercato interno, dato che la valutazione di tale compatibilità rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione (Corte di Giustizia, 16 luglio 2015, in causa C-39/14, *BVVG*, punto 19).

132. Tuttavia, la Corte è competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che gli consentano di pronunciarsi sulla compatibilità di una misura nazionale con tale diritto ai fini della soluzione della controversia portata alla sua cognizione. In materia di aiuti statali, la Corte può, in particolare, fornire al giudice del rinvio gli elementi di interpretazione che gli consentano di stabilire se una misura nazionale possa essere qualificata come "aiuto di Stato", ai sensi del diritto dell'Unione (Corte di Giustizia, 18 maggio 2017, in causa C-150/16, *Fondul Proprietatea SA*, punto 12).

133. Infatti, al fine di garantire l'effetto utile dell'obbligo di notifica dei progetti diretti a istituire o modificare aiuti di Stato, previsto all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, nonché un esame adeguato e completo degli aiuti di Stato da parte della Commissione, i giudici nazionali sono tenuti a trarre tutte le conseguenze di una violazione di tale obbligo e ad adottare le misure idonee a porvi rimedio, anche nel caso in cui il beneficiario dell'aiuto illegale sia un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale, ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE (Corte di Giustizia, 24 novembre 2020, in causa C-445/19, *Viasat Broadcasting UK Ltd*, punto 43).

134. Pertanto, ai giudici nazionali possono essere sottoposte controversie nelle quali sono tenuti a interpretare e applicare la nozione di "aiuto" di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, in particolare al fine di stabilire se una misura statale dovesse o meno essere soggetta al procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE e, eventualmente, se lo Stato membro interessato abbia adempiuto tale obbligo (Corte di Giustizia, 19 marzo 2015, in causa C-672/13, *OTP Bank Nyrt*, punto 31); il che si è verificato nel caso di specie, avendo la società appellante posto un quesito interpretativo riferito alla sussistenza dei presupposti per qualificare le compensazioni economiche riconosciute alla società STA quale aiuto di Stato soggetto ad obbligo preventivo di notifica.

135. In particolare, la qualificazione come "aiuto di Stato", ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, presuppone che siano soddisfatte quattro condizioni, ovvero che sussista un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali, che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che esso conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza (Corte di Giustizia, 15 maggio 2019, in causa C-706/17, *AB «Achema»*, punto 46). Affinché determinati vantaggi possano essere qualificati come "aiuti" ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, da un lato, essi devono essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essi devono essere imputabili allo Stato (Corte di Giustizia, 13 settembre 2017, in causa C-329/15, *ENEA S.A.*, punto 20).

136. Nella controversia nazionale si discute, in particolare, del terzo requisito, dato dall'esistenza di un vantaggio selettivo concesso in favore del suo beneficiario.

137. Vertendosi in tema di compensazioni di obblighi di servizio pubblico, affinché una compensazione di tal genere possa sottrarsi alla qualificazione come aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti, per come delineati dalla giurisprudenza unionale.

138. In particolare, *“In primo luogo, l'impresa beneficiaria di tale compensazione deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire la totalità o una parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. In quarto luogo, detta compensazione deve essere determinata sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi (sentenze del 24 luglio 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, EU:C:2003:415, punti 89, 90, 92, e 93, e del 10 giugno 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09, EU:C:2010:335, punti da 37 a 40)”* (Corte di Giustizia, 21 dicembre 2016, in causa C-327/15, *TDC A/S*, punto 53). Un intervento statale che non soddisfa una o più di tali condizioni può essere ritenuto un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (Corte di Giustizia, 20 dicembre 2017, nelle cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P, punto 48).

