

## Settori speciali

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 11522 - Pres. De Michele - Est. Blanda - Hitachi Rail Italy S.p.a. c. Trenitalia S.p.a.

La società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., succeduta all'Ente Ferrovie dello Stato, ha acquisito la qualità di concessionario *ex lege* del servizio ferroviario, costituente servizio pubblico essenziale di interesse nazionale e riferibile allo Stato, con conseguente qualificazione della società stessa come organismo di diritto pubblico. Quanto a Trenitalia S.p.a., inserita nella *holding* di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. e da quest'ultima interamente controllata, la natura giuridica della stessa quale organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica non può che ricondursi, prioritariamente, alle finalità perseguite dall'ente. Sembra preferibile, pertanto, una valutazione che accomuni Trenitalia alla natura giuridica di F.S., quale ente geneticamente preposto ad un servizio pubblico essenziale di trasporto, con sua conseguente qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico.

L'attività di trasporto ad alta velocità, ancorché liberalizzata, non esula dal concetto di "rete", come puntualizzato dal comma 2, dell'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, che ricomprende nel servizio pubblico di trasporto non solo l'infrastruttura fisica, ma - come già precisato nel primo comma - anche i vettori, purché inseriti in un progetto operativo, nell'ambito del quale l'autorità pubblica disciplina termini e modalità del servizio stesso, nella misura in cui ritenga di poterlo rendere accessibile alla cittadinanza. Con la conseguenza che l'affidamento di appalti strumentali al servizio di trasporto ad alta velocità risulta essere attratto nell'ambito di applicazione della disciplina relativa ai settori speciali.

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Conforme</b> | <i>Sulla nozione di organismo di diritto pubblico:</i> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 734; Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026; Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934; T.A.R. Roma, Sez. III, 22 gennaio 2020, n. 892; T.A.R. Milano, Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 1327; T.A.R. Roma, Sez. III, 30 novembre 2017, n. 11842; T.A.R. Roma, Sez. III, 30 novembre 2017, n. 11841; T.A.R. Bologna 15 gennaio 2010, n. 107.<br><i>Sulla riconducibilità dei servizi di trasporto ferroviario "a mercato" nell'ambito di applicazione della disciplina sui settori speciali:</i> Corte di Giustizia, Sez. IX, 28 febbraio 2019, C-388/17, Konkurrensverket. Sul tema non si sono invece rinvenuti precedenti nazionali.                    |
| <b>Difforme</b> | <i>Sulla nozione di organismo di diritto pubblico:</i> Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3884; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031; Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534; Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930; Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2017, n. 3446; Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana 10 settembre 2010, n. 1197; Cass., SS.UU., 28 giugno 2019, n. 17567; Cass., SS.UU., 18 aprile 2016, n. 7663; T.A.R. Trento, 3 ottobre 2018, n. 201; T.A.R. Torino, Sez. II, 21 aprile 2018, n. 469; T.A.R. Milano, Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266.<br><i>Sulla riconducibilità dei servizi di trasporto ferroviario "a mercato" nell'ambito di applicazione della disciplina sui settori speciali non si sono rinvenuti precedenti.</i> |

### Il T.A.R. (omissis)

#### Diritto

1. In via prioritaria, occorre esaminare l'eccezione di Trenitalia, secondo cui la controversia in esame non rientrerebbe nell'ambito della Giurisdizione Amministrativa.

Trenitalia, affermando di essere un'impresa pubblica, sostiene infatti che la procedura di aggiudicazione, oggetto di giudizio, non rientrerebbe nell'ambito dei settori speciali e che la stessa sarebbe, pertanto, sottratta alla giurisdizione di questo Tribunale, secondo l'indirizzo interpretativo contenuto nella nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011.

In particolare, la stazione appaltante asserisce che non troverebbe applicazione al caso di specie l'art. 118 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in primo luogo perché, sotto il profilo soggettivo, Trenitalia non

sarebbe compresa nel novero dei gestori dell'infrastruttura ferroviaria, contemplati dalla citata norma.

In secondo luogo viene rilevata, sul piano oggettivo, l'estraneità dell'attività oggetto di gara (manutenzione dei convogli, addetti al trasporto ad alta velocità) al predetto sistema di gestione della rete (affidato a Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.), in quanto non vi sarebbe "gestione di rete", intesa sia come infrastruttura fisica, sia come complesso di prescrizioni operative, stabilite da autorità pubbliche; il servizio di trasporto ferroviario ad alta velocità, inoltre, sarebbe liberalizzato e rappresenterebbe un mercato a sé stante, estraneo quindi all'ambito di applicabilità del secondo comma dell'art. 118 del d.lgs. 50/2016.

2. L'eccezione non può essere condivisa.

La controversia in esame riguarda l'affidamento di un servizio di manutenzione di treni destinati al trasporto ferroviario ad alta velocità, da considerare servizio pubblico di trasporto ferroviario, in quanto istituito per

assicurare la mobilità dei cittadini sul territorio, in corrispondenza di interessi tutelati a livello nazionale e comunitario (articolo 16 della Costituzione e, da ultimo, direttiva 2014/25/UE). Appare ancora condivisibile, in particolare, il consolidato indirizzo, secondo cui la società Ferrovie dello Stato italiane s.p.a., succeduta all'Ente Ferrovie dello Stato, ha acquisito la qualità di concessionario *ex lege* del servizio ferroviario, costituente servizio pubblico essenziale di interesse nazionale e riferibile allo Stato, con capitale sociale detenuto al 100% dal Ministero dell'Economia e qualificazione della società stessa come organismo di diritto pubblico (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2004 e giurisprudenza *ivi* citata). Quanto a Trenitalia - pure costituita in società per azioni, inserita nella holding di Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. e da quest'ultima interamente controllata - la natura giuridica della stessa quale organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica non può che ricondursi, prioritariamente, alle finalità perseguite dal nuovo soggetto, richiedendosi che lo stesso - per concretizzare i requisiti, di cui all'art. 3, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 50 del 2016 - sia stato istituito per "soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale". La qualificazione giuridica in questione, d'altra parte, non sarebbe priva di conseguenze pratiche, essendo il predetto organismo - definito quale "amministrazione aggiudicatrice" - sempre tenuto a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica, in base alla parte prima o seconda del codice, ovvero seguendo le regole dei settori ordinari per i contratti estranei ai settori speciali (cfr. in tal senso Corte di Giustizia, sez. IV, causa C-393/06, ing. Aigner sentenza 10 aprile 2008, nonché art. 133, comma 1, lettera e, punto 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 - cod. proc. amm.).

Tenuto conto dell'obbligatoria separazione (più avanti meglio specificata) fra gestione dell'infrastruttura e servizio di trasporto tramite vettori, l'affidamento di quest'ultimo a Trenitalia, quale sostanziale emanazione della società Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. (di seguito: F.S.), rende in effetti difficilmente ipotizzabile la sottrazione del medesimo alle finalità istitutive prioritarie - di carattere non industriale o commerciale - di mobilità da assicurare ai cittadini (anche su tratte che, ipoteticamente, il privato imprenditore o l'impresa pubblica potrebbero ritenere non percorribili, poiché non abbastanza remunerative). Sembra preferibile, pertanto, una valutazione che accomuni Trenitalia alla natura giuridica di F.S., quale ente geneticamente preposto ad un servizio pubblico essenziale di trasporto.

Ad avviso del Collegio, in ogni caso, la qualificazione giuridica di Trenitalia può ritenersi recessiva, tenuto conto dell'ampia nozione di "enti aggiudicatori", quale emerge dal combinato disposto degli artt. 3, comma 1, lett e) e 114, comma 2, del d.lgs. 50/2016, con riferimento ai cosiddetti "settori speciali", nell'ambito dei quali sono vincolati alle procedure concorsuali, disciplinate dal codice degli appalti, sia le amministrazioni aggiudicatrici che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di un diritto di esclusiva: in ogni caso, pertanto, non potrebbe

escludersi la giurisdizione di questo Tribunale, ove il contratto, da concludere nel caso di specie, fosse ritenuto attinente al settore, disciplinato nell'art. 118 del medesimo d.lgs. n. 50 (codice dei contratti pubblici).

Tale attinenza appare in effetti ravvisabile.

Per giurisprudenza ormai consolidata, infatti, sussiste l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica al ricorrere dei seguenti concorrenti presupposti: a) quando la procedura contrattuale debba essere avviata da "enti aggiudicatori", come sopra specificati; b) quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 590, che richiama la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1° agosto 2011).

Ciò posto, è opportuno richiamare l'art. 118 del citato codice, il quale dispone quanto segue:

"1. Ferme restando le esclusioni di cui all'articolo 17, comma 1, lettera i), le disposizioni del presente capo si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

2. Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio".

L'interpretazione della suddetta norma, alla luce delle modalità di formazione della holding di cui trattasi, esclude la rappresentata possibilità che i vettori, ossia i gestori dei convogli addetti al trasporto, siano esclusi dall'ambito della relativa applicazione.

