

Publicato il 07/05/2024

N. 09004/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 01942/2024 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 1942 del 2024, proposto da Team Service Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 970548211E, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli, Lorenzo Aureli e Francesco Coronidi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio M&D in Roma, via Michele Mercati n. 5;

*contro*

Ferservizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Calò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia n. 78;

*nei confronti*

CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Lombardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Borghese n. 3;

CNCP - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., non costituite in giudizio;

*per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari,*

a) del provvedimento del 7.12.2023, successivamente comunicato, con il quale la Ferservizi S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione in favore del CNS - Consorzio nazionale servizi soc. coop. del Lotto 1 (zona territoriale Nord-Ovest) della procedura di gara 15/2023 per l'affidamento dei “Servizi di multiservice e pulizia a ridotto impatto ambientale, disinfezione, servizi complementari a cura di Ferservizi S.p.A. per gli immobili utilizzati dalle Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane” (CIG 970548211E);

b) dell'operato della Stazione appaltante, nella parte in cui non ha provveduto all'esclusione dalla gara, relativamente al Lotto 1 - zona territoriale Nord-Ovest, del CNCP - Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana, secondo in graduatoria, e della Security Service, terza in graduatoria;

c) ove occorrer possa, del contratto d'appalto (accordo quadro) stipulato dalla Stazione appaltate con l'aggiudicataria CNS - Consorzio nazionale servizi soc. coop. in data 16.02.2024;

d) di ogni altro atto e/o provvedimento a questi presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi,

a) sia mediante reintegrazione in forma specifica, con subentro nell'esecuzione del servizio e nel contratto di appalto (accordo quadro), cui la ricorrente si dichiara sin d'ora pienamente disponibile;

b) sia mediante ristoro per equivalente nella misura da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa del Tribunale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferservizi S.p.A. e di CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. **267 TFUE**;

Premesso che:

- la ricorrente Team Service Società Consortile a r.l. ha impugnato l'aggiudicazione, in favore di CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., del contratto quadro avente ad oggetto l'affidamento di “Servizi di *multiservice* e pulizia a ridotto impatto ambientale, disinfezione, servizi complementari a cura di Ferservizi S.p.A. per gli immobili utilizzati dalle Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane” – Lotto territoriale 1, contestando l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria;
- l'aggiudicazione è stata disposta all'esito di una procedura aperta indetta da Ferservizi S.p.a. a norma del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”), con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 15 marzo 2023;
- il valore stimato per il Lotto 1 (“zona territoriale Nord-Ovest”) è pari ad € 15.713.019,48, IVA esclusa, superiore, dunque, alle soglie di rilevanza europea;
- nel costituirsi in giudizio, Ferservizi S.p.a. ha negato di essere assoggettata al rispetto della direttiva 2014/25/UE e delle disposizioni nazionali di recepimento, in quanto, da un lato, essa sarebbe qualificabile come impresa pubblica, dall'altro, l'appalto avrebbe ad oggetto prestazioni non inerenti le attività di cui agli artt. da 8 a 14 della direttiva;
- secondo Ferservizi S.p.a., pertanto, l'indizione di una procedura aperta e l'osservanza delle relative regole avrebbe costituito il frutto di una libera scelta (c.d. autovincolo), con la triplice conseguenza: a) della non riconducibilità

della fattispecie all'ambito di applicazione delle direttive europee in materia di appalti; b) dell'applicazione del diritto civile; c) della devoluzione della controversia al giudice ordinario, non trovando applicazione l'articolo 133, comma 1, lett. e), dell'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 ("Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo"), che assegna al giudice amministrativo le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria (...)";

Rilevato che:

- secondo il diritto nazionale di recepimento della direttiva 2014/25/UE applicabile *ratione temporis* al caso di specie (articolo 114 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), le disposizioni del codice dei contratti pubblici e, in particolare, l'obbligo di indizione di una procedura ad evidenza pubblica, trovano applicazione, per gli appalti relativi ai settori speciali (tra i quali rientra il servizio di trasporto ferroviario), allorché un soggetto sia qualificabile come impresa pubblica, soltanto ove questa svolga una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 (corrispondenti a quelle elencate agli articoli da 8 a 14 della direttiva);

- inoltre, per la giurisprudenza nazionale, "l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1° agosto 2011, n. 16);