139. Ciò premesso, non sembra che la sussistenza di un affidamento diretto ad un operatore interno, di per sé, osti alla configurazione di un aiuto di Stato, non potendosi escludere - a prescindere dall'emersione di una relazione meramente organizzativa con l'ente affidante - che l'ente affidatario, beneficiario del trattamento agevolato, operi nel mercato in condizioni di vantaggio

rispetto ai concorrenti: tale rilievo, operato dalla giurisprudenza nazionale (cfr., tra gli altri, Cass. civ. Sez. V, Sent., 23 settembre 2020, n. 19935), sembra, invece, confliggere con quanto rappresentato dalla Commissione nell'ambito della Comunicazione 2002/C 172/02 cit., in cui si evidenzia che *“il soggetto privato o pubblico che gestisca un'infrastruttura di trasporti e che non faccia parte della struttura amministrativa dello Stato sarà sempre da considerarsi 'impresa'”*, con la conseguenza che, di contro, in presenza di una relazione organizzativa interna, propria dell'aggiudicazione ad operatore interno, sembrerebbe escludersi la configurazione di un'impresa ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato.

140. Qualora la Corte di Giustizia ritenesse possibile ascrivere la qualifica di impresa ex art. 107, comma 1, TFUE in capo ad un operatore interno ai sensi dell'art. 2, lett. j, regolamento n. 1370 cit., dovrebbe vagliarsi la sussistenza di un aiuto di Stato: nella specie appare dubbia l'integrazione del quarto requisito definito dalla giurisprudenza *Altmark*, relativo alla determinazione della compensazione *“sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi”*.

141. Alla luce di quanto emergente dalla documentazione acquisita al giudizio nazionale, la tematica della modalità di calcolo della compensazione degli obblighi di servizio è stata approfondita, oltre che nel piano economico finanziario, nell'ambito della relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/12 cit. (pagg. 11/12), in cui si è precisato che la Provincia di Bolzano ha previsto l'attribuzione del diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, regolamento n. 1370 cit., nonché il riconoscimento di un corrispettivo determinato sulla base dei costi dei fattori produttivi necessari per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico e in maniera da assicurare un ragionevole margine di utile all'operatore interno. La compensazione, in particolare, è stata determinata sulla base di parametri di calcolo correlati ad un corrispettivo unitario espresso in termini di costo per ora di servizio per la Funivia del Renon e per la Funicolare della Mendola, nonché in termini di costo per treno*km per la Tramvia del Renon, tenuto conto di un piano economico finanziario (in ipotesi) strutturato alla stregua di quanto previsto dall'Allegato al Regolamento (CE) 1370/2007.

142. Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno rinvio pregiudiziale, i costi di gestione sono stati costruiti, secondo quanto previsto dal punto 5 del piano economico finanziario, *“in base alle prevedibili esigenze di servizio, tenendo conto dei costi storici”*; il conto di dettaglio è stato elaborato per destinazione per singolo impianto e centro di costo: movimento, manutenzione e amministrazione, cui sono stati attribuiti i costi relativi al personale tecnico di riferimento, i consumi, i servizi, il godimento di beni di terzi e gli oneri diversi di gestione; sono stati considerati, inoltre, i soli costi di manutenzione ordinaria; infine, si è proceduto per aggregazione alla costruzione del conto economico complessivo.

143. Il piano economico finanziario comprende, in particolare, costi del personale, di movimento, di manutenzione e di amministrazione per singolo impianto, nonché le somme accantonate per rischi, le imposte e le tasse e i costi per la sicurezza.

144. La compensazione in tale maniera determinata è stata poi confrontata:

a) quanto alla tramvia, con parametri unitari di settore, correlati al costo operativo lordo per vettura Km desunti dall'8° Convegno nazionale sistema tram – CIFI 29-30 maggio 2019 (pagg. 11/12 relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/12 cit.);

b) quanto alla funivia e alla funicolare, con l'importo complessivo della contribuzione approvato dalla Provincia di Bolzano per l'anno 2020 con DGP n. 969 del 19 novembre 2019.

145. La convenienza dell'affidamento diretto, infine, è stata attestata attraverso il raffronto tra i costi emergenti dal piano economico finanziario alla base dell'aggiudicazione diretta e i costi emergenti da un piano economico finanziario simulato di gara, incentrato sui conti economici degli esercizi 2016-2018 del precedente gestore (SAD) partendo da un anno base determinato come media dei dati consuntivi di SAD sugli ultimi tre esercizi disponibili (2016-18) ovvero, per le voci in cui la media triennale non fosse risultata significativa, prendendo a riferimento l'ultimo anno disponibile (2018), con applicazione ai relativi valori reali dell'anno base dell'inflazione per l'intera durata dell'affidamento (relazione di accompagnamento al PEF simulato di gara sub doc. 10, pagg. 6/7).