La società F.S. S.p.a., nel separare i propri rami d'azienda, attribuendo distinte funzioni a Società controllate, esclusivamente competenti per singoli settori, ha esercitato la facoltà di cui all'art. 2, c. 1, lett. c) del d.P.R. 8 luglio 1998, n. 277, che consente di costituire imprese separate per la gestione della rete ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia, peraltro in attuazione della direttiva CEE n. 440 del 1991.

Quanto sopra in coerenza con quanto stabilito dal successivo art. 4, commi 1 e 3, in virtù dei quali il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, soggetto autonomo ed indipendente rispetto alle imprese operanti nel settore dei trasporti, qualora sia titolare anche di un'impresa ferroviaria, deve svolgerne l'attività attraverso una struttura aziendale autonoma e distinta, almeno sotto il profilo contabile, rispetto a quelle destinate alle attività, espletate in qualità di vettore o d'impresa di servizi.

2.2. Il riparto delle competenze discende, inoltre, dalla definizione di infrastruttura ferroviaria delineata dall'art. 3, lett. c) del medesimo d.P.R. 277/1998 e ribadita dall'art. 2, lett. c) del d.P.R. 16 marzo 1999, n. 146, secondo i quali, per i complessi immobiliari, rilevano e sono parti integranti dell'infrastruttura ferroviaria solo le porzioni direttamente inerenti alla circolazione dei treni ed alla gestione e manutenzione della rete ferroviaria.

3. Ciò premesso e venendo alla vicenda in esame, essa ha ad oggetto la manutenzione di treni ad alta velocità, che è strettamente connessa e strumentale alla gestione del servizio pubblico di trasporto che si svolge nel settore ferroviario.

Contrariamente a quanto affermato da Trenitalia, infatti, deve ritenersi che nel caso di specie sussistano tutti i presupposti descritti dalla norma per affermare l'esistenza di una rete, tenuto conto degli importanti compiti che il d. lgs. 112/15 (cfr. in particolare l'art. 3, comma 1, lett. b *septies*, nonché articoli 22, 24 e 26) attribuisce al gestore dell'infrastruttura (quale è Rete Ferroviaria Italiana RFI) in relazione alla individuazione (a titolo esemplificativo) delle tratte, degli orari, della frequenza e della capacità di trasporto.

È pur vero che, come afferma Trenitalia, essa si occupa dell'attività di trasporto passeggeri ed è soggetto diverso da quello preposto alla gestione/messa a disposizione della rete ferroviaria (anche in virtù del già ricordato divieto, ricavabile dall'art. 2, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 112/2015, che stabilisce il principio dell'autonomia e separazione tra gestori dell'infrastruttura e soggetti preposti all'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia); non è tuttavia possibile escludere che (anche) Trenitalia partecipi alle attività "relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario".

L'opzione interpretativa della stazione appaltante muove, invero, da una lettura parziale, riferita al solo primo comma dell'art. 118, laddove per l'individuazione del settore speciale in questione occorre necessariamente fare riferimento al contenuto del secondo comma della norma, già sopra riportato.

Per l'individuazione di una rete di trasporto ferroviaria, che rientri nei settori speciali, occorre quindi non solo considerare l'aspetto inerente le "attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario...", ma anche verificare se "il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche": circostanza, quest'ultima, di certo sussistente nel caso di specie, se si tiene conto non solo degli importanti poteri di regolazione attribuiti dal citato d.lgs. 115/12 all'Autorità di settore (l'Autorità di Regolazione dei Trasporti), ma anche del carattere complementare dell'attività, svolta dal vettore in questione, rispetto a quella del gestore dell'infrastruttura (di cui costituisce emanazione), per la stessa delimitazione del servizio pubblico ferroviario, che lo Stato intende mettere a disposizione dei cittadini.

3.1. Ne consegue che l'attività di trasporto ad alta velocità, ancorché liberalizzata, non esula dal concetto di "rete", come puntualizzato dal secondo comma del citato art. 118 del d.lgs. 50/2016, che ricomprende nel servizio pubblico di trasporto non solo l'infrastruttura fisica, ma - come già precisato nel primo comma - anche i vettori, purché inseriti in un progetto operativo, nell'ambito del quale l'autorità pubblica disciplina termini e modalità del

servizio stesso, nella misura in cui ritenga di poterlo rendere accessibile alla cittadinanza.

4. Le suddette considerazioni trovano conferma in una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'unione Europea: sentenza 2019, C - 388/17 - Konkurrentverket contro SJ AB, in cui viene stabilito quanto segue:

- 1) l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (corrispondente all'attuale direttiva 2014/25/UE), che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, quando servizi di trasporto vengono messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, istitutiva di uno spazio ferroviario europeo unico, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità di tale infrastruttura, anche se quest'ultima è tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità.

- 2) l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria, costituisce una "gestione di reti" ai fini di tale direttiva.

4.1. La suddetta pronuncia aveva ad oggetto una gara d'appalto in cui la SJ - società per azioni interamente detenuta dallo Stato svedese, che esercita un'attività di trasporto ferroviario - nel mese di gennaio 2012 aveva stipulato due contratti, per un importo rispettivo di 56 e 60 milioni di corone svedesi (SEK) (circa euro 5.502.306,00 e euro 5.895.328,00), mediante i quali aveva attribuito gli appalti di servizi di pulizia dei treni da essa gestiti, senza aver indetto alcuna procedura di gara ai fini dell'aggiudicazione degli appalti stessi.

In tale occasione il giudice del rinvio svedese aveva chiesto all'organo di giustizia europeo, in primo luogo, se l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17 dovesse essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, nel caso in cui taluni servizi di trasporto vengano messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità dell'infrastruttura stessa, essendo tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità.

A tale quesito, la Corte ha risposto, osservando ai paragrafi 41-44, che: "41 in simili circostanze, pur ammettendo che l'impresa ferroviaria gode di una certa libertà nel determinare le condizioni di esercizio della propria attività di trasporto, si deve ritenere - tenuto conto degli obblighi e delle limitazioni, considerati nel loro insieme, che gravano sulla stessa, in particolare dell'obbligo di ottenere

tracce ferroviarie e di rispettare i relativi requisiti - che le condizioni in cui essa fornisce il servizio di trasporto siano stabilite da un'autorità competente di uno Stato membro, nella fattispecie l'amministrazione dei trasporti nel procedimento principale, che opera in veste di gestore dell'infrastruttura.

42 Tale giudizio è inoltre avvalorato dall'analisi della genesi dell'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17.

43 Infatti, come precisato dalla Commissione europea, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1990, L 297, pag. 1), che riprende in sostanza l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2004/17, è stato introdotto al fine di assoggettare l'aggiudicazione di appalti nel settore dei servizi di trasporto mediante autobus alle disposizioni della direttiva 90/531 e ha consentito di precisare che una rete di trasporti esiste non solo se è costituita da un'infrastruttura fisica, come le ferrovie, ma anche da un sistema coordinato di linee a condizioni determinate, come nell'ambito del trasporto mediante autobus. Per contro, il legislatore dell'Unione non ha inteso limitare, mediante tale disposizione, l'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel settore dei trasporti effettuati su una rete fisica.

44 Si deve pertanto rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, quando servizi di trasporto vengono messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità di tale infrastruttura, anche se quest'ultima è tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità".

4.2. Con la seconda questione, il giudice del rinvio svedese aveva chiesto, inoltre, se l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 dovesse essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico utilizzando la rete ferroviaria, costituisca una "messa a disposizione" o una "gestione di reti" ai sensi della direttiva citata.

La Corte in proposito ha osservato che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17, questa si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Ha poi rilevato che "47 Tale disposizione ha pertanto ad oggetto due tipi di attività, vale a dire la messa a disposizione di reti, per un verso, e la gestione di reti, per altro verso. A tale proposito, il termine "gestione" deve essere inteso, conformemente al suo senso abituale, come riferito all'utilizzo di un oggetto o all'esercizio di un diritto per trarne un reddito. In tal senso, la gestione di reti da parte di un'impresa ferroviaria consiste nell'esercizio da parte della medesima del diritto di utilizzare l'infrastruttura ferroviaria per trarne redditi".

Conclude poi l'organo di giustizia europeo che "...alla luce di quanto precede, si deve dichiarare che l'attività relativa alla "gestione di reti" si riferisce all'esercizio del diritto di utilizzo della rete ferroviaria per la fornitura dei servizi di trasporto, mentre l'attività relativa alla "messa a disposizione di reti" si riferisce all'amministrazione della rete.

54 In considerazione di quanto sin qui esposto, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria, costituisce una "gestione di reti" ai fini di tale direttiva".

5. La menzionata pronuncia della corte di Giustizia relativa alla corretta interpretazione della "gestione delle reti", che ricomprende qualsiasi attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria è del tutto pertinente alla vicenda in esame, che concerne un servizio di manutenzione strumentale all'esercizio di un servizio di trasporto pubblico, e conferma, quindi, quanto sopra argomentato in ordine alla giurisdizione di questo Tribunale. È anche opportuno segnalare, a quest'ultimo riguardo, come la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia recepisca un concetto di "strumentalità", rispetto alle attività proprie dei settori speciali, anche più sfumato rispetto a quello, che sembra emergere dalle conclusioni della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011, ritenendosi sufficiente, per l'applicabilità della normativa di settore, un semplice "nesso" dell'appalto da aggiudicare con l'attività, strettamente riconducibile ai settori speciali (cfr. Corte di Giustizia, causa C-152/17 - Consorzio Italian Management - punto n. 26; concetto, comunque, già delineato nella richiamata pronuncia della medesima Corte sulla causa C-393/06, Aigner).

Sussistono pertanto sufficienti elementi per ritenere - tenuto conto dei principi, chiariti anche dalla giurisprudenza comunitaria - che la procedura contrattuale, avviata nel caso di specie, fosse doverosa in base alla disciplina dettata per i settori speciali (e non, quindi, disposta per mero autovincolo), con conseguente sussistenza, al riguardo, della giurisdizione di questo Tribunale. (omissis)

## Organismo di diritto pubblico, settori speciali e trasporto ferroviario ad alta velocità

di Adriano Cavina (\*)

La sentenza in commento riveste particolare interesse per due ragioni. La prima è di natura sistematica, in quanto viene affrontato il complesso e dibattuto tema della riconducibilità o meno di un determinato ente (nella specie, Trenitalia S.p.a.) nella nozione di organismo di diritto pubblico. La seconda attiene, invece, al carattere innovativo di una delle questioni esaminate: quella relativa all'applicabilità o meno della disciplina sui settori speciali, ex art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, al servizio di trasporto ferroviario ad Alta Velocità, rispetto alla quale non si rinvenivano specifici precedenti giurisprudenziali.

Sul primo profilo, il T.A.R. Roma riconduce Trenitalia S.p.a. alla figura dell'organismo di diritto pubblico, ritenendo a tal fine dirimente la sola finalità istitutiva dell'ente, volta al soddisfacimento di esigenze di interesse generale, nella specie consistenti nella mobilità da assicurare ai cittadini; senza invece attribuire la dovuta rilevanza anche alle modalità attraverso cui tali esigenze vengono perseguite, che, ove caratterizzate da criteri di redditività tipici dell'imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa, dovrebbero escludere la sussistenza dell'elemento negativo del c.d. requisito teleologico ("non aventi carattere industriale o commerciale") e, quindi, la qualificabilità dell'ente in termini di organismo di diritto pubblico.

Rispetto alla seconda e innovativa questione, la sentenza offre poi interessanti spunti di riflessione sulla esatta delimitazione del perimetro di operatività dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, relativo, come noto, ai servizi di trasporto. Il T.A.R., muovendo infatti da tale disposizione, ha ritenuto che la disciplina sui settori speciali debba trovare applicazione anche con riferimento al trasporto ferroviario ad Alta Velocità.

### Premessa

La qualificazione o meno di un determinato ente in termini di organismo di diritto pubblico non è sempre agevole, trattandosi di una nozione che, nata nel diritto europeo e poi recepita nell'ordinamento interno, è definita sulla base di indici "sintomatici" di carattere generale che, di volta in volta, necessitano di essere rilevati rispetto alla specifica fattispecie oggetto di indagine (1).

In termini generali, è noto che tale figura soggettiva è configurabile laddove ricorrano, contestualmente (2), tre presupposti (3): a) il possesso da parte dell'ente della personalità giuridica (4); b) la sua sottoposizione a un'influenza pubblica (5); c) e la sua istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico).

(\*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) La bibliografia sul tema è particolarmente ampia. Senza pretesa di esaustività, vedasi, tra gli altri, S. Cassese, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, 549; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 1007; M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; F. Cintioli - D. Ielo, *I profili soggettivi*, in R. Villata - M. Bertolissi - V. Domenichelli - G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 255; D. Galli, *Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 1999, 529; R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato dei contratti pubblici*, diretto da R. De Nictolis - R. Garofoli - M.A. Sandulli, Milano, 2008, I, 572; C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1998, 431; M. Libertini, *Organismo di diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1202; B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico, Profili sostanziali e processuali*, Milano,

2003; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

(2) *Ex plurimis*, in ambito europeo, Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998, sent., causa C-44/96 (*Mannesmann*); in ambito nazionale, Cass., SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225; Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267.

(3) Cfr., a livello europeo, l'art. 2, par. 1, punto 4), Dir. 2014/24/UE; in ambito nazionale l'art. 3, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 50/2016.

(4) In particolare, la personalità giuridica può essere attribuita a determinate categorie di soggetti in esito ad uno specifico iter giuridico (ad es., società di capitali); a singoli soggetti in esito a un determinato procedimento amministrativo; ovvero, nell'ipotesi di enti pubblici, può essere attribuita con atto imperativo dell'ente medesimo.

(5) L'individuazione del requisito della dominanza pubblica non pone particolari problemi e si manifesta, anche alternativamente: i) nel finanziamento in misura maggioritaria ad opera di soggetti pubblici; ii) nel controllo di tali soggetti sull'attività esercitata; iii) nella designazione da parte di costoro della maggioranza degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza.

Ed è altrettanto noto che l'indagine più complessa (6) e foriera di contrasti giurisprudenziali (7) riguarda la verifica della sussistenza del requisito teleologico, essendo in relazione ad essa che assumono maggior rilievo le specificità che caratterizzano ogni singolo caso concreto (8).

Si tratta di un aspetto rilevante sul piano sistematico, in quanto l'individuazione del regime applicabile alle modalità di affidamento degli appalti da parte di un determinato ente discende (anche) dalla sua qualificazione o meno in termini di organismo di diritto pubblico. Tant'è vero che l'elaborazione di questa nozione è sorta proprio con lo scopo di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici, sulla base della loro veste formale di natura privatistica, possano sottrarsi all'applicazione della disciplina pubblicistica in materia di scelta del contraente (9).

Per quanto riguarda in particolare gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali, di cui si è occupata la sentenza in commento, l'esatta delimitazione della nozione di organismo di diritto pubblico risulta, infatti, necessaria per comprendere la disciplina applicabile agli appalti destinati a scopi estranei (10) alle loro finalità istituzionali (cioè gli appalti non direttamente strumentali alle attività prese in considerazione dalla normativa sui settori speciali). Nel caso in cui il committente non sia qualificabile quale amministrazione aggiudicatrice e, quindi, per quel che qui rileva, come organismo di diritto pubblico (11), i c.d. appalti estranei saranno sottratti *tout court* alla normativa in tema di contratti pubblici e, potranno, dunque, essere affidati a terzi secondo le regole del diritto comune (12); mentre, invece, ove l'ente aggiudicatore sia riconducibile alla figura soggettiva dell'organismo di diritto pubblico (e sia

dunque qualificabile in termini di amministrazione aggiudicatrice) troverà comunque applicazione la disciplina relativa ai settori ordinari (13).

Sotto altro, ma connesso profilo, ai fini dell'operatività della disciplina pubblicistica inerente ai settori speciali, assume poi rilievo l'elemento oggettivo, dovendovi essere attinenza tra il contratto oggetto di affidamento e il "settore speciale" di riferimento (14). Cosicché, prima ancora di valutare se un determinato appalto sia o meno strumentale alle attività prese in considerazione dalla normativa sui settori speciali, diviene necessario comprendere quali tipologie di attività possano ritenersi effettivamente ricomprese in ciascun "settore speciale", alla luce delle disposizioni di cui agli artt. da 115 a 121 del D.Lgs. n. 50/2016.

Si tratta di tematiche che hanno un dirompente impatto non solo sul piano sostanziale dell'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica in materia di contratti, ma anche su quello processuale, poiché, per le controversie inerenti la fase di scelta del contraente, ricorre la giurisdizione del giudice amministrativo solo laddove il committente, in ragione delle proprie caratteristiche soggettive e alla luce dell'oggetto dell'affidamento, sia tenuto a rispettare le regole dell'evidenza pubblica (15). Diversamente, ove l'affidamento del contratto non sia soggetto alla disciplina pubblicistica, il giudice naturale a conoscere delle relative controversie sarà invece quello ordinario.

Ed è proprio su questi temi che si è soffermato il T.A.R. Roma che, per quanto qui di interesse, ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione per due concomitanti ragioni.

(6) A conferma della difficoltà di giungere ad una puntuale definizione della nozione di organismo di diritto pubblico, vedasi il c.d. *Libro Verde* della Commissione Europea su "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" (Comunicazione 98-143, 11 marzo 1998), in cui la Commissione prevede(va) di chiarire con un documento interpretativo alcuni punti decisivi ai fini dell'applicabilità del diritto europeo, tra cui proprio quello di organismo di diritto pubblico.

(7) Si veda, in ultimo, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964, che ha concluso per la qualificazione di CDP Investimenti s.g.r. S.p.a. quale organismo di diritto pubblico, discostandosi espressamente dall'approccio interpretativo seguito dallo stesso Consiglio di Stato, in diversi precedenti, per l'individuazione del requisito teleologico (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3884).

(8) Vedasi, a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia CE 27 febbraio 2003, sent., causa C-373/00 (*Adolf Truley GmbH*), la quale, da un lato, afferma che i "bisogni non industriali o commerciali" devono essere individuati sulla base dei criteri oggettivi del diritto europeo, sicché non possono essere delimitati autonomamente dagli ordinamenti nazionali al fine di non creare disallineamenti nell'applicazione della disciplina europea; e, dall'altro,

attribuisce comunque al giudice nazionale il compito di "valutare l'esistenza o meno di tale bisogno, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti".

(9) Vedasi, *ex multis*, D. Galli - A. Cavina, *L'ambito soggettivo di applicazione*, in M. Corradino - D. Galli - D. Gentile - C. Lenoci - C. Malinconico, *I contratti pubblici*, Milano, 2017, 65.

(10) Sulla definizione dei c.d. "appalti estranei", v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16.

(11) È noto, infatti, che nella nozione di amministrazione aggiudicatrice è ricompresa, tra le altre, anche la figura soggettiva dell'organismo di diritto pubblico (cfr. art. 3, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 50/2016).

(12) Per una compiuta ricostruzione della disciplina in tema di settori speciali, v. D. Galli, *I settori speciali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, 470.

(13) Per approfondimenti, vedasi D. Galli, *Settori ordinari e settori speciali: complementarità o alternatività?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 227.

(14) Per ulteriori approfondimenti, v., *ex multis*, D. Galli - A. Cavina, *Settori Speciali*, in M. Corradino - D. Galli - D. Gentile - C. Lenoci - C. Malinconico, *I contratti pubblici*, Milano, 2017, 1025.

(15) Cfr. l'art. 133, comma 1, lett. e), del D.Lgs. n. 104/2010.

Da un lato, alla luce della qualificazione del committente Trenitalia S.p.a. in termini di organismo di diritto pubblico, giustificata in virtù di un percorso argomentativo, a dire il vero, non troppo convinto (16) né convincente, il quale, come si dirà più avanti, sembra anche porsi in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (17). Dall'altro lato, e con considerazione assorbente rispetto alla esatta qualificazione soggettiva di Trenitalia, il T.A.R. ha ritenuto che l'appalto oggetto della controversia, relativo al servizio di manutenzione di treni ad Alta Velocità (c.d. "Frecciarossa"), fosse in ogni caso attratto nell'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica sui settori speciali di cui all'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente necessità di procedere al suo affidamento nel rispetto delle pertinenti regole dell'evidenza pubblica.

## **Delimitazione del campo d'indagine e anticipazione delle conclusioni**

Il presente contributo è essenzialmente articolato in tre parti.

Nella prima, verrà brevemente esposta la fattispecie esaminata dal T.A.R. Roma con la sentenza in commento.

La seconda parte riguarda, in sostanza, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sui contratti pubblici, in relazione alla nozione di organismo di diritto pubblico e con particolare riferimento al c.d. elemento negativo del requisito teleologico (vale a dire, il "carattere non industriale o commerciale" dell'interesse generale perseguito dal committente); funzionale all'esame della più specifica questione inerente all'esatta qualificazione soggettiva di Trenitalia S.p.a.

Nella terza, si affronterà invece il tema dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sui settori speciali relativa ai servizi di trasporto di cui all'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, con riguardo all'innovativa questione della riconducibilità ad essa del servizio ferroviario ad Alta Velocità.

Senza pretesa di esaustività, l'indagine è quindi diretta a esaminare due tematiche di notevole impatto sistematico, prendendo le mosse dalla sentenza in commento, rispetto alla quale si pongono tuttavia alcuni spunti di riflessione critica, che, per una più agevole lettura del presente contributo, possono essere anticipati nei seguenti termini:

(a) non appare condivisibile la qualificazione di Trenitalia S.p.a. in termini di organismo di diritto pubblico, peraltro solo accennata, e per di più in termini dubitativi, nella stessa decisione in commento. Non risulta infatti ricorrere l'elemento negativo del c.d. requisito teleologico, ove solo si consideri che secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità "la società svolge un'attività economica e commerciale" avente "chiaramente natura industriale" (18). Sembra quindi più calzante e coerente con il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento l'inclusione di Trenitalia nella figura soggettiva dell'"impresa pubblica" (19);

(b) maggiori approfondimenti avrebbe probabilmente richiesto il tema della riconducibilità nella sfera di operatività dell'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016 (e, quindi, della disciplina sui settori speciali) del servizio di trasporto ad Alta Velocità, trattandosi di un settore a sé stante (20) e liberalizzato (21), rispetto al quale i vettori operano secondo logiche imprenditoriali e non sembrano invece essere soggetti a "prescrizioni operative", *stricto sensu* intese, delle competenti autorità pubbliche relative, ad esempio, alle "tratte da servire" o "alla frequenza del servizio". Ciò che potrebbe ritenersi sufficiente a comportare la carenza della condizione di cui al comma 2, art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, necessaria per considerare attratta nel settore speciale dei "servizi di trasporto" l'attività esercitata dai vettori ferroviari.

## **Il caso**

Con bando pubblicato nel marzo 2018, Trenitalia S.p.a. (22) ha avviato una procedura negoziata con previa indizione di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione preventiva e correttiva

(16) Basti considerare che lo stesso T.A.R. Roma, nella sentenza in commento, afferma che la riconducibilità di Trenitalia alla figura dell'organismo di diritto pubblico "sembra preferibile", ponendo dunque la questione in termini dubitativi e non certi.

(17) Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 5 ottobre 2017, sent., C-567/15 (*LitSpecMet*), v. in particolare, i punti 43 ss.

(18) *Ex multis*, Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30978; Cass., SS.UU., 22 gennaio 2015, n. 1159.

(19) Art. 3, comma 1, lett. t), D.Lgs. n. 50/2016.

(20) Cfr. il provvedimento dell'AGCM n. 2344 del 22 maggio 2013, recante l'avvio di un'istruttoria per verificare l'esistenza di

una presunta violazione dell'art. 102 T.F.U.E. (abuso di posizione dominante) da parte di alcune società del Gruppo FS, poi conclusa senza accertamento dell'infrazione.

(21) Cfr. le considerazioni rese dall'AGCM nel procedimento di consultazione avviato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti e, in particolare, il Documento di consultazione - Allegato A alla Delibera ART n. 45, del 14 aprile 2016.

(22) Come noto, si tratta di società partecipata al 100% dalla *holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., il cui capitale è detenuto al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

dei treni ETR 500 ad alta velocità (noti come i "Frecciarossa").

Con ricorso al T.A.R., la società seconda graduata ha contestato, sotto diversi profili, l'aggiudicazione in favore di altro operatore economico.

Nel costituirsi in giudizio, la stazione appaltante, oltre a difendere nel merito la legittimità del provvedimento impugnato, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Sotto il profilo soggettivo, ritenendo di non avere natura di organismo di diritto pubblico, ma quella diversa di impresa pubblica.

Cosicché, l'appalto avrebbe potuto ritenersi sottoposto alla disciplina dell'evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti condizioni: (a) laddove la specifica attività svolta dall'impresa pubblica fosse stata attinente ad uno dei settori speciali presi in considerazione dalla normativa di riferimento (di cui agli artt. da 115 a 121, D.Lgs. n. 50/2016); (b) e nella misura in cui l'oggetto dell'affidamento fosse stato strumentale a tale attività, svolta dal committente nel settore speciale di propria pertinenza (23), nella specie rappresentato dal servizio di trasporto di cui all'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016.

Secondo la difesa del committente, tuttavia, il trasporto passeggeri ad Alta Velocità esulava dal perimetro del settore speciale di cui al citato art. 118, con conseguente inapplicabilità della disciplina pubblicistica all'affidamento del servizio di manutenzione dei convogli "Frecciarossa", pur se strumentale a tale tipologia di attività. E ciò in quanto il trasporto ad Alta Velocità costituisce un mercato a sé stante e liberalizzato, nell'ambito del quale i vettori operano secondo logiche imprenditoriali, senza invece essere soggetti a "prescrizioni operative" delle competenti autorità pubbliche, venendo così a mancare la condizione richiesta dal comma 2, art. 118 per l'operatività della disciplina pubblicistica sui settori speciali.

Il T.A.R. ha tuttavia disatteso l'eccezione, ritenendo sussistente la propria giurisdizione e, nel merito, ha poi accolto il ricorso annullando l'aggiudicazione.

Per quanto qui di interesse, la sentenza in commento - seppur in termini in una qualche misura dubitativi e di mera preferenza della soluzione ermeneutica prescelta - ha, infatti, ritenuto che Trenitalia fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico, sulla base di due concomitanti considerazioni. In primo luogo, in ragione della medesima qualificazione giuridica, peraltro per nulla pacifica (24), che secondo il T.A.R. sarebbe attribuibile alla sua capogruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., come se la natura soggettiva di un ente possa discendere, per effetto osmotico, da quella della propria controllante; in secondo luogo, alla luce delle esigenze di carattere generale per le quali la stessa Trenitalia è stata istituita e che, riguardando il diritto alla mobilità dei cittadini, rivestirebbero natura intrinsecamente pubblicistica, senza che potesse assumere rilevanza in senso contrario la modalità tipicamente imprenditoriale attraverso cui gli interessi generali fossero in concreto perseguiti dall'ente aggiudicatore (25).

Ad avviso del T.A.R., in ogni caso, la qualificazione giuridica soggettiva di Trenitalia avrebbe potuto ritenersi nella specie recessiva rispetto all'assorbente considerazione per la quale l'oggetto dell'affidamento sarebbe comunque rientrato nella sfera di operatività della normativa sui settori speciali, con conseguente onere di rispettare le regole dell'evidenza pubblica e connessa sussistenza della giurisdizione amministrativa. Sotto il profilo oggettivo, la sentenza ha infatti ritenuto che l'attività di trasporto ad Alta Velocità, ancorché liberalizzata, rappresenti comunque "servizio pubblico di trasporto" inserito in un "progetto operativo, nell'ambito del quale l'autorità pubblica disciplina termini e modalità del servizio stesso", come tale attratto nell'ambito di applicazione dell'art. 118 relativo al settore speciale dei servizi di trasporto.

(23) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2011, cit.

(24) Cfr., *ex multis*, Cass., SS. UU., 22 gennaio 2015, n. 1159, che, seppur ad altri fini, ha inequivocabilmente affermato che il Gruppo F.S. "svolge un'attività economica e commerciale" avente "chiaramente natura industriale", con conseguente insussistenza dell'elemento negativo del c.d. requisito teleologico, in base al quale per la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico è necessario che lo stesso svolga attività di "carattere non industriale o commerciale".

(25) Si legge, infatti, nella sentenza che l'affidamento del servizio di trasporto tramite vettori "a Trenitalia, quale sostanziale

emanazione della società Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. (di seguito: F.S.), rende in effetti difficilmente ipotizzabile la sottrazione del medesimo alle finalità istitutive prioritarie - di carattere non industriale o commerciale - di mobilità da assicurare ai cittadini (anche su tratte che, ipoteticamente, il privato imprenditore o l'impresa pubblica potrebbero ritenere non percorribili, poiché non abbastanza remunerative). Sembra preferibile, pertanto, una valutazione che accomuni Trenitalia alla natura giuridica di F.S., quale ente geneticamente preposto ad un servizio pubblico essenziale di trasporto".

## La nozione di organismo di diritto pubblico e il c.d. requisito teleologico (cenni)

La nozione di organismo di diritto pubblico non coincide con una figura giuridica a sé stante, ma costituisce un criterio qualificante che nasce nell'ambito del diritto europeo (26) al fine di attrarre nella sfera di operatività della disciplina in tema di contratti pubblici soggetti sostanzialmente pubblici indipendentemente dalla loro forma giuridica (pubblica o privata) (27). Essa si basa dunque su indici sostanziali allo scopo di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme" (28).

Dopo alcune innovative pronunce del giudice europeo tese ad esaltare la nozione funzionale di Stato (29), il concetto di organismo di diritto pubblico venne positivizzato (30), nel settore dei contratti pubblici, dalla Dir. 440/89/CEE (31), secondo la quale è tale un ente che sia, contestualmente: a) dotato di personalità giuridica; b) sottoposto a influenza pubblica dominante (32); c) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (33).

Si tratta di nozione (34) che è sostanzialmente (35) rimasta invariata sino alle Direttive europee di ultima generazione e nell'ambito della quale le maggiori

incertezze interpretative, come anticipato in premessa, si sono incentrate attorno al terzo requisito (36) (c.d. teleologico), che, come noto, si compone a sua volta di due elementi: quello positivo, rappresentato dal fatto che l'ente sia stato istituito per far fronte ad esigenze (*rectius* svolgere attività) riconducibili ad un interesse generale (37); e quello negativo, relativo al carattere non industriale e non commerciale delle esigenze di interesse generale perseguite (38).

## La tesi del T.A.R. Roma: la preminenza delle finalità istitutive dell'ente volte al perseguimento di interessi generali

Con la sentenza in commento, il T.A.R. ha ritenuto di attribuire al primo elemento (quello positivo) rilevanza dirimente per verificare la riconducibilità o meno di un soggetto giuridico nella nozione di organismo di diritto pubblico, privilegiando dunque la sola finalità istitutiva dell'ente, volta al soddisfacimento di esigenze di interesse generale, nella specie consistenti nella mobilità da assicurare ai cittadini. Non è stato invece valorizzato anche il secondo elemento, relativo alle modalità attraverso cui tali esigenze vengono perseguite, che, ove caratterizzate da criteri di redditività tipici dell'imprenditore

(26) Per un approfondimento sulle origini della nozione di organismo di diritto pubblico, v. A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e settori speciali: l'interesse generale e il nesso di strumentalità*, in questa Rivista, 2019, 216.

(27) In questi termini, v., *ex multis*, D. Galli, *I settori speciali*, cit.

(28) G. Torregrossa, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Gli appalti nel settore energetico*, Milano, 1994, 14.

(29) Corte di Giustizia, 24 novembre 1982, in causa C-249/81 (*Buy Irish*); Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, in causa C-31/87 (*Beentjes*).

(30) L'esigenza di privilegiare una nozione funzionale del concetto di Stato, al fine di estendere la portata applicativa della normativa europea in materia di appalti discende dal fatto che la direttiva comunitaria di prima generazione in tema di affidamenti di appalti pubblici di lavori (n. 71/395/CEE) limitava il proprio ambito soggettivo di applicazione alle sole amministrazioni aggiudicatrici individuate nello "Stato, (ne)gli enti pubblici territoriali e (ne)le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato I" alla direttiva, che, al tempo, aveva carattere tassativo. Ma un criterio del genere mostrò sin da subito le proprie lacune, attesa la molteplicità di moduli organizzativi, anche di natura privatistica, attraverso cui negli Stati membri venivano perseguiti e soddisfatti interessi evidentemente pubblici.

(31) Si tratta, come noto, della direttiva europea che ha modificato la Dir. n. 71/305/CEE in tema di "procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici".

(32) Per un approfondimento sul requisito dell'influenza dominante, vedasi il parere del Cons. Stato 26 ottobre 2018, n. 2427, che ha escluso la riconducibilità nella nozione di organismo di diritto pubblico della Libera Università SS. Assunta (LUMSA) proprio per carenza di tale requisito.

(33) Cfr. art. 1, lett. b), Dir. 440/89/CEE.

(34) Il *leading case* in materia di organismo di diritto pubblico è, come noto, rappresentato dalla sentenza *Mannesmann* (Corte di Giustizia, sent., 15 gennaio 1998, causa C-44/96), in cui si trattava di individuare la qualificazione giuridica della tipografia di Stato austriaca, la quale esercitava sia attività di natura certamente commerciale, tra cui l'edizione e distribuzione di libri, sia funzioni conferite per legge, quali la produzione di stampati in favore dell'amministrazione federale (passaporti, carte d'identità, ecc. ...). La Corte concluse per la configurabilità dell'ente in termini di organismo, ritenendo irrilevante il fatto che, oltre a tali compiti istituzionali, esso svolgesse altra attività sul libero mercato e coniano per tal via la c.d. teoria del contagio.

(35) In realtà, rispetto alla versione originaria di cui alla Dir. 440/89/CEE, nella quale si faceva riferimento ai "bisogni" di interesse generale, l'attuale art. 2, par. 1, n. 4), Dir. 2014/24/UE richiama il concetto di "esigenze" di interesse generale.

(36) Per maggiori approfondimenti, anche in chiave storico-evolutiva, sul requisito teleologico, vedasi A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e settori speciali: l'interesse generale e il nesso di strumentalità*, cit.

(37) Per un approfondimento sul concetto di "bisogni di interesse generale", vedasi, tra i molti: F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?* (*Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*), in M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Serv. pubbl. app.*, suppl. al n. 4/2004; R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato dei contratti pubblici*, cit.

(38) Per un approfondimento sul concetto di "carattere non industriale o commerciale", vedasi, tra i molti, C. Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2003, 1027.

privato e con assunzione del rischio di impresa, dovrebbero escludere la sussistenza dell'elemento negativo del c.d. requisito teleologico ("non aventi carattere industriale o commerciale").

La pronuncia s'inserisce nel contrasto giurisprudenziale che ruota intorno alla corretta interpretazione del requisito teleologico, nell'ambito del quale sono sostanzialmente rinvenibili due posizioni. Quella in atto maggioritaria e conforme al più recente insegnamento del giudice europeo (39), che attribuisce carattere dirimente, per disvelare la vera natura giuridica di un determinato ente, alle modalità attraverso cui il bisogno di interesse generale viene da questo perseguito (40); e quella minoritaria, secondo la quale la finalità istitutiva dell'ente tesa al soddisfacimento di esigenze di interesse generale sarebbe invece preminente rispetto alle modalità con cui l'attività viene poi in concreto svolta (41).

Con la pronuncia in esame, il T.A.R. Roma ha quindi aderito a questo secondo orientamento, ritenendo così di poter qualificare Trenitalia S.p.a., al pari della *holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., in termini di organismo di diritto pubblico, in quanto enti "geneticamente" preposti ad un servizio pubblico essenziale di trasporto.

In sostanza, le modalità con cui le attività di interesse generale vengono in concreto svolte cedono rispetto ai compiti istituzionali assegnati all'organismo e che sono alla base della sua istituzione, anche alla luce del

tenore letterale (42) del dato normativo recante la definizione di organismo di diritto pubblico (43).

In questo modo, tuttavia, si presuppone che l'istituzione dell'ente per il soddisfacimento di un bisogno di interesse generale (ove riconosciuto come tale) possa essere di per sé idoneo ad escludere il carattere commerciale o industriale dell'attività dallo stesso svolta, con un approccio che, oltre a non considerare la possibilità che interessi generali possano comunque essere perseguiti secondo criteri di imprenditorialità (44), è stato già criticato da parte della dottrina in quanto poco funzionale "a costituire un'utile chiave interpretativa per il futuro" (45) e comunque non coerente con la *ratio* sostanziale "che ha indotto il legislatore europeo a enucleare la nozione di organismo di diritto pubblico" (46).

### **Il diverso orientamento che attribuisce rilievo dirimente alle modalità attraverso cui l'ente persegue il bisogno generale e la conseguente qualificazione di Trenitalia in termini di impresa pubblica**

Secondo un diverso e, a dire il vero, più calzante orientamento (47), la "chiave di volta" per comprendere l'eventuale riconducibilità di un soggetto nella nozione di organismo di diritto pubblico risiede piuttosto nel verificare il carattere non commerciale o industriale dei bisogni generali da esso perseguiti (48), che non pare sussistere in caso di gestione

(39) Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 5 ottobre 2017, sent., C-567/15 (*LitSpecMet*), v. in particolare, i punti 43 ss.

(40) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3884 (che ha escluso la qualificazione di C.A.A.T. Società Consortile Centro Agro Alimentare di Torino in termini di organismo di diritto pubblico); Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534 (che ha escluso la qualificazione di Aeroporti di Roma S.p.a. in termini di organismo di diritto pubblico).

(41) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964 (secondo cui CDP Investimenti s.g.r. S.p.a. è riconducibile nella nozione di organismo di diritto pubblico); Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2014, n. 2026 (che ha ritenuto Aeroporti di Roma S.p.a. qualificabile come organismo di diritto pubblico, ma che è stata poi riformata da Cass., SS. UU., 18 aprile 2016, n. 7663).

(42) Per l'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, il requisito teleologico è presente se l'organismo è "istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

(43) In questi termini, Cons. Stato, Sez. V, n. 964/2020, cit.

(44) In questo senso, si è infatti espressa la Corte di Giustizia che ha avuto modo di precisare che non tutti i bisogni di interesse generale sono privi di carattere industriale o commerciale, avendo il legislatore comunitario distinto tra questi e quelli aventi invece carattere industriale o commerciale (Corte di Giustizia 10 novembre 1998, sent., causa C-360/96, *BFI Holding*, punto 36). Inoltre, nei "considerando" delle direttive del 2014 si afferma in termini chiari che: "un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere

considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo e con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale".

(45) In questi termini, G. Greco, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 743.

(46) Così, D. Capotorto, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico? il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, 630, secondo cui "occorrerebbe che l'analisi delle finalità concretamente perseguite consideri il processo evolutivo dell'ente, soprattutto ove si è in presenza di radicali trasformazioni che ne hanno interrotto la continuità storica. Ciò anche per scongiurare gli effetti paradossali che si produrrebbero qualora si ipotizzasse che qualsiasi tipo di mutamento, finanche un'eventuale cessazione da parte dell'ente dell'erogazione di servizi che rispondono a interessi generali, sarebbe ininfluenza se comunque *ab origine* l'ente medesimo sia stato istituito al solo fine di soddisfare bisogni collettivi. Diversamente si impongono a soggetti operanti in mercati concorrenziali regimi limitativi della loro libertà negoziale, che anziché scongiurare effetti distorsivi, rischiano di generarli, sottoponendo gli stessi a oneri trattativi che appaiono ormai incoerenti con la natura acquisita dall'ente, trasformatosi, non solo formalmente ma anche sostanzialmente, in impresa".

(47) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 3884/2019, cit.; Cons. Stato, Sez. V, n. 6534/2019, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031.

(48) Nel senso di escludere la ricorrenza del requisito teleologico nel caso in cui le attività esercitate dall'ente aggiudicatore, pur

dell'attività da parte dell'ente secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa (49).

In sostanza, diventa irrilevante che un soggetto sia stato costituito per soddisfare un interesse di carattere generale (quale, nella specie esaminata dalla sentenza in commento, era quello alla mobilità caratterizzante il *core business* di Trenitalia), perché ciò che assume preminenza è la modalità con cui il detto bisogno viene perseguito. Cosicché, un ente aggiudicatore (50) operante nei settori speciali non dovrebbe essere qualificato come organismo di diritto pubblico nelle ipotesi in cui eserciti attività connotata da carattere imprenditoriale, secondo criteri di redditività e con assunzione del relativo rischio di impresa, senza che i soggetti pubblici legati all'ente possano intervenire per ripianare eventuali perdite di esercizio.

In questo senso si è del resto recentemente espresso anche il giudice europeo, secondo il quale la verifica della sussistenza del requisito teleologico deve essere "operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi" (Corte di Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15, *LitSpecMet*, par. 43).

Dunque, al contrario di quanto ritenuto dalla sentenza in commento, per la ricorrenza del requisito teleologico assumono egual valore tanto l'elemento positivo della finalità istitutiva dell'ente per il soddisfacimento di interessi generali, quanto quello negativo afferente il carattere non industriale o commerciale dei bisogni perseguiti, da verificare in ragione delle modalità con le quali l'ente svolge le

attività ad esso assegnate. Sul punto, il passaggio della sentenza della Corte di Giustizia appena citato non lascia spazio a dubbi nella misura in cui utilizza la congiunzione "e" per affermare la necessità di verificare entrambi gli elementi che concorrono a formare il requisito teleologico.

Del resto, come pure di recente ricordato dallo stesso giudice europeo, l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che deve comunque perseguire lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche" (Corte di Giustizia 5 ottobre 2017, sent., causa C-567/15, cit.). Cosicché appare difficile poter sostenere che i bisogni generali perseguiti non abbiano carattere industriale o commerciale nel caso in cui: i) il soggetto persegua scopi di lucro; ii) e, comunque, subisca il rischio di un'eventuale gestione non remunerativa, sopportando le eventuali perdite, senza poter quindi usufruire di misure pubbliche che lo preservino dal rischio d'impresa (51).

Sulla base di questi presupposti non appare quindi condivisibile la decisione in commento laddove, seppur in termini dubitativi, ha concluso nel senso di ritenere Trenitalia, al pari della capogruppo Ferrovie dello Stato Italiane, riconducibile nel novero degli organismi di diritto pubblico.

La Cassazione ha, infatti, in più occasioni avuto modo di rilevare la "chiara natura industriale dell'attività gestita dal Gruppo" Ferrovie dello Stato, avente carattere "economico e commerciale"; cosicché la veste giuridica di Trenitalia "non rappresenta neppure un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica" (52). Tant'è che lo statuto della società non contempla meccanismi di ingerenza pubblica volti al ripianamento di eventuali perdite di esercizio.

Dal che dovrebbe discendere la carenza dell'elemento negativo del requisito teleologico, considerato che la modalità attraverso cui l'ente persegue le proprie finalità istituzionali assume carattere

legate a interessi generali, siano realizzate mediante criteri di redditività tipici dell'imprenditore privato, vedasi: M.A. Sandulli, *Verso una coerente delimitazione dell'ambito pubblicistico alle attività di effettiva rilevanza pubblica: sottratti a gara e affidati al giudice ordinario l'affidamento delle aree commerciali della stazione Termini di Roma e gli appalti sotto soglia dei privati gestori di servizi pubblici* [Nota a Cass. sez. un. 4 maggio 2006, n. 10218], in *Giust. amm.*, 2006, 502 ss.

(49) D'altronde, come pure autorevolmente affermato, per integrare il requisito teleologico, non è sufficiente la partecipazione, finanche totalitaria, della pubblica amministrazione al capitale sociale del gestore di un servizio pubblico se non accompagnata da una previsione che obbliga l'ente pubblico partecipante al ripiano delle perdite a prescindere dalla

partecipazione detenuta nella società di gestione (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930).

(50) La cui nozione ricomprende le amministrazioni aggiudicatrici (nell'ambito delle quali sono inclusi gli organismi di diritto pubblico), le imprese pubbliche e i soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi (art. 3, comma 1, lett. e, D.Lgs. n. 50/2016).

(51) Per approfondimenti sui rapporti tra la nozione di organismo di diritto pubblico e la presenza di un mercato concorrenziale nell'ambito del quale opera l'ente, vedasi A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in questa *Rivista*, 2017, 507.

(52) Cass., SS.UU., n. 1159/2015, cit.; Cass., SS.UU., n. 30978/2017, cit.

industriale e commerciale, dovendosi quindi privilegiare una ricostruzione che lo riconduca alla figura soggettiva dell'“impresa pubblica”, ma non anche a quella dell'organismo di diritto pubblico.

L'esatta qualificazione giuridica dell'ente aggiudicatore operante nei settori speciali non ha rilievo solamente a livello teorico, implicando notevoli conseguenze anche sul piano pratico. Ed infatti, una volta escluso che un soggetto sia qualificabile come organismo di diritto pubblico, l'eventuale operatività della disciplina pubblicistica in tema di settori speciali (53) e la connessa sussistenza della giurisdizione amministrativa sono legate ad un duplice fattore di natura oggettiva: (a) l'attività di rilievo posta in essere dall'ente sia riconducibile al settore speciale di propria pertinenza (nella specie, si tratta del servizio di trasporto di cui all'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016); (b) l'oggetto dell'appalto che si intende affidare sia strettamente funzionale a tale attività (c.d. nesso di strumentalità). Nel caso in cui anche solo una di queste condizioni sia assente, non troverà applicazione la disciplina sui settori speciali e si potrà procedere all'affidamento del contratto senza soggiacere a vincoli pubblicistici, seguendo invece le regole del diritto privato, con conseguente giurisdizione del giudice civile a conoscere delle eventuali liti concernenti la fase di scelta del contraente.

Ed è sulla sussistenza del primo fattore (a) che si è pronunciata la decisione in commento, con riguardo all'innovativa questione della riconducibilità del servizio di trasporto ad Alta Velocità nell'ambito di applicazione dell'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016.

### **Il settore speciale afferente ai servizi di trasporto (art. 118 D.Lgs. n. 50/2016)**

Per risolvere la questione, il T.A.R. prende correttamente le mosse dal tenore della disposizione codicistica di riferimento (art. 118), secondo la quale: “1. ..., le disposizioni del presente capo si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, .... 2.

Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio”.

Per quanto qui d'interesse, la complessiva lettura della norma comporta che siano attratte nel suo ambito di applicazione non solo le attività del gestore (54) dell'infrastruttura ferroviaria (comma 1), ma anche quelle dei vettori ferroviari (55) svolte nel rispetto delle prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità del settore (comma 2).

Cosicché, in linea generale (56), anche l'attività di trasporto esercitata da Trenitalia deve ritenersi ricompresa nella sfera di operatività del citato art. 118, configurandosi come una “gestione di reti” nei termini puntualizzati dal comma 2 della richiamata disposizione, secondo cui, in sostanza, i servizi resi dai vettori ferroviari sono soggetti alla disciplina pubblicistica sui settori speciali “purché inseriti in un progetto operativo, nell'ambito del quale l'autorità pubblica disciplina termini e modalità del servizio stesso”.

È questa la conclusione cui è giunta la decisione in commento, in applicazione, peraltro, del recente orientamento espresso sul tema dalla Corte di Giustizia UE secondo cui, infatti, “l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria, costituisce una gestione di reti” (57) e deve pertanto ritenersi attratta nell'ambito di applicazione della direttiva sui settori speciali.

A primo impatto, il ragionamento seguito dal T.A.R. appare dunque coerente con la giurisprudenza europea. Tuttavia, se ciò può valere in termini generali, con riguardo ai servizi di trasporto ferroviario “tradizionalmente” intesi (58), maggiori approfondimenti avrebbe probabilmente richiesto la peculiarità del caso concreto, che riguardava infatti lo specifico settore dell'Alta Velocità. In altre parole, se i tradizionali servizi di trasporto ferroviario svolti da Trenitalia

(53) Per una compiuta ricostruzione della sfera di operatività della disciplina sui settori speciali, vedasi, D. Galli, *Settori ordinari e settori speciali: complementarietà o alternatività?*, cit.

(54) Circa l'80% dei chilometri che costituiscono l'infrastruttura ferroviaria è gestita direttamente da Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., mentre la restante parte è gestita da altri soggetti privati o pubblici (fonte ASSTRA, dati al 31 dicembre 2018).

(55) Sulla differenza tra gestione della rete ed erogazione del servizio, vedasi, *ex multis*, E. Casetta - F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 634.

(56) Fatte salve le riserve di cui si dirà in relazione al peculiare regime che caratterizza il settore del trasporto passeggeri “a mercato” in cui è ricompreso il servizio ad Alta Velocità.

(57) Corte di Giustizia UE, Sez. IX, 28 febbraio 2019, C-388/17 (*Konkurrensverket*).

(58) Cioè il trasporto passeggeri a media e lunga percorrenza svolto nell'ambito di contratti di servizio e il trasporto regionale.

possono considerarsi in effetti soggetti alle prescrizioni operative, *stricto sensu* intese, delle competenti autorità di settore, non sembra pacifico poter giungere alla medesima conclusione anche in relazione ai servizi ad Alta Velocità, che a ben vedere rappresentano un mercato a sé stante e liberalizzato.

## **Le peculiarità del servizio ad Alta Velocità e la possibile sottrazione dalla sfera di operatività dell'art. 118**

In questa prospettiva e senza pretesa di esaustività, data la complessità e articolazione della materia (59), sembra opportuna una sintetica ricognizione della struttura del sistema ferroviario italiano e delle attività che nell'ambito di essa sono svolte da Trenitalia. L'assetto della rete ferroviaria nazionale è, in coerenza con quanto previsto dall'ordinamento europeo (60), caratterizzato dalla separazione tra gestione dell'infrastruttura ferroviaria e svolgimento del servizio ferroviario, alla quale si è accompagnata la separazione societaria, all'interno dell'*holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., tra Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. (RFI), che è titolare della concessione sessantennale (61) della rete nazionale, e Trenitalia, che invece effettua il trasporto e che è affidataria dei contratti di servizio pubblico nazionale ferroviario passeggeri.

In questo contesto, le attività svolte da Trenitalia nel ramo "passeggeri" possono essere suddivise in tre macrocategorie: (a) trasporto passeggeri media e lunga percorrenza nell'ambito del "servizio universale" contribuito; (b) trasporto regionale, mediante contratti di servizio stipulati con le regioni in esito alle procedure previste dalla normativa vigente (62); (c) servizi di trasporto passeggeri media e lunga

percorrenza "a mercato", nell'ambito dei quali rientra l'Alta Velocità.

Per la prima sussiste quindi una componente di "servizio universale" contribuito, svolto nell'ambito dei relativi contratti di servizio stipulati da Trenitalia e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze); cosicché, al pari del trasporto regionale (63), si disvela (ancora) una sostanziale natura pubblicistica del servizio reso all'utenza.

Per queste due tipologie di attività (a e b) risulta in effetti ricorrere la condizione prevista dal comma 2, art. 118, D.Lgs. n. 50/2016, alla luce della quale, come visto, il trasporto ferroviario deve intendersi ricompreso nella sfera di operatività della disciplina sui settori speciali nella misura in cui "il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio". Come rilevato con la decisione in commento, ciò discende dagli importanti compiti che il D.Lgs. n. 112/2015 attribuisce al gestore della rete in relazione, tra l'altro, all'individuazione delle tratte, degli orari, della frequenza e della capacità di trasporto (64).

La sentenza in commento ricollega "automaticamente" le suesposte considerazioni anche al servizio ad Alta Velocità, ricompreso nell'ambito dei servizi "a mercato" (c), rispetto al quale potrebbe tuttavia fornirsi una diversa chiave di lettura, idonea a sottrarlo dalla sfera di operatività del citato art. 118, D.Lgs. n. 50/2016 (65).

Come anticipato, infatti, il settore del trasporto passeggeri ad Alta Velocità rappresenta un mercato a sé stante (66), pienamente liberalizzato (67) e concorrenziale (68), rispetto al quale i vettori operano

(59) Per approfondimenti, vedasi, *ex multis*, D. Calisti, *L'applicazione delle norme di concorrenza al trasporto ferroviario*, in P. Chirulli (a cura di) *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016; M. Giachetti Fantini, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, in *Federalismi.it*, 2016.

(60) Per ulteriori approfondimenti, vedasi, A.M. Altieri, *L'indipendenza del gestore della rete ferroviaria nel diritto europeo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 136.

(61) Ai sensi del D.M. n. 138/T del 2000.

(62) Per una ricostruzione della disciplina relativa alle modalità di affidamento del servizio di trasporto locale su ferrovia, vedasi, *ex multis*, A. Giusti, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 2465; M. Nunziata, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, 183.

(63) Anch'esso espletato nell'ambito di contratti di servizio, che vengono stipulati con le regioni.

(64) Cfr., in particolare, gli artt. 22, 24 e 26, D.Lgs. n. 112/2015.

(65) In linea teorica, l'esonero dall'obbligo di applicazione della disciplina pubblicistica sui settori speciali per il servizio ad Alta Velocità potrebbe peraltro trovare giustificazione nelle previsioni di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 50/2016, ove venisse considerata attività "direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili". Ad oggi, tuttavia, non risulta essere stato adottato sul punto alcun provvedimento della Commissione Europea, necessario per conferire effettiva operatività alla deroga di cui al cit. art. 8.

(66) Cfr. il provvedimento dell'AGCM n. 2344 del 22 maggio 2013, cit.

(67) In questo senso si sono espresse diversi anni orsono sia l'AGCM, nel procedimento di consultazione avviato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (cfr. Allegato A alla Delibera ART n. 45 del 14 aprile 2016), che l'ANAC nella deliberazione n. 8 del 6 marzo 2013 (fascicolo 3349/2012).

(68) Per approfondimenti, vedasi A. S. Bergantino - C. Capozza - M. Capurso, *L'effetto della liberalizzazione ferroviaria sulle politiche di prezzo delle compagnie aeree e ferroviarie. Evidenze preliminari sui principali collegamenti ad Alta Velocità in Italia*, in *Rivista di economia e politica dei trasporti*, 2013, 3.

secondo logiche prettamente imprenditoriali, in base alla redditività del servizio che intendono rendere. Il diritto d'accesso alla rete è infatti in questo settore più ampio rispetto a quello del trasporto "tradizionale" e può essere soggetto soltanto ai requisiti stabiliti dall'organismo di regolazione (cfr. art. 12 *bis*, D.Lgs. n. 112/2015). Cosicché, nonostante sia necessaria la disponibilità dell'infrastruttura ferroviaria, che è peraltro condizione intrinseca a qualsiasi servizio da svolgere su una determinata "rete", non appare del tutto pacifico che il servizio ad Alta Velocità (al pari degli altri servizi "a mercato") sia soggetto a "prescrizioni operative", *stricto sensu* intese, delle "competenti autorità pubbliche" relative, ad esempio, alle "tratte da servire" o "alla frequenza del servizio". E ciò anche in considerazione del fatto che le "competenti autorità pubbliche" cui si riferisce il comma 2, del citato art. 118 dovrebbero individuarsi nei soggetti istituzionalmente investiti del compito di gestione dell'infrastruttura ferroviaria (RFI), ma non anche nelle autorità indipendenti dotate di più generali poteri di regolazione del settore (*i.e.*: l'ART - Autorità di Regolazione dei Trasporti).

Ed infatti, altro è dire che l'Autorità di settore stabilisca le regole di accesso alla rete, come avviene nell'Alta Velocità, trattandosi comunque di settore regolamentato; e altro ancora è invece dire che il servizio debba essere fornito secondo le "prescrizioni operative" delle competenti autorità pubbliche. Nel settore dell'Alta Velocità questa seconda condizione (che è quella cui in sostanza fa riferimento il citato comma 2, art. 118) non appare ricorrere: le competenti autorità non possono infatti imporre le "tratte da servire" o la "frequenza del servizio", che ricadono invece nelle scelte imprenditoriali dei vettori, compatibilmente con la disponibilità della rete ferroviaria.

Tuttavia, questa ricostruzione, pur se coerente con le specificità e il livello di concorrenzialità (69) del settore nazionale dell'Alta Velocità (70), non appare del tutto conciliabile con la recente posizione espressa dal giudice europeo e puntualmente richiamata nella sentenza in commento, secondo cui "pur ammettendo che l'impresa ferroviaria gode di una

certa libertà nel determinare le condizioni di esercizio della propria attività di trasporto ... si deve ritenere che le condizioni in cui essa fornisce il servizio di trasporto sono stabilite da un'autorità competente di uno Stato membro". Con la conseguenza che, alla luce delle disposizioni europee di riferimento in materia di trasporto ferroviario di cui alla Dir. 2012/34/UE (recepita sul piano nazionale con il D.Lgs. n. 112/2015), che impongono obblighi e limitazioni per la fruizione dell'infrastruttura ferroviaria, deve ritenersi esistente "una rete di servizi di trasporto ferroviario", rilevante per la normativa sui settori speciali, ogni qualvolta tali servizi "vengono messi a disposizione su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità di tale infrastruttura" (Corte di Giustizia UE, Sez. IX, 28 febbraio 2019, C-388/17, *Konkurrensverket*); come in sostanza avviene anche per il settore dell'Alta Velocità, posto che il servizio viene comunque erogato su una rete gestita da un ente all'uopo preposto che ne assegna le capacità sulla base delle relative disponibilità.

Ma sul punto, un'ultima riflessione sorge spontanea. Una rigida applicazione dei principi di cui alla citata pronuncia europea, svincolata dalle evidenziate specificità che caratterizzano il settore nazionale dell'Alta Velocità (e, più in generale, i servizi "a mercato"), dovrebbe allora comportare il rispetto delle regole pubblicistiche sui settori speciali anche da parte dei *competitors* di Trenitalia su tali ultimi servizi "a mercato" (ivi inclusa l'Alta Velocità), ogni qualvolta procedano con l'affidamento di appalti strumentali alle attività di trasporto passeggeri da essi svolte. Ci si troverebbe infatti di fronte a un "ente aggiudicatore" (71), nella veste di soggetto privato titolare di diritto speciale (*i.e.* la licenza ferroviaria), esercente attività nel settore speciale relativo al "servizio di trasporto", per come declinato nell'interpretazione dell'art. 118 fornita dal T.A.R. Roma. E ciò in quanto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), punto 1.2, D.Lgs. n. 50/2016, sono soggetti alla disciplina pubblicistica sui settori speciali anche i soggetti privati (cioè quei soggetti che non siano amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche)

(69) Si aggiunga che la concorrenza cui è esposto il settore ferroviario è di duplice natura: (i) intramodale, tra i diversi vettori ferroviari che svolgono i servizi "a mercato"; (ii) e intermodale, cioè tra questi e le compagnie aeree.

(70) Come osservato in dottrina, un siffatto contesto concorrenziale è molto limitato nel panorama europeo e ha portato benefici per i consumatori: "Experiences of on-track competition in the passenger railway sector therefore appear limited. However, in the last few years, a wave of open access entry has occurred in some countries, with private operators gaining 20-

30% of market share in long-distance corridors. One successful story comes from Italy where the entrance of a new competitor", Nuovo Trasporto Viaggiatori ('NTV'), in the high-speed rail ('HSR') market, significantly improved the overall mobility of the system and brought several advantages to consumers, such as more supply and capacity, more frequency and connections, more differentiated services at lower prices and the possibility to choose between providers". Si veda *Italy's Successful Story of Open Access Entry*, P. Parcu.

(71) Cfr. art. 3, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 50/2016.

che esercitano attività in uno di tali settori e che “operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente” (72).

Cosicché, delle due l'una: o i servizi di trasporto ferroviario “a mercato” si ritengono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 118, D.Lgs. n. 50/2016 e, dunque, sottratti alla disciplina pubblicistica sui settori speciali, giustificandosi per tal via il mancato assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica degli appalti strumentali (73) affidati dai *competitors* di Trenitalia; oppure anche questi ultimi, con

riguardo agli appalti strumentali, dovrebbero essere tenuti ad applicare la normativa sui settori speciali in materia di scelta del contraente.

Ogni diversa soluzione appare difficilmente giustificabile, se non altro perché comporterebbe, nell'ambito del medesimo settore “a mercato” (in cui è compreso quello dell'Alta Velocità), la soggezione di più *competitors* a diverse “regole del gioco”, con conseguenti disallineamenti concorrenziali, che - ontologicamente - si ripercuotono in danno del consumatore finale.

---

(72) Sono speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività nei settori di cui agli artt. da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di

esercitare tale attività (art. 3, comma 1, lett. III) e mmm), D.Lgs. n. 50/2016).

(73) Per una compiuta ricostruzione del concetto di “appalti strumentali” ai settori speciali, vedasi Consiglio di Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16.