- in particolare, "il soggetto privato che opera in virtù di diritti esclusivi, così come l'impresa pubblica, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: quando esso opera nei settori

speciali; quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali” (Consiglio di Stato, sezione V, 29 gennaio 2018, n. 590; orientamento condiviso da Cassazione civile, sezioni unite, 13 maggio 2020, n. 8849); è stato ulteriormente precisato che “il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per tale un affidamento che sia finalizzato agli scopi propri (*core business*) dell'attività speciale” (Consiglio di Stato, sezione V, 5 dicembre 2022, n. 10634);

- diversamente, per gli appalti “estranei”, aggiudicati per scopi diversi dalle attività esercitate dalle imprese pubbliche nei settori speciali, “non si determina alcuna riespansione della disciplina in materia di settori ordinari ma la sottrazione ad entrambe le direttive, con conseguente applicazione delle regole di diritto comune e devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario, anche laddove il soggetto privato si sia volontariamente autovincolato al rispetto di una procedura selettiva” (Consiglio di Stato, sezione V. 30 dicembre 2019, n. 8905);

- il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (non applicabile nel caso di specie in quanto la fattispecie all'esame del Tribunale riguarda una gara indetta in data antecedente alla sua entrata in vigore), muovendo dal presupposto che, conformemente all'assetto delineato dalla direttiva 2014/25/UE, per le imprese pubbliche e per i soggetti privati titolari di poteri speciali o esclusivi, non trattandosi di pubbliche amministrazioni, l'imposizione del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, che si risolve in una significativa compressione dell'autonomia contrattuale, nella sua declinazione in termini di procedimento di formazione del consenso negoziale, non può avvenire *de plano* e per qualsivoglia affidamento, richiedendosi a tal fine un'ulteriore requisito, di natura oggettiva e finalistica, che delimita ulteriormente l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti nei settori speciali, contiene, all'art. 141, comma 2, una disposizione (articolo 141, secondo comma) che, rispetto al previgente articolo 114 del

decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, meglio esplicita tali requisiti, prevedendo che “Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152”;

Considerato che:

- secondo la giurisprudenza nazionale (T.A.R. Lazio, Roma, sezione III, 23 maggio 2023, n. 8760; Consiglio di Stato, sezione V, 27 ottobre 2023, n. 9279), Ferservizi S.p.a. è “un’impresa pubblica, soggetta a direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., *holding* del Gruppo FS, che provvede alla gestione delle forniture e dei servizi *no core business*, non direttamente connessi all’esercizio ferroviario, a supporto delle attività delle altre società del Gruppo FS e che è, quindi, tenuta ad applicare il codice degli appalti esclusivamente per le procedure di gara intese a perseguire scopi strettamente strumentali all’attività speciale”;

- la natura di impresa pubblica deriva dalla partecipazione totalitaria da parte della capogruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (articolo 4, paragrafo 2 della direttiva 2014/25/UE), la quale, a sua volta, costituisce, secondo la giurisprudenza nazionale, un organismo di diritto pubblico (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 luglio 2004, n. 9; T.A.R. Lazio, Roma, sezione III, 3 ottobre 2019, n. 11522) e, dunque, un’amministrazione aggiudicatrice tanto nei settori ordinari a norma dell’articolo 2, paragrafo 1, n. 4 della direttiva 2014/24/UE, quanto nei settori speciali a norma dell’articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE;

- il Tribunale condivide la qualificazione di Ferservizi S.p.a. quale impresa pubblica a norma dell’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2014/25/UE, sussistendo il requisito dell’influenza dominante da parte di un’amministrazione aggiudicatrice, presunta ogniqualvolta quest’ultima detenga la maggioranza del capitale sottoscritto, ed operando la stessa, assieme alle altre società del gruppo facente capo a Ferrovie dello Stato S.p.a.,

nel settore del trasporto ferroviario, ricompreso tra quelli elencati agli articoli da 8 a 14 della direttiva;

- il Tribunale condivide, altresì, la qualificazione della capogruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. quale organismo di diritto pubblico, sussistendo cumulativamente (Corte di Giustizia UE, sezione II, 13 gennaio 2005, n. 84) i tre requisiti: I) dell'istituzione per la soddisfazione di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (essa, in qualità di concessionario, per il tramite della controllata Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., esercita la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale); II) del possesso della personalità giuridica (benché di diritto privato: cfr. Corte di Giustizia UE, sezione IV, 3 febbraio 2021, n. 155); III) del finanziamento maggioritario dello Stato (essendo controllata in via totalitaria dal Ministero dell'Economia e delle Finanze);

- il Tribunale, infine, condivide il rilievo di Ferservizi S.p.a. secondo il quale l'appalto oggetto di causa debba considerarsi estraneo alle attività inerenti i settori speciali, in quanto le prestazioni oggetto del contratto riguardano in prevalenza immobili adibiti ad uffici ed utilizzati dal personale dipendente delle società del gruppo, non accessibili agli utenti del servizio e, in definitiva, non strettamente correlati all'esercizio del servizio di trasporto ferroviario;

- tale lettura restrittiva è avallata dalle più recenti prese di posizione della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, secondo cui vengono in rilievo, a tal fine, soltanto "le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore (...) consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi" (Corte di Giustizia UE, sezione V, 28 ottobre 2020, n. 521, in materia di servizi postali), nonché della giurisprudenza nazionale, che, proprio in tema di servizio di trasporto ferroviario, ha ravvisato il nesso di strumentalità tra l'attività di gestione della rete svolta da Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. e il servizio di pulizia (soltanto) di

stazioni, impianti, uffici ed officine, in quanto “non appare ragionevolmente sostenibile che il servizio di trasporto (in particolare, di passeggeri) (...) possa prescindere da un servizio di pulizia, che assicuri condizioni igienico-sanitarie adeguate, non solo a coloro che operano nel servizio trasporti medesimo, ma anche a tutti coloro (i passeggeri) che del servizio trasporti costituiscono gli utenti” (Consiglio di Stato, sezione IV, 22 marzo 2017, n. 1297);

- ciò nondimeno, ritiene il Tribunale rimettente che, in casi peculiari come quello in esame, l'assenza del requisito della strumentalità funzionale della prestazione rispetto all'attività rientrante nei settori speciali, esercitata dall'impresa pubblica, non possa condurre, come di regola, ad escludere l'applicazione di entrambe le direttive in materia di appalti;

- la particolarità del caso risiede nel fatto che l'appalto è rivolto all'acquisizione di prestazioni che l'operatore economico aggiudicatario dovrà rendere anche in favore di soggetti terzi, facenti parte del medesimo gruppo societario, i quali, ove ricorressero direttamente al mercato, per loro natura sarebbero assoggettati all'osservanza delle direttive;

- si profila quindi il rischio concreto del verificarsi di condotte elusive del diritto dell'Unione e del principio della concorrenza per il mercato;

- segnatamente, un'impresa pubblica, tenuto conto dei più ristretti limiti entro i quali essa, nel rivolgersi al mercato, è tenuta al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici, potrebbe essere da queste, secondo schemi giuridici diversi, impiegata per svolgere compiti di committenza che, nella sostanza, si risolverebbero in una attività di mera intermediazione per l'acquisizione di prestazioni relative ad “appalti estranei” in favore di tali enti, beneficiando del fatto che la mancanza del requisito della strumentalità funzionale non consente di qualificare l'impresa pubblica quale ente aggiudicatore;

- peraltro i concetti di strumentalità e di inerenza al *core business* dell'attività inerente i settori speciali (da accertarsi ogniqualvolta il soggetto sia riconducibile alla definizione di “impresa pubblica”) acquistano un senso

soltanto ove riferiti ad un unico soggetto e posti in relazione all'oggetto dell'appalto per prestazioni da rendere in suo favore;

- spingendo tale argomentazione alle estreme conseguenze, sarebbe sufficiente per un'amministrazione aggiudicatrice (nella specie, un organismo di diritto pubblico), operante nei settori speciali, tenuta in ogni caso all'applicazione delle disposizioni della direttiva 2014/25/UE, costituire un'impresa pubblica al solo fine di eludere l'applicazione della disciplina eurounitaria in materia di appalti, beneficiando del regime giuridico cui sono sottoposte le imprese pubbliche, che possono operare senza vincoli di sorta sul mercato allorché l'appalto si configuri come "estraneo";
- dunque, posto che l'assenza del nesso di strumentalità funzionale alle attività inerenti i settori speciali non può determinare, in ogni caso, la riespansione delle disposizioni relative agli appalti nei settori ordinari (trattandosi di corpi normativi autonomi e distinti), né la qualificazione dell'impresa pubblica controllata quale organismo di diritto pubblico (essendo stata da tempo abbandonata la c.d. "teoria del contagio" di cui alla giurisprudenza *Mannesmann*), ad avviso del Tribunale rimettente, si imporrebbe comunque l'applicazione delle disposizioni della direttiva 2014/25/UE in tutti i casi in cui le prestazioni oggetto dell'appalto di cui alla gara indetta dall'impresa pubblica siano, nella sostanza, da rendere in favore di soggetti operanti nei settori speciali aventi i requisiti per essere qualificati come amministrazioni aggiudicatrici, tenuti, altrimenti, al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica a prescindere dall'accertamento del predetto vincolo di strumentalità;
- nel caso all'esame del Tribunale rimettente, si è in presenza di un'impresa pubblica (Ferservizi S.p.a.), la quale costituisce il "Centro Servizi Integrato" del Gruppo Ferrovie dello Stato, in quanto gestisce per la Capogruppo e per le Società del Gruppo FS le attività di 'Back office', cioè quelle non direttamente connesse all'esercizio ferroviario, esercitando un ruolo di supporto al *core business* in qualità e migliorando costantemente l'efficienza dei

processi gestiti”, e si occupa di “acquisti “*no core*”, operando con logiche di mercato (Consiglio di Stato, sezione V, 27 ottobre 2023, n. 9279);

- pertanto, risulta evidente come un soggetto avente tali caratteristiche rischi di divenire uno strumento per eludere, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice controllante, l’applicazione di entrambe le direttive, giacché, per definizione, esso non potrebbe mai essere considerato quale ente aggiudicatore ai fini dell’applicazione della direttiva 2014/25/UE (occupandosi di acquisiti non inerenti al *core business* delle società del gruppo) e neppure come amministrazione aggiudicatrice ai fini dell’applicazione della direttiva 2014/24/UE (trattandosi di impresa pubblica operante nei settori speciali);
- in questo senso, va ribadito che, coerentemente col suo oggetto sociale, la gara bandita da Ferservizi S.p.a. ha ad oggetto l’affidamento di “Servizi di *multiservice* e pulizia a ridotto impatto ambientale, disinfezione, servizi complementari a cura di Ferservizi S.p.A. per gli immobili utilizzati dalle Società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane”, vale a dire una pluralità di società, tutte poste sotto la direzione e il controllo della capogruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., organismo di diritto pubblico (v. la giurisprudenza citata);
- peraltro, a loro volta, anche le altre società del gruppo, diverse dalla *holding*, sono suscettibili di essere qualificate come organismi di diritto pubblico nel diritto interno, alla stregua del condivisibile orientamento secondo il quale ricorre il “requisito teleologico” se l’organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché strettamente connesso alla finalità pubblica di questo (Cassazione civile, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673);
- infine, pare opportuno ricordare che la stessa Corte di Giustizia dell’Unione europea ha affermato che “una società che, da un lato, è detenuta interamente da un’amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare

esigenze di interesse generale e che, dall'altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato concorrenziale, deve essere qualificata come «organismo di diritto pubblico» (...) purché le attività di tale società siano necessarie affinché detta amministrazione aggiudicatrice possa esercitare la sua attività e, al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare” (Corte di giustizia UE, sezione IV, 5 ottobre 2017, n. 567, proprio con riferimento ad una gara indetta da una società commerciale controllata dalla “società ferroviaria statale lituana”);

- in conclusione, il Tribunale intende rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, a norma dell'art. **267 TFUE**, la seguente questione di interpretazione del diritto dell'Unione: *se un'impresa pubblica, operante nei settori speciali (ente aggiudicatore a norma dell'articolo 4, paragrafo 2 della direttiva 2014/25/UE, come recepita dagli articoli 114 e seguenti del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), tale perché soggetta ad un'influenza dominante da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, in particolare di un organismo di diritto pubblico (articolo 2, paragrafo 1, n. 4, della direttiva 2014/25/UE), che ne detiene la maggioranza del capitale, sia tenuta al rispetto delle disposizioni della direttiva 2014/25/UE allorché intenda concludere un contratto di appalto di servizi, di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, avente ad oggetto prestazioni non strettamente inerenti le attività di cui agli articoli da 8 a 14 della direttiva 2014/25/UE ma dirette a soddisfare in via esclusiva o prevalente bisogni dell'organismo di diritto pubblico controllante e delle società da questo, a sua volta, controllate;*

- per l'effetto, si dispone la sospensione del processo fino alla pubblicazione della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con contestuale trasmissione degli atti a cura della Segreteria, all'esito della quale il giudizio potrà essere riassunto a norma dell'articolo 80 c.p.a.;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter):

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Monica Gallo, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Valerio Bello**

**IL PRESIDENTE**

**Rita Tricarico**

**IL SEGRETARIO**