146. Questo Consiglio di Stato dubita che una tale metodologia, seguita per il calcolo delle compensazioni degli obblighi di pubblico servizio imposti alla società STA, sia rispettosa del quarto criterio della giurisprudenza *Altmark*.

147. La determinazione del corrispettivo da versare all'operatore interno a remunerazione degli obblighi di servizio imposti con l'affidamento diretto risulta, infatti, avvenuta sulla base dei costi storici di un servizio da oltre un decennio prorogato senza gara (cfr. punti 2 e 3 della presente ordinanza). Anche i costi di gestione valorizzati nel piano economico finanziario simulato di gara e quelli assunti come parametro di confronto per il servizio erogato con funivia e funicolare sono rapportati, i primi, ai costi storici del gestore uscente, i secondi, al prezzo pagato al gestore uscente.

148. Si dubita che il riferimento ai costi o ai prezzi storici sia idoneo ad esprimere il costo che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.

149. Anche il raffronto con gli standard di settore, quanto al servizio erogato con tram, non sembra idoneo a soddisfare l'esigenza di confronto con i costi di un'impresa media di settore gestita in modo efficiente e provvista di un'adeguata dotazione di mezzi per l'adempimento della missione di servizio pubblico affidatale: il costo standard esprime, infatti, una media dei costi sostenuti da tutte le imprese del settore, in ipotesi anche non gestite efficientemente.

150. Alla luce di tali rilievi, si chiede, dunque, di chiarire se gli articoli 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore.

V. FORMULAZIONE DEI QUESITI

151. Alla luce delle considerazioni svolte, questo Consiglio di Stato solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sui seguenti quesiti:

1) *“se l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione del regolamento 1370/2007/CE all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore”;*

2) *in caso di riscontro negativo al primo quesito, ove si ritenga applicabile il regolamento n. 1370 cit. anche all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore, si chiede ulteriormente “se l'art. 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso di imporre, anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio pubblico comprendente il trasporto di passeggeri con tram, una verifica sulla forma giuridica assunta dall'atto di affidamento, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. gli atti che non assumano la forma di contratti di concessione di servizi”;*

3) *in caso di riscontro positivo al secondo quesito, si chiede ulteriormente “se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b) e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: a) si basi sul gross cost, con l'imputazione della titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante; b) preveda in favore del gestore, quali ricavi di gestione, unicamente un corrispettivo versato dall'Ente affidante, commisurato ai volumi di esercizio erogato (con esclusione, dunque, del rischio di domanda); c) lasci in capo all'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio); nonché d) trasferisca all'ente affidatario il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore - energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio)”;*

4) *infine, si chiede: “se gli articoli 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci anni, dall'altro,*

rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore”.

152. Ai sensi delle “*Raccomandazioni all’attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*” 2019/C 380/01, vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, in copia alla cancelleria della Corte gli atti componenti il fascicolo di causa, nonché con separato indice i seguenti atti con relativa numerazione: decreto Provincia di Bolzano n. 583 del 25 novembre 2009 (doc. 1); deliberazione Provincia di Bolzano n. 1154 del 13 novembre 2018 (doc. 2); deliberazione Provincia di Bolzano n. 969 del 19 novembre 2019 (doc. 3); deliberazione Provincia di Bolzano n. 897 del 17 novembre 2020 (doc. 4); deliberazione Provincia di Bolzano n. 243 del 16 marzo 2021 (doc. 5); deliberazione Provincia di Bolzano n. 244 del 16 marzo 2021 (doc. 6); contratto di servizio (doc. 7); relazione ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, convertito dalla L. n. 221/2012 (doc. 8); relazione piano economico finanziario (doc. 9); relazione di accompagnamento al piano economico finanziario simulato di gara (doc. 10).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, così provvede:

- rimette alla Corte di giustizia dell’Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all’originale della presente ordinanza, nonché copia integrale degli atti indicati in motivazione e del fascicolo di causa;
- sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

La presente ordinanza è depositata presso la segreteria della Sezione, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO